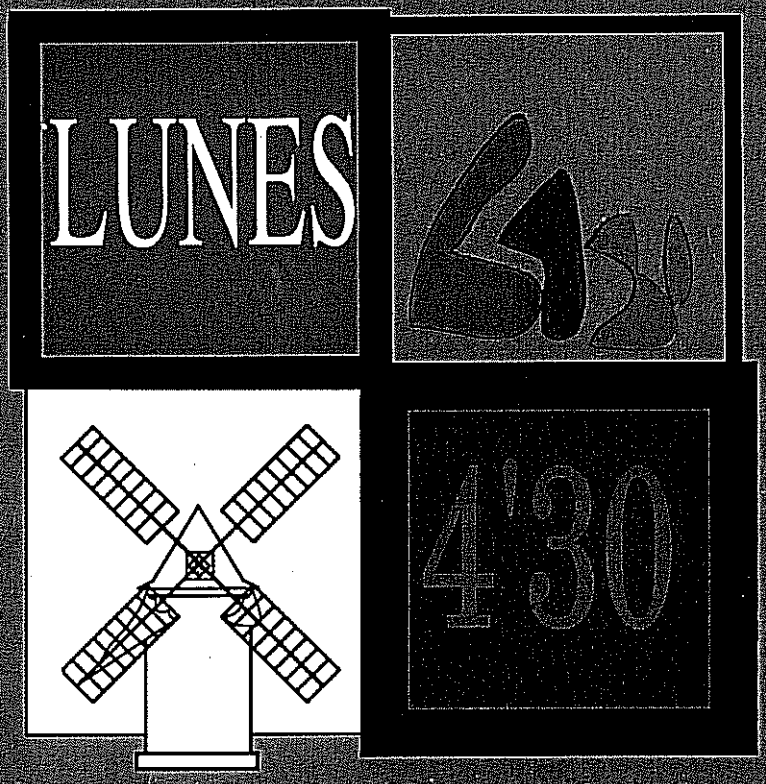
LUNES 4'30



Informativa de derecho privado y REGISTRAL

Año VII - Núm. 150 - 2ª Quincena de junio y 1ª y 2ª Quincenas de julio, 1994

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Año VII - Núm. 150 - 2ª Quincena de junio y 1ª y 2ª Quincenas de julio, 1994

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 9
SENTENCIAS 14

UN PROBLEMA DE RANGO REGISTRAL EN LA LEY SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS , por Juán M. Rey Portolés 16

SOBRE LA AUTOCONTRATACIÓN , por Fernando Canals Brage 33

TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS , por Eduardo M.-Piñeiro 56

SEIS AUTOS DEL TSJ DE CATALUÑA 72

HUMOR CHICO

Corral Jr. 93

JM. Chico: "Tres en uno: expresiones, cánticos y corresponsales" 82
"Recensiono y me divierto" 84

Prólogo a la tercera edición de los "Estudios de Derecho Hipotecario" de José M. Chico y Ortiz, por Plácido Prada Alvarez-Buylla 87

..... 94

Debí dejar la revistilla. Cuando fui elegido miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores, debí abandonarla. Bien es cierto que intenté, por todos los medios, buscar a alguien que me sustituyera, compañeros mejor preparados que yo para esta tarea. Nadie quiso ... Lo hice porque pensaba que podría existir cierta incompatibilidad, porque de ninguna manera deseaba que las iras o discrepancias que pudiera suscitar mi gestión "política" recayeran sobre la LUNES, que es, ciertamente presuntuosa pero, a la vez, sencilla y neutral. ¡Qué sabe ella de entresijos, tácticas y ambigüedades! Intenté mi relevo porque quería tener la necesaria sensación de libertad —engañosa— en la boca y en la pluma. Nunca pensé, sin embargo, que la incompatibilidad sería, fundamentalmente, por falta de tiempo... Ante las irregularidades de estos últimos meses —que tú has sufrido pacientemente, lector, por lo que te doy las gracias—, irregularidades a las que se ha unido, intolerablemente, una falta de seriedad en la imprenta, he vuelto a meditar sobre el abandono, he vuelto a intentar buscar a algún compañero de los del entorno de la revistilla, que quisiera dirigirla... Los nombres de muchos de ellos no os costará adivinarlos... Imposible. Nadie quiere. ¿Cerramos la revistilla con este redondo número 150? Eso me sugiere la razón y el ánimo. Pero me niego: los colaboradores funcionan —mejor que nunca—; los suscriptores aumentan gota a gota —ya somos 530—; por eso yo, no sé cómo, estoy dipuesto a huir, una vez más, hacia adelante, hacia el progreso. Dadme, queridos, doctos y pacientes lectores, un margen de confianza. Permitidme que hoy adecue el número —150— de la LUNES a las quincenas reales. En agosto vendrá el tocho de Resoluciones. Y en septiembre, la revistilla volverá a ser puntual y desenfadadamente seria como siempre. ¡Felices vacaciones!

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Luis Calduch Alvarez
Ana María del Castillo González
Rosa Navarro Díaz
Juan M. Rey Portolés
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig
Javier Solá Palerm

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629678

Depósito legal: V-1212-1988

casos prácticos

Assemblea Territorial dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Consell de Cent, 334-336
08009 - BARCELONA

HIPOTECA CONSTITUIDA A FAVOR DE VARIOS ACREEDORES MANCOMUNADAMENTE EN LA QUE SE PACTA QUE LA FALTA DE PAGO A UNO DE ELLOS DETERMINARÁ EL VENCIMIENTO RESPECTO DE LOS DEMAS.

No parece que sea posible configurar una hipoteca a favor de varios acreedores con carácter mancomunado, pactándose que la falta de pago a uno de ellos determine el vencimiento de la hipoteca respecto de los demás, máxime cuando -como en el supuesto de hecho planteado- las obligaciones garantizadas nada tienen que ver entre sí.

Frente al principio de libertad de estipulación (artículo 1255 C.C.) habría que oponer la existencia de un principio consagrado jurisprudencialmente, consistente en no admitir en los préstamos hipotecarios causas de vencimiento anticipado que no sean relativas al crédito mismo garantizado (la necesaria conexión con el crédito ha sido puesto de relieve desde la **R.D.G.R.N.26/10/1987**).

Todo ello plantea el tema de la distinción entre obligaciones solidarias y mancomunadas.

La propia terminología es equívoca, y así lo reconoce ROCA SASTRE cuando dice que en las obligaciones en favor de varias personas debería poder hablarse de obligaciones parciales (tantas obligaciones como acreedores),obligaciones solidarias (una sóla obligación o prestación a cargo del deudor ejercitable a instancia de cualquiera de los varios acreedores) y mancomunadas (varias obligaciones ejercitables conjuntamente por todos los acreedores) (cfr. nota 1 página 654 Tomo IV-2º).

Y es que en rigor la mancomunidad en el ejercicio del derecho exige intervención de todos los acreedores, si bien no es éste el sentido en que se emplea la palabra mancomunidad por el Código Civil en los artículo 1137 y siguientes, en los que se hace referencia al término mancomunidad como determinante de la existencia de créditos distintos unos de otros.

Por eso el propio ROCA SASTRE, dada la terminología del Código Civil, a las obligaciones en las que existe una pluralidad de acreedores y en las que es necesario la actuación conjunta de todos ellos, las denomina obligación en mano común.

Cabría así distinguir tres tipos de créditos en favor de varios acreedores: créditos mancomunados (en los que el crédito se estima dividido entre los varios acreedores, reputándose créditos distintos

unos de otros), créditos solidarios (en los que el crédito es único, pudiendo cualquier acreedor exigir toda la prestación) y créditos en mano común (cuyo ejercicio corresponde a todos los acreedores).

En realidad, a juicio de ROCA SASTRE, sólo en los supuestos de solidaridad y mano común existe verdadera comunidad en la relación subjetiva del crédito, ya que en los denominados créditos mancomunados lo que hay en rigor es una pluralidad de créditos.

En los créditos solidarios y en los de mano común, no se plantean problemas: en los primeros bastará la intervención de cualquiera de los acreedores para la extinción de la obligación (v. gr. por pago), sin perjuicio de las relaciones internas entre los diversos acreedores que tendrán derecho a obtener su parte. Y en los créditos en mano común, todos ellos deberán proceder conjuntamente para la exigibilidad o cumplimiento de la obligación.

En ambos casos, la ejecución de la hipoteca por falta de pago del crédito (bien a instancia de un acreedor solidario, bien a instancia de todos los acreedores en mancomún), conllevará la extinción de la misma.

El problema se plantea en los créditos mancomunados, que más que un supuesto de comunidad es determinante de una pluralidad de créditos y por tanto de hipotecas: en ellos cada uno de los acreedores tan sólo puede pedir el cumplimiento de su parte o crédito, si bien a efectos de prelación el artículo 227 del R.H. considera subsistentes como preferentes los demás créditos o partes del crédito mancomunado.

Sólo algún autor como PEÑA y alguna posición jurisprudencial aislada (S.T.S. 10/3/1947 y R.D.G.R.N. 26/11/1917 y 9/12/1935) entienden que la hipoteca constituida a favor de varios acreedores por cuotas debe ser ejercitada en cuando a la totalidad por todos ellos o por uno en beneficio de los demás, procediéndose a la consignación de la cantidad obtenida en beneficio de todos (cfr. PEÑA, "*Derechos reales*", página 489).

No obstante, el sentir mayoritario es que respecto de la mancomunidad de acreedores debe actuarse (precisamente por el tenor literal del artículo 227 R.H. y del 1138 C.C.) como si se tratara de créditos distintos.

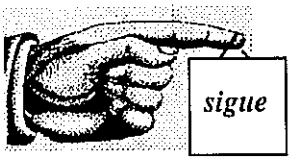
Es curioso destacar como siempre estamos hablando de créditos (mancomunados, solidarios o en mano común). Pero la hipoteca seguirá el mismo régimen que el crédito garantizado. Ningún autor al tratar de estos temas pone en tela de juicio el principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito.

Por eso parece difícil -a mi entender- articular una hipoteca en garantía de obligaciones mancomunadas (que en principio son tantas hipotecas como acreedores o cuotas, aunque del mismo rango en el momento de la ejecución) que se rijan por las normas propias de los otros dos tipos de créditos (solidarios o en mano común). Para que tal cosa ocurra parece que también debe afectar al crédito.

Es decir, no parece que pueda configurarse un crédito mancomunado o por cuotas, y por tanto como créditos distintos unos de otros, y decir que la falta de pago a alguno de los acreedores dará derecho a los demás a exigir su parte: o se configura el crédito como en mano común y se exige la intervención de todos o se configura como solidario y se autoriza la exigibilidad a instancia de uno sólo de los acreedores (con ejecución de la totalidad de la hipoteca en ambos casos).

Pero si se opta por la mancomunidad, la regla del artículo 227 R.H y 1138 C.C. exigen considerarlos como créditos distintos, y por tanto sólo podrán ser exigidos a instancia del acreedor en caso del incumplimiento del propio crédito (teniendo en cuenta la posición de la D.G.R.N. -a la que ya nos hemos referido- de no admitir causas de vencimiento anticipado que no sean relativas al crédito mismo garantizado).

Es decir, sólo si existe un único crédito garantizado (aunque sean varios los acreedores) podrá decirse que la falta de pago a algún acreedor determinará el vencimiento de todo el crédito, bien a instancia de todos los acreedores (en mano común) o de cualquiera de ellos (solidaridad). Pero si los créditos garantizados están desconectados entre sí o se configuran como créditos distintos (mancomunidad) con su propia virtualidad, en estos casos no parece que pueda pactarse el vencimiento de los demás por impago de alguno de los otros; es decir no cabe entremezclar las distintas categorías, pues ello significaría ir en contra de los principios hipotecarios de claridad, especialidad y accesoriedad de las hipotecas, a los que debe acomodarse el de libertad de pactos del artículo 1255 C.C.



PRACTICADA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE UNA COMPRAVENTA QUE ADOLECE DE DEFECTOS SUBSANABLES LLEGA UN EMBARGO CONTRA EL COMPRADOR ¿QUÉ DEBE HACER EL REGISTRADOR?

Si se ha practicado una anotación preventiva por defecto subsanable de una escritura de compraventa (en concreto existían problemas de claridad respecto a una cláusula resolutoria contenida en el título), se plantea la cuestión de cuál debe ser la actuación registral si llega inmediatamente un mandamiento de embargo dirigido contra el que figura como comprador en la citada escritura.

El problema radica en que el asiento de presentación del mandamiento de embargo -si se espera a que la anotación por defectos subsanables caduque o se convierta- caducaría antes que la propia anotación preventiva por defectos subsanables, ya que la vigencia de ésta es de sesenta días hábiles a contar de la fecha de la propia anotación (artículo 96 L.H.) y no del propio asiento de presentación -como sí ocurriría con el mandamiento de embargo-.

Caben dos posibilidades de actuación registral:

a) Que se practique también anotación preventiva por defectos subsanables de la anotación de embargo (el defecto sería la falta de inscripción a favor del deudor, de conformidad con el artículo 105 R.H.).

b) O que se prorrogue el asiento de presentación de la anotación de embargo hasta treinta días después de convertirse -o caducar- la anotación por defectos subsanables de título previo.

Esta última solución sería la más adecuada para asegurar el despacho último del mandamiento de embargo, ya que si se devuelve anotado preventivamente por defecto subsanable existe el peligro de que no vuelva al Registro para su conversión en anotación de embargo propiamente dicha. En contra tiene que no está regulada específicamente esta posibilidad, ya que el artículo 432 párrafo 2º del R.H. se refiere únicamente a la "*prórroga de los asientos de presentación y en su caso de las anotaciones preventivas*" -que conllevan la prórroga de los asientos contradictorios- pero nada dice expresamente de las propias anotaciones preventivas por defectos subsanables ¿conllevan la prórroga de los asientos contradictorios?

Parece que la respuesta es afirmativa, dada la identidad de razón entre ambos casos, lo cual permite el razonamiento analógico (artículo 4º-1 C.C.).

EMBARGO PREVENTIVO ORDENADO A INSTANCIA DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CONTRA EL TITULAR REGISTRAL Y CONTRA EL COMPRADOR EN DOCUMENTO PRIVADO.

En autos de juicio de cognición a instancia de una comunidad de propietarios, seguidos contra quien aparece como titular en el Registro de la propiedad y contra el actual propietario del inmueble (el cual adquirió en documento privado que se acompaña), se dicta mandamiento ordenando la práctica de la anotación preventiva del embargo trabado.

Aunque en principio podría pensarse que se cumplen todos los principios de legitimación registral y tracto sucesivo (dado que el procedimiento se dirige no sólo contra el verdadero titular civil sino también contra el titular registral), sin embargo un estudio más detenido del problema nos lleva a la solución contraria: no puede tomarse la anotación de embargo, ya que la finca no esta inscrita a nombre del deudor; a lo sumo podría tomarse anotación preventiva por defectos subsanables (artículo 105 R.H.).

Y la razón es que no es un juicio de cognición de reclamación de cantidad el procedimiento adecuado para decidir sobre la validez de la compraventa efectuada en documento privado, esto es, sobre si el deudor es o no verdadero propietario.

En estos casos lo que procedería es que el juicio se hubiera dirigido contra el titular registral si es que también es deudor, es decir, si en algún momento adeudó cantidad alguna a la Comunidad de propietarios (máxime teniendo en cuenta la vinculación del inmueble al pago de los gastos de comunidad según el artículo 9º de la L.P.H.).

Pero si no es deudor, y la demanda se dirige únicamente contra él para cumplir el tracto sucesivo, no podrá tomarse la anotación preventiva del embargo, pues para ello se requiere que la finca figure inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del deudor (artículo 20 L.H.).

Es decir, si el deudor es comprador en documento privado, el actor deberá acudir al procedimiento previsto en el artículo 312 del R.H., de manera que o se otorga escritura pública por el titular registral en favor del comprador en documento privado -ante el requerimiento al efecto del juez-, o el actor no tendrá más remedio que acudir a un declarativo para la elevación a público del documento privado.

Todo lo demás sería infracción de las exigencias del sistema en orden a la concatenación de asientos, pues para anotar el embargo es necesario la previa inscripción del derecho embargado (artículo 20 L.H.) y para la previa inscripción es necesario el consentimiento del vendedor en escritura pública o resolución judicial en procedimiento adecuado (esto es nunca un juicio ejecutivo o un declarativo de reclamación de cantidad).

NOTAS MARGINALES ACREDITATIVAS DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA FINCA.

Respecto de las notas marginales acreditativas de la situación urbanística de las fincas inscritas, se plantean dos cuestiones:

a) Su vigencia.- En la actualidad en el T.R. de la Ley del Suelo de 26/6/1992 se prevé expresamente que tengan una duración indefinida (artículo 309-3 T.R.).

Respecto de las que se hubieran practicado con anterioridad a la entrada en vigor del T.R. y que antes no tuvieran un término expreso de vigencia (v. gr. en Cataluña el T.R. de la legislación urbanística catalana admite las notas marginales expresivas de las condiciones impuestas en las licencias de obras, y además previstas en los artículos 288 y 289), ninguna duda cabe de que deben acogerse a la norma de no caducidad.

Pero si antes ya tenía un término expreso de duración, en tal caso sí prevalecerá éste. Así se entiende que las notas marginales en las que se haga constar la no aportación de la licencia urbanística, si se hubieran practicado con anterioridad al nuevo T.R. de 26/6/1992 caducarán a los cuatro años, que es el plazo previsto en la Ley de 1981, dado el carácter no retroactivo de las normas. Y en cuanto a las que se han practicado después de la entrada en vigor del TR. (supuesto que se admita que la legislación urbanística catalana prevalece frente al artículo 258-2 T.R.) deberá también prevalecer el plazo de caducidad que expresamente se prevea para ellas (cfr. artículo 309-2 T.R.).

Sólo a falta de plazo expreso es cuando cabe que como publicadoras de las situación urbanística de la finca en un momento determinado, no estén sujetas a caducidad (artículo 309 T.R.).

b) Su eficacia.- Aunque no sea carga o gravamen en sentido técnico jurídico, en la medida que dan a conocer a terceros la situación urbanística de la finca y dado que ésta se impone a cualquier adquirente del inmueble (cfr. artículo 22 T.R. Ley del Suelo), deberán figurar en las certificaciones que expidan los registradores de la propiedad.

SERVIDUMBRE ATÌPICA DE DISFRUTE ENTRE ELEMENTOS PRIVATIVOS DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se trata de un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal, en cuyo título constitutivo se atribuyó a uno de los elementos privativos -como formando parte del mismo- un patio existente en el interior del edificio. Ahora se pretende que dicho patio pertenezca privativamente al propietario de otro de los elementos independientes.

La solución normal de la segregación del patio para su venta y agrupación al elemento colindante, no es querida por los interesados, en la medida que tal segregación y agrupación posterior exigiría la unanimidad de la junta de propietarios. Ante la imposibilidad de obtener tal autorización, los interesados plantean ante el Registros la posibilidad de constituir una servidumbre atípica de disfrute, que tendría como predio sirviente el elemento privativo en cuyo interior está el patio y como predio dominante el elemento colindante. El contenido de la servidumbre sería la utilización exclusiva del mencionado patio.

Pues bien, esta solución propuesta al Registrador, en la medida que pretende eludir la preceptiva autorización de la junta debe ser articulada con mucho cuidado, buscando que la aplicación de la técnica de las servidumbres entre elementos privativos no afecte en los más mínimo al título constitutivo de la propiedad horizontal, pues en tal caso se exigiría la autorización de la junta de propietarios que se trata de eludir (cfr. artículo 6-4 C.C. y 5 L.P.H.).

En este sentido, se entiende que sólo será válida e inscribible la servidumbre de disfrute sobre el patio del otro elemento privativo, en la medida que tal disfrute no implique comunicación entre ambos elementos, ya que la comunicación interior o agrupación física de los elementos privativos (no sólo la jurídica) exige autorización unánime de la junta de propietarios, como acto que es de alteración del título constitutivo.

Por eso, en definitiva, sólo se considera admisible la solución propuesta -servidumbre de disfrute entre elementos privativos- si se pacta que el ejercicio de la servidumbre no implicará actos de comunicación interior entre los elementos privativos y por tanto que tendrá lugar el paso y disfrute a través de la salida que ambos elementos deben tener a la vía pública o a un elemento común del edificio.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CONTRA DEUDOR FALLECIDO.

Se considera perfectamente planteado el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 L.H. cuando por haber fallecido el deudor, se ha dirigido la demanda contra los ignorados herederos del citado deudor, por analogía con lo dispuesto para las anotaciones del embargo en el artículo 166 del R.H.

Es decir, que el único requisito será acreditar la defunción del deudor hipotecario, a través del certificado de defunción (la fecha del fallecimiento se hará constar en la inscripción derivada de la ejecución).

Sólo si fueran conocidos los herederos, se harían constar además las circunstancias personales de los mismos (cfr. artículo 166 párrafo 1º R.H.).

(Hasta aquí, los casos prácticos que se publicaron en el BOLETIN del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña en el núm. 52, de enero de 1994, que se nos quedaron en el olvido, error que se une a tantos otros de tiempo y forma que estás sufriendo, "paciente lector", por obra y gracia, exclusivamente, de la mala gestión que está realizando el Director de esta revistilla, que te pide disculpas, te promete enmienda y te ruega le renueves tu confianza un poquito más. Pronto, es decir, ya, veremos a la LUNES saludable y puntual como siempre. Y si no, cerraremos y te devolveremos el dinero).

(Del Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 55, pág. 26)

ANOTACIÓN DE QUERELLA POR ALZAMIENTO DE BIENES CUANDO UNO DE LOS QUERELLADOS HA FALLECIDO.

Un problema que se puede plantear, añadido a los que rodean la posibilidad de anotar las querellas por alzamiento de bienes, es que el adquirente de la finca haya fallecido. ¿Debe en tal caso dirigirse la demanda contra los herederos o basta la notificación a los mismos ante la imposibilidad de dirigir la querella contra ellos?

En efecto, la anotación preventiva de querella por alzamiento de bienes requiere necesariamente que se haya dirigido contra el titular registral, que es precisamente lo que plantea la dificultad de su práctica registral, y lo que ha hecho que muchas veces fuera rechazada.

No se trata -en efecto- de que la anotación preventiva de querella no se pueda practicar en el Registro de la Propiedad, pese a que pudiera entenderse lo contrario de la R.D.G.R.N. de 1/4/1991 que basándose en el numerus clausus de las anotaciones preventivas rechazó tal posibilidad. Tal resolución debe entenderse en su contexto, en la medida que no estaba claramente establecida la anotación preventiva que se pretendía establecer. Lo mismo ocurre con la R.D.G.R.N. de 25/2/1994; no es que se rechace la posibilidad de la anotación preventiva de la querella por alzamiento de bienes cuando expresamente se ejercita la acción de nulidad de los títulos, sino que se rechaza si no se pide expresamente tal declaración de nulidad y la querella se interpone contra todos los titulares registrales.

Este es el verdadero problema de la anotación preventiva de querella, ya que la acción penal sólo se puede interponer contra el que incurre en alzamiento de bienes, y no siempre contra el adquirente (sólo será querellado si ha habido confabulación). Pero desde un punto de vista civil hipotecario es absolutamente necesario que se interponga al mismo tiempo la acción de nulidad de títulos y que se demande a todos los titulares registrales afectados, que es lo que no había ocurrido en el supuesto de hecho comentado.

Pero si concurren tales circunstancias, creo que no debe existir inconveniente para la admisión

de las anotaciones preventivas de querellas por alzamiento de bienes, al amparo del artículo 42-1 de la L.H. dada su indiscutible trascendencia real.

Sin embargo, el problema se complica si el querellado ha fallecido, ya que en tal caso la responsabilidad penal se extingue, y no se transmite a los herederos, que en consecuencia no podrán ser querellados. Tampoco se puede decir que deba reconducirse la cuestión al ámbito civil, ya que la responsabilidad penal del transmitente subsiste, y basta que exista algún posible responsable penal por el alzamiento de bienes, para que siga adelante el procedimiento penal.

En consecuencia, para armonizar la perspectiva civil e hipotecaria, que exige que el titular registral sea parte en el procedimiento, con la perspectiva penal, que impide que los herederos de quien cometió el alzamiento sean querellados, puede imponerse la solución consistente en admitir la anotación de la querella con que tan sólo se acredite que los herederos del querellado fueron notificados de la interposición de la querella.

Procederá además dar el mismo tratamiento que el artículo 166 del R.H. da a los herederos del titular registral en las anotaciones de embargo, esto es, si son conocidos deberá así acreditarse, y en caso contrario bastará la notificación a herederos desconocidos del querellado.

PRÓRROGA DE ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN DE EMBARGO CONVERTIDA EN ANOTACIÓN DEFINITIVA.

Las anotaciones de suspensión convertidas durante su vigencia de sesenta dias en anotaciones definitivas, pueden plantear problemas cuando se solicita su prórroga una vez transcurrido el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la anotación de suspensión, pero sin haber transcurrido aún los cuatro años desde la fecha de la anotación de conversión.

Sabido es que el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas es el de cuatro años a contar desde su fecha (artículo 86 L.H.), salvo que tengan señalado un plazo más breve, como son las anotaciones de suspensión por defectos subsanables que caducan a los sesenta días de su fecha (artículo 96 L.H.), plazos que son de días hábiles.

¿Pero cuándo caducan las anotaciones de suspensión convertidas que se convirtieron en definitivas dentro del plazo? ¿A los cuatro años de la fecha de la anotación de suspensión o a los cuatro años de la fecha de la conversión en definitiva?

El problema se plantea, cuando el mandamiento solicitando la prórroga de la anotación se presenta en el Registro de la Propiedad una vez transcurrido el primer plazo pero no el segundo.

En estos casos parece procedente practicar la prórroga y entender que la caducidad opera desde la fecha de la conversión en anotación definitiva.

Y ello por las siguientes razones:

a) La anotación de suspensión opera como verdadero asiento de presentación dentro del cual se pueden subsanar los defectos apreciados. Lógico es pues pensar que tiene el mismo tratamiento que el mismo, y en consecuencia que si el mandamiento ordenando la anotación es subsanado durante la vigencia del asiento de presentación (aunque tenga la prioridad por el asiento de presentación conforme al artículo 24 L.H.) caducará a los cuatro años de su fecha y no de la del asiento de presentación (o anotación de suspensión).

b) Puede ser aplicado para las anotaciones preventivas de suspensión convertidas en definitivas -por analogía- el precepto del artículo 206 párrafo 6º relativo a las anotaciones convertidas en inscripciones definitivas, que precisamente prevé la cancelación de las primeras (aunque con prioridad desde éstas).

Si las anotaciones se cancelan por conversión en definitiva, el plazo de caducidad lógicamente debe computarse desde la fecha de la anotación definitiva.

HIPOTECA SOBRE UNA O VARIAS FINCAS CON RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA INFERIOR A LA DEUDA RECONOCIDA.

No parece fácil resolver el supuesto de constitución de hipoteca en garantía de una determinada deuda, cuando la responsabilidad hipotecaria establecida es inferior a la propia deuda reconocida.

A favor podría argumentarse que es bien posible que la finca no sea de valor suficiente para cubrir la totalidad de la deuda, o simplemente la libertad de estipulación de los contratantes (artículo 1255 C.C.). Incluso podría alegarse el artículo 120 de la L.H. que impide que una finca responda en perjuicio de tercero de más cantidad que la que estén afectos por responsabilidad hipotecaria. Y que basta que el tercer poseedor pague el importe

de lo que responde hipotecariamente su finca, para que ésta quede liberada (artículo 221 R.H.).

Sin embargo, existen otros fuertes argumentos en contra, derivados fundamentalmente del carácter accesorio de la hipoteca, proclamado reiteradamente por la jurisprudencia, que parece impedir que inicialmente pueda pactarse una responsabilidad hipotecaria inferior a la propia deuda garantizada. Si la hipoteca pasa por las vicisitudes del crédito garantizado, mal se entiende que ya inicialmente aparezca desvinculado.

Además la propia configuración de nuestra hipoteca como un derecho real de realización de valor que debe estar claramente determinado (artículo 12 L.H.), sin que se pueda articular como una reserva de rango (dada la prohibición en nuestro Derecho de la hipoteca de propietario y los rígidos supuestos de admisión de permutas y posposiciones), lleva a lo sumo a la conclusión de que no es admisible siempre y en todo caso cualquier configuración de la limitación de responsabilidad hipotecaria.

Cualquier limitación de responsabilidad hipotecaria que se articule como un mero límite o reserva de valor deberá ser rechazado. Esto ocurrirá por ejemplo si se trata de una deuda con vencimientos sucesivos y no se especifica claramente cuáles de los vencimientos estarán cubiertos por la responsabilidad hipotecaria pactada.

¿SON TRANSMISIBLES LAS SERVIDUMBRES PERSONALES O SE EXTINGUEN POR FALLECIMIENTO DE SU TITULAR?

Las servidumbres personales, como cualquier otro derecho que se quiera configurar con carácter real, y por tanto como derecho inscribible deberá estar claramente determinado.

Es precisamente en el título constitutivo cuando deberá claramente establecerse el régimen de ejercicio del derecho configurado, extensión del derecho inscrito, plazo para su ejercicio, transmisibilidad o no, etc. Precisamente la falta de claridad en alguno de estos aspectos es lo que debe motivar su denegación.

Ahora bien, en el supuesto de que se haya inscrito algún derecho de servidumbre personal sin fijación de plazo ni determinación sobre su transmisibilidad, lo que no cabe es cancelarlo como mero derecho personal, ya que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1º L.H.) y no es un derecho personal que pueda ser cancelado como mera mención (artículo 353 R.H.). Es un verdadero derecho real si bien a favor de persona determinada.

CASTÁN TOBEÑAS se inclina por pensar que son aplicables a las servidumbres personales las mismas reglas que a las servidumbres prediales, con la única diferencia a su entender de que no le serán aplicables las reglas de la instransmisibilidad. A favor de la transmisibilidad alega la hipotecabilidad del derecho de pastos y leñas y otros de naturaleza real (artículo 107-5 L.H.).

MUCIUS SCAEVOLA se pronuncia a favor de la intransmisibilidad, dado el carácter "*intuitu personae*" de su constitución, esto es, el carácter no accidental de la identidad del titular.

OSORIO MORALES opta por considerar que habrá que estar a lo pactado, de manera que aun cuando en principio la servidumbre personal será vitalicia, nada impide que se pacte vitaliciamente (¡) conforme a la S.T.S. 30/11/1908.

PUIG BRUTAU considera discutible la solución para el caso de que nada diga el título constitutivo.

En definitiva, para la inscripción de un derecho real de servidumbre personal, debe estar claramente establecido en cuanto a su alcance, contenido, duración y transmisibilidad, como cualquier otro derecho real; pero si existiera ya un derecho inscrito sin pacto alguno en cuanto a su duración, lo prudente es no cancelarlo al fallecimiento del titular.

En cualquier caso habrá que tenerse en cuenta lo dispuesto al constituirse, para averiguar si se quiso configurar o no como derecho transmi-sible, y ante la ausencia de todo criterio, deberá considerarse como transmisible dado el criterio general de transmisibilidad de los derechos reales, máxime cuando están inscritos (arts 1112 CCy 26 LH).

Ahora bien, tampoco debería admitirse un gravamen perpetuo, dado el carácter esencialmente libre de la propiedad, si bien en cuanto a la posibilidad de duración indefinida tampoco está de acuerdo la doctrina, dividiéndose en quienes opinan a favor en base a su carácter de servidumbres, y quienes opinan en que debería existir un límite conforme a la regla general de prohibición de gravámenes indefinidos (artículo 781 C.C.).

También en este caso deberíamos distinguir, entre derechos presentados a inscripción, en el que debería fijarse plazo, y derechos ya inscritos, en el que deberá optarse por la transmisibilidad indefinida del derecho mientras no se declare su extinción o nulidad por resolución judicial. ■

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por María Begoña Longas Pastor (B.L.P.), Carlos J. Orts Calabuig (C.J. O.C.) y Rodolfo BADA MAÑÓ (R.B.M.)

R 13 DE MAYO 1994
(BOE 1 DE JULIO)

SEGREGACIÓN DE UNA FINCA RÚSTICA: HABIÉNDOSE ANOTADO, EN EL FOLIO DE LA FINCA MATRIZ, UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE DECRETA LA SUSPENSIÓN DE LA PARCELACIÓN ILEGAL DE LA MISMA, NO PUEDE INSCRIBIRSE LA SEGREGACIÓN DE UNA PARCELA DE DICHA FINCA SIN ACREDITAR EL OTORGAMIENTO DE LA PRECEPTIVA LICENCIA MUNICIPAL O LA DECLARACIÓN DE SU INNECESARIEDAD POR LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE.

Presentada en el Registro una escritura de segregación y venta de una finca rústica, se deniega su inscripción por existir, en la finca matriz de la que procede la segregada, una anotación, practicada al amparo de los artículos 307,3 y 309,2 del T.R. sobre Régimen del Suelo y Ordenamiento Urbana de 26 de junio de 1992, en virtud de una certificación de determinado Ayuntamiento que recoge un Decreto de la Alcaldía ordenando la suspensión y requerimiento de legalización de la parcelación que se está realizando en aquélla, por ilegal.

El Presidente del T.S.J. revoca la nota del Registrador fundándose en que la anotación preventiva tiene una función de mera publicidad, sin producir el cierre del Registro y en el carácter rústico de la finca junto a la ausencia de base documental para apreciar que se realiza en ella una parcelación urbanística.

La D.G. revoca el auto apelado y confirma la nota del Registrador, sin prejuzgar sobre el específico alcance en orden al cierre registral de la referida anotación entendiendo que, cualquiera que sea la solución que se adopte al respecto, lo que es indudable es que el Registrador en su calificación, conforme al art. 18 L.H., ha de tener en consideración el contenido de dicho asiento, del que resulta una fundada advertencia de que la segregación cuestionada puede integrarse en un proceso de

parcelación urbanística ilegal. Este dato puesto en conexión con la prohibición de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, con la sujeción a licencia de toda parcelación urbana y con la exclusión del Registro de todo acto o negocio jurídico que no reúna los requisitos prescritos por el ordenamiento jurídico para su validez y eficacia, justifica la paralización de la inscripción pretendida en tanto se acredite la conformidad del negocio jurídico cuestionado a la legalidad urbanística (es decir, en tanto se acredite que dicha segregación cuenta con la preceptiva licencia municipal, o que, según la administración urbanística competente, no es necesaria dicha licencia). (B.L.P.).

R 20 DE MAYO 1994
(BOE 1 DE JULIO)

MERCANTIL. SA.

OBJETO SOCIAL DE ENTIDAD DE FINANCIACIÓN.

En una escritura de adaptación de estatutos de una sociedad anónima de financiación se establece como actividad comprensiva del objeto social, entre otras, la de: "*captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la realización de las actividades propias de las entidades de financiación*".

El Registrador Mercantil suspende la inscripción parcial solicitada por entender que la cláusula referida contiene una actividad no contemplada en el artículo 1 del D. 896/1977 ni en el artículo 1 de la Orden de 19 de junio de 1979, disposiciones ambas que contemplan con carácter exclusivo las actividades que pueden integrar el objeto social de este tipo de sociedades. Interpuesto el correspondiente recurso por el Notario autorizante la Dirección General lo admite y revoca la nota de calificación señalando que: frente al sistema anterior en el que bastaba la consignación en los Estatutos del simple objeto social, la actual Ley de Sociedades Anónimas (artículo 9) y el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 117), proclaman la necesidad de que se expliciten las actividades que integran dicho objeto. Por lo tanto, resultará no solamente posible, sino preceptivo, que los Estatutos de las entidades de financiación aludiesen al conjunto de actividades que de manera principal o complementaria integran su objeto. Del conjunto de disposiciones aplicables lo que se deduce para este tipo de sociedades es que mientras que las operaciones de estricta financiación (denominadas activas), por el solo hecho de constituirse la entidad, ya pueden desempeñarse, para poder llevar a cabo operaciones pasivas es necesario que se respeten límites temporales y, en su caso se obtengan autorizaciones administrativas, pero ello no significa, sino al contrario, que no puedan realizarse en modo alguno tal tipo de actuaciones. Dicha interpretación aparece corroborada por el hecho de que en la reforma operada por la Ley 3/1994, de 14 de abril, se contemplen por separado las "*Entidades de Crédito*" y los llamados "*Establecimiento Financieros de Crédito*", para los cuales está tajantemente prohibida la captación de fondos reembolsables del público; dentro de esta segunda categoría deben considerarse incluidas las entidades de financiación; pero la misma norma establece con claridad que hasta el 31 de diciembre de 1996, las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero, seguirán conservando la condición de entidades de crédito. (R.B.M.)

R 2 DE JUNIO 1994
(BOE 1 DE JULIO)

MERCANTIL. SA.

1) REPRESENTACIÓN EN JUNTAS NECESARIAMENTE POR OTRO ACCIONISTA EXCLUYENDO LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 108 DE LA L.S.A.
2) NOMBRAMIENTO ESTATUTARIO A TODOS LOS MIEMBROS DEL CONSEJO SIN CARGO ESPECIAL COMO VICESECRETARIOS.
3) CERTIFICACIÓN CON VISTO BUENO DEL PRESIDENTE DE LA REUNIÓN.

HECHOS: Son tres los artículos de una escritura de adaptación de estatutos los que provocan la controversia, en concreto:

"Artículo 20.3.- Todo accionista que tenga derecho de asistencia, podrá hacerse representar en la Junta por medio de otra persona que tendrá que ser accionista aún cuando el representante sea cónyuge, ascendiente o descendiente del

representado u ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio del representado. Salvo en este último supuesto, la representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta.

"Artículo 23.5.- El Consejo, nombrará de entre sus miembros un Presidente, un Secretario y podrá nombrar uno o dos Vicepresidentes. Todos los miembros del Consejo sin cargo especial tendrán la consideración de Vicesecretarios.

"Artículo 29.- Certificaciones de acuerdos de Junta y de Consejo. La facultad de certificar las actas y los acuerdos de la Junta y del Consejo, corresponde al Secretario y, en su defecto, a cualquier Vicesecretario del Consejo de Administración. Las certificaciones se emitirán con el visto bueno del presidente del Consejo de Administración y, en su defecto, del que hubiere actuado como Presidente de la Reunión.

EL REGISTRADOR MERCANTIL, rechaza el artículo 20.3 dado que el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, impone el poder de representación sin límite a favor de las personas que contempla.

Que en lo referente al segundo defecto, se entiende que la designación de los cargos del Consejo debe ser un acto individual por parte del órgano competente. Ligar estatutariamente un cargo del Consejo al de todo Consejero sin cargo especial, impediría su remoción por el Consejo y por la propia Junta, salvo que se le destituyera como Consejero sin los requisitos de la modificación estatutaria.

Que, por último, en cuanto al tercer defecto, que de lo que realmente se certifica no es de la reunión sino del acta de la misma, cuya custodia corresponde al órgano colegiado de administración; que el artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere al Presidente del Consejo lo que resulta de una interpretación literal, lógica y sistemática.

EL RECURRENTE señaló: Que las restricciones establecidas en los artículos anteriores, a que se refiere el artículo 108, no pueden ser otras, en lo que afecta al artículo 106, que la prevista en el número 2.

En lo que concierne al segundo defecto: que la Junta será consciente de que al nombrar a cada Consejero le está nombrando igualmente Vicesecretario del Consejo de Administración y éstos, al aceptar el nombramiento, es evidente que estarán aceptando el referido cargo. De esta situación podrán tener perfecto conocimiento los terceros, pues éstos mediante la información obrante en el propio Registro, podrán tener en todo caso conocimiento de las personas que, siendo Consejeros, y no ostentando ningún otro cargo, tendrán la consideración de Vicesecretarios.

Que, finalmente, en lo referente al tercer defecto, es claro que el precepto estatutario controvertido crea una norma intrasocietaria, que constituye un régimen supletorio del legal, y que contribuye a la adecuada seguridad jurídica. Se puede aceptar que la labor del "*visto bueno*" no sea secundaria, pero desde luego es adicional. Sin embargo, la seguridad jurídica tan sólo se refuerza con el precepto estatutario discutido que en ningún modo contraviene el tenor literal del artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil.

LA DIRECCIÓN GENERAL determinó:

En cuanto a la primera cuestión: que la regulación del artículo 108 debe prevalecer sobre los pactos estatutarios y que no es necesario que en éstos se deje a salvo la vigencia que la propia norma tiene por sí. Los inequívocos términos con que se expresa el artículo 20.3 de los estatutos sociales revela la voluntad de excluir de la representación a quien no sea accionista aunque reúna alguno de los requisitos previstos en el artículo 108 por lo que dicha cláusula no puede ser admitida y debe confirmarse el defecto alegado por el Registrador.

La segunda cuestión consiste en dilucidar si es posible que los estatutos prevean que todos los miembros del Consejo sin cargo especial tendrán la facultad de Vicesecretarios. Se objeta que ello va en contra del artículo 141 de la vigente Ley. Se trata de una materia que ya ha sido resuelta por la Resolución de 14 de Diciembre de 1993. No se contraviene en este supuesto norma imperativa alguna ni existe riesgo de ambigüedad: Quienes acepten el cargo de Administrador están asumiendo (por constar así en el Registro) las funciones y responsabilidades de un Vicesecretario de un Consejo de Administración; a su vez, toda persona que entre en contacto con la sociedad estará también en condiciones de saber que eventualmente todo acuerdo del Consejo de Administración puede haber sido válidamente certificado (cfr. artículo 142 Ley de Sociedades Anónimas) por cualquier Administrador siempre que el designado Secretario no pudiese actuar como tal.

En cuanto al tercero de los defectos apreciados: es necesario que la persona que expida la certificación (actividad que comprende la redacción y también el visto bueno) tenga su cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil (cfr. artículo 109.2

del Reglamento del Registro Mercantil, con la única excepción que admite el artículo 111); se llega a la conclusión de que el visto bueno a una certificación no puede ser realizado por quien esporádicamente en su día hubiere actuado, presidiendo la reunión en la que se adoptó el acuerdo. La especial transcendencia de los asientos registrales, que gozan de presunción de exactitud y validez (artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil) hace que sea necesario exigir la máxima certeza jurídica en los documentos que tienen su acceso al mismo. (C.J.O.C.).

R 8 DE JUNIO 1994
(BOE 2 DE JULIO)

MERCANTIL. SA.

REPRESENTACIÓN EN JUNTA NECESARIAMENTE POR OTRO ACCIONISTA SIN EXCLUIR LOS SUPUESTO DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

HECHOS: Se debate en torno a la inscripción del siguiente artículo estatutario: "*Artículo 23*": Representación en la Junta General.

1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otro accionista.

2. Los documentos en los que conste la representación conferida se adjuntarán al acta de la Junta General, salvo que la representación se hubiera otorgado en escritura pública en cuyo caso se reseñará en la lista de asistentes la fecha de otorgamiento, el Notario autorizante y el número de su protocolo.

EL REGISTRADOR MERCANTIL, rechaza el inciso del citado artículo "*por medio de otro accionista*" por vulnerar el artículo 108 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas y señala que tal artículo 108 no distingue al regular la excepción en él contenida e impone el poder de representación sin límite a favor de las personas que contempla, porque la Ley entiende que este representante es, en la voluntad del socio, un verdadero alter ego. Y que esta interpretación la avalan razones de tipo práctico.

LA RECURRENTE argumentó: que es principio general del derecho español de las Sociedades Anónimas el de la limitabilidad del derecho de representación del accionista en la Junta General (artículo 106.1 de la Ley de Sociedades Anónimas). Que no se acierta a comprender por qué razón se exige la expresa salvedad en el artículo 23 de los Estatutos Sociales y no en otros preceptos estatutarios que, de partir de un razonamiento como el del Registrador Mercantil, estarían igualmente necesitados de las correspondientes salvedades.

LA DIRECCIÓN GENERAL estima el recurso y revoca la nota y acuerdo del Registrador señalando que la regulación del artículo 108 debe prevalecer sobre los pactos estatutarios y que no es necesario que en éstos se deje a salvo la vigencia que la propia norma tiene por sí.

Examinando en concreto la cláusula debatida puede apreciarse que no acoge en los términos en que está formulada ninguna expresión que excluya la aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 108 de la Ley, por lo que debe entenderse que su regulación sólo ha de referirse a aquellos supuestos en los que la propia Ley permite a los Estatutos reemplazar sus disposiciones, que no son otra, en este caso, que las previstas en el artículo 106 de dicho Cuerpo Legal. (C.J.O.C.).

R 9 DE JUNIO 1994
(BOE 1 DE JULIO)

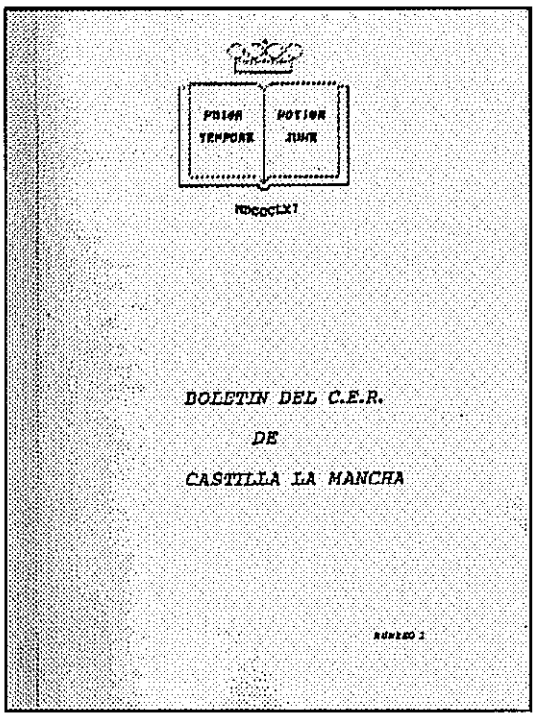
MERCANTIL. SA.

APLICACIÓN A LA REPRESENTACIÓN FAMILIAR (ART. 108 LSA) DE LA NORMA ESTATUTARIA QUE EXIGE LA CONDICIÓN DE ACCIONISTA A TODO ASISTENTE EN LAS JUNTAS GENERALES, POR REPRESENTACIÓN.

La cuestión a dilucidar se concreta a si pueden los Estatutos sociales llevar la exigencia de que la representación para asistir a la Junta General de accionistas se confiere a otro accionista, incluso en los supuestos previstos en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas de representación familiar y de representación con poder general en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviera en territorio nacional.

En concreto el punto debatido se refiere al apartado primero del artículo 23 de los Estatutos sociales en el que se dice: "*Artículo 23. Representación en la Junta general. 1.- Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otro accionista*". La Dirección General señala

que la conveniencia de que personas extrañas a la sociedad no se injieran en los asuntos de éstas, participando en las Juntas generales tiene su límite en aquellos supuestos en que por razones prácticas se trata de facilitar el funcionamiento de las sociedades familiares y el interés atendible de conjugar tanto la formación de la voluntad social, como el de no desgajar del patrimonio personal, confiado por la voluntad de su titular a una sola administración y por tanto a una sola voluntad de decisión, la parte constituida por las acciones de una sociedad determinada. En este sentido el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas declara inaplicables las restricciones establecidas por la propia Ley, lo que debe entenderse referido tanto a los que ésta prevé de modo preciso y concreto como aquellas que teniendo su apoyo potencial en la norma son desarrolladas en lo Estatutos, de las que son una muestra la exigencia de la cualidad de accionistas del representante, punto que se discute en este recurso. La cláusula debatida puede apreciarse que no acoge en los términos en que está formulada ninguna expresión que excluya la aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 108 de la Ley, por lo que debe entenderse que su regulación sólo ha de referirse a aquellos supuestos en los que la propia Ley permite a los estatutos reemplazar sus disposiciones, que no son otras, en este caso, que las previstas en el artículo 106 de dicho cuerpo legal. (R.B.M.).



Nuestros compañeros, los Registradores de CASTILLA LA MANCHA, ya tienen su Boletín. Lo dirige —y funda— Eduardo Martínez García, Director del Centro de Estudios Registrales de esa Comunidad y Registrador del Almagro, al que deseamos toda suerte de aciertos.

SENTENCIAS

Por ***Mª Emilia ADÁN GARCÍA***

S.T. CONSTITUCIONAL. 30 JUNIO 1993

PROCEDIMIENTO DEL ART. 131 LH

Se cuestionaba si el procedimiento del art. 131 LH, vulneraba o no el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE. La duda se fundaba en las limitadas posibilidades de oposición que se conceden al ejecutado, que sólo puede suspender el procedimiento acudiendo a los cuatro supuestos taxativamente fijados en el art. 132 LH.

El T. Constitucional entiende, que al dejar el procedimiento judicial sumario abierta a todos los interesados, la vía del juicio declarativo, no puede considerarse que la limitación de la controversia y demás peculiaridades del procedimiento, vulneran el derecho a la defensa.

Recalca el T.C. la importancia de las notificaciones y emplazamientos, en los que debe poner la máxima atención la Administración de Justicia. Pero, no obstante., quien tuvo conocimiento del procedimiento y no se personó, no puede alegar indefensión, amparándose en las deficiencias del procedimiento.

STS 16 DICIEMBRE 1993

DESLINDE

D. AAA adquiere en escrituras de fechas 20 enero y 17 junio de 1970 una finca en Madrid de 1756 m2, y la inscribe. En escritura de fecha 17 junio 1982, a consecuencia de segregaciones, cesión, compraventa, y agrupación de fincas, quedó a favor de D. AAA un resto de 667'95 m2 al que se añadió una parcela de 36'31 m2 sobrante inedificable de una finca de propiedad municipal. Agrupadas ambas, dió lugar a la finca 50746, con una superficie de 704'26 m2.

D. BBB adquirió en escritura de fecha 25 noviembre de 1980, una finca de 340 m2, que está debidamente inscrita.

D. BBB recurre y la AP estima que éste es dueño de una finca de 320 m2 y que D. AAA es propietario de la registral 50746, y ambas deben concretarse en el terreno, donde se determinará la extensión e la segunda. Entiende la AP que estamos en presencia de un supuesto de doble inmatriculación que debe resolverse conforme a las normas del Derecho Civil.

D. BBB recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Entre los motivos alegados cabe destacar.

- El motivo segundo, que sostiene que la sentencia ha aplicado mal el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

D. AAA demuestra que su finca tiene una antigüedad mayor que la de D. BBB.

El TS entiende que esta antigüedad no es bastante por sí sola para estimar el recurso. Lo que está claro es que la doble inmatriculación es un hecho, pues ambas partes reconocen la coincidencia de la finca de D. BBB dentro del perímetro de la de D. AAA; como nadie les ha negado su condición de terceros del art. 34 LH, se produce la colisión registral de asientos incompatibles, que hace entrar en juego el art. 313 RH. En consecuencia, haya que acudir a las normas civiles y a la antigüedad del derecho, pero sobre ello no hay nada en el pleito. Por todo ello se estima el motivo.

- El motivo 3º denuncia infracción del artículo 1473 CC, pues entiende el recurrente que es preferente el derecho que primero accedió al Registro.

En este caso no hay una doble venta, sino una colisión entre terceros del art. 34 LH.

El TS considera que lo que hay es una contradicción en la sentencia por lo que hay que admitir el motivo 5º que alega incongruencia, pues la AP reconoce a D. AAA la propiedad de la finca 50746 con los linderos y extensión del Registro, pero también reconoce que D. BBB es dueño de 320 m2, por lo que no puede reconocerse la finca 50746 con sus

linderos y extensión si de ella han de salir 320 m2.

La acción que se interpuso fue una declarativa que exige justo título e identificación de la cosa, por lo que solicitó el deslinde, lo que es correcto. Para el deslinde hay que acudir a las normas sustantivas del CC, es decir, al contenido de los títulos, y a la posesión de los colindantes (art. 385) y cuando no pudiera acudirse a ninguno de ellos se repartirá la tierra por mitad (art. 386), o cuando, como en este caso, los títulos atribuyen 704 m2 y 320, la solución está en distribuir el total proporcionalmente (art. 387 CC). Esta última es la que debe segirse en este caso, en trámite de ejecución de sentencia. Por todo ello el TS casa la sentencia.

STS 20 DICIEMBRE 1993

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente. La institución registral no responde ni de las descripciones de las fincas ni de su existencia, ni de su superficie.

HECHOS.- Como consecuencia de la concentración parcelaria de San Vicente de La Baña, se adjudicaron a las hermanas A las fincas 212, 214 y 213 y a las hermanas B las fincas 209, 210 y 211, sin que se llevase a cabo el deslinde y amojonamiento, señalándose como linde Oeste de las parcelas 212, 213 y 214 la carretera, siendo así que a lo largo del mismo existían edificaciones excluidas de la concentración.

En 1973 las hermanas B promovieron juicio contra las hermanas A para que se efectuase el deslinde, al haber fricciones por la línea divisoria de las fincas 211 y 212. En ejecución de sentencia las hermanas A promovieron incidente por entender que el deslinde marcaba una línea divisoria artificial, prescindiendo del seto vivo que las separaba, de modo que el linde se situaba a dos metros de éste sobre la finca 212 y ello a pesar de que se construyó a la vista, ciencia y paciencia de las hermanas B una casa que, de aprobarse el deslinde, quedaría en parte sobre parcela ajena. Subsidiariamente se pidió la accesión invertida.

Las peticiones de las hermanas A fueron desestimadas y confirmado el deslinde, al entender que excedía del cauce de los incidentes, la cuestión de la accesión invertida.

El IRYDA, mediante acta de rectificación de fecha 2 mayo de 1978, hizo constar que las fincas 212, 213 y 214 en realidad lindaban, no con la carretera, sino con zona de edificaciones excluidas de la concentración. La rectificación provocó la inscripción 2ª.

Las hermanas A plantearon pleito contra las hermanas B, interesando nuevo deslinde, y que tuviera lugar la accesión invertida mediante pago de precio. El JPI accedió al nuevo deslinde, respetando el muro. Las hermanas B apelaron, y la AP revocó el deslinde, por llevar a cabo la rectificación sin oír a los demás afectados, pero estimó la accesión invertida. Las hermanas A interpusieron recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El recurrente, entre otros motivos, alega infracción, por inaplicación, del artículo 235.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, e infracción de los artículos 1, 34 y 38 LH, ya que el error material producido respecto a las fincas de las recurrentes se subsanó por acta de 2 mayo de 1978, protocolizada el 5 julio 1978, dando lugar a la inscripción 2ª de las fincas, (la 1ª era la derivada de la concentración parcelaria), sin que se solicitase la nulidad del título por las demandadas, estableciendo el mencionado artículo 235.1, que las inscripciones verificadas a consecuencia de operaciones de concentración parcelaria, no surtirán efecto respecto a terceros hasta transcurridos 90 días naturales a contar desde el día siguiente en que se extendió el asiento de inscripción, por lo que pasados esos días produce todos sus efectos, destacando también el art. 38.2 LH.

El TS lo desestima por las siguientes razones:

- El art. 235 del Texto Refundido de 12 enero de 1973, suspende la fe pública frente a tercero, pero no frente a quienes han sido parte de la concentración por tener fincas en el mismo polígono. Y menos aún cuando se pretende nuevo deslinde con base a un expediente de rectificación que la AP considera nulo por afectar a derechos civiles de quienes no han sido oídos en el expediente rectificatorio. Las hermanas B, sólo han alegado por vía de excepción, que las actoras no pueden solicitar un nuevo deslinde con base en una notificación nula, pese a haber tenido acceso al Registro de la Propiedad.

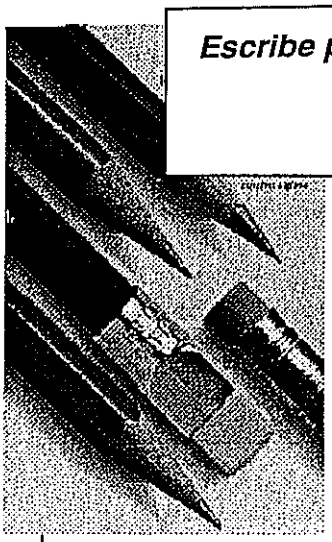
- El art. 38 LH recoge una presunción iuris tantum, que cae por su base, cuando la Sala de Justicia declara nulo el acto que dió lugar a la modificación pues la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33 LH). El TS recuerda que la interpretación del art. 38 LH que exigía el ejercicio previo o coetáneo de la acción contradictoria del dominio inscrito, ha sido sustituida por la más acorde con la flexibilidad jurídica, que establece, que una acción contradictoria del dominio inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición, y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

El TS se adentra en la consideración del principio de legitimación registral, dejando fuera de su cobertura, los datos registrales relativos a hechos materiales, pues los mismos se basan en las declaraciones de los solicitantes, al carecer el Registro de la Propiedad de una base física fehaciente. La institución registral no responde ni de las descripciones de las fincas ni de su existencia, ni de su superficie.

En este caso no se ataca la inscripción en sí sino sus datos físicos.

PRUDENCI JURIS

PRUDENCI JURIS



Escribe para Lunes:
Juán M. Rey Portolés
Registrador de la Propiedad

¿EL RANGO REGISTRAL SE ALTERA O PIERDE SI LA "MEJORA DE LAS CONDICIONES DEL TIPO DE INTERÉS" A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 4 Y 9 DE LA LEY SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, NO FUERA EN DEFINITIVA TAL MEJORA? ¿DEBE CONSENTIR LAS COMBINACIONES DE DICHA LEY EL HIPOTECANTE NO DEUDOR QUE EN SU CASO HUBIERA?

NOTA PRELIMINAR.

Tales (las del título) fueron las dos cuestiones básicas que por fax y teléfono tuvieron la gentileza de consultarme ciertos miembros de una Comisión tripartita (Notarios-Registradores-Letrados de Banca) que tenía como misión esclarecer los aspectos menos diáfanos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Se pretendía así facilitar la aplicación de una Ley que no estaba dando el juego inmediato que se esperaba de ella, y demostrar que los reproches -que trascendieron a la prensa diaria- acerca de que los estamentos notarial y sobre todo registral ponían obstáculos a su operatividad práctica, eran infundados. Ignoro, cuando esto escribo, las conclusiones a que habrá llegado la Comisión, y cuales serán las recomendaciones que nos suministrarán a los colectivos allí representados. Yo simplemente creo de interés difundir la respuesta u opinión que hube de improvisar, aún y a pesar de que cuando la redacté solo pensaba en los comisionados como destinatarios de mi informe, y por eso algún desahogo crítico o alguna cita histórica o de autores no esté todo lo pulida y contrastada que hubiera sido de desear. Creo que la urgencia en abordar el importante fenómeno que se nos viene encima, justifica el que no me entretenga en limar tampoco ahora esas aristas que el lector equilibrado debe considerar como meras hijas de la pasión puesta en mi cuasiforense alegato.

* * *

Se comprenden perfectamente las dudas de la comisión cuando en los fenómenos que trata de propiciar la Ley 2/1994, de 30 de marzo (subrogación o "rapto" y novación modificativa o "reconciliación") se involucran lo que aquélla denomina "*terceros*", a saber, hipotecantes no deudores y titulares de cargas o gravámenes posteriores al que se ve afectado.

Creo que ello es consecuencia de la confusión teórica de que suele adolecer nuestra doctrina en una materia que hasta la fecha era de poca aplicación práctica

y de la mayor confusión aún en que, con esa deficiente base, incurre un legislador que se precipita a normar sobre un derecho de tradición secular (el de hipoteca), desde un precepto que se le despierta de improviso (el art. 1211 del Código Civil), y sin el menor oteo del derecho histórico y comparado al respecto.

Para comprender el desaguisado que se ha cometido y situar a los intérpretes ante las diferentes alternativas para intentar paliarlo se hace preciso un breve repaso de nociones que, según todos los indicios, no tuvieron presentes los redactores de la Ley 2/94 (en la que además se adivinan diferentes "*manos*" y concepciones, tanto en la redacción del Proyecto que aprueba el Consejo de Ministros cuanto en las enmiendas o adiciones que experimentó luego aquel en su periplo parlamentario); recordemos, pues tales nociones elementales:

En el Derecho romano se gesta la hipoteca como derecho o situación de poder que hoy calificaríamos de real, cuando, desde el precedente de los "*invecta et illata*", se dota al favorecido por aquélla de una acción real (la actio pigneraticia in rem) ejercitable contra cualquier poseedor de la cosa hipotecada.

Ya en el período, clásico cuando AUN NO ERAN TRANSMISIBLES DEBIDO A SU PRÍSTINO CARÁCTER PERSONALÍSIMO LAS OBLIGACIONES (las cuales debían someterse para conseguir el efecto de transitar económicamente a otro sujeto al rígido esquema de la novación extintiva con generación de otra idéntica en el nuevo acreedor), era posible por contra, EL TRÁFICO DE LAS HIPOTECAS EN CUANTO DERECHOS REALES que representaban un valor útil para el cambio.

Ya en el período, clásico cuando AUN NO ERAN TRANSMISIBLES DEBIDO A SU PRÍSTINO CARÁCTER PERSONALÍSIMO LAS OBLIGACIONES (las cuales debían someterse para conseguir el efecto de transitar económicamente a otro sujeto al rígido esquema de la novación extintiva con generación de otra idéntica en el nuevo acreedor), era posible por contra, EL TRÁFICO DE LAS HIPOTECAS EN CUANTO DERECHOS REALES que representaban un valor útil para el cambio.

Los principales ejemplos de ese tráfico que brindan las fuentes son por un lado la cesión o venta de las hipotecas, por iniciativa de su titular, a alguien interesado en proveerse del poder real que implicaban tales derechos (para el cobro de créditos propios, no de los primitivamente garantizados que eran de suyo intransferibles salvo la novación), y por otro la sucesión (successio in locum) en el derecho real de hipoteca en favor de un nuevo sujeto, generalmente acreedor de segundo orden, en donde la iniciativa o partía del deudor hipotecario interesado en encontrar un acreedor menos intransigente, o partía de tales acreedores ulteriores mediante el ejercicio de un "*ius offerendi*" -jerarquizado por orden de fechas-, que no era sino la facultad de desinteresar mediante pago al acreedor hipotecario de rango anterior, quedándose el oferente con el derecho de hipoteca del acreedor

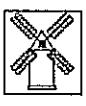
satisfecho, que entonces utilizaba sin límite cuantitativo en garantía de sus propios créditos.

Pero, importa subrayarlo de nuevo, estos "*trasiegos*" hipotecarios se referían al derecho real exclusivamente, es decir, al "*ius persequendi et vendendi*" que, merced a la dación de acciones de esa índole, constituía la esencia de los derechos de garantía mobiliaria o inmobiliaria denominados "*pignus*" (o "*pignora*" en plural). Las obligaciones primigeniamente garantizadas por tales derechos accesorios NO PODÍAN TRANSITAR -en un principio- A UN NUEVO SUJETO como reminiscencia del carácter de vinculación personal que conllevaba la primitiva "*obligatio*".

Sabido es que en el Derecho romano tardío o imperial cuando (consumando el ciclo iniciado por la Ley Poetelia Papiria) se difuminó esa pátina de personalismo en la obligación, ya se pudo transmitir ésta a otras personas. Así ocurrió sin duda respecto de su polo activo o posición de acreedor por cuanto representaba un valor patrimonial de conveniente circulación que, en ese nuevo estadio, no tenía perniciosa repercusión en el deudor quien estaba constreñido solo a satisfacer una pretensión pecuniaria sin que le importara significativamente su destinatario con tal de que se le informara del cambio. Mayores dudas supuso el tránsito de la posición de deudor o polo pasivo de la obligación hasta el punto de que probablemente solo en época moderna se ha podido artificialmente verificar (Alemania) a través del denominado contrato de asunción de deuda, que se pretende mantiene idéntica la obligación aún con diferente deudor; en los ordenamientos más obedientes al patrón romano como el nuestro (así lo demuestra Sancho Rebullida) y muchos otros, tal cambio de sujeto pasivo de una obligación sólo se puede conseguir merced al mecanismo de la novación extintiva que entraña la desaparición (del) "*prioris debiti*" y la generación de un "*idem debitum*" en el nuevo sujeto vinculado, por cuanto lo contrario significaría una inadmisible revolución en la jerarquía de su pasivo ya que irrumpiría en él, con fecha de ahora, una deuda que tendría la antigüedad de su primitiva contracción.

Pues bien, ese doble fenómeno de temprano tráfico de los derechos reales de garantía por un lado y de circulabilidad tardía, y a medias, de las obligaciones subyacentes, por otro, que ha dejado su huella en los Cuerpos jurídicos de Derecho intermedio y en la tradición jurídica de muchos Derechos continentales se ha difuminado a nuestros ojos actuales por dos razones principales:

A) Por un lado comoquiera que la transmisión activa de las obligaciones se fue abriendo paso hasta su franca viabilidad universal y que se generó una tradición de considerar a la hipoteca como derecho accesorio de un crédito resultó que se unificaron, primero en la doctrina de los autores (p. ej. Pothier) y luego en los Códigos las figuras originariamente distintas del pago con efecto subrogatorio en el crédito extinto por un lado y de la primitiva "*succesio in locum*" en la hipoteca, por otro. Quiero decir, si en una primera época quien satisfacía a un acreedor preferente lo hacía para quedarse con la hipoteca de que se hallara aquel provisto, a fin de, sucediéndole en ella, (y principalmente en ella) garantizarse un crédito propio bien anterior bien generado simultáneamente, en una etapa posterior quien pagaba un crédito previo, se subrogaba con carácter general (salvo en el caso de oposición del deudor) en dicho crédito y como efecto reflejo en sus accesorios (hipoteca por ejemplo) y ambas operaciones, ciertamente emparentadas pero conceptualmente distintas, se mezclaron en su tratamiento. Por si la amalgama no



era suficiente el proyecto isabelino trasvasó lo que la tradición histórica regulaba dentro del pago subrogatorio (en el que apenas si dejó huellas p. ej. el actual art. 1159 C.C) al instituto de la novación subjetiva, y por eso hallamos hoy situado en la sección sexta, del capítulo IV (de la **extinción** de las obligaciones) del título I del Libro IV del Código civil, un artículo, el 1211, cuyos más remotos orígenes contemplaban un caso de adquisición de solo la hipoteca que se mezcla con otros donde lo que se pretende es ante todo una subrogación en un crédito y de pasada "*en los derechos a él anexos*" (art. 1212) y cuyo conjunto normativo se ubica todo él en un capítulo destinado a ¡la extinción de las obligaciones!

B) Por otro lado, debido a la admisión ya en el propio Derecho romano imperial de las hipotecas generales y tácitas se inició una corriente de visión de las mismas que las aproximaba no poco a los privilegios. Estos también experimentaron una confusión en su naturaleza hasta el punto de calificarsele en algún Ordenamiento, como el francés actual, de verdaderos derechos reales inscribibles. La consecuencia de esa equiparación entre hipoteca y privilegio ha sido la de atenuarse por algunos los caracteres reales de la hipoteca como noción distinta y separable del crédito al que sirve, y la de aceptarse la dialéctica de convivencia de los llamados "*créditos hipotecarios*" con los **demás** créditos privilegiados, por ejemplo en una situación de concurso (1). Degradada, pues, la hipoteca (por más que se la defina inicialmente como derecho real) a la condición de mero accesorio crediual, al modo de los privilegios, contemplada por tanto casi como una institución **de derecho de obligaciones** y humillada al verse pospuesta a otros créditos (como los del art. 32.1 del Estatuto de los trabajadores), no es de extrañar que se abriera paso la tesis, que en otro lugar he motejado de "*centauro*", es decir, la fusionista que ve al crédito y a su servidora como un ente compacto, único e inescindible, y aunque algunos (Amorós Guardiola), con la mejor de las intenciones, han querido elevar al pseudohíbrido todo él, al rango de los derechos reales, son más los que, inadvertidamente, lo hacen convivir con sus pretendidos homólogos crediuales.

Recapitulando, entonces:

- Desde el Derecho romano clásico hasta muchos Ordenamientos modernos (el alemán, el francés, el portugués y, si hacemos caso a sus antecedentes, también el nuestro) se admitió la llamada **sucesión** en las hipotecas, consideradas éstas como derechos reales independizables del crédito al que originariamente sirvieron.
- Se entremezcló esa sucesión en el escueto derecho real, con la subrogación en el polo activo de un crédito y, por ende, en sus accesorios y se codificó entre nosotros el fenómeno dentro de un capítulo que parece presumir que se extingue una obligación y se genera otra idéntica con nuevo acreedor.
- Se pierde de vista, por influencia francesa, la naturaleza de la hipoteca como derecho real, y por lo tanto como instituto situado en otra dimensión (superior o por lo menos distinta) de los simples créditos aun privilegiados.
- Se gesta una concepción unificada del "*crédito hipotecario*", que, en vano se intentará situar en la casta (la real) de su ingrediente más noble (la hipoteca), sino que se verá obligado a convivir y enzarzarse con los individuos (los créditos) de la clase inferior de su elemento de menos prosapia (la obligación).

* * *

Pues bien, con esos prejuicios infiltrados en el subconsciente de los operadores jurídicos más influyentes, olvidados los antecedentes romanos e intermedios que se conceptúan no pocas veces como exóticas importaciones germanófilas, y gestada sin meditación ni perspectiva una Ley que pretende desde el poder y no desde la interpretación hábil de los agentes sociales atender una apremiante necesidad económica, el resultado no podía ser más desastroso y por eso cuando se intenta colmar ahora las lagunas de la nueva norma, faltan principios seguros a los que acogerse.

Pues bien, con esos prejuicios infiltrados en el subconsciente de los operadores jurídicos más influyentes, olvidados los antecedentes romanos e intermedios que se conceptúan no pocas veces como exóticas importaciones germanófilas, y gestada sin meditación ni perspectiva una Ley que pretende desde el poder y no desde la interpretación hábil de los agentes sociales atender una apremiante necesidad económica, el resultado no podía ser más desastroso y por eso cuando se intenta colmar ahora las lagunas de la nueva norma, faltan principios seguros a los que acogerse.

De entrada, ya se advierte la falta de tecnicismo del legislador. En efecto; la subrogación en los trasplantados (desde la sección dedicada al pago) arts. 1209 y ss del Código se refiere a la que se produce en el polo activo de una obligación o, como precisa la moderna doctrina, de una relación obligatoria, la cual a su vez se genera por un contrato, o negocio productor de obligaciones. Cuando se quiere transferir una íntegra posición contractual, la doctrina habla de cesión de contrato, pero no denota buena técnica referirse a la "*subrogación*" en un contrato, sino a la que tiene lugar en las obligaciones de él derivadas. Pues bien, el art. 1 de la Ley de 30 de marzo de 1994 no tiene ningún empacho en imaginar que la subrogación tiene lugar en "*los préstamos hipotecarios*" (apartado 1) y que será de aplicación a los "*contratos (!) de préstamo hipotecario*" (apartado 2). Era más precisa la proposición de Ley de reforma parcial de la hipotecaria presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió -B.O.C.G. Serie III A, nº 8 (a), de 30 de diciembre de 1993- cuando en su E. de M. impetraba "*habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1211 y 1212 y concordantes del Código civil puedan SUBROGAR SUS HIPOTECAS a otro acreedor*"; todavía hubiera sido preferible referirse a hacer **suceder en las hipotecas** a otro acreedor, pero aun con el empleo del ambiguo verbo subrogar estaba clara la intención de esa non nata proposición que inspiró y alentó el proyecto gubernamental, de circunscribir el fenómeno a solo el derecho real).

No contenta la ley con ese dislate inicial, su art. 2, después de "*engancharse*" al art. 1211 del Código (cuyo antepasado más remoto según dije es una "*succesio in locum*" de hipoteca), habla en su segundo párrafo de un "*NUEVO préstamo hipotecario*" y sin embargo en el art. 4 solo permite pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés del antiguo (el art. 4 del proyecto gubernamental

aún era más expresivo pues no permitía modificar en modo alguno el contenido del contrato de préstamo, salvo el tipo de interés). ¿En qué quedamos, pues, hay un "*nuevo*" préstamo hipotecario con "*condiciones financieras propias*" que reemplaza al amortizado, cual apunta el art. 2, II o se mantiene el mismo préstamo con las únicas alteraciones de sujeto acreedor y "*mejora de las condiciones del tipo de interés*" como parecen imponer los arts. 4, 5 y concordantes?

Por otro lado ¿cual es el designio, o si se quiere, el interés protegido por el escrupuloso art. 4 de la Ley? Inconscientemente algunos juristas con hábitos de visión registral de los fenómenos se orientan a pensar que los sujetos protegidos por ese precepto son los titulares de cargas posteriores, en cuyo perjuicio solo se permite introducir un concreto cambio (la mejora de las condiciones del tipo de interés) que se supone les beneficia, puesto que aligera la onerosidad del gravamen que les antecede y facilita la posibilidad de que el gravado o ellos mismos por vía sub rogatoria lo satisfagan y mejore, entonces, su posición jerárquica.

Pero es muy llamativa la despreocupación que muestra esta Novela 2/94, de 30 de marzo por cualquier cuestión atinente al rango. Ni en su exposición de motivos, ni, con claridad, en ninguno de sus artículos, se advierte la menor preocupación por sujetos distintos a los tres (o dos en la modificación) involucrados, a saber, el primitivo y el nuevo acreedor por un lado y el deudor del préstamo hipotecario afectado, por otro.

Ello es consecuencia, a mi juicio, de, por una parte, la prevalente intervención en la génesis de la Ley de juristas sin hábitos de visión registral de los préstamos hipotecarios. Se trata de profesionales acostumbrados incluso a alumbrarlos con pericia y asiduidad pero no a resolver los problemas de su convivencia con la restante fauna registral. Lo esporádico además en el tráfico ordinario de la aparición del hipotecante por débito ajeno les impidió considerarlo siquiera ansiosos por estructurar cuanto antes los cauces con que abaratar los préstamos hipotecarios ordinarios y atender así el mandato del Congreso de la Nación. Por otra parte es consecuencia también de los estragos que va haciendo en las concepciones jurídicas de no pocos operadores influyentes la tesis "*centauro*" o fusionista. Si crédito e hipoteca forman una realidad única y si la aposición de ésta a aquel viene a equivaler a la atribución convencional de un privilegio, no es de extrañar que el humano legislador cegado por ese espejismo ordene la "*subrogación en los préstamos hipotecarios*", como si pudieran transitar "*uno ictu*" y por el cauce común de la subrogación (otra caso es como efecto reflejo según ordena el art. 1212 del Código civil) tanto lo que es un derecho personal como lo que es un derecho real.

Pero que lo que ahora importa es destacar que el art. 4 de la Ley puede tener una explicación por completo alejada de la protección a los terceros poseedores de primero y segundo grado en la terminología de Camy. Cabe, en efecto, imaginar que la ley ha querido incentivar con exenciones fiscales y reducciones arancelarias solo unos mínimos y nucleares cambios en los préstamos hipotecarios que hoy existen. Cualquier otra alteración que extravase los términos de los arts. 4 y 9 de la Ley se podría hacer naturalmente de acuerdo con los esquemas generales pero ya sin estímulos fiscales ni de otra índole. Que no está pensando en titulares de gravámenes ulteriores lo evidencia el que en el art. 9 parifica una alteración que probablemente les beneficia (mejora de las condiciones del tipo de interés) con otra que fácilmente les puede perjudicar (la alteración del plazo).

Por eso yo prefiero partir de que la Ley 2/94 se ha gestado con una visión prevalentemente notarial, (2) es decir, como una "*Ley de partes*", y que ha abandonado los problemas de terceros a los principios generales. La única alusión a tales terceros se efectúa solo en el art. 5 "*proemium*" de la Ley ("*El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si...*"), y aún entonces parece que con el propósito de que no se pudiera pensar que la inscripción (por nota) de la subrogación tuviera carácter constitutivo (como lo tiene la constitución de la hipoteca misma). Se trataba, pues, de subrayar que la subrogación despliega sus efectos desde que se realizan los actos y se otorga el negocio a los que la Ley anuda tal efecto (o hecho en palabras del legislador) y que solo si se desea hacerlo oponible a tercero (que de otro modo estaría protegido por la fe pública) es preciso registrarlo del modo atípico (nota marginal) que se prevé.

* * *

Si pues la Ley deja actuar los principios generales sobre el rango ¿cuáles son estos principios, frente a los que la Comisión se muestra al parecer dividida?
A decir verdad en nuestro Derecho la cuestión está abierta y los preceptos no pueden ser menos decisivos.

Si pues la Ley deja actuar los principios generales sobre el rango ¿cuáles son estos principios, frente a los que la Comisión se muestra al parecer dividida?
A decir verdad en nuestro Derecho la cuestión está abierta y los preceptos no pueden ser menos decisivos.

Para muchos el precepto clave lo constituye el art. 144 de la Ley hipotecaria desenvuelto por el 240 de su Reglamento.

El artículo 144 de la Ley, uno de los originarios de la Ley de 1861 y que no viene glosado en su E. de M., se suele leer sobre todo por los creyentes en el amalgamado "*crédito hipotecario*", como una confirmación de sus concepciones. El crédito cuando se fusiona con una hipoteca que les franquea las puertas del Registro, accede a él prácticamente en su integridad (salvo acaso las cláusulas sobre gastos de la escritura, exenciones fiscales y pocas más) porque, se piensa, la hipoteca no tiene entidad por sí misma; es un molde vacío que necesita de la arcilla creditual para componer una figura que se trasplanta tal cual a los folios. De ahí que una vez transcrito (y empleo este verbo con toda intención) el crédito hipotecario en el folio correspondiente se impone y opone, TODO EL, a cualquier subadquirente posterior, séalo del dominio, seálo de un derecho real limitado (por ej. hipoteca de rango inferior), séalo incluso de esa medida cautelar procesal que denominamos embargo anotado. Y de ahí igualmente que cualquier alteración, por mínima que sea,. que se efectúe en el tenor del "*crédito hipotecario*" así petrificado no puede perjudicar a tercero si antes no se ha hecho constar en el Registro de alguna de las tres maneras que contempla el citado art. 144. Hasta el art. 240 "*fine*" del Reglamento hipotecario, se concluye, considera un caso en que se altera solo el crédito dejando intacta la hipoteca y aun así se puede reflejar esa alteración por

nota marginal, la cual según algunos (Camy, García García) puede tener repercusión hasta en la efectuación de la hipoteca.

Pues bien, esa lectura del precepto no es la única posible, ni siquiera la más acertada.

Carentes como estamos de interpretaciones auténticas del mismo me permito destacar:

1º.- Que ya algún autor como Roca Sastre aun participando acaso de la lectura predominante, critica el que no se excluya del ámbito de ese precepto a las hipotecas de seguridad, en las que el crédito garantizado está perfilado solo en sus líneas generales o incluso únicamente en su fuente generatriz, y mal puede imaginarse que perjudiquen o no a terceros retoques imposibles en un ingrediente que apenas está esbozado, o en fase embrionaria.

2º.- Que tal y como está redactado el precepto sería muy fácil revolverlo contra la misma tesis de la que es el principal bastión. Si todo hecho o convenio etc... no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro del triple modo que sabemos, bastará que, efectivamente, se haga constar en cualquier tiempo, incluso después de la aparición de ese tercero, para que desde ese momento ya surta efecto contra él. Obsérvese que el artículo no dice "*como no se hubiese hecho constar en el Registro con anterioridad al asiento del tercero*", y eso que una idea parecida a la que quieren entrever los fusionistas en el art. 144 L.H., sí que acertó a plasmarla así, destacando la anterioridad y la posterioridad un precepto coetáneo de aquel cual es el art. 69 de la propia L.H.

3º.- Pero es que la lectura tópica del art. 144 L.H. se torna incomprensible en la hipótesis "**cancelación**"

En efecto, se puede admitir dialécticamente que p. ej. una "**novación del contrato primitivo**" que agravase las condiciones de la obligación garantizada -lugar de pago, tipo de interés, plazo más corto etc.- no resulte oponible a quien adquirió un derecho pleno o limitado confiado en el íntegro tenor del crédito hipotecario que le antecedía. Pero que "*el pago*" o "*La promesa de no pedir*" p. ej. no perjudique (?) a ese tercero que contrató a la vista de un determinado contenido registral ¿qué quiere decir? ¿que a él -si fuera tercer poseedor- se le puede reclamar un segundo pago so pena de poner en marcha la hipoteca, o que frente a él no surte efecto "*el pacto o promesa de no pedir*"? Para que el art. 144 pudiera leerse como dirigido a proteger a titulares de derechos ulteriores al "*crédito hipotecario*" inscrito, debería haberse redactado en la prevención solo de empeoramientos o posibles agresiones contra tales titulares (algo así como algunos tienden a leer el art. 4 de la Ley 2/94), pero no imaginando supuestos que claramente les benefician y hacen desaparecer a sus ojos por pago, condonación etc. las cargas antecedentes.

4º.- En cambio, ya he sostenido (en mi artículo -conferencia "*Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante*", versión libro colectivo editado por C.E.R. del I.C.N.R.P.M.E. con el título "*Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*", Madrid, 1993, pág. 120, nota 6) que el tercero al que se refiere el art. 144 "*no es el titular de un gravamen ulterior a la hipoteca cuya obligación se altera, sino el cesionario oneroso y de buena fe -genuino tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria- de aquélla y del crédito por ella garantizado. A dicho sujeto que ha adquirido un crédito hipotecario tal y como estaba cincelado en el registro no se le puede oponer en su perjuicio cualquier modificación extratabular*

que hubiera experimentado el crédito". De este modo sí adquiere cabal sentido el que un pago directo o por compensación, una condonación graciosa o transaccional etc., no surtan efecto contra quien ha efectuado una adquisición onerosa del crédito hipotecario ignorante de que estaba extinto o menguado por convenios previos no inscritos efectuados por el desaprensivo u olvidadizo cedente o transmitente. Como concluyo en la citada nota, "*El art. 144 estaría, pues y nada menos, que extendiendo el principio de fe pública registral (en su formulación latina) al crédito protegido por el derecho real de hipoteca (en su variedad de tráfico): Algo que en Alemania han tenido que colmar la doctrina y la jurisprudencia y que entre nosotros está normativamente respaldado desde el pasado siglo!*". Y no se trata de que en la órbita del art. 144 de la L.H. yo me reconvierta al fusionismo, y crea que el crédito hipotecario es una aleación inescindible a los ojos de tercero. No; crédito e hipoteca siguen siendo ingredientes conceptualmente distintos y negocialmente separables (y por eso el art. 240 fine del R.H. permite reflejar un retoque -el pago- en el crédito que no transciende "*per se*" a su compañera hipotecaria), pero el intuitivo legislador decimonónico supo acertar a dar protección latina al elemento crédito el cual al menos en su cuantía es de inevitable reflejo tabular en las hipotecas de tráfico.

* * *

Marginando, pues, el art. 144 de la L.H. que está situado en otra órbita, un segundo precepto que puede alumbrar la solución al problema de hasta donde puede llegar los "*retoques*" en un crédito hipotecario anterior habiendo cargas posteriores sería el art. 241 del Reglamento Hipotecario relativo a la "*posposición de hipoteca*".

Pero es este un artículo por desgracia no concluyente ya que, amén de su insuficiente rango (Decreto) para lo que se pretende, deja en la indefinición tal cantidad de aspectos en su Tatbestand, que se ha polemizado sobre todo él, con opiniones que sería inoportuno desmenuzar aquí.

Obsérvese que en ningún momento se precisa en él si la hipoteca que se ha de posponer a otra futura, puede haber nacido (estar inscrita) mucho antes de registrarse el convenio sobre su posposición; o por el contrario si orto de la hipoteca postergable y previsión de su postergación deben ser simultáneos; y lo que es mucho más trascendente, en ningún párrafo de dicho artículo se contempla la existencia de cargas intermedias, cuyo perjuicio o no perjuicio por la posposición deba barajarse en un sentido o en otro (es conocida la discrepancia al respecto entre Lacruz y Albaladejo que ahora no puedo traer a colación).

Pero con todo y con eso, y aunque su supuesto de hecho normativo pueda ser polémico, dos preocupaciones afloran en el reglamentarista, amén de la lógica exigencia de consentimiento del acreedor hipotecario pospuesto: una es que la indefinición sobre el rango que finalmente ha de resultar tenga lugar dentro de un plazo cierto, corto o largo, (no hay aquí exigencias institucionales como las del art. 14 R.H. o 1508 del C.c), pero en todo caso cierto (cual ocurre por ahora en los nombramientos de administradores de sociedades limitadas); y otra es que del gravamen hipotecario destinado a anteponerse SOLO INTERESAN estos dos aspectos.

- **responsabilidad máxima** (ni siquiera fuente de la obligación) por todos los conceptos,

- y duración máxima de la propia hipoteca a anticipar, con independencia de cual fuera el plazo con que cuente o llegue a contar el crédito subyacente.

¿Para qué subrayar estos requisitos si no es porque, ajustándose a ellos, los titulares de cargas intermedias no tienen nada que objetar? Verdad es que no se les menciona, pero no habiéndolos, la autonomía de la voluntad permitiría sin duda una posposición a un gravamen mayor que el inicialmente previsto o fuera del plazo imaginado en un principio y ya precluido. Si algo entrañan aquellas exigencias es que solo acatándolas puede tener, como dice el art. 241 proemium, "*efectos registrales*" la posposición o lo que es lo mismo, puede desplegar toda su eficacia aun contra titulares intermedios perfectamente avisados de aquella alteración del rango.

Este art. 241 del Reglamento Hipotecario, pues, aun con toda su modestia jerárquica, nos alumbra acerca de los márgenes que el reglamentarista considera capitales en una hipoteca, a saber, cifra de responsabilidad y plazo del propio gravamen a anteponer. Cualquier aspecto del crédito a garantizar por la hipoteca futura distinto de esos dos que se contagian en su caso a la garantía debe resultarles indiferente a los eventuales titulares intermedios.

No debe, pues perderse de vista en ningún momento la "*filosofía*" que impregna a este art. 241 del R.H., a la hora de interpretar los límites de los arts. 4 y 9 de la Ley de 30 de marzo último.

* * *

También ilustran sobre nuestro problema dos datos significativos que ya he destacado en otro artículo-conferencia mío ("*La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado*" en "*Jornadas...*" cit. pág. 165) y que aquí reitero porque apuntan en la misma dirección que el art. 241 del R.H.

Es el primero el comentario que García Goyena hace al art. 1211 del Código civil, en donde quedó fosilizado un caso de "*sucessio in locum*" hipotecaria que llegó a nosotros a través de Partidas 5, 13, 34.

Escribía el ilustre glosador decimonónico: "*La subrogación es favorable al deudor que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso: justo es reconocerle la facultad de encontrarlo. Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudiera hacerse en perjuicio de terceros que TUVIERAN privilegios o HIPOTECAS POSTERIORES, y este es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1120 (equivalente al 1211 del Código vigente). Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otros para este objeto y hacer la subrogación PARA DEFRAUDAR A LOS ACREEDORES POSTERIORES: los requisitos de haber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, basta para tranquilizar y pone a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así NO PODRÁN ESTOS QUEJARSE DE LA PREFERENCIA ADQUIRIDA POR EL TERCERO, PUES SIN EL PAGO LA HABRÍA TENIDO EL MISMO ACREEDOR.*

Para un intérprete con la formación romanista de don Florencio le resultaba familiar el fenómeno de la sucesión hipotecaria y su única preocupación era solo

que se intentase anteponer algo así como una hipoteca de propietario a los derechos de esos terceros de inferior rango. Pero salvo que el gravamen prioritario se quisiera utilizar para garantizar un crédito consigo mismo, (probablemente extinguido por confusión, pero nunca me canso de remitir a los arts. 231 y 232 del R.H.), el ilustre comentarista no manifestaba ningún otro escrúpulo acerca de las características del nuevo crédito y digo nuevo crédito porque en la tradición histórica originaria del Tatbestand del art. 1211 se trató de un nuevo crédito que sucedía a otro en su hipoteca por más que la confusión ulterior lo aproximase a un caso de mera subrogación en el crédito primitivo que artificiosamente, por ficción legal, se suponía que subsistía con el simple cambio de sujeto activo y, con gran probabilidad, también del plazo para el pago).

En ningún momento se pierde García Goyena en pormenorizar los aspectos del nuevo préstamo (y es inevitable esa expresión) que no podrían convenirse en perjuicio de titulares intermedios cual pretende hacerse ahora desde una prejuiciosa intelección de los arts. 4 y 9 de la Ley 2/94. Para él lo único trascendente es que la obtención de fondos desde un tercero "*menos riguroso*" (en la visión subjetiva del deudor) fuese real y no obedeciese a una operación ficticia que encubriese un pago con recursos propios (y aun esto porque no habiéndose estructurado a la sazón entre nosotros un Registro de folio real le resultaba inasimilable todavía una figura como la "Eigenthümergrundschuld"). Pero ni tipo de interés (que se supone con todo "*menos riguroso*") ni lugar de pago que probablemente variaría, ni nuevo plazo concedido que se supone desbordaría el originario que ya habría vencido, nada. Los acreedores hipotecarios no podrían quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues SIN EL PAGO LA HABRÍA TENIDO EL MISMO ACREEDOR. El marco cuantitativo -la cifra de responsabilidad en suma- del gravamen antecedente en que se sucede por el advenedizo es lo único que en la entreverada concepción de García Goyena no se puede alterar con perjuicio de acreedores ulteriores.

El segundo dato que invoqué en el lugar citado es el sentido oculto de la regla 5ª del art. 131 de la Ley hipotecaria, cuando en su segundo párrafo proposición final prevé que se hará constar el pago (del crédito hipotecario preferente que se está ejecutando) y la subrogación en el mismo por parte de algún acreedor titular de carga o derecho real constituido con posterioridad, por nota al margen (he ahí un antecedente del art. 5 de la Ley 2/94) no solo de la inscripción o inscripciones de la hipoteca en que dicho acreedor se subroga sino también en la de su crédito o derecho respectivo. Esta segunda nota la considero una reminiscencia de cuando el fenómeno se estructuraba como una escueta sucesión hipotecaria y parece dar a entender que aquí hay más de eso que de subrogación en el crédito extinto, conforme al art. 1210-1º del Código civil.

Con todo, lo único que me interesa resaltar es que el legislador hipotecario en esta regla 5ª del art. 131 L.H., ni contempla una mera sucesión procesal, ni evidencia ningún escrúpulo acerca de las características beneficiosas o perjudiciales que para acreedores intermedios tuviera el crédito del acreedor subrogante, el cual crédito algo tendrá que ver en el fenómeno cuando se le enlaza por nota marginal al gravamen antecedente.

* * *

Por último, antes de adentrarme en las conclusiones acerca de lo que se me consulta, creo interesante alumbrar otro caso en que se produce una cierta alteración del rango "*nemine discrepante*". Me refiero al de ejercicio triunfante de una tercería de mejor derecho conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 1532 y ss).

En él nos encontramos con un embargo trabado y publicado "*erga omnes*" a través de la correspondiente anotación preventiva, con plena oponibilidad a adquirentes de derechos reales (hipoteca p. ej.) ulteriores a la fecha de la traba y a su difusión tabular. Pues bien, cualquier crédito privilegiado, a su vez ulterior a la hipoteca intermedia de mi supuesto, puede interponer (y por hipótesis ganar) una tercería de mejor derecho con influencia en el procedimiento en que se decretó el embargo anotado; en ese caso, se declarará el derecho del tercerista "*a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante*" (arts. 1532 y 1520 de la ley rituaria). El embargo (que no deja de ser una semihipoteca judicial) y su realización por la vía de apremio, se ponen entonces al servicio de un crédito nuevo, de satisfacción prioritaria, sobre cuyos perfiles en vano se cuestionará el acreedor hipotecario intermedio. Este contaba con que el valor de la finca estaba mermado, por una traba judicial previa y poco puede decir acerca del carácter más o menos gravoso del crédito que, vía tercería, se anticipa a hacer efectivo aquel fragmento de valor que ya no era del hipotecante. Pues bien, con idénticos esquemas mentales hemos de abordar la interpretación de las dos combinaciones básicas que regula la Ley 2/1994.

* * *

En efecto: suframos con resignada paciencia la incuria del legislador que no sabe a qué referir la subrogación que desea (si a la obligación de devolver el préstamo, si al híbrido formado por ésta y la hipoteca a su servicio, o si al contrato generador de una y otra, cuando debió desenvolver simplemente la romana "*successio in locum*"), suframos, en especial Sancho Rebullida, la herejía de que se imagine (art. 9) una "*novación modificativa*" que representa una "*contradictio in terminis*" y suframos hasta la cuasiadministrativización de los préstamos hipotecarios de tipo bancario que se destila de la disposición adicional segunda de la ley y de la Orden (Presidencia) de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hispotecarios (B.O.E. de 11 de mayo de 1994), pero no enturbiemos el panorama hipotecario (que con consciencia de sus limitaciones el legislador de ahora no se ha atrevido a rozar siquiera),

intentando hacer mil disquisiciones sobre la palabra "*mejora*" de los artículos 4 y 9 de la Ley de 30 de marzo de 1994, y en función del resultado del análisis, decidir sobre si se mantiene o no el rango del gravamen afectado por la subrogación o la modificación.

En efecto: sufrimos con resignada paciencia la incuria del legislador que no sabe a qué referir la subrogación que desea (si a la obligación de devolver el préstamo, si al híbrido formado por ésta y la hipoteca a su servicio, o si al contrato generador de una y otra, cuando debió desenvolver simplemente la romana "*successio in locum*"), sufrimos, en especial Sancho Rebullida, la herejía de que se imagine (art. 9) una "*novación modificativa*" que representa una "*contradictio in terminis*" y sufrimos hasta la cuasiadministrativización de los préstamos hipotecarios de tipo bancario que se destila de la disposición adicional segunda de la ley y de la Orden (Presidencia) de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hispotecarios (B.O.E. de 11 de mayo de 1994), pero no enturbiemos el panorama hipotecario (que con consciencia de sus limitaciones el legislador de ahora no se ha atrevido a rozar siquiera), intentando hacer mil disquisiciones sobre la palabra "*mejora*" de los artículos 4 y 9 de la Ley de 30 de marzo de 1994, y en función del resultado del análisis, decidir sobre si se mantiene o no el rango del gravamen afectado por la subrogación o la modificación.

Al contrario, "*la mejora de las condiciones del tipo de interés*" solo sirve como piedra de toque para decidir si se actúa dentro o fuera del marco incentivado de la Ley (y a salvo "la alteración del plazo" también posible sin salirse de él conforme al art. 9.I de la misma).

Pero cuestión tan seria como decidir los requisitos y efectos de los negocios sobre el rango registral (apoyando al paso indirectamente la "*monstruosa*" construcción del centauro crédito-hipotecario) es algo que no debemos afrontar desde un repente legislativo próximo al exabrupto jurídico.

Bien se haya reflejado la subrogación en "*lo que sea*", antecedente, por nota marginal conforme al art. 5, si la escritura no desborda el ámbito del art. 4, bien se publique a través del oportuno asiento principal si en ella se extravasa la escueta "*mejora*" de las condiciones del tipo de interés, el aprovechamiento pleno del rango registral del gravamen sobre cuya obligación subyacente de ha proyectado el negocio, debe depender EXCLUSIVAMENTE DE NO DESBORDAR NI EN UN CÉNTIMO LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA INSCRITA. Dentro de ella y salvo acaso en provecho del propio deudor (García Goyena) se puede negociar la sustitución del crédito que debe beneficiarse del "*ius expropiandi*" que la hipoteca implica y bien se haga esa negociación por iniciativa del titular del gravamen (cesión de hipoteca), por iniciativa del propio deudor (art. 1211 del Código civil, genuino y versión 94), o por iniciativa de acreedores ulteriores (regla 5ª del art. 131 L.H.). Como máximo y en consideración al art. 241 del R.H. se debe atender también a que el plazo de caducidad del gravamen cuyo rango se aprovecha, -caso de que lo tuviera "*per se*"-, o el de prescripción (art. 1964 del C.c.) cuyo "*dies a quo*" se lo presta el vencimiento del crédito subyacente, no se vean ampliados por mor de la substitución de la obligación garantida.

En último término se trata afortunadamente de una cuestión judicial en la que ni los registradores ni, "*Deo gratias*", el Centro Directivo de ciertas últimas Resoluciones, estamos llamados a decidir nada ...

En último término se trata afortunadamente de una cuestión judicial en la que ni los registradores ni, "*Deo gratias*", el Centro Directivo de ciertas últimas Resoluciones, estamos llamados a decidir nada, ni oponiéndonos a registrar, por nota o inscripción (en esa alternativa sí que tenemos margen) lo que las partes convengan dentro del marco cuantitativo del gravamen antecedente, ni formulando inoportunas advertencias de prioridad en los "*apartados de cargas*" que se redacten en los prolegómenos del correspondiente asiento ni, por último, prestándonos a apreciar inadmisibles condiciones suspensivas (mantenimiento del rango a nuestro juicio) a las que los otorgantes hubieran subordinado la efectividad de su convención subrogatoria o modificativa.

La jurisprudencia de los Tribunales contenciosos cuando encare desde la valoración de los intereses en juego alguna de las actuales operaciones sobre el rango que intenten "*torpedear*" acreedores intermedios tendrá oportunidad de pronunciarse acaso sin tanto prejuicio conceptual como detecto en no pocos especialistas registrales.

Las meritorias disquisiciones de la Comisión, entonces, acerca de cuando hay o no "*mejora de condiciones*" tienen interés SOLO A EFECTOS DEL TIPO DE ASIENTO REGISTRAL A EFECTUAR Y DEL MODO DE APLICAR LA BASE ARANCELARIA, y no, a lo que entiendo, a ningún otro. Los negocios sobre el rango es un tema todavía no definitivamente resuelto en nuestro Ordenamiento y no se va a patrocinar corporativamente con base en una Ley neutra una interpretación que lo descarriaría sin remedio.

En cuanto, por último, al supuesto de que la hipoteca cuya obligación se vea expuesta a subrogación o modificación, hubiese sido constituida por un llamado "*fiador real*" o al paralelo de que pertenezca la finca hipotecada, cuando acaezcan aquellos fenómenos, a un tercer poseedor no asumente -ni siquiera "*inter partes*"- de la deuda, veo muy prudente en el primer caso la recomendación de la Comisión según la cual "*es conveniente*" que el propietario afectado "*preste su consentimiento*", y no lo veo justificado, en cambio en el segundo.

En efecto; el tercer poseedor de primer grado es decir el que adquiere el dominio o alguno de sus desdoblamientos, sin asumir la deuda debe ser asimilado al tercer poseedor de segundo grado, o sea al titular de un derecho real limitado de rango inferior. Y si para este último vengo sosteniendo en la primera parte de esta nota que debe resultarle indiferente la índole e identidad de la obligación garantizada con el gravamen que le antecede, lo mismo cabe predicar de quien adquiere un derecho más pleno, ya que tanto uno como otro contaban con la mutilación del valor de la finca en la que invierten, en pro de un crédito de cuyas vicisitudes extrarregistrales nada les es posible conocer con seguridad. No pueden, ciertamente, saber si el montante del crédito asciende a lo que afirma el transmitente o rehipotecante y si está afectado por alguna de las causas que invalidan o, al contrario, convalidan las obligaciones. Ellos previsoramente deben descontar de la cifra de su inversión tanto cuanto suponga la de responsabilidad hipotecaria, y

despreocuparse a continuación de las vicisitudes -subrogación, modificación- del crédito garantido por el gravamen que les afecta pero no vincula.

En cambio, tratándose de un hipotecante no deudor prevalece su condición de fiador real y se acentúan para él los principios que rigen para la fianza personal. Aunque fuera recurriendo a teorías generales como la de la causa o la de la base del negocio no cabe duda de que sería injusto pretender que persiste la voluntad de mantener la hipoteca en garantía de una deuda que hubiera cambiado (a peor) en cualquier faceta de su contenido, plazo por ejemplo

En cambio, tratándose de un hipotecante no deudor prevalece su condición de fiador real y se acentúan para él los principios que rigen para la fianza personal. Aunque fuera recurriendo a teorías generales como la de la causa o la de la base del negocio no cabe duda de que sería injusto pretender que persiste la voluntad de mantener la hipoteca en garantía de una deuda que hubiera cambiado (a peor) en cualquier faceta de su contenido, plazo por ejemplo (cf. art. 9 de la Ley 2/94 en relación con el 1851 del Código civil). Si por el contrario la modificación beneficia al deudor también lo hace (cf. art. 1190 del C. civil) para el fiador, personal o real, y así no sería necesaria su aprobación, salvo para estar más ciertos, de que participa de la interpretación favorable del cambio. Entiéndaseme, no estoy patrocinando, con manifiesta incoherencia hacia lo antes defendido, que debamos dar beligerancia (en orden a la vinculación o no del hipotecante por débito ajeno) al concepto de "*mejora de las condiciones financieras*" de los arts. 4 y 9 de la Ley, los cuales, insisto, para mí solo marcan los confines de una norma subvencionadora sino que estoy defendiendo el mismo criterio de mejoramiento-empeoramiento del vínculo pero apoyado en los principios generales que secularmente han inspirado la regulación de la fianza.

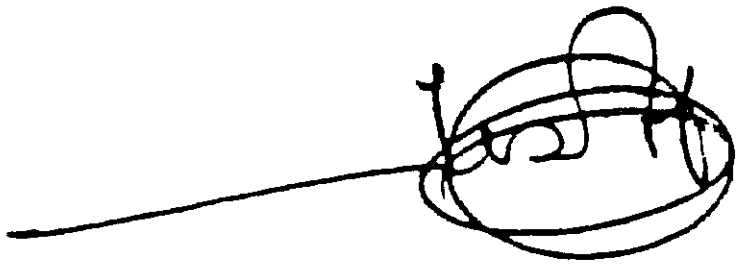
Con el derecho positivo en la mano la solución a primera vista no debería ser tan matizada como la acabada de exponer puesto que según el art. 1212 del Código Civil, -situado inmediatamente a continuación del redescubierto 1211-:

"*La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, SEAN FIADORES O POSEEDORES DE LAS HIPOTECAS*".

Pero con todo estimo que el precepto no es concluyente para los fiadores (reales incluso; sí para los "*poseedores de las hipotecas*" o terceros poseedores), porque seguramente está imaginando una subrogación solo modificativa de la persona del acreedor y no, además, de alguna condición financiera enrevesada de la obligación (caso en el que según Alvarez Caperochipi entraría en juego el art. 1207 del C.civil). El hecho de que el art. 1212 sin precedentes en el isabelino se introdujera a última hora en el Anteproyecto de 1882-1888, importándolo del de Laurent -cuyo número exacto de artículo inspirador no se cita-, evidencia que el art. 1212 no está históricamente emparentado con el art. 1211, al menos en la medida en que se hubiera desorbitado en 1994. De modo que, concluyo, si concurre hipotecante no deudor:

- y estamos ante un caso de "*rapto*" de hipoteca (o, según otros, de rapto de préstamo hipotecario), si la mejora de las condiciones financieras (¿según patrón T.A.E.?) no es evidente por el fárrago que las acompañe, debe exigirse su consentimiento para la operación.

- Y si se trata de un caso de modificación de la relación obligatoria ("*reconciliación*") circunscrita a aquella mejora, vale lo dicho en el apartado anterior; en cuanto la desborde y suponga una alteración (prolongadora o acortadora es igual) del plazo, entonces el concurso fehaciente del fiador real se me antoja inesquivable.



Valencia 5 de junio de 1994.
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

APUNTE BIBLIOGRÁFICO.-

Comentarios más o menos detallados de la Ley de Subrogación ya van surgiendo, y los relaciono a continuación como broche bibliográfico de mi dictamen:

A) Sobre el proyecto:

- Pardo Núñez, Celestino "*La sustitución de créditos hipotecarios*" en la Ley nº 3499, correspondiente al viernes 15 de abril de 1994, págs. 1 a 4.

- Soriano García, José Eugenio "*Proyecto de Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*", Barcelona 18 de febrero de 1994, edición multicopiada para uso en ciclo de conferencias en Barcelona y Madrid.

B) Sobre la Ley

- García-Arango y Díaz Saavedra, César "*Apostillas de Urgencia a la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*", Lunes 4'30 nº 146 correspondiente a la 2ª quincena de abril de 1994, págs 14 a 20.

- Castro Fernández, Jaime M. de "*Consideraciones sobre la Ley de abril de 1994 referente a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*" en La Notaría nº 4, correspondiente a abril de 1994, págs. 26 a 30.

- Gómez Gálligo, Francisco Javier "*Consecuencias de préstamos hipotecarios*" en Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña nº 54 abril-mayo de 1994, págs. 169 a 185 y también en B.C.N.R., nº 310, correspondiente a abril de 1994, págs. 825 a 851.

- Hernández Antolín, José Manuel "*Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*", Lunes 4'30 números 146 y 147, correspondientes a la 2ª quincena de abril y 1ª de mayo, respectivamente, de 1994, págs. 21 a 36 y 13 a 31, también respectivamente.

- Martínez-Piñeiro Caramés, Eduardo "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo), Circular nº 35 de la Comisión de Cataluña del I. Colegio Notarial de Baleares, 18 de mayo de 1994, págs. 1 a 42, reproducida también en Lunes 4'30 nº 148, correspondiente a la 2ª quincena de mayo de 1994, págs. 34 a 61.

- Mateo Estévez, Joaquín "*Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella*", Boletín de Información del I. Colegio Notarial de Granada, nº 161, mayo de 1994, págs. 1079 a 1098, y también en "La Notaría", nº 4 1994, págs. 9 a 25.

NOTAS:

(1) Vide mi "*Nota informativa acerca del tema de si la ejecución hipotecaria debe verse suspendida o no en caso de incidencia en situación concursal del deudor hipotecario*", informe gestado, como el del texto, por encargo colegial y publicado en el nº 132 de Lunes 4'30, correspondiente a la 1ª quincena de septiembre de 1993, págs. 21 a 26

(2) Por favor, léase este adjetivo sin el menor ánimo peyorativo, y entiéndase bien lo que en el texto quiero decir.

Juan M. Rey Portolés quiere titulares en sus trabajos. Por eso, tras conversar con el Redactor Jefe, señala en su escrito los párrafos que quiere destacar. Y la LUNES, obediente y gustosa de complacer a sus autores, los destaca. Igualmente tú, querido autor lunésico, si deseas titulares, señálalos.

Juan M. Rey Portolés prefiere el antiguo formato en el que salían publicados los trabajos (letra un poco más grande y caja también más grande —hasta los límites que marca el recuadro—. ¿También tú, autor lunésico, deseas que volvamos a la antigua caja? Si es así, nos lo indicas cuando nos remitas tu próxima colaboración... Si así es vuestro mayoritario deseo, regresaremos a lo antiguo, aunque los "entendidos" continúen criticando las interminables líneas que la ancha caja comprendía... Ellos no nos mandan y tú, sí. (En este aspecto, tú, querido, docto y paciente lector, también puedes/debes opinar).

Escribe para Lunes:
Fernando Canals Brage
Registrador de la Propiedad núm. 1 Logroño.

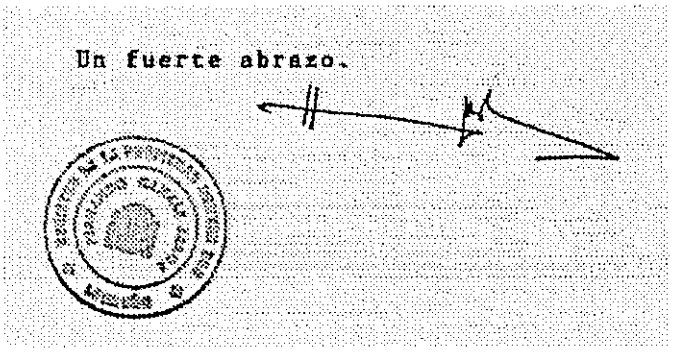
"ASUNTOS DE AUTOCONTRATACIÓN"

Informe que eleva al excmo. Sr. presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, el Registrador de la Propiedad titular del Registro número uno de Logroño, Fernando Canals Brage, en defensa de su nota de calificación en el recurso gubernativo señalado con el número dos del corriente año de mil novecientos noventa y dos.

"Querido Enrique: A raiz de una Resolución de la Dirección General del pasado año en un asunto planteado en el Registro de Logroño 1, han sido varios los compañeros que me han llamado preocupados con asuntos de autocontratación.

Ello me ha hecho desempolvar el informe que en su día hice y he pensado que aquéllos que sean capaces de superar mi natural plúmbeo pueden encontrar utilidad, ya que no alivio, en la abundante recolección de jurisprudencia.

Te lo envio, como podrás ver, tal cual lo presenté en el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, sin mas que añadir, como portada, el resumen de los Hechos que luego haría la Dirección General, y, como remate -sirva como advertencia- una nueva dosis de jurisprudencia".



HECHOS

I

El día 26 de octubre de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Zaragoza Don Jesús Martínez Cortés, los consortes Don Raimundo Florentino Lodosa Ortigosa y Dª Gregoria Villanueva González, representados por su hijo Don Alfonso Lodosa Villanueva, en uso de los poderes que sus padres le otorgaron el 15 de octubre de 1980, ante el Notario de Zaragoza Don Carlos Goicoechea Rico, vendieron a la Compañía Mercantil "*SARTRA, S.L.*", que representada por su apoderado Don Julián Martínez Serrano, en virtud de la escritura de poder especial para esa operación que otorgó a su favor el administrador único de la Sociedad Don Alfonso Lodosa Villanueva, el día 25 de octubre de 1991, ante el Notario Sr. Martínez Cortes, compró dos fincas urbanas, sitas en Logroño. Posteriormente la sociedad compradora ratificó expresamente la escritura de compraventa en Junta General Extraordinaria y Universal de accionistas, celebrada el día 10 de marzo de 1992, y elevada a pública en escritura autorizada por el mismo Notario el día 12 de marzo de 1992.

PRIMERO.- HECHOS.

Como quiera que este informe se intuye largo dada la buena cantidad de jurisprudencia que será obligado referir, puede acogerse con agradecimiento la relación pormenorizada de hechos realizada por el Notario recurrente.

Sin embargo existe un pero de extrema gravedad. Cuando en tal relación se dice, letra B) in fine, que "*el poder mencionado contiene facultades suficientes para el apoderado*" se está haciendo supuesto de la cuestión, ya que la nota de calificación se resume en la falta de autorización expresa por el representado para la actuación que su apoderado realiza, siendo obligada por tanto su ratificación con arreglo a los artículos 1259 y 1727, párrafo 2º del Código Civil.

No es momento éste de entrar en consideraciones jurídicas, pero sí dejar sentado que el problema de la autocontratación se ha reconducido por nuestra doctrina jurisprudencial a un problema de hecho -por mas que su interpretación sea un problema jurídico-: la inclusión o no de tal posibilidad en el texto del poder. Me parece que el erróneo punto de partida del Notario recurrente le lleva a conclusiones jurídicas poco sostenibles.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Los fundamentos de derecho de este informe se desarrollarán con arreglo al siguiente esquema:

I.- Estudio de la doctrina jurisprudencial para la obtención de su concepto de autocontratación no permitida y su aplicación al supuesto planteado.

II.- Comprobación de tal afirmación, en la que se invertirá ligeramente el orden lógico de los términos de la calificación, para acomodarlo al empleado por el fedatario recurrente, tratándose sucesivamente los siguientes puntos:

II.- 1.- Insuficiencia del poder del representante de los vendedores, que tiende a refutar la errónea afirmación vertida en los Hechos.

II.- 2.- Existencia de autocontrato, que tiende a refutar el punto PRIMERO de los Fundamentos de Derecho del escrito de recurso.

II.- 3.- Presencia de conflicto de intereses, que tiende a refutar el punto SEGUNDO.

II.- 4.- Inexistencia de ratificación, que tiende a refutar el punto TERCERO.

SEGUNDO.- I.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

El estudio detallado de la doctrina jurisprudencial, siempre obligado, resulta imprescindible en nuestro supuesto por tres razones:

1ª.- No existe en nuestros textos legales un concepto y un régimen para el autocontrato, al que la nota de calificación se hubiera debido referir. Su elaboración ha tenido que ser por ello un producto de la jurisprudencia, y un producto pragmático en la búsqueda de elementos salvíficos de lo que "*a priori*" se percibía como un imposible jurídico: un negocio jurídico concluido por una sola voluntad. La calificación ha de entenderse por ello referida a ese concepto jurisprudencial.

2ª.- Sin contar con las Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante S.T.S.) relativas a la ratificación tácita, a las que no se puede prestar atención excesiva porque como veremos, ni es tema comprendido en la calificación, ni puede ser

objeto de recurso gobernativo, ni se dan elementos que permitan apreciarla, el recurrente cita ocho Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante R.D.G.R.N.) y una S.T.S. en aparente apoyo de sus tesis, Como quiera que el informante piensa que todas ellas (que posteriormente al detallarlas indicaré con un asterisco <*>), y otras más, abundan en la idea que expresa la nota de calificación, obligada es su referencia externa para tratar de desvelar su verdadero sentido.

3ª.- En materia de interpretación de poderes es fácil caer en la tentación -como así ha ocurrido en este caso- de excluir la facultad (y deber) de calificación del Registrador de la Propiedad, so pretexto de no invadir esferas judiciales, confundiendo los planos de "*extralimitación*" -que es un problema de capacidad del otorgante, véase el artículo 18 de la Ley Hipotecaria- y de "*abuso*" de poder -que es un problema de mal usó, de apreciación judicial. Por ello ha de prestarse especial atención a la doctrina de la D.G.R.N., no sólo por su contenido intrínseco en este tema, sino además porque moviéndose como se mueve en el campo de los recursos gubernativos está fijando simultáneamente el ámbito de la calificación del Registrador de la Propiedad. Se comprobará que en ningún caso en que por el Registrador de la Propiedad se alegó la existencia de autocontrato no permitido, se entendió por el Centro Directivo que aquél se había excedido en sus funciones; lo que no ha sido obstáculo para que así se declarara por el mismo Centro en otros supuestos en que tal entendió, y veremos algún supuesto de ello, como prueba de la absoluta consciencia de la D.G.R.N. sobre el ámbito de la función calificadora.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL:

La primera R. de la que debe darse noticia no utiliza aún el concepto de autocontratación, ni tan siquiera el más clásico de contrato consigo mismo, pero ya expresa el "*leit motiv*" al que una y otra vez se volverá en este informe: lo que una persona no puede hacer por sí no puede hacerlo por otro; lo que está prohibido al dominus lo está también para su representante. La **R.D.G.R.N. de 10 de enero de 1894** versó sobre una escritura de liquidación de caudal hereditario otorgada por una sola persona como apoderado de la madre viuda y curador de su hija heredera, y se expresó así: "*Y considerando que si por lo expuesto no puede doña Francisca Igual con arreglo al art. 1057 de la Ley de Enjuiciamiento, otorgar en nombre propio la escritura de 6 de octubre de 1887 y representar además en dicho acto a su hija, es claro que don Bernardo Gómez, apoderado de la expresada señora, tuvo la misma incompatibilidad que ésta para asumir su representación y a la par la del menor de quien era guardador; adoleciendo en tal concepto la escritura de un vicio que impide su inscripción*".

Es la **R.D.G.R.N. de 29 de diciembre de 1922** la que sienta la doctrina moderna -y aún hoy sigue siendo la doctrina moderna según se verá al término de la evolución jurisprudencial- que ella modestamente afirma limitarse a recoger. Así ha sido reconocido por la unanimidad de los autores que se han ocupado del tema, quienes destacan su esfuerzo práctico de renovación tras el esterilizador resultado al que había llevado la S.T.S. de 6 de marzo de 1909 al calificar de circunstancia esencial en todo contrato la concurrencia de dos o mas voluntades distintas y autónomas.

Se expresa así la R.: "*Considerando, en cuanto al argumento tradicional de que la diferencia de aspiraciones e intereses que normalmente juegan en el cierre de un contrato impide se atribuya eficacia jurídica las decisiones jurídicas de un solo sujeto como juez y parte, que no ha impedido a la doctrina moderna admitir la posibilidad de que se contrate consigo mismo, cuando el representado de para ello su autorización expresa, o la ley la presuponga, cuando se trate de cumplir una obligación ya contraída y, en fin, cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses de ambas partes aleje toda sospecha de lesión de una de ellas*".

(Inversamente a lo que la R. dice es ella misma la que pone en movimiento a la doctrina, que, con la salvedad de una recensión de CASTAN a un artículo de Leone publicada en 1917, se lanza inmediatamente a un frenético debate sobre el tema: TRAVIESAS (1923), LEZÓN (1926), CASTRO, JERÓNIMO GONZÁLEZ, MARTÍNEZ MORA, RALA, TUR, otra vez y otra JERÓNIMO GONZÁLEZ y asimismo LEZÓN (todos 1927).).

Tal empacho doctrinal no puede dejar de hacer mella en la jurisprudencia y de tal manera la "*doctrina moderna*" pasa a ser un cúmulo de doctrinas. **R.D.R.G.N. de 30 de mayo de 1930**: "*Considerando que en la doctrina moderna pueden distinguirse cuatro grupos de teorías que intentan resolver el problema planteado cuando el representante de una persona física o jurídica, cierra consigo mismo en nombre propio o en representación también de otras personas, físicas o jurídicas, un convenio que tenga por objeto obligar a uno o varios respecto de otro u otros a dar, hacer o prestar alguna cosa: 1ª, las que niegan la posibilidad de la figura contractual; 2ª, las que admiten la licitud de que una sola persona pueda otorgar un contrato mediante la manifestación de un doble consentimiento; 3ª, las que, reconociendo que en el negocio jurídico de referencia existe tan solamente una declaración de voluntad, le conceden efectos jurídicos contractuales; y 4ª, las que colocan el acto completamente fuera de la categoría de los bilaterales para atribuirles efectos específicos*".

La D. ya sienta, y lo hará repetidamente después, que el contrato consigo mismo debe referirse también al supuesto en que una sola persona acumule varias representaciones a las que pone en contacto, careciendo ella de interés directo. No toma partido la D. por ninguna de las teorías que enumera, pero repasándolas una a una concluye en que bajo ninguna de ellas puede admitirse la inscripción de una escritura de aprobación de operaciones particionales en la que una persona interviene en su propio nombre y como representante de sus hermanos.

(Es de notar la severidad de que hace gala la D.G.R.N. en esta materia, cuando no admite la posibilidad de una autorización tácita para la autocontratación que hubiera podido inferirse sin dificultad del hecho de que el poder conferido por los herederos para la realización de la partición se otorgara en favor de un hermano y también coheredero, por lo que aquellos eran conscientes de que éste debía intervenir además en su propio nombre en las operaciones particionales).

El cansancio especulativo hace mella inevitablemente en la D.G.R.N., y así la **R. de 23 de enero de 1943** <*> retorna a la tesis pragmática sin concesiones a la elucubración: "*La figura jurídica denominada autocontratación o contratación consigo mismo, referida en especial al caso mas corriente y menos peligroso en la práctica de que el mandatario celebre un contrato entre dos o más personas representadas a la vez por él, aunque no esté regulada ni siquiera mencionada en nuestro Código civil, es admisible cuando el poderdante conceda al apoderado*

las facultades necesarias, con la vista puesta en el posible conflicto de intereses, o cuando no pueda surgir éste al determinar el contenido del contrato...". Con arreglo a ello no admite que en virtud de un poder -que atribuye facultades dispositivas- se rectifique sustancialmente una compraventa realizada tres años atrás por dos personas representadas en virtud de aquel mismo poder, y por tanto sin que el "*multiapoderado*" ostentara un interés directo.

De nuevo, y ahora tratándose del representante de una Sociedad mercantil -aspecto a destacar por su incidencia en este recurso-, aunque en rigor se trataba de una escritura en la que aquél se atribuia el usufructo de unas fincas de la Sociedad "*estimando de justicia reconocer y compensar*" sus propios méritos, la **R.D.G.R.N. de 4 de mayo de 1944** insiste en que "*se hace necesario... la clara expresión de que se facultaba al representante para que actuase en el doble carácter de transmitente y adquirente, pues de otro modo los peligros de la llamada autocontratación se multiplicarían en forma carente de todo sentido jurídico e incompatible con la seriedad y seguridad de las transacciones*".

La **R.D.G.R.N. de 26 de septiembre de 1951** <*> es interesante a nuestros efectos por insistir en la existencia de autocontratación en los supuestos de "*dualidad de representaciones*", y "*no eliminan las posibilidades de perjuicios por el hecho de no tener (el representante) interés personal*". Define así el supuesto de hecho: "*si el defensor judicial de un menor de edad no emancipado, que es también apoderado del padre de aquél, puede legalmente liquidar la sociedad-conyugal y dividir la herencia de la madre; si es o no suficiente el poder*" y reitera su admisión excepcional "*siempre que se hubieran conferido al representante facultades explícitas para celebrarlo*" y se "*exceptúan aquellas operaciones en que es de esencia la oposición de intereses*".

Hay que citar la **R.D.G.R.N. de 1 de julio de 1976** <*> para comprobar que la D., que ha marcado una línea rigurosa en la interpretación de las facultades del representante según llevamos viendo, distingue perfectamente el doble plano de la calificación registral y de la decisión judicial, dando a cada uno lo que normativamente les corresponde. Se trataba de un reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria otorgado en nombre de una Sociedad por sus dos únicos socios, siendo el acreedor uno de ellos. En efecto, por una parte entiende que "*no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida y es correcta la autorización de la escritura*", y por otra "*las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la Autoridad judicial y quedan fuera del marco del recurso gubernativo*".

La **R.D.G.R.N. de 30 de julio de 1976** <*> trata de un supuesto específico de autocontratación, no aquél de acumulación de representaciones, sino el de adquisición por el apoderado de los bienes de cuya administración o enajenación estuviera encargado. Es la conocida prohibición del número 2 del art. 1459 del Código Civil. No es nuestro caso, al menos desde el ámbito que la calificación registral permite. Por este motivo no habría sido objeto de cita, sí por otro, en cuanto delimita con claridad la situación de las partes cuando se recurre a "*personas interpuestas*" para eludir un impedimento jurídico. El Notario recurrente se encuentra incómodo ante ella, como ante la S.T.S. de 21 de febrero de 1968 que luego se verá, por ello las aparca como inaplicables sin mayor argumento.

Tal delimitación la realiza de la siguiente manera: "*Considerando que es indudable que el hecho de nombrar un sustituido -acto para el que se hallaba*

debidamente autorizado- no desliga al representante o mandatario de este carácter frente a su mandante, en tanto no renuncie al mandato o se produzca alguna de las otras causas que provocan su extinción circunstancias que no han tenido lugar en este supuesto pues la facultad de sustitución viene a suponer, por el contrario, una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendada".

La **R.D.G.R.N. de 1 de febrero de 1980** es especialmente interesante por el deliberado esfuerzo que hace de exigir rigor en la calificación de esta materia.

El supuesto no es fácil de resumir; pero su intento sería el siguiente: el titular de un crédito hipotecario concede al deudor hipotecante poder para la cancelación de la hipoteca bajo ciertas condiciones; la autocontratación que supone la apreciación unilateral por este último del cumplimiento de tales condiciones es alegada por el Registrador. Y la D.G.R.N., innecesariamente para el recurso, pero con ánimo de sentar doctrina expresa: "*Considerando que, aún cuando no procedería entrar en el examen del segundo defecto de la nota, dado que se ha confirmado el primero, no obstante para una mayor clarificación de la cuestión parece conveniente hacerlo a fin de reiterar que en nuestro Derecho los supuestos de autocontratación permitida tienen carácter excepcional, pues, como ha puesto de relieve la doctrina de este Centro, suelen originar conflictos de interés con peligro de lesión para una de las partes al confluir en una misma persona la cualidad de mandante y mandatario, por lo que solamente cuando no concurren esas circunstancias o el propio mandante lo autoriza no hay obstáculo para admitir esa figura*".

La cita de la **R.D.G.R.N. de 1 de marzo de 1982** <*> viene obligada por recogerse en el escrito de recurso, pero insisto en que, en rigor, es un supuesto distinto, si no de la escritura calificada, tema que no se contempla, sí desde luego de la nota de calificación ya que "*la negativa a la inscripción se basa en el artículo 1459, 2º del Código civil, que prohibe al mandatario adquirir los bienes de su principal de cuya administración o enajenación estuviese encargado*". La R. admite la inscripción de una escritura de compraventa en la que la sociedad vendedora aparece representada por dos de sus apoderados con poder suficiente, y en la que el comprador es otro apoderado de la sociedad, si bien actúa en nombre propio. Inscripción lógica cuando se observa que "*el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor*".

La **R.D.GR.N. de 2 de febrero de 1983** <*> trata de la posible adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial transmitidos por el otro, y en cuanto a nuestro tema reafirma el principio general cuando dice que "*no puede entenderse se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses*".

La R. que mas recientemente se ha ocupado de la materia es la de **20 de septiembre de 1989**. No sólo por ello su cita debe ser extensa, sino especialmente porque refleja y resume el concepto que de la autocontratación tiene la D.G.R.N como vinculación de patrimonios distintos aunque sea por acumulación de representaciones, su entendimiento desde el punto de vista registral como delimitación del ámbito de las facultades representativas, y como consecuencia su sometimiento a las mas estrictas reglas de interpretación de tales facultades.

Ya el supuesto planteado es revelador de esa voluntad decididamente rigurosa de la D.G.R.N.: "*se debate en torno a la inscribibilidad de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena, habida cuenta que, según el título calificado, en el que se contien tanto el reconocimiento de la deuda a garantizar como la constitución de dicha garantía, una misma persona actúa a la vez, en representación de la Sociedad deudora y de la Sociedad hipotecante*".

La misma D. es consciente de que se puede tildar de débil su pretexto para sentar la rigurosa doctrina que a continuación va a expresar; por ello se enfrenta inmediatamente a tal posible observación reiterando su amplio concepto del llamado "*contrato consigo mismo*": "*Ciertamente en el supuesto debatido, los datos enjuiciados no revelan necesariamente que exista autocontrato, como expresión referida a la hipótesis en que una pesona por su sola actuación da origen a una relación contractual entre dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta...*".

Ahora bien, añade inmediatamente, se trata de "*una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato stricto sensu y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos, una persona con una 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 emitida; no se asegura que en cada uno de ellos haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio afectado; se incide con ello, en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en la materia (art. 1713 Código civil) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (vid. art. 221, 2º del Código civil y 267 del Código de Comercio) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1727 del Código Civil y 247 y 253 del Código de Comercio) sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación*".

No es esta en realidad la última R.D.G.R.N. en que se emplea la palabra "*autocontratación*". La última es la de **18 de octubre de 1989** que, sin embargo, no trata propiamente tal tema y por ello no es citada como la más reciente. En todo caso no está de más recordar su contenido que insiste nuevamente en el rigor que debe emplearse en la interpretación de las facultades representativas: el poder conferido en los más amplios términos "*para comprar, vender y permutar toda clase de inmuebles o derechos reales, aún cuando incida en autocontratación*" no puede extenderse a un reconocimiento de dominio en beneficio del propio apoderado.

Tampoco la **R.D.G.R.N. de 21 de junio de 1990** <*>, a la que tanta importancia atribuye el recurrente en su informe, trata directamente del tema de la autocontratación. Desde luego es trascendental porque viene a admitir la sociedad unipersonal en el Derecho español.

El fedatario la trae a colación para recordar un principio que, se participa evidentemente con él, es básico: el dogma de la personalidad jurídica de la sociedad y su total distinción de la personalidad de los socios (prohibición del

levantamiento del velo). Pero en un exceso imposible de seguir aquél deduce de ahí la distinción de personalidad entre la sociedad y sus órganos de representación, como si éstos pudieran gozar de personalidad, y como si aquélla pudiera existir sin éstos. Luego se verá esta desafortunada afirmación del recurrente.

En cuanto al problema de la sociedad unipersonal es cierto que en la doctrina se han debatido los riesgos de autocontratación latentes en la existencia de un patrimonio personal de responsabilidad ilimitada y un patrimonio social de responsabilidad limitada a disposición de la misma voluntad. El problema no radica en el hecho mismo de la autocontratación, pues es evidente que para el titular de ambos patrimonios no existe conflicto de interés. El riesgo está en que en las relaciones de éste con terceros maniobre arbitrariamente con ambos patrimonios. Por ello en algunas legislaciones extranjeras, en los supuestos de sociedad unipersonal, se condiciona la limitación de responsabilidad a la circunstancia de poner aquel hecho en conocimiento de los terceros.

Nuestra D.G.R.N parece encomendar la objetividad del comportamiento a las normas sobre integración, identificación y control del capital social, muy clarificadas tras la reforma de las sociedades anónimas por la Ley 18/1989. La cita de esta R. era imprescindible por la importancia que a nuestros efectos parecía atribuirle el escrito de recurso, pero bien se ve que aunque lo sea a otros desde luego no lo es a éstos. (1).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Es obvio que los recursos gubernativos se mueven exclusivamente en un plano "*teórico*", especulativo, o diríamos de abstracción documental, en cuanto que los elementos sobre los que debe recaer el razonamiento jurídico son tasados y cerrados: los documentos que pretendieron su inscripción y fueron presentados en tiempo y forma -art. 117 Reglamento hipotecario-, con escaso o nulo margen para la apreciación de conductas, actitudes y en general otras circunstancias que deben pesar en el juzgador a la hora de impartir justicia. De aquí la necesidad de referencia tan extensa a la doctrina de la D.G.R.N.; de aquí que de las S.T.S. nos interesen fundamentalmente sus pronunciamientos doctrinales, no otras particularidades que al Registrador de la Propiedad está vedado apreciar).

La S.T.S. de 6 de marzo de 1909 representa, como se ha dicho antes, la primera postura de nuestra jurisprudencia cegada por una estéril configuración obligadamente bilateral del negocio.

Por ello no merece la pena ser referida. La S.T.S. que se suele citar por la doctrina como iniciadora de la moderna concepción jurisprudencial del autocontrato es la de 5 de noviembre de 1956 (Rep. 3430), y en ella encontramos todos los postulados que son conclusiones en la doctrina que hemos ido recogiendo de la D.G.R.N. "*CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso suscita un tema de singular interés cual es el de determinar la eficacia que deba reconocerse al fenómeno jurídico de la autocontratación y especialmente en su modalidad más peligrosa en que una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como directamente interesada y como representante de otra, pues ni la doctrina se ha pronunciado en sentido único y resuelto, aunque muestre tendencia propicia*

a su admisión, ni nuestro Derecho positivo afronta el problema de un modo general sino mediante disposiciones aisladas, como las de los artículos 165, 236, número 2º y 1459 del Código civil, en que si bien parece rechazar esa especie jurídica, aunque sin darle entrada en su técnica, lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negar eficacia al autocontrato como una forma lícita y simplificadora del comercio jurídico y hasta que pudiera decirse en principio admitida cuando media la licencia correspondiente en el caso del artículo 267 del Código de Comercio...".

El supuesto de la **S.T.S. de 21 de febrero de 1968** (Rep. 1158) <*> es el de la interposición de una persona para crear la apariencia de una doble voluntad. (No es en absoluto favorable a los propósitos del recurrente, quien trata por ello de eludirla sin demasiados razonamientos). Se trata de un arrendamiento concertado por el sustituto en favor del arrendatario sustituido. El T.S. es tajante en prescindir por completo de la personalidad del primero: "*...derivando la facultad del sustituto de la voluntad conforme del sustituido, en el caso de autos se hubiera producido un fenómeno de autocontratación, figura por la que el acto unilateral de una sola persona crea relaciones jurídica entre dos patrimonios distintos que si bien se considera admisible por la doctrina y por nuestro sistema jurídico en numerosos casos de representación de dos patrimonios cuando hay intereses contrapuestos, como puede comprobarse en los arts. 165, 236, 275 y 1459 del C. Civ., criterio aplicable por analogía a supuestos como el que nos ocupa de incompatibilidad de intereses y consiguiente peligro de que una sola voluntad aproveche en beneficio propio las posibilidades que la autocontratación ofrece...*".

La **S.T.S. de 30 de septiembre de 1968** (Rep. 5164), en un supuesto de pluralidad de representaciones, establece el postulado teórico ya reiterativo: "*... la doctrina legal moderna sólo reconoce eficacia al autocontrato cuando hay autorización expresa del representado y cuando, aún sin ella, no se da la pugna de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad del autocontratante...*".

Por último debe citarse la **S.T.S. de 23 de mayo de 1977** (Rep. 2135) que nos interesa especialmente al configurar, como un problema de facultades representativas el "*contrato consigo mismo o autocontratación*", "*...figura jurídica, que si bien no aparece recogida en nuestro Ordenamiento jurídico positivo de manera explícita, está reconocida, tanto por la doctrina científica como por la legal, con carácter general, aunque no es admitida, aparte de las que se entienden como específicas prohibiciones, contenidas en nuestro C. Civ. -arts. 165, 236 núm. 2º, 275 núms. 3º y 4º, y C. Com., arts. 135, 136, 267- tanto por analogía con los supuesto previstos en dichos preceptos, como para evitar el posible abuso que por parte del representante pudiera dar lugar, en aquellos casos de incompatibilidad de intereses, entre los propios del representado y los del representante, a no ser, conforme a la doctrina jurisprudencial, se acredite, la existencia de poder expreso para ello, o que, de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa, permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar contratos consigo mismo...*". (2).

CONCLUSIONES

Tan larga lista jurisprudencial es clara por si misma y nos ahorra mayores investigaciones doctrinales. Empero deben señalarse sintéticamente las conclusiones.

1ª.- Existe autocontratación en la actuación unilateral de una persona vinculando dos patrimonios distintos, normalmente a través del mecanismo de la representación, bien sean aquéllos los de representante y representado, bien, en caso de pluralidad de representaciones, los de varios representados entre sí, o ambos respecto de un tercero existiendo entre ellos una relación de dependencia.

2ª.- La admisión de la autocontratación es excepcional. Frente a la imposibilidad conceptual y quasi legislativa (v. arts. 1089 y 1261 del Código Civil), la jurisprudencia ha realizado un método de inversión: buscar los factores que permitan pragmáticamente atribuir eficacia al actor unilateral, y así obscurecer los reparos teóricos. La autocontratación no es pues una prohibición, sino una autorización privilegiada.

3ª.- El primer factor en que se funda su admisión práctica es la inexistencia de conflicto de interés. Es un apriorismo jurídico. No es la prueba del daño causado motivo de pérdida de eficacia, sino la imposibilidad de aquél motivo de atribución.Ees la simple presencia de intereses contrapuestos la que impide otorgar virtualidad al acto unilateral, dado el riesgo jurídico de parcialidad, con independencia de una diligencia y una ética exquisitas en el multirepresentante.

4ª.- El segundo factor de admisión es la autorización del representado. No interesa observar si se trata de un poder específico o de una modalización del poder de actuación, lo que importa es la atribución de capacidad al representante, mediante la asunción anterior o posterior por el dominus del riesgo de pérdida de imparcialidad.

SEGUNDO.- II.- DONDE SE COMPRUEBA QUE LA ESCRITURA CALIFICADA CONSTITUYE UN SUPUESTO DE AUTOCONTRATACIÓN NO PERMITIDO, A TENOR DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

II.- 1.- Insuficiencia de poder en el representante de los vendedores; que tiende a refutar la afirmación no justificada del recurrente como inciso final de la letra B) del punto PRIMERO, de la relación de HECHOS de su escrito.

(La ratificación que la Junta Universal de la sociedad Sartra S.L. ha realizado de la actuación de su administrador, nos libera ya de examinar si dentro de las "*facultades orgánicas*" de este último pueden incluirse aquéllas que inciden en autocontratación. No parece deba ser así, aunque la reciente doctrina de la D.G.R.N. relativa a los "*actos neutros*" pueda suscitar la duda acerca de si la actuación del administrador poderdante, dado el riesgo de parcialidad en que se halla, constituye un acto claramente contrario al objeto social, únicos que aquélla encomienda a la calificación negativa del Registrador de la Propiedad.

En cualquier caso, la Junta Universal de la sociedad ha salvado el exceso cometido por su representante en el ejercicio de las facultades representativas estatutariamente otorgadas. Incluso pudiera decirse que tal ratificación viene a confirmar la propia necesidad de su existencia -y la de la otra parte aún no otorgada-, y la falta de capacidad del administrador plurirepresentante, porque si

no fuera así sería innecesaria. Pero ya afirma el recurrente que la actuación de la Junta se produjo bajo la creencia, errónea evidentemente, de que se agilizaría con ello la inscripción registral, con lo que no voy a dar más importancia al argumento).

Por lo que hace al poder de los vendedores, su contenido expresa una amplia enumeración de facultades, pero entre ellas no se incluye la de autocontratar.

Sorprende por tanto la afirmación del recurrente de que el poder contenía facultades suficientes. Y sorprende aún más cuanto que esa afirmación le hace perder el hilo del entendimiento de la autocontratación. Cuando la D.G.R.N. y el T.S. afirman con reiteración que el representado puede atribuir al representante la facultad de contraer un contrato consigo mismo, están afirmando que la validez del autocontrato es un problema de límite de facultades representativas y no de abuso o mal uso de éstas. Nadie puede autorizar el abuso, y la licencia para autocontratar no implica que el dominus asume la lesión injusta que se le pueda causar. Una tal licencia implica por el contrario una mayor confianza -o en todo caso, una mayor razón subyacente para la dejación-atribución de facultades-; esto es, se atribuye capacidad para actuar incluso en aquellos casos en que, por existir peligro de parcialidad, tal actuación no puede considerarse comprendida dentro de los términos del poder.

Como se ve ello no tiene nada que ver con el abuso del poder, con la mala fe, con el daño conscientemente causado al dominus. El Registrador en ningún momento ha imputado, ni ha pretendido imputar, actuación abusiva alguna; entre otras razones, porque es plenamente consciente de que ésta no es su competencia. Pero idénticamente debe expresar que no puede trasladarse el tema de la "*autocontratación*" (limitación natural de las facultades representativas), al tema de la "*desviación de poder*" (mal uso de esas facultades), para impugnar así por extemporánea la calificación registral.

Es apabullante la doctrina de la D.G.R.N., y sirven de muestra las RR. referidas, en el sentido: de que corresponde a los Registradores de la Propiedad la calificación de las facultades representativas ("*capacidad de los otorgantes*", art. 18 Ley Hipotecaria), de que la de autocontratar es una mas de éstas, de que, a su vez, ésta queda sujeta a los límites del texto del poder, y de que nada de ello incide en el abuso de poder que es materia sujeta exclusivamente al control judicial.

II.- 2.- EXISTENCIA DE AUTOCONTRATO, que tiende a refutar el FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO del escrito de recurso, afirmando la existencia de lo que allí se niega.

Ocioso resulta advertir que nos hallamos ante el nudo gordiano de la cuestión. La nota de calificación expresa que debido al artificial juego de representaciones -el apoderado de los vendedores es el administrador poderdante de la sociedad compradora- detrás de la apariencia de doble declaración de voluntad se esconde, dicho sea en términos metafóricos porque en realidad es manifiestamente ostensible, una actuación unilateral.

Es obvio para (los) el implicado y para el Notario autorizante de la escritura calificada y recurrente, que no era factible el otorgamiento de aquélla con la sola presencia del multirrepresentante en sus calidades de tal. El medio empleado para hacerlo posible -otorgamiento practicamente en el acto, número anterior de protocolo, de un poder específico condenado a morir prácticamente en el acto,

número siguiente de protocolo, -no puede ser mas transparente en su propósito de burlar una prohibición legal.

Es axiomático, hasta para el vulgo, que lo que una persona no puede hacer por si (jurídicamente se entiende), no lo puede hacer por medio de otra, y en términos jurídicos se ha rechazado la pretensión de utilizar para ello el mecanismo de la representación.

Son atinentes a nuestro caso con claridad meridiana los considerandos de la **S.T.S. de 21 de febrero de 1968** y de la **R.D.G.R.N de 1 de febrero de 1980**, antes transcritos. No lo considera así el Notario recurrente y para ello maneja con gran habilidad dialéctica, justo es reconocerlo, los términos lingüísticos, viniendo a decir que la palabra administrador no es igual a la palabra apoderado, ni tampoco sustituyente igual a sustituido, de tal manera que las actuaciones resultantes de tales nombres han de ser forzosamente distintas e independientes, como si la voluntad procediera de los términos y no de las personas.

Para ello, para librarse de las personas y moverse con soltura en la floritura de los conceptos, recurre el recurrente a dos abstracciones ficticias: la abstracción orgánica y la abstracción sustitutiva.

1ª) Veamos la primera: "*Ahora estamos ante un apoderado de una sociedad, apoderamiento otorgado por la representación orgánica de la entidad. El apoderado lo es no del órgano, no del Administrador, sino de la Sociedad*".

(Antes de analizar estas afirmaciones, es de observar como inmediatamente en apoyo de las mismas, el fedatario, en su afán de trasladar el asunto a la conflictividad judicial, imputa al Registrador nada menos que el levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Y el Registrador sigue preguntándose que tendrá que ver el dogma de la personalidad jurídica de la sociedad, distinta e independiente de la personalidad de sus miembros, con la relación que une al apoderado voluntario con el representante orgánico y la vinculación societaria de su actuación.)

En el fondo tales aseveraciones del recurrente son la perfecta expresión de los excesos que se pueden cometer cuando se cae en la red de las abstrusas especulaciones en torno a la teoría de la representación orgánica; la obsesión por una justificación antropomórfica de la personalidad jurídica lleva a la concesión a los cargos de atributos humanos, así la voluntad.

Por ello se ha retomado unánimemente por la doctrina moderna el espíritu inicial que animó el alumbramiento de la teoría de la representación orgánica y cuya validez sigue siendo incuestionable. La delimitación de los "*órganos*" de la sociedad tiene una función meramente estructural, un reparto interno de competencias, que repite a escala microscópica y privada la división de poderes de toda colectividad pública: legislativo u órgano deliberante, junta general; ejecutivo u órgano de actuación, judicial u órgano de control, órganos de censura y auditoría.

De esta manera en tanto que en la representación voluntaria se distinguen dos personas, representante y representado, en las personas jurídicas esta última -la propia sociedad- se encuentra en la atribución estructural, y por tanto permanente y quasi ex lege, a un órgano societario, el de administración. Por ello se dice que la actuación de ese órgano es la actuación de la sociedad.

Pero queda en pie la segunda persona, la que en la representación voluntaria ejerce el papel de representante, y de la que la representación orgánica no puede

prescindir, porque los órganos ficticios ni sienten ni padecen: es la persona designada para ocupar el cargo orgánico.

El órgano es en sí estructura: fórmula de distribución de poder; en ningún caso hacedor de decisiones, éstas corresponden a las personas; ahora bien, el hecho de que éstas se tomen desde ese centro de poder las convierte en decisiones de la sociedad. Recurramos a la ayuda de la doctrina mas moderna, EDUARDO POLO, (Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo VI, Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, Madrid 1992, págs. 144 y 145): "*... hay que entender que la representación <orgánica> parte de un voluntario abandono y correlativa atribución de un conjunto de competencias, realizada por los componentes de un ente corporativo a los integrantes de un llamado <órgano>, con la finalidad de lograr la imputación jurídica a la sociedad de la actividad material realizada por las personas físicas titulares de ése órgano. Éstas, sin embargo, manifiestan y expresan su propia voluntad que es imputada, por medio de la ficción orgánica, a la sociedad (v. GIRON, 268; IGLESIAS, Administración, 111)*".

(Con ello quizá retornemos a la dificultad primera; precisamente la que se quiso solucionar acudiendo a la teoría de la representación orgánica, cuál sea la relación jurídica que liga con la sociedad a la persona del representante. No es este momento ni lugar oportuno para revisar tanta doctrina habida. En último extremo volver nuevamente a la conclusión tantas veces hallada en nuestro derecho: el mandato se presenta como esquema normativo funcional y típico de la representación).

En definitiva el portador de la voluntad de la sociedad compradora no es el órgano "*administrador*", sino don Alfonso Lodosa Villanueva (luego veremos el problema del apoderamiento, en este caso concreto), persona que sirve a tal cargo. No cabe hacer abstracción de su persona; las estructuras carecen de voluntad y facultad de exteriorización. Y si bien es cierto que tal actividad como procedente de la persona que ostenta el órgano es imputable directamente a la sociedad, también es cierto que ésta podrá exigir responsabilidad a don Alfonso Lodosa Villanueva a quien atribuyó tal poder de representación y cuya voluntad ha comprometido a la sociedad.

Veamos inmediatamente el problema del poder conferido por don Alfonso Lodosa Villanueva en su calidad de Administrador de la sociedad compradora. La abstracción de personas que el recurrente pretende conseguir le lleva a la errónea afirmación de que "*el apoderado lo es no del órgano, no del administrador, sino de la sociedad*"; y es errónea porque es precisamente contraria a la esencia de la representación orgánica, que con tanto ahínco como desacierto defiende. La sociedad en si no actúa no atribuye poderes; la Junta general no es la sociedad, sino un órgano de ella con una actividad específica, resumidamente intelectiva; la actuación, la manifestación de la sociedad corresponde al órgano de administración; solamente éste vincula por atribución estructural de competencias a la sociedad.

Por ello el otorgamiento de poderes es facultad exclusiva del órgano de administración, que será "*dominus*" en su relación representativa con su apoderado voluntario, y la Junta General en nada debe interferir en esa relación de la que ella no es parte. Así lo ha venido a recordar la D.G.R.N. en varias RR., especialmente las de **8 de febrero de 1975 y 31 de octubre de 1989**. La primera de ellas expresaba textualmente que al ser el órgano de administración a quien corresponde la gestión

y representación de la sociedad, le incumbe también "*conferir los apoderamientos que estime necesarios a cualquier persona, y como tal poderdante podrá revocar o no en cualquier momento el poder otorgado, y sin que la Junta pueda hacerlo directamente, por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado, aunque sí podrá fiscalizar la gestión social del administrador, aprobar o no la actuación seguir y proceder en consecuencia, si lo estima oportuno, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado*".

Conjugando ambas consideraciones se ve con claridad que D. Julián Martínez Serrano, apoderado, representa a D. Alfonso Lodosa Villanueva, administrador poderdante, y que procediendo sus facultades como representante voluntario del órgano de representación de la sociedad Sartra S.L., ésta queda directamente vinculada (siempre que su actuación no exceda de las facultades estatutariamente atribuidas).

2ª) La segunda ficción a la que recurre el fedatario para eludir la vinculación de las personas que tan poco le favorece, es la ficción de la sustitución. Acoge para ello casi literalmente palabras de DIEZ PICAZO (La representación en el Derecho Privado, 1ª Ed. Madrid 1979, pág. 210), para concluir que: "*no parece que haya autocontratación aunque las facultades del sustituto deriven de la voluntad del sustituido*".

Recurrir a tan ilustre tratadista no puede sorprender a nadie, sí en cambio que se haga en este momento por varios motivos:

1º) Porque las palabras de DIEZ PICAZO se dirigen a discrepar de una S.T.S. (la de **21 de febrero de 1968**, seguida además como hemos visto por alguna R.D.G.R.N.). Deben por tanto valorarse con mucho cuidado a la hora de su aplicación práctica.

2º) Porque siendo como son críticas de dicha Sentencia, no se ve por qué han de ser aplicables a nuestro supuesto, cuando el recurrente ha afirmado previamente que tal Sentencia no lo es.

3º) Porque además no parece demasiado seguro el recurrente de la calificación que deba darse al apoderamiento conferido por el representante orgánico. (Si primero la teoría de la representación orgánica parece servir a su propósito, ahora habla de sustitución de poder, y mas adelante según luego se verá considera relevante la ratificación por la totalidad de los socios).

La generalidad de la doctrina distingue entre la sustitución del poder -que excluye al sustituyente de la relación con el dominus quedando ésta transferida al sustituido-, y el subapoderamiento -en el que el apoderado conserva su primitivo poder y a la vez aparece como verdadero poderdante del subapoderado-.

DIEZ PICAZO es pesona exquisita en la utilización de los términos, y en el párrafo en cuestión emplea con reiteración las palabras sustituto y sustituido, sin desliz alguno hacia el subapoderamiento. Su tesis -se participe o no de ella- cobra desde esta perspectiva un nuevo sentido, y desde luego se aleja más y más de nuestro supuesto en que el administrador-poderdante no decae de su cargo.

Por otro lado, incluso tampoco me parece muy clara la configuración de nuestro caso como un caso de subapoderamiento. Aquí la doctrina de la representación orgánica se vuelve de nuevo contra el recurrente, porque don Alfonso Lodosa Villanueva no está transfiriendo facultades ajenas, sino facultades propias que le corresponden por ocupar el cargo societario que estructuralmente

las tiene atribuidas. Y como el mismo DIEZ PICAZO dice (ob. cit. pág. 195): "*si el representante confiere poder para ser representado el mismo, la hipótesis ante la que nos encontramos no tiene nada que ver ni con la sustitución ni con el subapoderamiento*".

En cualquier caso lo cierto es que don Alfonso Lodosa Villanueva debe ser calificado como "dominus" en la relación que lo une al apoderado por él designado, relación para la que el mandato representativo aparece nuevamente como arquetipo legal de referencia.

Llegados a este punto convendría reflexionar de nuevo sobre los principios. Después de tantos años indagando el haz de derechos que el representante ostenta por el hecho de la representación, se ha venido a observar que ésta, en realidad, en cuanto institución jurídica, es un derecho del representado.

La elaboración jurídica del concepto "*representación*" ha venido a conceder a la generalidad de los mortales, el don místicamente reservado a fray Martín de Porres: la ubicuidad; la posibilidad de manifestarse en distintos sitios al mismo tiempo. La reciente **S.T.S. de 28 de junio de 1984** califica la representación jurídica "*como forma de cooperación permisiva del desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea*".

El desarrollo teórico viene luego a llenar de contenido la práctica de ese desdoblamiento, analizando razones y efectos de las distintas vinculaciones existentes: del dominus con su representante, de éste con sus contratantes, y de éstos con aquel primero. Pues bien, si bien se mira, nada de esta costosa elaboración doctrinal será aplicable, si en la actuación del apoderado está presente y asintiente, aunque sea por pasiva, el dominus.

Es tan claro que puede parecer descabellado afirmar que en presencia del representado no existe representación. Si la función específica del apoderado es ser portador de una voluntad ajena, ¿cuál será su papel en presencia de esta misma? Sin duda la apariencia de bilateralidad, pero siendo ambas declaraciones producto de la misma voluntad, desdoblada gracias a la utilización de un mecanismo jurídico, conforman la más perfecta expresión del contrato consigo mismo.

En conclusión don Alfonso Lodosa Villanueva, apoderado de los vendedores y administrador de la sociedad compradora, ha desdoblado su voluntad mediante el otorgamiento de un poder, para crear una insostenible apariencia de bilateralidad en la formalización de un negocio jurídico. Resulta verdaderamente fascinante comprobar cómo la escritura calificada encaja hoy con el mas rancio concepto de autocontratación no permitida habido en nuestro Derecho histórico: "*como quiera que sean dos personas según natura, según derecho sean contadas por una*" (Leyes 2 y 4, Título 5, Partida V).

Termina el recurrente este punto citando en su apoyo dos R.D.G.R.N. El contenido de éstas puede verse por extenso al principio de este informe, y colegir conmigo en que no añaden nada nuevo a cuanto se ha criticado.

1ª) La **R. de 1 de julio de 1976**, ("*al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios...*"), no es aplicable a nuestro caso en que tal voluntad procede del administrador, cuyo exceso de actuación fue luego objeto de ratificación social. Luego veremos el valor que debe darse a ésta.

2ª) La **R. de 1 de marzo de 1982** se refiere exclusivamente a la prohibición del número 2 del art. 1459 del Código Civil. El recurrente insiste en llevar la cuestión a este campo para vedar al Registrador el ejercicio de su función. Por ello

hay que recalcar con insistencia que la calificación contenida en el documento ni implica, ni quiere implicar, interés personal del autocontratante.

Si tal se hubiera pretendido, se habría indagado la vinculación del administrador de la sociedad compradora con ésta para valorar si tal persona jurídica puede ser considerada "*persona intermedia*", a través de la cual también prohibe el Código Civil a los mandatarios la adquisición por compra de los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (art. 1459, 2º).

Son dos planos distintos y así ha sido reconocido por la jurisprudencia. De un lado el levantamiento del velo de la persona jurídica para controlar el cumplimiento de la prohibición del expresado precepto es competencia judicial (**R. de 1 de julio de 1976**). De otro la calificación de la limitación de las facultades del representante incurso en autocontratación por acumular la representación de patrimonios distintos vinculados por su sola voluntad en un negocio en que tales patrimonios ostentan intereses contrapuestos es competencia del Registrador de la Propiedad (**RR. de 10 de enero de 1894, 23 de enero de 1943, 26 de septiembre de 1951 y 20 de septiembre de 1989**).

II.- 3.- PRESENCIA DE CONFLICTO DE INTERESES, que tiende a refutar el FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO del escrito de recurso, y demostrar no sólo que existe, sino que asimismo el recurrente afirma que existe.

En efecto en el escrito de recurso se insiste en que la razón de la prohibición (según el erróneo entendimiento del fedatario) de la autocontratación, se halla en el "*peligro de poner en riesgo la imparcialidad del único interviniente*" -redundancia verdaderamente expresiva en defensa de la nota-, se aprecia asimismo la existencia de conflicto de intereses opuestos entre las partes de un negocio jurídico oneroso, y a continuación, mediante un salto en el vacío, se exige en nuestro caso la existencia de lesión en los intervinientes.

La jurisprudencia ha entendido que existe contraposición de intereses que impide la atribución de eficacia al acto unilateral en: la partición de herencia (**RR.D.G.R.N. de 10 de enero de 1894, 30 de mayo de 1930 y 26 de septiembre de 1951**); la donación cuando se imponen condiciones al donatario (**R. de 29 de diciembre de 1922**); la rectificación de una compraventa (**R. de 23 de diciembre de 1943**); la donación (**R. de 4 de mayo de 1944**); la compraventa (**R. de 30 de julio de 1976 y 1 de marzo de 1982**); la cancelación de hipoteca (**R. de 1 de febrero de 1980**); la hipoteca por deuda ajena (**R. de 20 de septiembre de 1989**); el arrendamiento (**S.T.S. de 21 de febrero de 1968**).

En ninguna de tales decisiones se menciona, como puede verse en la extensa referencia hecha de ellas, la existencia de perjuicio o lesión para alguna de las partes implicadas.

En una compraventa como la formalizada en la escritura calificada las posiciones de las partes son antitéticas, como en los platillos de una balanza el descenso de una provoca el ascenso de la otra, y a la inversa. Se dan pues las razones objetivas que anulan la independencia del acto unilateral e impiden su eficacia jurídica; como dice la **R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1989**: "*no queda*

garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas".

(La calificación de la autocontratación parte pues de un aproiorismo jurídico: si en el negocio jurídico concluido los patrimonios afectados se encuentran en posiciones enfrentadas el autocontrato realizado será objetivamente ineficaz, con independencia de que aquél pueda resultar altamente positivo para ambas partes representadas. El riesgo es tan grande que la jurisprudencia exige o la asunción expresa de su existencia -habilitación-, o la ulterior apreciación de su bondad -ratificación-).

"*A mayor abundamiento*" cita el recurrente, en apoyo de sus tesis, a la doctrina moderna que, dice, se decanta favorablemente a distinguir el problema en la representación legal y en la voluntaria, de manera tal que en ésta se restringen los efectos de la "prohibición" a aquellos casos en que se constate la "*presencia de un perjuicio efectivo y real en los intereses del representado*".

Desconozco honradamente a qué doctrina moderna puede referirse el escrito. Desde luego la jurisprudencia más moderna ha extendido la "*prohibición*" a supuestos que la doctrina clásica no había sospechado -**R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1989**: vinculación simultánea por el mismo apoderado voluntario de dos patrimonios en relación de dependencia, con un tercero-. Y si admitimos el valor de manual de referencia que en la doctrina ¿moderna? se ha dado a la obra de DIEZ PICAZO, a quien también cita como hemos visto el recurrente, se puede observar:

1ª) Que la existencia de conflicto de interés no es causa de prohibición, siempre odiosa y por tanto siempre restringida, del autocontrato, sino exactamente al revés, y simultáneamente su restricción, su ausencia es una medida pragmática que permite atribuir eficacia al imposible jurídico (art. 1089 del Código Civil) del acto unilateral. (Ob. cit. pág. 206).

2ª) y que "*conviene en este punto extremar la cautela. 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*". Y aún más, "*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*". (Ob. cit. pág. 213).

II.- 4.- IMPORTANCIA DE LA RATIFICACIÓN, en que, como se ve, se viene a coincidir con el recurrente en el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO, del escrito de recurso, si bien solamente respecto de aquella parte que la ha producido, no respecto de la otra que no puede verse afectada por actos que no ha realizado.

Partamos de una base clara. La "*ratificación de una escritura de compraventa*" por la parte compradora significa la asunción por ella y para ella de los efectos del negocio jurídico concluido por su representante sin poder, o sin poder suficiente para ello. Son los arts. 1259 y 1727, 2º, del Código civil, recogidos expresamente en la nota de calificación, y que curiosamente no son citados en ningún momento por el Notario recurrente. Esta circunstancia me lleva a pensar que más que expresar lenguajes diferentes o argumentos diferentes, ocurre que estamos hablando de cosas diferentes. No encuentro otra razón para explicarme mi incapacidad en

convencer al Notario autorizante de un principio que se me arroja axiomático: sólo la ratificación del dominus afectado puede salvar la extralimitación de su representante.

Vulgaricemos los términos: se ha repetido hasta la saciedad que la razón de la insuficiencia del poder del representante deriva del riesgo de parcialidad implicado en su actuación unilateral (multirepresentación). Tratándose de la compraventa este riesgo es como aquélla, sinalagmático. Recordemos la imagen de la balanza: el beneficio obtenido por una de las partes lo es en detrimento de la otra, e inversamente. Resultaría lacerante, incomprensible y escandaloso que la ratificación interesada de la parte beneficiada, implicara automáticamente la asunción de los efectos del negocio por la parte perjudicada.

El Notario autorizante parece concebir la autocontratación como la prohibición de que exista en un negocio jurídico una única decisión; de modo que si añadimos una decisión distinta la prohibición desaparece. Así es difícil que nos entendamos, porque me parece que de la jurisprudencia se desprende que la autocontratación ni es una prohibición, ni es un vicio del negocio; es simplemente el nombre con el que se conoce la actuación unilateral de una persona que vincula dos patrimonios distintos, y a la que, cuando tales patrimonios se hallen en conflicto, únicamente se atribuye eficacia si el representante se hallaba capacitado expresamente para ello por el dominus, en otro caso debe éste ratificar.

No es pues la autocontratación un vicio del negocio, el vicio es la falta de capacidad del representante. Obligado resulta repetir las palabras de la **R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1989**: "*se incide con ello, en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en la materia (art. 1713 del Código civil) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (vid. arts. 221.2º del Código civil y 267 del Código de Comercio) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1727 del Código civil y 247 y 253 del Código de Comercio) sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación*".

La cita reiterativa del recurrente al art. 1459 párrafo 2º del Código civil empieza a parecer profundamente desafortunada, sospechosa incluso. Primero, porque para nada debe traerse a este recurso. Y segundo, porque el precepto por su propia naturaleza parte del supuesto de un solo patrimonio representado -no es un caso de plurirepresentación-, el del vendedor, y por ello se puede entender bastante la ratificación por parte de éste. (Por cierto que en el asunto que debatimos falta precisamente la ratificación del vendedor, y que no deja de ser llamativo que a nuestro Código le preocupe la venta indebida, no así la compra).

Amén de todo ello me parece poco defendible sostener que se ha producido una decisión nueva y distinta en el negocio. Por mucha eficacia retroactiva, sanatoria, confirmante y convalidante que se quiera atribuir a la ratificación de la Junta de la Sociedad, no pasa de ser el reconocimiento o la asunción de la actuación extralimitada del administrador, pero no elimina a éste de la escena como si jamás hubiera existido.

Cierto es que "*si desde un principio el representante de la sociedad compradora, incluso su Administrador Unico, hubiese actuado expresamente facultado con base a un previo acuerdo de la Junta General*", la calificación habría sido otra, pero es que otro habría sido el supuesto. No quiero prejuzgar con ello el contenido de esa hipotética calificación, pues los elementos podrían ser muy variados: veladura de la persona jurídica cuya levantamiento está prohibido al Registrador, actuación de la Junta irregular en cuanto asume cometidos que estructuralmente no le corresponden, expresión o no en el acuerdo de las razones para invadir esferas administrativas, delegación en el órgano de representación o utilización de la representación voluntaria, etc. Lo que quiere decir con ello es que no se pueden alterar los supuestos de hecho, ni el curso de la historia. Porque en efecto, la premisa del notario recurrente es lo mas parecido a lo que los historiadores han venido a llamar "*contrafácticos*", y si ya es vieja su desacreditación para construir sobre ellos ciencia histórica, con mayor razón lo ha de ser para fundamentar ciencia jurídica.

Queda por último referirse a la posibilidad de que exista ratificación táctica por parte de los vendedores, como expresa el Notario recurrente.

Sabe perfectamente éste que una tal ratificación es de imposible apreciación por parte del Registrador de la Propiedad, quien sólo puede tener en cuenta documentos, y aún aquéllos presentados en el momento de la calificación (art. 117 del Reglamento Hipotecario). Por ello lo argumenta como elemento tranquilizador para sugerir un cambio en la calificación registral.

En efecto ha transcurrido ya mas de un año desde el otorgamiento de la escritura de venta, pero no es éste el momento inicial que debe tenerse en cuenta para apreciar la existencia de la ratificación tácita, y ningún indicio hay de que los vendedores hayan tenido conocimiento de la transmisión -de hecho hasta ahora ni siquiera se ha pretendido la publicidad registral-, ni de que hayan recibido precio alguno.

Puede acaso tildarse de aséptica e impersonal la postura del Registrador de la Propiedad, pero así es su función para lo bueno y para lo malo. No le corresponde analizar factores subjetivos, tranquilizadores o preocupantes, pero ahora al final de un informe, que creo formalmente impecable, quizá pueda permitírsele la libertad de preguntarse públicamente por qué nadie le explica cuál es la razón de que unos padres, que parecen haber consentido tácitamente, no pueden o no quieren ratificar la actuación de su hijo, siquiera sea obligados por un Registrador contumaz e impertinente y le abogan sin miramientos a la tortura de un recurso gubernativo.

Por todo lo expuesto, SOLICITO A V.E.

Admita el presente informe, y conforme a sus pronunciamientos acuerde denegar la inscripción pretendida.

Logroño 8 de noviembre de 1992.

NOTAS:

(1) Con posterioridad a esa recopilación de RR.D.G.R.N. han recaído, que yo recuerde, otras dos: las de **29 de abril y 21 de mayo de 1993.**

Esta última es la que culminó el recurso gubernativo a que obedecía el informe. Desestimó el mismo y además apuntó posibles problemas en la ratificación por parte de la sociedad, lo que a mi ni se me había ocurrido (léase ocurrido en todos los sentidos imaginables). Es de destacar que en particular destaque, dentro de los problemas formales a que en principio parece limitarse, la falta de "*el nombre de los asistentes a la Junta universal*", lo que no sé si quería corresponder a las inevitables connotaciones del asunto con el art. 1459 C.c. que, como se verá en el informe, rehuí pertinazmente.

Connotación que parece aún más presente -aunque en realidad el precepto aplicable al caso debiera encontrarse en el Título II del Libro III del C.c. -en la otra R. la de **29 de abril de 1993**, sobre la que, en mi opinión, debemos pasar de puntillas o en todo caso comentar en los conocidos círculos con grandes aspavientos, rechazando con especial énfasis y acopio de saliva su desmesura y extralimitación, y evitando con exquisito cuidado se nos asome a la cara el rictus de satisfacción por lo bien empleado que le estuvo al apoderado.

(2) Quizá la cita de Sentencias del T.S. necesitara de mayor número y enjundia. Pero, por una parte, el recurrente había hecho escaso acopio de ellas, y por otra, como se apunta en el informe, las decisiones judiciales se mueven en un ámbito no inmediatamente transvasable al recurso gubernativo. Podríamos decir que la decisión judicial atiende a la justicia en tanto que la calificación registral atiende a la legalidad. De aquí la importancia que se atribuye a las RR.D.G.R.N. De aquí que varias de las sentencias recogidas en el propio informe, después de un pronun-ciamiento teórico irreprochable en apoyo de la tesis defendida, según ha quedado reflejado, terminan negando la invalidez de la autocontratación en el respectivo supuesto de hecho.

No creo por tanto, precisamente por el estricto cometido de impartir justicia que corresponde a los Tribunales, y aún mas por los rígidos contenidos del recurso de casación, que tales decisiones contradigan ni la posición defendida en el informe, ni por ende los propios postulados teóricos del alto Tribunal.

Sin embargo no me sentí entonces con ganas de abordarlo. La sensación que me paralizó fue la de que, al analizar en profundidad los considerandos judiciales, podía dar pie a pensar que trataba de defenderme de ellos. Me parecía ridículo el organizar yo mismo, por un prurito doctrinal, el ataque y la defensa. En buena lid correspondía al recurrente el haberlos sacado a colación. Con todo sigo pensando que analizadas las razones de nuestro mas alto Tribunal, los postulados teóricos permanecen incólumes.

Dentro de ese grupo de decisiones se hallan las **S.T.S. de 30 septiembre 1968 y 23 mayo 1977**, citadas en el informe, y la no citada de **27 octubre de 1966.**

Es importante consignar que todas ellas tratan del mismo asunto sobre el que versaba la también citada R.D.G. de **20 de septiembre de 1989**: la garantía por deuda ajena. Frente a un tercero acreedor una persona representa a la vez al patrimonio garante y al patrimonio deudor; en la primera y tercera de las sentencias este último es el propio del interviniente, representante a la vez del primero; la segunda es un supuesto de multirepresentación societaria.

Ya hice notar las dificultades que encontró la expresada R. para configurar el supuesto con autocontratación. El T.S. no lo consideró en ninguno de los tres casos. Creo, sin embargo, que por razones que no contradicen aquélla.

La **S.T.S. de 27 de octubre de 1966** dice así en su primer Considerando: "*y teniendo en cuenta -aparte de que los actos denunciados no constituyen realmente un autocontrato, propiamente dicho, pues para ello sería preciso que el mandatario adquiriera para sí bienes de la mandante o viceversa- siempre resultaría que el otorgante, hijo de la recurrente, obró en uso del apoderamiento que se le concedió y en el que expresamente se le autorizaba para reconocer deudas y créditos en nombre de la mandante, concediendo en garantía los bienes muebles e inmuebles que sean precisos, constituir hipotecas e <incluso para garantizar operaciones del propio apoderado>, es evidente que los actos realizados por el hijo están comprendidos dentro de las facultades que le fueron concedidas, no ha habido extralimitación del poder...*".

Se me ocurren la siguientes observaciones: La afirmación de que no existe autocontrato no deja de ser un obiter dicta. Referida además a una visión tan extremadamente parca de la figura que hace estéril el concepto. Visión que por otra parte hoy está completamente superada. y de la que el propio Tribunal no parece muy seguro: "*aunque así no fuera...*". Inútil por tanto a los efectos de una decisión que se apoya no en la inexistencia de la figura, sino en la propia autorización del poderdante.

La **S.T.S. de 30 de septiembre de 1968** después del planteamiento teórico que puede verse en el informe, añade: "*es de advertir, que, en este punto, coinciden plenamente la sentencia impugnada y la parte recurrente, si ésta entiende que tal doctrina ha debido ser aplicada al caso aquí controvertido, la opinión contraria sustentada por la Sala de instancia podría constituir en todo caso, su infracción por no aplicación que equivale a su violación, pero no por interpretación errónea, aparte de que aunque se aceptara la existencia de los autocontratos en cuestión, para negarles eficacia sería preciso que se hubiera probado la pugna de intereses entre los distintos patrimonios representados por el autocontratante, pugna de intereses cuya realidad es un hecho...*".

Con lo que se abstiene por una razón formal de indagar en la naturaleza jurídica de la figura. No es menos cierto sin embargo que parece configurar la pugna de intereses como un problema de hecho, lo que podría conducir el debate no tanto a la contraposición objetiva de situaciones, a la posición de recíproco sinalagma, cuanto a la constancia del daño producido.

No obstante conviene no perder de vista el supuesto enjuiciado y la distinta perspectiva, judicial por un lado, notario-registral por otro, del mismo.

En la garantía por deuda ajena hay un triángulo de relaciones. Sendos lados ligan al acreedor con el garante no deudor y con el deudor garantizado respectivamente. El tercer lado expresa la relación entre estos dos últimos. La autocontratación se encuentra evidentemente en este postrero segmento, si ambos vértices se expresan mediante una sola declaración de voluntad. En las sentencias citadas y alguna otra mas que se puede ver, se alega la autocontratación por garante o por deudor, no para impugnar su recíproca relación, sino para trasladar las consecuencias de ella al acreedor garantizado. No se ataca el negocio de constitución, sino la ejecución de la garantía y el T.S. es evidentemente consciente de que detrás de tal actitud se agazapa la pretensión de eludir el cumplimiento de las respectivas obligaciones.

Además desde el vértice del acreedor es obvio que las dos relaciones distintas que le ligan con los otros dos vértices de la relación triangular, no se muestran

aparentemente en relación de respectivo conflicto, sino al contrario concurrentes a la satisfacción de la deuda. Ello explica que el T.S. no encuentre pugna de intereses, y justifica la distinta visión notario-registral, cuya calificación se manifiesta en el momento de la constitución, en el que el análisis de la relación negocial en su conjunta obligará a la bilateralidad de las declaraciones de voluntad de las partes deudora y garante, congruente con la bilateralidad de patrimonios en conflicto, lo que se traduce sin necesidad de grandes palabras en un poderoso mecanismo de seguridad preventiva.

Por su parte la **S.T.S. de 23 de mayo de 1977**, cuyo largo fundamento doctrinal puede verse en el informe, confirma la sentencia recurrida que afirma que el apoderado no actuó con extralimitación de poder "*y declara que aunque en el supuesto de autos se diera aquella pugna de intereses, por la amplitud de sus términos, <<habría de estimar como comprendidas, dentro de las facultades del apoderado la de comprometer con el solidariamente también a la sociedad>>, labor interpretativa que no ha sido aclarada en el recurso, lo que impide a esta Sala poder examinar dicho poder y consecuentemente, en su caso, llegar a sentar conclusión distinta a la apreciada por el juzgador de instancia...*".

Con lo que sensatamente esta Sentencia puede ser utilizada para confirmar el rigor formal del recurso de casación, mas no para alterar aquella doctrina jurisprudencial.

Dentro del análisis de esta doctrina jurisprudencial de los años 60 y 70, décadas en que se asientan para luego ser reproducida sin alteración en años mas recientes, sorprende que el recurrente pasara por alto la **S.T.S. de 5 de febrero de 1969** que es la única que parece configurar la autocontratación como un problema de abuso o desviación del poder, y que por lo tanto, en mi opinión, sí trasladaría el problema al ámbito judicial.

También recae esta sentencias en un supuesto de garantía por deuda ajena y por ello conviene repetir las dificultades que se presienten en el órgano judicial para mantener la doctrina que se estima correcta, cuando es alegada, en fase de "*ejecución*" de contrato, por la parte incursa en autocontratación no respecto de la otra, sino respecto del tercer acreedor con la clara finalidad de desligarse del cumplimiento de su obligación. Pero no sólo esta apreciación, sino además los propios pronunciamientos de la sentencia confirman que la unánime línea jurisprudencial no padece ni un ápice.

Dice así: "*Segundo. Que, en realidad, el problema que suscita al espectador el repetido contrato, no es el de exceso o extralimitación de poder, pues está fuera de duda que el de constituir hipotecas formaba parte del contenida del apoderamiento, sino el del posible abuso o desviación del poder de representación, abuso que se puede producir cuando el representante, obrando formalmente dentro de sus límites, usa conscientemente el poder para la realización de un fin discordante con aquél para el que le fue conferido, y, en especial, para la satisfacción de los intereses propios del mismo o de un tercero, los que así pueden entrar en conflicto o colisión con los del representado, problema que ni siquiera es dable abordar en este trance, porque si bien se aduce por primera vez en esta litis la infracción <<por no tenerla en cuenta>> de la doctrina jurisprudencial sobre la autocontratación, la que, según el impugnante sería aplicable al caso por analogía, se trata de unas cuestiones, tanto aquéllas como ésta no planteadas en el pleito e inaccesibles por tanto a la casación (art. 1729 núm. 5º LECiv.),*

propuesta la última, además, informalmente, dado que no se cita con la claridad y precisión exigidas por el art. 1720 en cuál de los tres conceptos señalados en el núm. 1º del art. 1692 de la Ley Procesal se estima infringida dicha doctrina, ni se invocan por lo menos dos sentencias de esta Sala que la proclamen. Tercero. Que, por otro lado, el recurrente prescinde en absoluto de un factor esencial para la solución del caso, cualquiera que sea el enfoque y tratamiento jurídico que se de al mismo... tal contrato fue ratificado expresamente por los herederos de la poderdante en la escritura pública de aceptación de la herencia de la misma y de protocolización de las operaciones particionales correspondientes... y, por otra parte pretende ignorar que ni es inexistente el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización, como ya declaró esta Sala en la S. de 29 de enero de 1945 (R. 121), ni es inexistente ni adolece de nulidad absoluta y radical el contrato celebrado por el representante con abuso de poder".

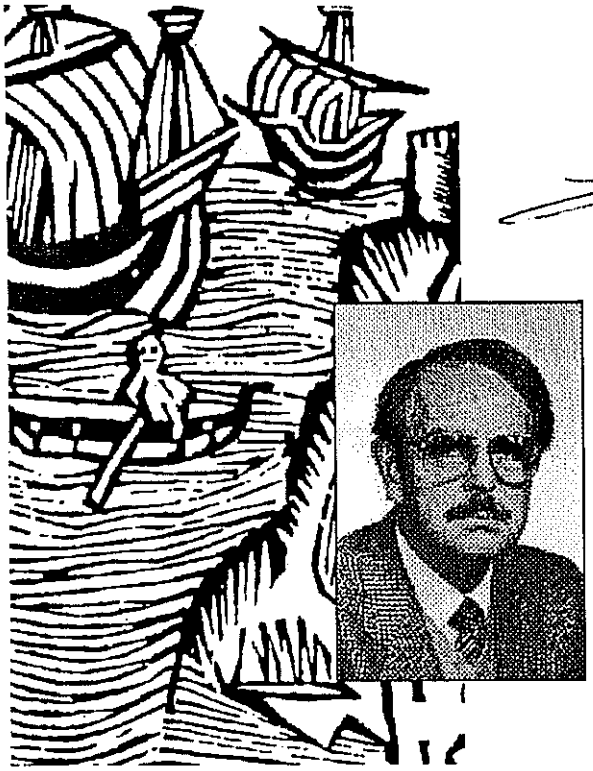
De donde se infiere:

Primero. Que propiamente no entra en el análisis de la autocontratación que se había alegado extemporánea e indebidamente, pues ni se había planteado en el pleito, ni se citaban con claridad y precisión las disposiciones o sentencias infringidas.

Y Segundo. Que el recurrente había construido su posición defendiendo la inexistencia de negocio por falta de poder, para evitar que tal negocio pudiera considerarse sanado por la ratificación realizada por los herederos del poderdante en la escritura de partición de sus bienes, y al Juzgador de Instancia le pareció mas sencilla la defensa de la sanación desde la óptica de la desviación del poder, decisión que de alguna manera es corregida por el Alto Tribunal cuando dice que se mirara como se mirara -inexistencia o abuso- el efecto sanatorio hubiera sido el mismo, con lo que en el fondo no toma partido por ninguna de esas dos posibilidades.

La cita de Sentencias posteriores, una vez consolidada la doctrina, puede ser una acumulación de fechas, en mi opinión bastante huérfana de sentido si no se acompaña de una profunda revisión de los supuestos de hecho.

Pero de todas maneras los interesados pueden consultar la **S. de 8 de enero de 1980** -que no declaró la invalidez de la autocontratación existente en un contrato solicitada por quien en proceso anterior se opuso a la resolución del mismo-; la **S. de 20 de junio de 1983** -que insiste en la necesidad de autorización expresa o exclusión de conflicto de intereses, lo que no existía en el caso de autos, en el que una sociedad "*se vendía a si misma aunque con otro nombre, es decir, dos personas jurídicas, pero una sola en la realidad*"; de la **S. de 8 de noviembre de 1989** -que admite la auto-entrada del representante siempre que sea consentida-; la **S. de 31 de enero de 1991**- que insiste la idea de conflicto de intereses mas o menos encubierto-; y en fin la **S. de 14 de diciembre de 1990**, especialmente estimable no sólo porque fue aportada por el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, sino además por proceder a la Sala 4ª, Sala a la que también ha llegado el problema de la autocontratación y se comprende bien habida cuenta los contratos blindados con los que, cuentan las crónicas, se aseguran los altos directivos su pervivencia en el cargo o su jubilación anticipada, si bien en el caso de autos se atribuye validez al autocontrato pues tal posibilidad venía contemplada en el poder conferido al Director-Gerente.



Fdo.E.M.-Piñeiro

TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

(Orden de 5 de Mayo de 1994)

(De la CIRCULAR de Baleares, núm. 43, de 15 junio 1994)

A propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado, se dicta la presente Orden que es publicada en el B.O.E. del 11 de mayo (nº 112) y que entrará en vigor, según su Disposición final, a los tres meses, o sea el 11 de Agosto de 1994, ex-artº 5.1 del C.c.

Se legitima la Orden en la habilitación conferida al Ministro de Economía y Hacienda por el artº 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta a dicho Ministro "*para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos*".

Y se explica la colaboración o "*codisposición*" del Ministerio de Justicia en "*las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7º*" y en la que se nos impone el deber de advertir "*expresamente al prestatario del significado de aquéllas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas*".

La finalidad primordial de la Orden, según su propio preámbulo, es "*garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios*". Para la consecución de esta finalidad el legislador en la orden: 1º Facilita la selección de ofertas, mediante la comparación de las condiciones que figuren en el folleto informativo; y 2º facilita la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, para lo cual impone que contengan un clausulado financiero estandarizado.

I.- AMBITO DE APLICACIÓN.

Los destinatarios de la Orden, aquellos para quienes la Orden es de específica aplicación obligatoria ex-artº 1º.1, son las entidades de crédito en cuanto a su actividad, relacionada con la concesión de ciertos préstamos con garantía hipotecaria.

Y se precisa aún más: "*La presente Orden será de aplicación a las actividades citadas que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo. En particular, se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgadas a personas residentes en España*".

Diseccionando, que es gerundio:

1º) **Entidades de Crédito.** Siendo la presente Orden un desarrollo o complemento de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, parece lógico buscar su definición en dicha Ley, y como la lógica, a veces, da resultado nos topamos con el artº. 1.2 de dicha Ley en el que se establece que "*se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio*".

El artº 1º del R.D. Legislativo de que se trata (que lleva por rúbrica "*Entidades de Crédito*". Comunidad Económica Europea. Adaptación del derecho vigente al de las Comunidades Europeas), en su nº 1 entiende, a efectos de la presente disposición y de acuerdo con la primera Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la C.E.E., por "*establecimiento de crédito*" toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de restituir, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos. Y en el nº 2º conceptúa, en particular, establecimientos de crédito: a) Las Entidades oficiales de crédito. b) Los Bancos privados inscritos en el Registro Especial del Banco de España. c) Las Cajas de Ahorro inscritas en dicho Registro del Banco de España. d) Las Cooperativas de crédito inscritas en el repetido Registro Especial del Banco de España. e) Las Sociedades de crédito hipotecario inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda. f) Las Entidades de financiación inscritas también en este último Registro Especial.

2º) **Entidades de Crédito nacionales y/o extranjeras.** La aplicación a las entidades de crédito españolas no ofrece ninguna duda. Asímismo la aplicación a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención es indudable por expresa disposición del nº 3 de su artº. 1º.

La Orden que comentamos (vide artº. 1º. 2) mantiene la misma línea al declararla aplicable a las actividades relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria "*que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo*".

Respecto de las entidades de crédito autorizadas en cualquier Estado miembro de la C.E.E. no se olvide que la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, adicionó un nuevo Título V a la Ley 26/1988, relativo al ejercicio de la actividad crediticia en los Estados miembros de la Comunidad Europea. En el nuevo artº 51 se permite a las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la C.E.E. realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las actividades que enumera el artº 52, entre las que se encuentran "*las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales*", con la obligación de "*respetar en el ejercicio de su actividad en España las disposiciones dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local, o de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que, en su caso, resultan aplicables*".

3º) **Actividad a la que afecta.** La Orden sólo es aplicable a la actividad de las entidades de crédito relacionada con la "*concesión de préstamos con garantía hipotecaria*"; pero no a todos los préstamos con garantía hipotecaria si no que se limita a:

1º Préstamos hipotecarios -mejor debiera haberse hablado de préstamos garantizados con hipoteca o con garantía hipotecaria, como hace el propio artº 1.2- en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda.