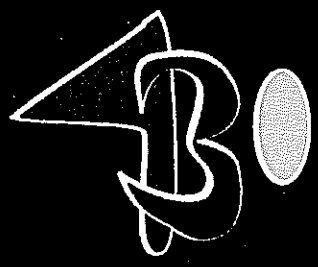
# LUNES

## CUATRO TREINTA



**Revista de asuntos registrales**

Año XII - Núm. 264 - 2ª Quincena, septiembre, 1999

# sumario

Año XII - Núm. 264 - 2ª Quincena de septiembre, 1999


CASOS PRACTICOS ..... 0
RESOLUCIONES ..... 0
SENTENCIAS ..... 2
AUTOS TSJCV ..... 4

LOS LLAMADOS "PACTOS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA HIPOTECA" ..., por José Manuel García García ..... 12

LA SENTENCIA DEL TS DE 30 DE ENERO DE 1999 QUE ANULA UN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO POR EL QUE SE RECLAMA DEUDA INEXISTENTE, por José Alonso Casado ..... 27

TRAFICO JURÍDICO, COMPRAVENTA, ESCRITURA E INSCRIPCIÓN, por Eusebio Giménez Roig ..... 30

COMPETENCIA DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA CIVIL, Jesús María Martínez Rojo ..... 35

MANDANGA Y MANDINGA. UN PASEO POR LOS DICCIONARIOS, por Criticón (L.M.E.) ..... 42

CORRAL JR. ..... 41

RESEÑA LEGISLATIVA..... 9


CARTAS A JM

HUMOR


**LUNES 4'30**

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Ana María del Castillo González
Rosa Navarro Díaz
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Dominguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig
Javier Solá Palerm
Cristina Carbonell Llorens
Inmaculada Gosálvez Simbor
Mercedes Tormo Santonja
Mercedes Ríos Peset

CONSEJEROS HONORARIOS:
José María Chico Ortiz
Corral Jr.

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

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

*

Depósito legal:
V-1212-1988


Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

*Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

# SENTENCIAS

**STS 28 FEBRERO 1999**

## SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL.

## (ALCANCE DE LA EXPRESIÓN ERRÓNEA "LIBRE DE CARGAS" EN LOS ASIENTOS).

**Artículos citados: 227 y 34 de la Ley Hipotecaria. 758 del Código Civil.**

Dª AAA otorgó testamento en el que estableció que "todas las propiedades, fincas y dinero que correspondan a Dª BBB a su fallecimiento, por no tener descendencia, pasarán y recaerán sobre sus hermanos, otra vez sobre sus sobrinos carnales".

La cuestión debatida es si estamos en presencia de un FIDEICOMISO DE RESIDUO, y que por lo tanto el derecho sucesivo de los fideicomisarios se restringe a los bienes que continuasen en poder de Dª BBB a su fallecimiento, o si por el contrario estamos en presencia de una SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL, donde cabe una alternativa:

—O que el fiduciario fallezca sin hijos (cumpliéndose la contingencia resolutoria), en cuyo caso las enajenaciones que hubiera podido realizar se destruirán retroactivamente (ya que el gravamen consta registrado y los adquirente no podrán oponer la fe pública registral), ya que estas situaciones de pendencia producen efectos ex tunc (desde el fallecimiento del causante que instauró la sustitución).

—O que la condición no se cumpla si fallece con hijos, y en este caso las enajenaciones que hubieran podido efectuar se consolidan retroactivamente y devienen inatacables.

Hay que distinguir, a efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales, ya que en las primeras no se pueden transmitir los bienes. En las segundas, existe la incertidumbre propia de esas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede transmitir los bienes, ya que si se incumpliera la condición, el devendría propietario último de los bienes, y resultarían inatacables las transmisiones efectuadas.

En este caso no estamos en presencia de un fideicomiso de residuo, ya que exige que pasen todas las propiedades y no una parte. Esta obligación de conservar el patrimonio está reconocida en el artículo 783 del Código Civil. Se trata pues de una sustitución fideicomisaria condicional, que respeta la legítima de la heredera. Es posible que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos de la fiduciaria, ya que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce desde la muerte del fiduciario, sino desde la del testador.

En la inscripción de la herencia a nombre de Dª BBB, consta la sustitución fideicomisaria por lo que el tercero no puede alegar desconocimiento, por lo que podrá revocarse si la condición del fallecimiento de la vendedora sin descendientes se produce.

En las posteriores inscripciones de dominio, la finca aparece libre de cargas, pero se trata de un error de concepto que resulta claramente de los asientos del Registro, por lo que conforme al artículo 217 LH, puede rectificarlas el Registrador sin necesidad de reunir a los interesados, ni acudir a la vía jurisdiccional.

Por último, el titular dominical, en cuya inscripción de dominio, aparece la finca como libre de cargas, ¿puede ampararse en el artículo 34 LH? Entiende el Tribunal Supremo, que dicho precepto no dice "causas que no consten en el asiento respectivo" sino que exige con mayor amplitud que no existan en el Registro, por lo que hay que tener en cuenta, todo su historial

jurídico, empezando por el asiento inmatriculador, y que se ramifica hasta las referencias históricas de la matriz.

## STS 24 ABRIL 1999

## EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

### Artículos citados: 4 y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal.

**HECHOS.**- El 29 de mayo de 1973 la sociedad A era dueña de una extensión de terreno de la que se segregó la parcela B. En el resto de la finca se construyó un edificio industrial, compuesto de cinco lonjas industriales. El componente uno y la parcela B se vendieron a la sociedad X en escritura de 31 de diciembre de 1973. El resto de los componentes se fue vendiendo. El edificio industrial tiene su acceso a través de la finca B, a la que también tiene luces y vistas.

El 12 de mayo de 1986 un incendio destruye la totalidad del edificio.

D. AAA y otros, titulares del 74' 25 %, promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra la mercantil X, propietaria del 25' 75 %, solicitando:

—Que se declarase extinguida la Declaración de Obra Nueva y Propiedad Horizontal de un edificio industrial y anulados los títulos de propiedad sobre determinadas partes privativas.

—Que la inscripción que quedase vigente fuera la del solar.

—Que se declarase constituida sobre la finca B, perteneciente a la sociedad X, como predio sirviente y en favor del solar, servidumbre de paso, por signo aparente, y en caso de no estimarse, se solicita subsidiariamente la constitución de una servidumbre legal, en ejecución de sentencia.

—Que la disolución de la comunidad sobre el solar se lleve a efecto mediante su venta en pública subasta.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial, la revocó estimando todos los pedimentos. La sociedad X interpone recurso de casación.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**- La recurrente alega como único motivo de casación la aplicación indebida de los artículos 4 y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, al entender que la destrucción del inmueble no provoca la extinción de la propiedad horizontal, pues sólo se produciría en el caso de que el coste de la reconstrucción exceda del cincuenta por ciento.

El Tribunal Supremo entiende que el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal contempla dos supuestos de extinción de la propiedad horizontal, totalmente diferenciados entre si:

—La destrucción material de la finca.

—La destrucción parcial en la que el coste de reconstrucción sea superior al 50% del valor de la finca, a menos que esté cubierto por un seguro.

La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario.

En el caso debatido, la destrucción total del inmueble es admitida por las dos partes, por lo que la extinción de la propiedad horizontal es incuestionable.

## STS 27 ABRIL 1999

## SERVIDUMBRE DE PASO. CARÁCTER GRATUITO.

### Artículo citados: 7 y 564 del Código Civil.

**HECHOS.**- La Comunidad de Propietarios del garaje A, demandó a los titulares de plazas de garaje del inmueble B, con el fin de modificar la servidumbre establecida a favor de los mismos, en virtud de la cual, éstos entran en el garaje por el de la actora. También se solicitó que se elimine el carácter gratuito de la servidumbre y a contribuir en proporción a las plazas de garaje a los gastos de conservación de la servidumbre de paso (vigilantes jurados, limpieza...).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Dicha sentencia fue parcialmente revocada por la Audiencia Provincial, que condenó a los demandados a abonar los gastos de conservación de la servidumbre de paso. La actora y parte de los demandados han interpuesto recurso de casación.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**- En cuanto a los motivos de casación cabe destacar:

—En en recurso interpuesto por la actora, la inaplicación del artículo 7 del Código Civil, en relación con el artículo 594 del mismo cuerpo legal, puesto que la sentencia recurrida omite, que la razón de ser de la servidumbre forzosa de paso, es la de permitir un uso civilizado de los bienes, sin que sea justo que se efectúe en beneficio exclusivo de una parte y en perjuicio de la otra.

El Tribunal supremo la desestima, por entender que la servidumbre de paso fue constituida voluntariamente por la única propietaria de las parcelas. De modo que los litigantes han recibido sus plazas de aparcamiento con los derechos, obligaciones y servidumbres voluntarias previamente constituidos.

—En el recurso interpuesto por los demandados, se alega aplicación indebida de la doctrina del enriquecimiento injusto, al entender que no cabe aplicarla cuando el supuesto enriquecido no la ha querido, la rechaza y además le ha sido impuesta por conveniencia o interés de un tercero. Además, entiende el recurrente que, en virtud de la normativa de la propiedad horizontal, si un integrante de la comunidad mostrara su negativa a un acuerdo similar al que aquí se trata no estaría obligado a abonar su parte en los gastos, lo que es extrapolable analógicamente al caso del pleito. Tampoco se ha producido un empobrecimiento de una de las partes, pues la existencia del garaje fue indiferente para la contratación del personal de seguridad y vigilancia por la actora. Por último la servidumbre de paso y su carácter gratuito se encuentran establecidas en el título constitutivo, por lo que constituyen una razón justificativa del supuesto enriquecimiento.

Este motivo es acogido por el Tribunal Supremo.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA
JURIS PRUDENCI

ES COPIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SECRETARIA DE GOBIERNO
VALENCIA

**ATSJCV 11 MAYO 1999**
**RG 57/97**

## CESION EN PAGO DE DEUDA SUJETA A DOBLE CONDICIÓN SUSPENSIVA.

### HECHOS

Un particular cede en pago de deuda a BANESTO, unas fincas. Una de ellas está gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Alicante y Murcia y con una la condición resolutoria que, según el cedente, estaban pendientes tan sólo de su cancelación registral por encontrarse satisfechas las cantidades garantizadas. La cesión en pago se otorga con sujeción a las condiciones suspensivas siguientes: "Que la cesión en pago, y la transmisión del dominio a favor del Banco quedó sujeta a la **condición suspensiva** de que en el momento de presentación de copia de la presente escritura (de cesión en pago) en el Registro de la Propiedad no exista ninguna carga, acto o limitación que grave el pleno dominio de dicho cesionario sobre las dos fincas transmitidas y a la **condición suspensiva** de que efectivamente se cancele registralmente la hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Alicante y Murcia y la condición resolutoria que grava la finca 1ª cedida (registral 49.565)".

La referida escritura de cesión fue presentada por fax por el Notario autorizante el mismo día del otorgamiento, y a efectos registrales lo fue al día siguiente 13 de febrero de 1997).

En ese momento se encontraban registralmente sin cancelar, tanto la hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Alicante y Murcia, como la condición resolutoria en garantía del precio aplazado.

Las dos fincas cedidas a favor del Banco Español de Crédito fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Orihuela, sujetas a la doble condición suspensiva indicada.

Posteriormente se cancelan la hipoteca y la condición resolutoria por lo que BANESTO solicita del Sr. Registrador de la Propiedad la cancelación de las dos citadas condiciones suspensivas.

Sin embargo el Sr. Registrador de la Propiedad tras de hacer constar la cancelación de la segunda condición suspensiva (cancelación de la hipoteca de la Caja y la condición resolutoria), suspende la cancelación de la primera en estos términos:

"Suspendida la constatación del cumplimiento de la primera condición suspensiva por cuanto en el momento de la presentación de la escritura de dación en pago, existían en el Registro las cargas que precisamente han sido canceladas con posterioridad".

Contra dicha calificación se promueve por la representación del Banco Español de Crédito recurso gubernativo.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

**PRIMERO.**- La cuestión a que se contrae el presente recurso gubernativo es la de sí... se puede estimar que canceladas estas dos últimas cargas, cabe entender cumplidas ambas condiciones, y por tanto procede cancelar la condición suspensiva reseñada en primer lugar, o por el contrario, la existencia de dichas dos cargas al tiempo de la presentación de la escritura en el Registro, impide dar por cumplida la primera de ellas.

En definitiva la cuestión se reduce a determinar si ambas condiciones suspensivas establecidas, deben interpretarse conjunta o separadamente.

**SEGUNDO.**- Desde el primer momento hay que señalar que la interpretación separada de ambas condiciones lleva al absurdo. Con tal interpretación literal, nunca se podría cumplir una de ellas, aquella que exigía la libertad total de car-

gas, en el momento de la presentación de la escritura en el Registro, a menos que se hubiera optado por un aplazamiento de dicha presentación hasta que se hubiera procedido a cancelar las cargas de la segunda condición.

Tampoco parece ser ésta la interpretación que le dan las partes cuando deciden que sea el mismo Notario quien inmediatamente del otorgamiento remita por fax la solicitud de asiento de presentación, al Registro de la Propiedad.

Pero es que parece que ni aún el mismo Registrador mantiene en principio esta postura, por cuanto admite a inscribir una condición que ya estaba cumplida (existían cargas en el Registro al tiempo de la presentación) y además era ya de imposible cumplimiento (a menos que se hubiere llevado a cabo una nueva presentación una vez canceladas las cargas).

**TERCERO**.- Parece evidente que el sentido de ambas condiciones, que hay que interpretar conjuntamente, era otro, aunque se reconozca la incorrección de la redacción dada a la primera de ellas. Lo pretendido realmente por las partes era, de un lado, que se cancelaran en el Registro las cargas vigentes, al tiempo del otorgamiento de la escritura, sobre las fincas cedidas, y de oro que, al tiempo de la presentación de tal escritura en el Registro, no hubiera nuevas cargas sobrevenidas sobre las fincas cedidas.

Este es el recto sentido y la correcta interpretación, que se debe dar a ambas.

**CUARTO**.- Ello tiene a su favor el artículo 1281 del Código Civil..., el artículo 1282.., el 1284 ... y 1285...

**QUINTO**.- Las anteriores consideraciones llevan a la íntegra estimación del recurso.

## ATSJCV 12 MAYO 1999 RG 1/98

## DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**HECHOS.** Presentada en el Registro de la Propiedad una escritura por la que cierta Mutua vende cierto inmueble inscrito a su favor, el Registrador de la Propiedad, suspende su inscripción "por el defecto subsanable de no acreditarse que los bienes transmitidos tengan el carácter de patrimonio histórico de la Mutua conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto nº 1.221/1992 de 9 de octubre reguladora del Patrimonio de la Seguridad Social...

Contra dicha calificación se promueve por la representación de Mutua Valenciana Levante, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 15, recurso gubernativo.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.**

**PRIMERO**.- En el presente recurso se trata de resolver si para la venta de un bien que una Mutua de A.T.E.P.S.S. adquirió el 29 de marzo de 1985 por compra, con cargo a fondos del patrimonio mutualista, y que figura inscrito en el Registro de la Propiedad a su nombre, se precisa, además de la certificación de la propia Mutua acreditando el carácter de bien propio, la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social, al no poder acreditarse fecha de adquisición de los bienes propios anterior a 1 de enero de 1967.

**SEGUNDO**.- Las Mutuas de A.T. y E.P. de la Seguridad Social, como asociaciones de empresarios debidamente autorizadas y colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, gestionan dos patrimonios con titularidad distinta: el de la Seguridad Social que tienen adscrito para el cumplimiento de sus fines, y que son los muebles e inmuebles que proceden de inversiones de ingresos de las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Y los bienes propios que son: los incorporados al patrimonio de las Mutuas con anterioridad a 1 de enero de 1967 o durante el período comprendido entre esa fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último caso se trate de bienes que provengan del 20 por 100 del exceso de excedentes, así como los que procedan de recursos distintos de los que tengan su origen en las cuotas de la Seguridad Social. Así resulta de los artículos 68.4 del R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 3º del R.D. 1993/1995 de 7 de diciembre que aprueba el Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

De la disposición de los primeros se ocupa el artículo 29 del Reglamento citado que se remite a lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del R.D. 1.221/1992, de 9 de octubre, Regulador del Patrimonio de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que el mismo artículo dispone. Respecto de los segundos nada se dice ni en la Ley de la Seguridad Social, salvo la referencia genérica a la tutela administrativa ejercida mediante la inspección y control de cuentas, (art. 71 de la Ley), ni en el Reglamento de Colaboración, en cuyo Título I, Capítulo VII, bajo la rúbrica de la Administración y contabilidad del patrimonio histórico, artículo 50 a 52, se regula el destino de las inversiones, la llevanza de la contabilidad del patrimonio propio en libros separados y la exigencia de rendición de cuentas anuales ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. No existe ningún precepto que establezca un control preventivo en la disposición de bienes propios de las Mutuas.

**TERCERO**.- Hasta el 1 de febrero de 1980, todos los bienes adquiridos y gestionados por las Mutuas, propios o adscritos se inscribían a nombre de aquellas. El Real Decreto 255/1980 de 1 de febrero atribuyó la titularidad y administración del patrimonio único de la Seguridad Social a la Tesorería General de la Seguridad Social, y, en ejecución de dicha disposición, la Orden de 2 de abril de 1984 estableció el sistema de contabilidad separada del patrimonio de las Mutuas y la obligación de éstas de remitir certificación de los bienes gestionados por las mismas y que fueran patrimonio de la Seguridad Social a la Tesorería General a fin de que esta pudiera inscribirlos a su nombre. El Real Decreto 1.221/1992, de 9 de octubre sobre el Patrimonio de la Seguridad Social, en su disposición adicional primera,

excluyó del ámbito de aplicación el patrimonio de las Mutuas, dispuso, en su adicional segunda, que se inscribirían a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social "c) los bienes inmuebles adscritos a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social...", y en la disposición adicional cuarta impone a las Mutuas la obligación de remitir, mediante certificación, relación detallada de los bienes... inmuebles... con indicación en su caso de los datos registrales, a fin de cumplimentar lo dispuesto en el artículo 3º del Real Decreto, punto 2.: "La Tesorería General de la Seguridad Social promoverá la inscripción a su nombre, de los bienes y derechos inscribibles del Patrimonio de la Seguridad, en los correspondientes Registros". No existe en ninguna de las disposiciones legales citadas en este apartado ni en el anterior precepto alguno que establezca una presunción de titularidad a favor de la Seguridad Social respecto de los bienes inscritos a nombre de las Mutuas.

**CUARTO**.- La finca a que se refiere el título objeto de recurso figura inscrita a nombre de la entidad vendedora en el Registro de la Propiedad, sin que exista constancia de que se haya instruido expediente promovido por la Tesorería General de la Seguridad Social tendente a inscribir a favor de ésta el bien en cuestión, por lo que despliega su eficacia la presunción de legitimación dispositiva del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y debe, consiguientemente, estimarse como suficiente el título del vendedor acompañado de la certificación del acuerdo del órgano competente de la entidad vendedora, de la que resulta que el bien objeto de venta forma parte del patrimonio propio de la misma. Al fin y al cabo, y sin perjuicio de la inspección en el ejercicio de la tutela, fue también una certificación el documento relación enviado en su día por la entidad vendedora a la Administración para manifestarle los bienes propios de la Seguridad Social.

Vistos los artículos y disposiciones citadas.

**DISPONGO:** Se estima el Recurso formulado por Mutua Valenciana Levante, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades contra la nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad...

## ATSJCV 12 MAYO 1999 RG7/98

## ANOTACIÓN DE QUERELLA.

**"... la tesis mantenida por la DGRN no excluye pues, de forma categórica, la posibilidad de practicar la anotación de querella. Pero sí parece imprescindible que para que proceda la anotación preventiva de querella deberá constar expresamente en el mandamiento que la ordene, la pretensión civil acumulada de ejercicio de las acciones de nulidad o ineficacia de los títulos inscritos y la cancelación de ls inscripciones respectivas y además, según las resoluciones citadas anteriormente, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas...".**

**HECHOS**

**PRIMERO**.- La mercantil "Residencial El Racó S.A.", formuló querella contra determinadas personas... por los presuntos delitos de falsedad y estafa, ante el Juzgado de Instrucción número 7 de los de Madrid, y en las Diligencias Previas... se dictó mandamiento... ordenando proceder a la anotación preventiva de la querella al margen de los bienes que aparecen en la copia de la escritura que se acompañó al mandamiento...

**SEGUNDO**.- Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Alcira, fue calificado con la siguiente nota:

"Denegada la anotación de la querella por estafa y falsedad, ordenada en el mandamiento que precede, por adolecer de los siguientes defectos:

1º) No constar la firmeza de la Providencia que la acuerda.

2º) Siendo la anotación preventiva un asiento que está sujeto al principio de "númerus clausus" (Resoluciones de 5 de diciembre de 1960 y 20, 21 y 22 de diciembre de 1966) no es posible hacerla extensiva a casos que no estén expresamente previstos en la propia Ley Hipotecaria o en otra disposición legal, y no es por tanto aplicable a la querella por estafa o falsedad, como así sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 1 de abril de 1991.

Siendo el segundo de los defectos insubsanables no se toma anotación de suspensión, Alcira a 21 de noviembre de 1997. El registrador".

**TERCERO**.- La Procuradora de los Tribunales... interpuso Recurso Gubernativo contra el segundo de los defectos de la nota de calificación... y alegó: Que el Registrador basa su afirmación jurídica de que una anotación preventiva de querella no es posible hacerla ... invocando para ello la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 1 de abril de 1991. Que sin embargo precisamente la Resolución citada sostiene lo contrario de lo argumentado por el Sr. Registrador...

**CUARTO**.- El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota informó: Que ... Que en los casos de estafa y falsedad se podrá ordenar o una anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles para garantizar el resarcimiento de los posibles daños económicos, o bien una anotación de demanda en la que se haga constar la solicitud de la declaración de nulidad de los títulos causa de la querella y, en consecuencia, de los asientos registrales a que dieron lugar, pero siempre es necesario para que puedan inscribirse, señalar claramente su contenido y alcance,...

**QUINTO**.- La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número siete de Madrid, informó: Que solicitado por la entidad querellante... la anotación preventiva de la querella en el Registro de la Propiedad de Alzira, fue denegada tal pretensión... por auto de fecha 2 de julio de 1997. Que contra tal auto se interpuso recurso de queja, en el que informó el Ministe-

rio Fiscal interesando su estimación, y que fue resuelto por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en auto de 22 de septiembre de 1997, por el que se estimaba dicho recurso, por entender que la pretensión de la recurrente debía prosperar atendiendo a lo dispuesto en los artículos 110 y 111 del Código Penal y la doctrina expuesta por el Ministerio Fiscal en su informe, por lo que con fecha 23 de octubre de 1997, se acordó, por la Magistrado-Juez informante, librar el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad de Alzira para que se procediera a la anotación preventiva de la querella.

**SEXTO.**- Solicitado también informe a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, ... ésta informó: que... no cabe realizar una diferenciación entre la demanda civil y la querella criminal, en la que se ejercita conjuntamente la acción penal y la civil, a efectos de su anotación preventiva registral, máxime, si, como se desprende del escrito del recurso de queja, la querella interpuesta se refiere a una falsedad en la escritura de una compraventa, de la finca registral, inexistente y a una estafa por una fraudulenta transmisión, cometidos presuntamente, según lo expuesto en tal modo de iniciación del proceso penal....

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.**- La cuestión que se plantea en este recurso es la de la viabilidad de la anotación preventiva de querella criminal.

La doctrina científica mas reciente destaca que en el supuesto de que el proceso civil se haya acumulado al proceso penal, se plantea la cuestión de si, para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil acumulada, se puede solicitar por el querellante y adoptar por el órgano jurisdiccional, como medida cautelar, una anotación preventiva de querella sobre bienes inscritos a nombre del querellado, cuando en la querella se ejercite, junto con la acción penal, la civil de impugnación de títulos inscritos y de sus correspondientes inscripciones.

La utilidad de la anotación preventiva de querella podrá manifestarse en delitos como el de estafa, alzamiento de bienes, falsedad de documentos con trascendencia registral, etc, para evitar que aparezcan terceros de buena fe que, amparados por el principio de fe pública registral, devengan propietarios del bien, situación que llevaría a su irrecuperabilidad, haciendo imposible, por lo tanto, la satisfacción del perjudicado por la acción constitutiva del delito, e ilusoria la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución.

Pero eso sí, en virtud del principio dispositivo, para que proceda la anotación preventiva de querella deberá constar expresamente el ejercicio de las acciones de nulidad o ineficacia de los títulos inscritos y de la cancelación de las inscripciones respectivas, precisándose los títulos concretos y los asientos específicos que los registran.

En base a todo lo dicho, la doctrina concluye que resulta patente la posible utilidad de una medida cautelar como la anotación preventiva de querella, o mejor, de la acción civil ejercitada en la querella, para asegurar la efectividad, no sólo fáctica sino principalmente jurídica, de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución.

**SEGUNDO.**- La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es sin embargo reticente a la posibilidad de practicar la anotación preventiva de querella. Así, la Resolución de 1 de abril de 1991, (seguida en idénticos términos por las de 9, 10 y 11 de diciembre de 1992), fundamenta tal postura contraria en los siguientes argumentos:

—En primer lugar, el criterio del **numerus clausus** que en materia de anotaciones preventivas se contiene en nuestra legislación (art. 42 de la Ley Hipotecària).

—En segundo lugar, se sostiene "que aunque quepa en la querella el ejercicio de la acción penal conjuntamente con el de la civil, no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad e ineficacia del título inscrito, por cuanto en esta última la anotación está reconocida expresamente en la Ley —artículo 42.1— mientras que en la primera no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos".

—En tercer lugar, se mantiene que la anotación preventiva de querella "ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querella".

—Por último, se comparte la tesis de que "el carácter perjudicial paralos derechos de los querellados de la anotación en esta preliminar fase del proceso, desaconseja que a través de una interpretación expansiva del precepto transcrito se trate de garantizar de modo prematuro las expectativas de resarcimiento que, en una fase ulterior, tras la correspondiente investigación y concreción, a través de los cauces procesales vigente, la parte querellante podrá obtenerlo".

**TERCERO.**- En consecuencia, la tesis mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado no excluye pues, de forma categórica, la posibilidad de practicar la anotación de querella.

Pero sí parece imprescindible que para que proceda la anotación preventiva de querella deberá constar expresamente en el mandamiento que la ordene, la pretensión civil acumulada de ejercicio de las acciones de nulidad o ineficacia de los títulos inscritos y la cancelación de las inscripciones respectivas y además, según las resoluciones citadas anteriormente, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que nos obliga a examinar si se han cumplido tales requisitos en el supuesto concreto que nos ocupa.

En el mandamiento dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid, con fecha 23 de octubre de 1997, no se contiene referencia alguna al ejercicio por la entidad querellante de la acción de nulidad de los negocios jurídicos concretos documentados en los títulos inscritos referentes a las fincas sobre las que se pretende practicar la anotación, ni tampoco sobre la existencia de indicios de criminalidad. Es en el escrito de

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

interposición del recurso en el que se aportan nuevos documentos que pretenden ampliar los sucintos términos del mandamiento que ordena practicar la anotación preventiva de la querella.

Tal pretensión no puede prosperar. El artículo 117 del Reglamento Hipotecario limita las cuestiones discutidas en el Recurso Gubernativo, a las que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o documentos no presentados en tiempo y forma.

Por lo tanto, en el único documento calificado por el Registrador y que puede ser tenido en cuenta en este recurso, con arreglo al artículo 117 del Reglamento hipotecario y múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 30-5-1935, 27-8-1941, 9-2-1943, 22-6-1951, —el auto dictado por la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número siete de Madrid en fecha 23 de octubre de 1997—, no se contienen los presupuestos mínimos para poder practicar la anotación de querella solicitada, sin perjuicio del derecho de la sociedad recurrente, a presentar de nuevo el documento calificado (art. 108 L.H.) con los demás que no fueron oportunamente aportados, para nueva calificación.

Procede por tanto, confirmar la nota del Registrador de la Propiedad de Alzira puesta al pie del auto dictado por el Juzgado de Instrucción Número siete de Madrid el día 23 de octubre de 1997, en cuanto al defecto 2º de la misma, único recurrido...

## ATSJCV 12 MAYO 1999 RG 9/98

## MERCANTIL. SA

## LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD (HIPOTECA UNILATERAL) CORRESPONDE A SUS REPRESENTATES ORGÁNICOS Y NO A PERSONAS DESIGNADAS POR LA JG (QUE SEGÚN DOCTRINA DGRN NO PUEDE CONCEDER NI REVOCAR PODERES).

**Los hechos resultan suficientemente claros de los FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La cuestión planteada en el presente recurso es la siguiente: si en una sociedad anónima, cuyo órgano de representación es el Consejo de Administración, pueden dos de los socios, meros accionistas, constituir hipoteca sobre un inmueble de la sociedad, que constituye el domicilio social y es el establecimiento mercantil de la empresa, facultados por los acuerdos de una Junta General Universal que autoriza a hipotecar bienes y faculta dichos socios para el otorgamiento de cuantos documentos y estructuras se precisen par ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de los estatutos de la sociedad que, bajo el título de Facultades incluidas en l ámbito de representación —del Consejo de Administración— establece en el apartado E 2) párrafo segundo que "se necesitará autorización de la Junta General para ...enajenar o gravar el inmueble que constituye el domicilio social, sus enseres e instalaciones". Dicho inmueble es la finca que se hipoteca en el título, registral nº 22.391 de Paterna.

**SEGUNDO.**- La Ley de Sociedades Anónimas, al regular en el Capítulo V los órganos de la sociedad, dispone en el artículo 93 que "los accionistas constituidos en junta general, debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta", y, al regular en su sección tercera el órgano de administración, dispone en el artículo 128 que "la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos"; y el artículo 129 fija el ámbito de representación en los siguientes términos". 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aunque cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social".

**TERCERO.**- El artículo 128 de la L.S.A. fija por determinación legal la representación orgánica de la sociedad atribuyéndola al órgano fijado en los estatutos, que, en el caso de que se trata, corresponde al Consejo de Administración, conforme al artículo 124.D del Reglamento del Registro Mercantil, l cual actuará de forma colegiada. De la misma forma se expresan los artículos 9 y 10.1 de los estatutos de la sociedad interesada. La administración que la ostenta, en esta caso el Consejo de Administración. La exclusividad de la función representativa de los administradores, es, como dice el Registrador, una garantía para la seguridad del tráfico al evitar que por distintos órganos se adopten acuerdos contradictorios sobre un mismo asunto, negocio o contrato. Obsérvese también que la protección del tercero se formula en el artículo 129.2 de la L.S.A., es decir respecto de actos o negocios celebrados con quienes tienen conferidos por la ley y los estatutos sociales las funciones representativas de la sociedad; precepto que es reproducido en el artículo 10.2) párrafo segundo de los estatutos de la sociedad. Así pues, los administradores no son mandatarios de la junta, como alega el recurrente, sino órgano social con facultades propias, y la falta de sintonía entre administradores y junta la resuelve la ley otorgándole a ésta la facultad de nombrarlos y revocarlos (artículos 123 y 131 de la L.S.A.), pero sin habilitar a la junta para asumir las competencias propias del órgano de administración, que por ley no le corresponden. Ello también es una consecuencia que resulta de los requisitos de determinación, profesionalidad y responsabilidad que la ley establece respecto de las personas que desempeñan el cargo de administrador.

**CUARTO.**- Alega el recurrente, invocando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1997, que la hipoteca contemplada, por la situación de la empresa que

evidencian los acuerdos adoptados en la Junta General Universal celebrada por la sociedad, excede del objeto social, y el acuerdo de hipotecar rebasa las facultades de los administradores para entrar en la competencia de la junta. No es aplicable al caso la Resolución citada, por cuanto que la misma contempla el supuesto de enajenación de todos los bienes de una sociedad cuyo objeto consistía precisamente en la explotación de tales bienes, con lo que la venta de los mismos suponía la extinción del objeto social y el fin de la sociedad. En el caso presente el objeto fijado por el artículo 2º.1 lo constituye la "fabricación y venta de curtidos", y es evidente que la hipoteca o venta del bien a que se refiere la escritura no impide el objeto o fin social, pues ésto podría desarrollarse con otros trabajadores y en inmueble distinto con titularidad de dominio o goce. Independientemente de considerar la evolución de la Doctrina respecto de los límites de la representación, al fijarlos, más que en objeto, en el fin social, como resulta de la citada Resolución, es que la hipoteca constituida en el presente caso entre de lleno en el ámbito de actuación de los administradores por la naturaleza de las obligaciones que garantiza (indemnizaciones y retribuciones debidas por el cese laboral de los trabajadores), ya que corresponde a los administradores "nombrar y separar el personal y obreros de la empresa" (apartado L), "cumplir las obligaciones de toda índole, que incumban a la sociedad" (apartado B) y "constituir sobre toda clase de bienes inmuebles... toda clase de derechos reales, incluso el de hipoteca, en garantía de obligaciones que correspondan a la propia sociedad..." (apartado E.2, párrafo primero); los apartados citados corresponden al artículo 16 de los estatutos. Así pues el requisito de la autorización de la Junta (que no la facultad de hipotecar que el propio artículo 16 de los estatutos atribuye al Consejo) para hipotecar el domicilio social debe considerarse de legitimación interna e ineficaz frente a tercero conforme al artículo 129.1 de la L.S.A.

**QUINTO**.- Las otorgantes del título recurrido carecían de representación orgánica, al ser meras accionistas, con infracción de lo dispuesto en los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónima; y sin que pueda considerárselas apoderadas al derivar sus facultades de la junta (contra el reiterado criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 1 de marzo de 1993 etc. Que dicen que la junta general no puede otorgar poderes ni revocarlos) y no del Consejo de administración (art. 141.1 final del párrafo primero de la Ley de S.A.) en la forma legalmente prevista de escritura pública (a. 1280.5º del Código Civil).

**SEXTO**.- Las anteriores consideraciones conllevan a la desestimación del recurso interpuesto, confirmando el primer defecto de la nota del Registrador con fundamento en los apartados segundo, tercero y cuarto, y el segundo defecto con fundamento en los apartados segundo, tercero y quinto. No se examina el tercero de los defectos de la nota por su carácter subsidiario.

■

# RESEÑA LEGISLATIVA

* Los epígrafes en negrita y con recuadro se transcriben, total o parcialmente, en las páginas siguientes. En los Índices generales se indicará, a continuación del número de la revistilla, con las siglas TT o TP, respectivamente.

## RESEÑA LEGISLATIVA
## (Hasta BOE/DOGV 30-9-97)

### Estado español

**FIRMA ELECTRÓNICA**
RDto.-ley 14/1999, de 17 sept (BOE 18), sobre firma electrónica

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

*Escribe para Lunes:*
***José Manuel García García***
*Registrador de la Propiedad de Barcelona*

# Los llamados "pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca" como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999.

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 contiene una serie de declaraciones sobre los pactos de vencimiento anticipado de las hipotecas que no pueden ser jurídicamente asumidas, por carecer de apoyo en la legislación vigente, y que, desde luego, van claramente en contra de la práctica negocial, procesal, notarial y registral actualmente existente.

Pero junto a esas declaraciones criticables de la sentencia, que constituyen objeto de conversación en el momento actual entre los profesionales del Derecho relacionados con los temas hipotecarios, no se ha parado la atención, que este comentarista sepa, en que hay aspectos positivos de la sentencia que también conviene resaltar.

## I. LO NEGATIVO DE LA SENTENCIA: LA SUPUESTA NULIDAD DE LOS PACTOS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

La sentencia declara, en principio, lisa y llanamente, que las condiciones resolutorias de los préstamos hipotecarios que precipitan el vencimiento anticipado de los mismos son nulas y abusivas por ir "contra legem", y por tanto, contra lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil.

La práctica de los Registradores de la Propiedad en sus calificaciones registrales diarias, secundadas en la mayor parte de los casos por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, defiende la validez de esas llamadas "condiciones resolutorias" del préstamo hipotecario, pactadas por las partes, siempre que tengan trascendencia real, sean lícitas y no vayan contra la esencia del derecho real de hipoteca. Son de destacar como cláusulas admisibles en la práctica, aquéllas que prevén el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de alguna de las cuotas de capital o intereses del préstamo, o incluso por existir cargas preferentes a la hipoteca que se constituye, y otra serie de ellas, que ha ido desmenuzando en un sentido favorable o adverso a su inscripción la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En cambio, hay otras cláusulas de vencimiento anticipado que no son inscribibles, bien porque son ajenas a la garantía real hipotecaria o bien porque son ilegales y por tanto, nulas por falta de causa. Sobre todas esas cláusulas de uno u otro signo, el autor de estas notas ha publicado ya algunos trabajos en diferentes publicaciones, que también han sido objeto de estudio por Pedro ÁVILA NAVARRO, Registrador de la propiedad de Barcelona y Notario ("La Hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas", Colegio de Registradores, 1990), y por la profesora de la Universidad

Autónoma de Barcelona, María YSAS SOLANES ("El contrato de préstamo con garantía hipotecaria", La Ley, 1994). aunque en algunos puntos cabe la discusión o discrepancia.

Ahora bien, una cosa es que haya una serie de cláusulas de vencimiento anticipado que no son inscribibles, y ello constituye precisamente uno de los "grandes haberes" aportados por las calificaciones de los Registradores en su práctica diaria, y por los Notarios en viva discusión y defensa respectiva de posiciones, confirmadas en su caso por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y otra cosa diferente es que toda condición resolutoria del préstamo hipotecario, es decir, toda cláusula de vencimiento anticipado sea nula, en sí misma considerada, como preconiza erróneamente la presente sentencia que se comenta.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los pactos de vencimiento anticipado, puede sintetizarse del modo siguiente:

"Sobre el contenido real típico del derecho de hipoteca, aludiendo al conglomerado de deberes y facultades que se suelen pactar en la práctica más allá del contenido real típico de dicho derecho, lo que obliga al Registrador a un examen minucioso para evitar que se pueda dar efectos reales a lo que no lo tiene, véase resolución de 20 de mayo de 1987, que admite la posibilidad de inscribir el pacto concediendo al acreedor la facultad de inspeccionar la finca hipotecada, pero no la facultad de determinar por sí solo si el bien hipotecado se encuentra abandonado o derruido ni la posibilidad de obtener segundas copias de la escritura, que carece de trascendencia real. Alude también a ese "conglomerado" de pactos no inscribibles la resolución de 5 de junio de 1987, que niega acceso al Registro, del pacto de vencimiento anticipado por caer el deudor en suspensión de pagos o por despacharse contra él mandamiento de embargo, porque contradicen la esencial finalidad del derecho real de hipoteca, al cual al recaer directamente sobre el bien gravado, le es indiferente quién sea el titular de éste y cuáles las vicisitudes patrimoniales del deudor, no añadiendo ninguna garantía nueva a la ya estipulada. Igualmente, las resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 destacan los pactos que carecen de trascendencia real y están al margen de la hipoteca, como el pacto sobre orden de imputación de pagos, indemnización para el caso de reembolso anticipado, la fidelidad de la prestataria como obligación respecto a los datos que sirvan de base a la concesión del préstamo, la obligación de pago de contribuciones y seguro, cuando no estén garantizados específicamente por la hipoteca. Alude también al orden público en los derechos reales y al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes, que imposibilita la inscripción de pactos no inscribibles, la resolución de 27 de enero de 1986 considera no inscribible la cláusula de vencimiento anticipado en caso de quiebra o suspensión de pagos del deudor, pues es materia que por su naturaleza, está sustraída a las posibilidades de un contrato entre el deudor y uno de sus acreedores. Según resolución de 16 de marzo de 1990 son inscribibles los pactos de vencimiento anticipado por falta de pago de contribuciones o cuotas de comunidad, por disminución de la cuarta parte del valor de garantía y por existencia de cargas o gravámenes no conocidos en el momento de la escritura. Pero según resolución de 15 de julio de 1998, las contribuciones y arbitrios han de determinarse y sólo pueden referirse a las que sean preferentes a la hipoteca. La resolución de 8 de noviembre de 1993 rechaza la inscripción de un pacto de una hipoteca sobre vencimiento anticipado si la finca se enajena, grava o es objeto de embargo o anotación preventiva, por ser contrario al principio de libertad de contratación y al fomento del crédito territorial. Tampoco es inscribible según la misma resolución el pacto de vencimiento anticipado si la finca disminuyera de valor a juicio de peritos de forma que no cubra el importe garantizado, por la generalidad con que está redactado, a diferencia de lo previsto en la legislación del mercado hipotecario; ni es inscribible el pacto de vencimiento anticipado en caso de otorgar arrendamientos, al no expresarse el tipo de capitalización de la renta, pero sin entrar propiamente en la inscripción de este pacto. La citada resolución de 15 de julio de 1998 tampoco admite el pacto de vencimiento anticipado por realización de actos de enajenación o

Centro de Estudios Hipotecarios
VALENCIA

gravamen, por cuanto se contradice con el principio de libertad de contratación; y lo mismo respecto a la posible sobrevenencia de embargos o anotaciones o administraciones judiciales sobre el bien hipotecado, que en nada menoscaban la hipoteca. Según resolución de 12 de julio de 1996, cabe la inscripción del pacto de vencimiento anticipado en caso de deterioro del bien hipotecado que disminuya su valor en más de un veinte por ciento y no ampliase el deudor la hipoteca a otros bienes suficientes, o si hecho el requerimiento del artículo 29 del RD 685/1982, del mercado hipotecario, no se amplía la hipoteca. La resolución de 16 de julio de 1996 entiende que no es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por no pagarse los gastos de conservación del inmueble, tanto por su indeterminación como por tratarse de comportamientos que nada tienen que ver con el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, máxime cuando ya se había pactado el vencimiento anticipado por falta de diligente conservación de la finca hipoteca que provoque un deterioro por debajo del 75%; pero sí es inscribible la parte de la cláusula que se refiere al vencimiento por impago de gastos de conservación preferentes con arreglo a las leyes, pues aquí se tiene el apoyo del artículo 1129.3° del Código civil. Según la misma resolución, no son inscribibles los pactos de asegurar contra incendios "a satisfacción de la entidad prestamista", haciendo cesión del derecho a cobrar la indemnización y estar al corriente del pago de las primas del seguro, por tratarse de pactos obligacionales que deben diferenciarse del contenido asegurado por el derecho real de hipoteca. Según resolución de 22 de julio de 1996, no es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por impago de contribuciones por no determinarse cuáles sean éstas ni concretarse a las que tienen preferencia, pero sí es inscribible el pacto de vencimiento por impago de las primas del seguro de incendios, y también es inscribible el pacto que impone la obligación de asegurar contra riesgo de incendios y pagar las primas y no arrendar por renta anual inferior al 15% del valor fijado para subasta, pero no otra serie de pactos obligacionales sobre presentación de balances y cuentas de explotaciones e informes, sobre contratar nuevo seguro en compañía que la acreedora elija si percibir directamente en caso de siniestro el importe de la indemnización, pues ha de distinguirse lo meramente personal de lo real. Según resolución de 28 de enero de 1998, son inscribibles las fórmulas matemáticas en las hipotecas, conforme al principio de determinación, sin que puedan ser suplidas por los usos, siendo también inscribible la obligación de tener asegurada la finca contra riesgo de incendios y daños en cuantía suficiente para cubrir el valor de tasación, por pactarse el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de tal obligación, conforme al artículo 1129 CC, así como también la obligación de realizar obras, reparaciones y actos de conservación y notificar al Banco hechos perjudiciales. Según la misma resolución, es también inscribible el vencimiento en caso de expropiación forzosa, pero no el apoderamiento al Banco para intervenir en la misma; ni tampoco la obligación de pagar gastos e impuestos, salvo las costas y gastos de ejecución; y sí es inscribible como causa de resolución la aparición de cargas preferentes a la hipoteca no mencionadas en la escritura, y la existencia de contratos de arrendamiento anteriores o posteriores, cabiendo previsiones sobre arrendamientos que no sean objeto de purga y disminuyan gravemente el valor de la finca hipotecada. La resolución ya citada de 15 de julio de 1998 tampoco admite la inscripción relativa al impago de gastos de otorgamiento de la escritura de hipoteca" (Tomado este resumen del libro en proyecto del autor de estas notas "Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil").

En contra de esa doctrina reiterada y de la práctica existente, la presente sentencia considera nula cualquier cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario. Así, la sentencia dice: "Tal pacto undécimo constituye una condición contra ley. Según esta cláusula: "Aunque no haya concluido el período fijo del préstamo... 2° El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos... en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes (por ejemplo el deber de abonar intereses al banco,

vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra...) teniendo el Banco en estos casos el derecho a exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude".

Y añade que "conviene, por los perjuicios irrogados al actor con el ejercicio de esta cláusula y por la generalidad con que la vienen empleando las firmas crediticias, estudiar jurídicamente el alcance de estas estipulaciones, que visibilizan frecuentemente actitudes "contra legem".

Y continúa: "En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que pueden precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del Código Civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes".

Y en forma tajante señala: **"Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes** (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). **Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor (!) anatema del art. 6 del Código Civil**: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho".

Y para fundamentar la nulidad de la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios, se limita a transcribir y comentar el texto de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, y después, otros del Código Civil, en la forma siguiente:

a) "El artículo 127 de la Ley Hipotecaria claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito". Dice este precepto: "Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes".

"El artículo 127 demuestra elocuentemente que la situación creditual ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiera constreñido hasta sus últimas estribaciones temporales, propiciaría en el artículo 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las coas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado todos los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie".

"Pero la Ley —continúa diciendo la sentencia— lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfanamente expresiva a este respecto: se deposita el dinero "para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugularla anticipadamente".

b) Seguidamente la sentencia se ocupa del artículo 135 de la Ley Hipotecaria, tratando de deducir de él igualmente la nulidad de la condición resolutoria del préstamo hipotecario: "El artículo 135 de la Ley Hipotecaria con su literalidad beligerante versus condición resolutoria, viene a invalidarla totalmente. Veámoslo —dice por su cuenta la propia sentencia—: "Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho".

"La vertencia de la condición resolutoria implica (en el supuesto de "conditio existit") la fulminante extinción del préstamo y de la hipoteca que lo garantiza; impagado uno de los plazos de amortización del principal o de los intereses la condición descarga su furia exterminadora y,

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

subsiguientemente, se cancelará la hipoteca, puesto que el acreedor habrá percibido lo que se le adeudaba".

"El artículo 135 de la Ley Hipotecaria preconiza todo lo contrario, se transfiera la finca al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecho".

"La resolución destruye retroactivamente el negocio previamente concluido (opera "ex tunc") y es como si el préstamo se diluyese jurídicamente por el incumplimiento sobrevenido".

"El sistema legal protege al acreedor drásticamente, pero sin destruir el negocio jurídico. Fulmina cualquier incumplimiento temporal con la estrepitosa venta del inmueble, pero obligando al adquirente a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación".

c) Seguidamente la sentencia se ocupa de los artículos del Código Civil, que, según la propia sentencia, impiden el pacto de condición resolutoria del préstamo. Y en este punto, cita los arts. 1129 y 1127 CC, diciendo:

"Tampoco el Código Civil da margen para el juego de la condición resolutoria que nos ocupa. La principal obligación del mutuatario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1125 del Código Civil las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1129 del Código Civil establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca".

"Como el término —añade— se presume (artículo 1127) establecido en beneficio del acreedor y del deudor, aquél no puede reclamar el pago antes del vencimiento y el deudor, frente a las impaciencias de su prestamista, podrá rehusar el pago".

Y concluyendo toda esa excursión por preceptos legales que, por cierto, son de sobra conocidos en la teoría y en la práctica, dice:

"El establecimiento contractual de la condición resolutoria implica otorgar al acreedor un resorte vigoroso par conseguir la instantánea recuperación del total préstamo sin tener que esperar a que se cumplan los a veces dilatados plazos resolutorios. Consigue destruir el negocio jurídico alejando las zozobras cobratorias futuras y recupera las sumas prestadas para realizar otras operaciones". "La condición cumple cometidos similares a los que garantizan en las ventas el cobro del precio aplazado, contemplados en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria".

El autor de estas notas, que ahora contempla en cierto modo con estupefacción esta sentencia, no se ha distinguido precisamente en sus escritos y en su práctica registral diaria, por una defensa de las entidades crediticias frente a los consumidores inmobiliarios, sino todo lo contrario, según es fácilmente comprobable por la lectura de dichos escritos (Así, "Un problema de hipoteca: Unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1987; y "No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos", La Ley, 1989-4).

Pero tampoco se puede estar de acuerdo, como entiende esta sentencia, sin hacer ninguna matización, en que toda cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, y especialmente, la de falta de pago de los intereses y cuotas de amortización, por ser la más relevante, sea nula por ir "contra legem", y concretamente, contra los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y contra los artículos 1129 y 1127 del Código Civil. Si así fuera, todos los Registradores de la Propiedad tendrían que revisar sus calificaciones registrales, todos los Jueces tendrían que denegar los procedimientos judiciales sumarios basados en cláusulas de vencimiento anticipado y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado tendría que replantearse todas sus resoluciones de, al menos, los últimos veinte años.

Por el contrario, entiendo que las cláusulas de vencimiento anticipado, llamadas y concebidas por la presente sentencia, como "cláusulas de condición resolutoria del préstamo hipotecario", según veremos después, que están en íntima conexión con la garantía real hipotecaria y que, por ello, tienen trascendencia real inmobiliaria, son válidas y por ello, inscribibles en el Registro. En cambio, las que son ajenas a la garantías real hipotecaria, no son inscribibles, tal como he defendido ya con anterioridad, y su inscripción debe ser denegada, por ser de carácter meramente obligacional o incluso por ser ilícitas por ir contra determinados preceptos legales, o por falta de causa.

Por tanto, no pueden tacharse de nulas "per se" todas las cláusulas de vencimiento anticipado, lo que constituiría, además, una verdadera revolución jurídica injustificada, para la práctica actual existente.

Los artículos que cita la sentencia no constituyen argumento suficiente para decretar su nulidad.

Así, los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria no prejuzgan, porque no se ocupan de ello, el pacto de vencimiento anticipado del préstamo, pues sólo se refieren a la posibilidad de utilizar el procedimiento ejecutivo o el judicial sumario o extrajudicial cuando "deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación", pero no excluyen la validez del pacto de vencimiento anticipado, ni se lo plantean, porque ello no es materia de esos preceptos, sino del principio de autonomía de la voluntad y de sus límites, conforme al artículo 1255 Código Civil. Por tanto, esos preceptos **no prohíben** el pacto de vencimiento anticipado, ni constituyen el supuesto de hecho de los mismos, sino que se limitan regular los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses, sin mencionar el pacto de vencimiento anticipado, y por tanto, dejando sin regular tal cuestión. No puede decirse, en consecuencia, que el pacto vaya contra lo dispuesto en los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, sino, a lo sumo, que dichos preceptos guardan silencio sobre el repetido pacto.

Por su parte, el artículo 1127 del Código Civil, en lugar de constituir un argumento en contra del pacto de vencimiento anticipado, constituye un argumento a favor del mismo, pues establece una simple presunción, que puede desvirtuarse por el pacto en contrario. Así, dicho precepto establece: "Siempre que en las obligaciones se designa un término, se **presume** establecido en beneficio de acreedor y deudor, **a no ser que del tenor de aquéllas** o de otras circunstancias **resultara haberse puesto en favor del uno o del otro**".

Por su parte, el artículo 1129 del Código Civil se limita a señalar los supuestos en que el deudor "**perderá todo derecho a utilizar el plazo**", pero con referencia exclusiva a aquellos supuestos en que **legalmente** se produce la pérdida del beneficio del plazo, sin que se ocupe de los supuestos en que **por la autonomía de la voluntad** se pacta el vencimiento anticipado del plazo.

Por ello, respecto a los pactos de vencimiento anticipado directamente relacionados con la hipoteca, cobra plena aplicación el artículo 1255 del Código Civil, según el cual "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Ha sido considerado por la doctrina y por la jurisprudencia un principio general del Derecho, que informa todo el ordenamiento vigente, y que permite llenar las lagunas, allí donde éstas existan. Ciertamente, tan principio general de derecho es la autonomía de la voluntad, como los límites de la autonomía de la voluntad resultantes de la ley, la moral y el orden público, pues constituyen como los dos platillos de una misma balanza, que han de utilizar no sólo los Jueces y Tribunales y demás profesionales, sino también los Notarios y Registradores de la Propiedad en la constitución de las hipotecas y

Centro de Estudios Hipotecarios

pactos de la misma, como funcionarios y profesionales intervinientes de modo directo en el nacimiento del derecho real de hipoteca.

En el sentido de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, se manifesta acertadamente FUENTES LOJO, en notas al libro de SIMONETTO, "Los contratos de crédito" (Barcelona, 1958, pág. 318), diciendo: "Es posible el pacto por el que se establezca que en caso de falta de pago de un plazo o de los intereses se pueda reclamar el capital y por tanto vencido el préstamo. La amplia facultad concedida por el artículo 1255 de nuestro Código de poder estipular los contratantes los pactos que tengan por conveniente, siempre que no se opongan a las leyes o a la moral, no vemos por qué no pueda ser de aplicación también al mutuo".

Por otro lado, el Código Civil ha prohibido en el artículo 1859 el pacto de comiso, pero el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario no constituye comiso, pues se mantiene la posibilidad de venta en pública subasta de la finca, que es lo que impide el comiso.

Por tanto, mientras no esté prohibido legalmente o sea contrario a la naturaleza de la hipoteca como derecho real o al préstamo, o a la moral o al orden público, cabe admitir aquellos pactos de vencimiento anticipado que estén de acuerdo con las garantías establecidas.

A pesar de la exageración de la presente sentencia en sus declaraciones, podría tenerse en cuenta la doctrina de la misma, en un triple aspecto:

1º) En el sentido de extremar la calificación registral de los pacto de vencimiento anticipado de las hipotecas, al estilo de la tradicional doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, frente a una cierta apertura que muestra en este punto alguna de las últimas resoluciones de la propia Dirección General, como por ejemplo, la resolución de 28 de enero de 1998.

2º) En el sentido de centrar la doctrina de la sentencia respecto al concreto supuesto de hecho planteado, considerando las demás declaraciones como "extravagantes" en el sentido literal de la expresión, es decir, como "obiter dicta". Y el supuesto planteado es el de una cláusula de vencimiento anticipado a la que se refiere el Fundamento de Derecho Octavo, en los siguientes términos: "Uno de los motivos para la cancelación anticipada de la hipoteca (la que denominamos condición resolutoria del crédito hipotecario) era establecido en términos de imposible cumplimiento, porque se conectaba al hecho de que no se presentasen las certificaciones de obra en los plazos establecidos. El pacto decía lo siguiente: en tres meses deberá haberse realizado la cimentación; en seis meses deberá acreditarse haber realizado la mitad del presupuesto y en 18 meses, deberán estar totalmente terminadas las construcciones". "Estas exigencias resultaron de imposible cumplimiento porque no se trataba de levantar un edificio de nueva planta, sino que de lo que se trataba era de rehabilitar unos edificios antiguos. Y resultó abusivo por parte del Banco el argumentar que no se realizaban las obras en los plazos previstos (que era imposible) y que no se aportaban unas certificaciones arquitectónicas para las que se precisaba del dinero que el Banco obstaculizaba entregar. Todas estas arbitrariedades generaron desembolsos del actor, de cuyos perjuicios debe ser indemnizado".

3º) Por otra parte, la argumentación de la sentencia podría también ser tenida en cuenta respecto a aquellos supuestos en que se concierta un **préstamo** con entrega inmediata del dinero, y en la misma escritura, se neutraliza tal entrega, estableciendo que las cantidades quedan en **poder del banco, en una cuenta,** y no podrán ser retiradas mientras no resultan cumplidas a **satisfacción del Banco** las condiciones siguientes...".

La sentencia dice que "con estos pactos se desvirtúa totalmente el contrato de préstamo, que es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario, el cual puede disponer de él, ingresándola en la cuenta que tenga por conveniente, invirtiéndolo...".

Pero, aún así, estos pactos pueden tener justificación en el sentido de que implican dos clases de figuras jurídicas: por una parte el préstamo, con entrega real del dinero, y por otra parte,

el depósito constituido a continuación por el prestatario, ingresándolo en la cuenta pactada y con las condiciones de disponibilidad estipuladas, siempre que no sean abusivas.

En estos casos, si la hipoteca se constituye en la escritura, según la cláusula de constitución, en garantía del préstamo, podría plantear problemas de inscripción la referencia al depósito, por lo que sería más técnico, desde el punto de vista jurídico, constituir la hipoteca en garantía del préstamo tal como podría señalar la escritura, pero a reserva de la disposición efectiva de las cantidades de la cuenta, y por tanto, con posibilidad de alegar por el prestatario que no ha dispuesto de tales cantidades, y en consecuencia, no tiene obligación de devolverlas.

La sentencia trata de neutralizar estas posibilidades alegando la conocida teoría de la improcedencia de acumulación de garantías, entendiendo que se trata de "una exorbitante y abusiva prerrogativa: es el banco el que, según su criterio, a su satisfacción, decidirá si entrega o no un dinero, que dejó de pertenecerle por la virtualidad traslativa del mutuo".

Pero entonces, no se trata de un problema de acumulación de garantías exorbitantes, sino de la improcedencia de emplear la expresión en los documentos "a satisfacción del Banco", que podría ser motivo de denegación en las inscripciones registrales, porque deja el cumplimiento y la ejecución del contrato a la voluntad exclusiva de una de las partes, en contra de lo establecido en el fundamental artículo 1256 del Código Civil.

## II. LO POSITIVO DE LA SENTENCIA: LOS PACTOS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA.

### 1. Observaciones generales.

En medio de las criticables declaraciones anteriormente examinadas, la sentencia ofrece una serie de aspectos positivos sobre los llamados "pactos de vencimiento anticipado".

1º) En primer lugar, demuestra que la hipoteca por sí misma y sin más aditamentos, no permite, si no hay un pacto expreso al efecto, justificar los supuestos de vencimiento anticipado, salvo aquellos que estén legalmente previstos y se acredite judicialmente el supuesto de hecho de la norma que los regula (son los supuestos del artículo 1129 del Código Civil). Lo que significa, no que sean nulos los pactos de vencimiento anticipado, pero sí que esos pactos son un **aditamento** a la hipoteca, y no **parte del contenido natural** de la misma hipoteca, sin perjuicio de que aparezcan conectados a ella, y por ello, de gran trascendencia jurídica para dicha hipoteca.

Y es que, aunque no lo explica ni desarrolla la sentencia de modo explícito, la hipoteca es un derecho real de garantía del cumplimiento de una obligación (art. 104 LH), y la obligación garantizada es la del pago de las cantidades en los plazos estipulados, sin que, "per se", si no interviene la voluntad de las partes, haya ninguna obligación de anticipar cantidades por parte del deudor, ni haya incumplimiento de pago de las cantidades cuyo plazo se anticipa, que justifique una ejecución por la totalidad de las cantidades pendientes, pues la hipoteca garantiza el cumplimiento y remedia el incumplimiento de las obligaciones vencidas y no las que están pendientes. Es decir, el derecho real de hipoteca garantiza la obligación tal como está estructurada, o sea, es un derecho real de garantía del cumplimiento de la obligación de pagar cada uno de los plazos en que se divide la misma, sin que haya base alguna, si no existen los pactos de vencimiento anticipado, para que el impago de uno de los plazos motive el vencimiento de los demás, y sobre todo, para decir que el incumplimiento de un plazo produce el incumplimiento de los demás. Por el contrario, impagado uno de los plazos, la hipoteca que garantiza su cumplimiento, en principio se pone en acción sólo ante el incumplimiento a través de la fase de realización de valor, que también es de esencia de la hipoteca, con plena aplicación de los artículos 127 y 135

de la Ley Hipotecaria, de los que se ocupa la sentencia, y en consecuencia, se subasta y se adjudica la finca con subsistencia de la hipoteca por los plazos pendientes todavía no pagados ni incumplidos.

Pero estos artículos no es que prohíban los pactos de vencimiento anticipado, según hemos visto, sino que contemplan la hipoteca y sus efectos, en su configuración legal e institucional propiamente dicha, cuando no exista el aditamento de los pactos de vencimiento anticipado, con lo que se demuestra que estos pactos son eso precisamente, **un aditamento** a la hipoteca, y no la hipoteca misma, que "per se" sólo se refiere a una obligación a cumplir en un determinado plazo o en plazos sucesivos, tal como está tipificada legalmente (art. 104, 127, 135 LH), y no a una hipoteca en garantía de plazos no incumplidos, porque todavía no se han dejado de pagar.

En definitiva, la **hipoteca-tipo**, el **préstamo-tipo, el préstamo hipotecario-tipo** es el que se limita a garantizar la obligación asegurada y a señalar el plazo o plazos de vencimiento de la obligación. El aditamento de los pactos de vencimiento anticipado significa algo diferente de la hipoteca y del préstamo, de cuya naturaleza jurídica pasamos a ocuparnos a continuación.

2º) En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, la sentencia, se encara con la verdadera **naturaleza jurídica de los pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca**, lo que también constituye un aspecto positivo de la misma.

Ante todo, conviene destacar el vacío que existe en la doctrina y jurisprudencia española sobre la naturaleza de esta figura jurídica, hasta el punto de que no tengo conocimiento de que el tema haya sido estudiado por ningún autor, ni resolución ni sentencia, salvo la presente.

## 2. La inclusión de los pactos de vencimiento anticipado entre los supuestos de ineficacia del negocio jurídico, y concretamente en la figura de la RESOLUCIÓN del negocio jurídico.

Pues bien, la sentencia considera que los pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca son equiparables a la llamada "condición resolutoria explícita" de las compraventas con precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente, esta equiparación es discutible, dadas las diferencias entre uno y otro supuesto, pero al menos constituye un acierto llevar la figura de los pactos de vencimiento anticipado del préstamo-hipotecario a la naturaleza de la **resolución convencional del negocio jurídico**, en lugar de quedar en la penumbra de unos simples pactos de "vencimiento anticipado" carentes de explicación y sentido desde el punto de vista jurídico, pues el "vencimiento anticipado" nada significa desde la perspectiva de los supuestos de "ineficacia del negocio jurídico", al ser el efecto de la resolución del negocio jurídico, y no una institución con autonomía propia.

Sabido es que la doctrina ha consolidado ya las diversas categorías de la ineficacia del negocio jurídico, a través de los siguientes tipos:

A) Ineficacia por INVALIDEZ del negocio, la que a su vez se subdivide en nulidad absoluta y anulabilidad, cuya distinción es fundamental para el Derecho Inmobiliario, pero de la que nos ocuparemos en otra ocasión, pues no viene ahora al caso comentado.

B) Ineficacia por falta de legitimación o poder de disposición, que no es un supuesto de nulidad por vicios del negocio o por ir contra la ley, como el supuesto anterior, sino que se trata de ineficacia en los casos de venta o constitución de derechos reales sobre cosa ajena, o de falta de legitimación del quebrado, o incluso en la falta de poder de representación o de ratificación. Esta clase de ineficacia tiene una gran importancia para el Derecho Inmobiliario, en la interpretación de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, pues no puede ser reconducida al artículo 33 (supuesto de nulidad y anulabilidad), sino al artículo 34 (supuesto en que la

inscripción cubre respecto a terceros la falta de legitimación civil del transmitente, a través de la legitimación registral).

C) Ineficacia sobrevenida por RESCISIÓN, que tiene lugar cuando, aun siendo válido el negocio, se produce un perjuicio, bien sea a través de una lesión a uno de los contratantes (rescisión por lesión) o a través de un fraude a los acreedores (rescisión por fraude de acreedores). Las repercusiones registrales de esta clase de ineficacia resultan del artículo 37.4º de la Ley Hipotecaria, de cuyo comentario ya me he ocupado en otra ocasión (en "Comentarios al Código civil..." dirigidos por Manuel ALBALADEJO, en Comentario al art. 37 de la Ley Hipotecaria).

D) Ineficacia sobrevenida por REVOCACIÓN, que es la retractación unilateral del disponente, y que se aplica fundamentalmente, a las donaciones, cuando existe alguna de las causas justificadas tipificadas legalmente, y a los testamentos, al libre criterio del testador, como acto de última voluntad. También puede ser aplicada en aquellos supuestos en que la ley permite la dimisión unilateral del contrato por tratarse de contratos de confianza (ejemplo, contrato de mandato, negocio de apoderamiento, etc.).

E) Ineficacia sobrevenida por RESOLUCIÓN, que tiene lugar cuando deja de tener efecto lo pactado, bien por cumplimiento de alguna condición resolutoria, o bien por incumplimiento de alguna obligación sea cuando las partes lo han pactado o cuando resulte directamente de la Ley. E incluso puede aplicarse esta figura para los supuestos en que el contrato quede ineficaz por alteración extraordinaria de las circunstancias, siempre que se den los supuestos de resolución y no de mera modificación del negocio, que también son factibles en ese supuesto.

F) Ineficacia del negocio por incumplimiento de condición suspensiva, en que la ineficacia deja sin efecto una eficacia meramente provisional que el negocio tenía por el mecanismo de la condición suspensiva.

G) Ineficacia relativa del negocio o INOPONIBILIDAD, en que el negocio es válido, pero ineficaz respecto a determinados terceros. Es el caso del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en que también se produce una propiedad relativa, tal como admite la teoría dualista del tercero, y sobre cuya propiedad relativa tiene unas notas pendientes de publicación mi compañero Lino Rodríguez, que espero pueda llevar pronto a término, si sus ocupaciones y trabajo se lo permiten.

Pues bien, los llamados "pactos de vencimiento anticipado" constituyen supuestos de "RESOLUCIÓN CONVENCIONAL DEL NEGOCIO JURÍDICO", al igual que ocurre en la llamada "CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA DE LAS COMPRAVENTAS CON PRECIO APLAZADO" del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como señala la sentencia que se comenta, y al igual que ocurre en las "CONDICIONES RESOLUTORIAS PROPIAS", que se aponen a los negocios jurídicos, es decir, los sucesos futuros e inciertos de los que depende la subsistencia del negocio o sucesos pasados que los interesados ignoren.

En el Código civil italiano, se ha previsto la resolución del préstamo, cuando se haya estipulado la restitución por cuotas sucesivas, incumpliendo el mutuatario la obligación de pago incluso de una sola cuota, pudiendo pedir la restitución de la totalidad, si bien, ha de atenderse a las circunstancias (art. 1819), lo que la doctrina interpreta en el sentido de atender a la gravedad del incumplimiento. Pero en el Derecho Español, este resultado sólo se consigue mediante pacto expreso de resolución. En todo caso, la doctrina italiana configura el supuesto como de "**resolución del negocio**". Así, por ejemplo, los importantes comentaristas del Código, G. CIAN y TRABUCCHI ("Comentario breve al Codice Civile", Edit. Cedam, Padova, 1988, pág. 1354).

### 3. La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Esta Orden tiene importancia fundamental a los efectos que se comentan, y hay que recordar que se dicta por la Presidencia del Gobierno a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia

y de Economía y Hacienda, y de acuerdo con el Consejo de Estado. Pues bien, en el Anexo II de dicha Orden, sobre cláusulas financieras de los contratos de **préstamo hipotecario** sujetos a la misma, se establece lo siguiente en su norma 6ª bis:

"**Resolución anticipada por la entidad de crédito. Cuando se pacten expresamente**, se indicarán en esta cláusula:

a) Las cláusulas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para **resolver anticipadamente el contrato de préstamo.**

b) El importe de la penalización por **resolución anticipada del contrato**, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

Queda, por tanto, clara la posición de la Orden ministerial, y concretamente, de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, sobre el carácter de **resolución del contrato** en virtud de pacto expreso, que tienen los pactos de vencimiento anticipado.

### 4. Los pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como condición resolutoria explícita por incumplimiento o como condición resolutoria propiamente dicha, según los supuestos.

Los pactos de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios son muy variados entre sí. algunos de ellos son, efectivamente, como dice esta sentencia, supuestos de la llamada "condición resolutoria explícita" por incumplimiento del deudor. Esto ocurre en el pacto de vencimiento anticipado consistente en la falta de pago de alguno de los plazos de capital e intereses, o incluso de gastos garantizados. Hay aquí un incumplimiento que genera la ineficacia del plazo convenido en el contrato y la consiguiente devolución de todas las cantidades pendientes, típica de la resolución negocial por incumplimiento.

Hay otros pactos de vencimiento anticipado que se refieren a eventos futuros e inciertos, como ocurre con la disminución del valor de garantía o la destrucción o incendio de la finca hipotecada. En estos supuestos, la equiparación es con la condición resolutoria propiamente dicha.

La diferencia es que, mientras el incumplimiento de los pagos aplazados es perfectamente constatable en el procedimiento de ejecución sumario a través de la figura del requerimiento notarial o judicial de pago, la acreditación de haber tenido lugar el suceso futuro e incierto, sólo puede tener lugar en juicio ordinario cuando no conste de modo fehaciente y directo por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca. Por eso, no se permitirá la ejecución por la vía del procedimiento judicial sumario mientras no conste acreditada la disminución de la garantía, sin perjuicio de poder ejercitar la acción de devastación solicitando al Juez que, entre otras medidas, declare, en su caso, vencido el crédito.

Pero tanto en uno como en otro caso, se trata de RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE PRÉSTAMO, que repercute en la HIPOTECA, como figura accesoria del mismo.

### 5. Diferencias entre la condición resolutoria explícita de la compraventa con precio aplazado y los pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

Por tanto, según la sentencia, los pactos de vencimiento anticipado forman parte, junto con la llamada "condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado", de la RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO POR PACTO, que ha de admitirse, ahora ya en contra de la sentencia, en base al principio de autonomía de la voluntad, sin que las lógicas diferencias entre ambos supuestos impidan catalogarlas bajo la misma figura de pactos resolutorios del negocio o "condición resolutoria explícita".

La primera de las diferencias entre ellas se deriva de la diferente naturaleza de los negocios de compraventa y de préstamo, pero sin que ello afecte a la identidad esencial resolutoria del pacto en uno y otro caso. El préstamo es un negocio unilateral en el sentido de que sólo genera obligaciones para el prestatario, una vez que se le ha entregado la cantidad, y en cambio, la compraventa es un negocio bilateral que genera obligaciones para ambas partes. Ello repercute en la eficacia del pacto resolutorio, pues, mientras en la compraventa se plantea el requisito de haber cumplido el vendedor con sus propias obligaciones, para que pueda instar la resolución, en el préstamo sólo se plantea el incumplimiento por parte del prestatario. No obstante, si se tratara de préstamo consensual (normalmente llamado "crédito"), sería necesario para instar la resolución que previamente el prestamista hubiera cumplido con su obligación de entrega del dinero al prestatario, pues mal puede existir obligación de devolver lo que no ha sido todavía entregado.

Por otra parte, parece que al préstamo real no se le puede aplicar la RESOLUCIÓN por incumplimiento de obligaciones recíprocas a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil, dado que no existen tales obligaciones recíprocas, y en cambio, en la compraventa con condición resolutoria explícita, sí, con lo que en ella se plantea la aplicación combinada de los artículos 1504 y 1124 del Código civil, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido de no aplicar al mutuo el artículo 1124 del Código civil, se manifiesta FUENTES LOJO (notas en ob. cit., pág. 318), que cita las sentencias de 9 de mayo de 1944 y 12 de febrero de 1946, en el sentido de ser el mutuo un contrato puramente unilateral. No obstante, en la legislación italiana se sigue distinto criterio en el artículo 1820 de su Código civil, lo que algún autor justifica por el carácter sinalagmático del muto con interés. En este sentido, los autores citados CIAN y TRABUCCHI (ob. cit., pág. 1354). Ciertamente, un sector de la doctrina española considera que el préstamo con interés, aunque se trate de contrato **unilateral**, tiene naturaleza **sinalagmática**, pues a la obligación de pagar intereses por parte del deudor corresponde la concesión del aplazamiento por parte del acreedor. En este sentido se manifiesta LACRUZ (Así, DELGADO ECHEVARRIA en el libro de LACRUZ, "Derecho de Obligaciones", Volumen segundo, 1995, pág. 186). Pero en todo caso, respecto al incumplimiento por el deudor de la parte del capital, no cabe aplicar "ex lege" el vencimiento anticipado.

Pero ello no obsta para que, mediante **pacto**, pueda aplicarse la RESOLUCIÓN CONVENCIONAL, por falta de pago de un plazo del capital o de los intereses o por otra causa lícita, independientemente del problema del artículo 1124 del Código Civil.

Hay otras diferencias de matiz entre la "condición resolutoria explícita" en garantía del precio aplazado de la compraventa y los llamados "pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario".

En la compraventa con condición resolutoria en garantía del precio aplazado, existe un "**pacto resolutorio**". Pero ese pacto tiene la especialidad de que repercute directamente en las titularidades sobre la finca, en el sentido de que, junto a la titularidad de la propiedad resoluble del comprador, existe la titularidad de la facultad resolutoria del vendedor, recayendo ambas sobre la finca o inmueble, y por tanto, su inscripción es muy clara, como "pacto de trascendencia real inmobiliaria" afectante al negocio y a las titularidades. En ella, no sólo hay resolución del negocio, sino también resolución del dominio y consiguiente reinscripción del mismo a favor del vendedor. Y su efecto es bilateral, en el sentido de dar lugar a las recíprocas devoluciones entre las partes, sin perjuicio de los pactos sobre cláusula penal a moderar por los Tribunales, previa consignación de las cantidades a efectos de inscripción de la resolución.

En los supuestos de "pactos de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios", es decir, en los "pactos resolutorios del préstamo hipotecario", la ineficacia del negocio se produce en el sentido de que el contenido del negocio de préstamo sobre duración pactada del mismo, y consiguientes plazos periódicos, queda sin efecto, y como se trata de negocio unilateral, la única obligación, en principio, es la de devolver la totalidad del capital prestado pendiente por parte

del prestatario. Queda, en este sentido, ineficaz el negocio, que es lo que ocurre en toda resolución negocial, con obligación de devolver la prestación pactada, pero no se trata de nulidad ni anulabilidad del negocio, sino de ineficacia con el efecto de devolución de lo prestado, y con el efecto de "vencimiento anticipado de los plazos pactados", plazos que quedan sin efecto, como consecuencia del incumplimiento y de la facultad resolutoria concedida al acreedor. Es una resolución por incumplimiento, igual que la resolución por incumplimiento de la obligación de pago del precio de la compraventa, como dice la sentencia, si bien, con otros matices diferentes, de los que no se ocupa la sentencia.

Esos matices consisten en que aquí no se puede decir que exista una titularidad que faculte para la readquisición del dominio de la finca, sino de una facultad resolutoria del acreedor hipotecario que no resulta como elemento natural del negocio de préstamo ni del de hipoteca, cuyo contenido tipificado legalmente es el de atender a los plazos de vencimiento periódicos y a los intereses correspondientes a los mismos, sino de una facultad resolutoria explícita, añadida por pacto entre las partes, con efectos reales inmobiliarios, igual que la condición resolutoria explícita de la compraventa, pero que no tiende a la readquisición del dominio, sino a la realización de valor de la finca hipotecada como consecuencia del evento resolutorio pactado.

Se trata, como hemos dicho, de una RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO, y por tanto, de un PACTO DE RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO DE PRÉSTAMO, y que si bien es de naturaleza personal u obligacional, si está garantizado con hipoteca, dicho pacto alcanza trascendencia real inmobiliaria y para que pueda tener efectos "erga omnes" se precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y ello porque la hipoteca es accesoria del préstamo, y éste opera como causa de la hipoteca, por lo que la ineficacia del plazo del préstamo por resolución, y en definitiva, el pacto de resolución del préstamo relativo al vencimiento anticipado, repercute indudablemente en las facultades del acreedor hipotecario, en el sentido de que es titular de un derecho real de hipoteca que, por un lado, está tipificada legalmente, en los términos de los artículos 129 y 135 de la Ley Hipotecaria, a que se refiere la presente sentencia, pero al mismo tiempo, el acreedor hipotecario es titular de la facultad resolutoria añadida resultante del vencimiento anticipado. Esto tiene indudable trascendencia real inmobiliaria, aunque el efecto sea lógicamente diferente del de la condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado. En el caso de esta última, la facultad del vendedor tiende a la readquisición de la finca por el procedimiento del artículo 1504 CC y jurisprudencia que lo interpreta. En el caso del pacto resolutorio del préstamo hipotecario, la facultad del acreedor hipotecario tiende a la ejecución de la hipoteca y realización de valor de la misma, no sólo por razón del plazo incumplido, sino por toda la cantidad pendiente de devolución, aunque no haya vencido el término pactado. Ello tiene como fundamento la autonomía de la voluntad de los negocios obligacionales, pero también "el numerus apertus" de los pactos de trascendencia real inmobiliaria que no vayan contra la ley, la moral ni el orden público inmobiliario.

### 6. Consecuencias jurídicas de la configuración de los pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como condición resolutoria explícita.

Las consecuencias jurídicas de esta configuración, aunque no las señala la presente sentencia, pueden sistematizarse distinguiendo dos aspectos: la repercusión de los mismos en la **hipoteca**; y la repercusión de los mismos en **el objeto de la inscripción**.

Respecto a la **repercusión de los pactos de vencimiento anticipado en el derecho real de hipoteca**, se producen importantes consecuencias jurídicas, lo que requiere la inscripción de los mismos, pues en otro caso no se producen efectos "reales" de dichos pactos.

En tres aspectos se producen esas repercusiones: en la hipoteca como **derecho real de garantía**; en la hipoteca como **derecho de realización de valor**; y en la **extinción de la hipoteca después de la fase de ejecución.**

a) Por lo que se refiere a la hipoteca como derecho real de garantía, ya hemos visto que, desde el punto de vista de su **tipificación legal**, la hipoteca sólo tiene por objeto garantizar el pago de la obligación a su vencimiento, sin perjuicio de la existencia de la acción de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria antes del vencimiento, que es un importante aspecto también en la fase de garantía. Pero mientras los plazos de la obligación no han vencido, no puede decirse que el deudor haya incumplido la obligación, y por tanto, la hipoteca aunque sirve para garantizar su pago, no genera ningún efecto respecto a los plazos todavía no vencidos.

Los pactos de vencimiento anticipado suponen un cambio esencial en esta tipificación legal de la garantía, pues la hipoteca no sólo **garantiza el cumplimiento de la obligación en los plazos pactados**, sino que garantiza también la **eficacia de la resolución**, es decir, la eficacia de la **anticipación de los plazos futuros**, y la precipitación del vencimiento de la obligación. Cuando la hipoteca se refiere a prestaciones que son **periódicas por naturaleza**, no cabe ningún pacto de vencimiento anticipado (hipoteca de renta del artículo 157 de la Ley Hipotecaria). En cambio, cuando la obligación se fracciona en plazos conforme a lo pactado, cabe pactar el vencimiento anticipado o no, y si se pacta, ello repercute en la hipoteca, en el sentido de que no sólo garantiza el pago de los plazos fraccionados, sino también la eficacia misma de la resolución derivada del pacto de vencimiento anticipado.

b) **En cuanto a las consecuencias jurídicas de los pactos de vencimiento anticipado en la fase de ejecución o de realización de valor**, junto a la facultad típica de la realización de valor, que la hipoteca significa respecto al plazo incumplido, el pacto resolutorio de vencimiento anticipado, añade la facultad de realización de valor en cuanto a todas las cantidades correspondientes a los plazos no vencidos y todavía no incumplidos, sino simplemente anticipados como consecuencia del incumplimiento del pacto mismo resolutorio, o de haberse acreditado el evento pactado en la cláusula correspondiente.

Hay un **incumplimiento** de la obligación del prestatario sólo en cuanto al plazo vencido, a lo que se añade una **anticipación** de plazos pendientes como consecuencia del pacto resolutorio explícito del préstamo hipotecario. En principio, el incumplimiento del plazo y la hipoteca tipificada legalmente, sólo faculta al acreedor hipotecario para ejecutar la hipoteca por razón de la cantidad y plazo incumplidos. Pero si consta inscrito el pacto resolutorio explícito, el titular registral de la hipoteca puede ejecutar la hipoteca, con efectos "erga omnes", incluyendo la totalidad de las cantidades pendientes que se anticipan.

El prestatario **incumple su obligación** de pago garantizada por la hipoteca sólo en cuanto al plazo que no paga, pero, a pesar de su incumplimiento parcial, sólo por ese plazo (supuesto del artículo 104 LH: cumplimiento de la obligación), la facultad de realización de valor se desencadena incluso respecto a los plazos pendientes de transcurrir y en que todavía el deudor no estaba obligado y no los ha incumplido. Pero este aditamento, se produce como consecuencia de la titularidad que para el acreedor hipotecario representa la inscripción no ya sólo de la hipoteca, que "per se" no los cubre, sino por la inscripción del pacto añadido de "resolución del negocio de préstamo y consiguiente vencimiento anticipado".

Es más, a efectos del ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimiento judicial sumario, la dualidad de situaciones jurídicas (plazo incumplido y pactos de vencimiento anticipado) sobrevuela también en el mismo procedimiento.

Por una parte, cuando se trata de incumplimiento de plazos vencidos que provocan la facultad resolutoria y consiguiente vencimiento de los plazos pendientes, el requerimiento de pago que es requisito imprescindible en el procedimiento judicial sumario, ha de separar ambos aspectos. Por un lado, se hace un requerimiento de pago relativo al plazo o plazos vencidos en

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

que se ha producido el incumplimiento, siendo factible expresar en el mismo requerimiento, a modo de notificación de resolución, que, de no cumplirse tales obligaciones se ejercita la facultad resolutoria pactada, dando por resuelto el préstamo, siendo objeto de ejecución la totalidad de las cantidades pendientes de pago. Pero si el deudor paga el plazo o plazos incumplidos, con los gastos del requerimiento, no puede tener lugar la facultad resolutoria.

En principio, cabría discutir si primero se produce el vencimiento anticipado, que se notifica al deudor, y seguidamente el requerimiento de pago por la totalidad de las cantidades impagadas. Es más, en algunas escrituras de préstamo hipotecario las entidades financieras lo prevén así en su clausulado. Pero no parece que ello sea conforme con la normativa vigente, al menos en cuanto al procedimiento judicial sumario, que exige como requisito para que opere el mismo y para que se ponga en macha la acción ejecutiva, el requerimiento de pago al deudor por vía notarial o judicial, y este requerimiento ha de referirse en principio, a efectos probatorios de que no ha habido pago, al plazo o plazos vencidos. Precisamente a través de esta prueba, se produce el efecto del vencimiento anticipado de los demás plazos vencidos, respecto a los cuales también ha de referirse a ellos el acta de requerimiento, según se acaba de indicar.

Y es que el requerimiento de pago del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es un requisito para la viabilidad de la ejecución, para acreditar el impago a efectos de ejecución, dándole al deudor la posibilidad de evitar la ejecución pagando, por lo que, lógicamente, tal requerimiento ha de dar la posiblidad de pagar "in extremis" el plazo debido, lo que impediría instar la ejecución respecto al mismo, y en consecuencia, respecto a los plazos todavía pendientes.

Naturalmente, la demanda del procedimiento ha de incluir en ese caso la totalidad de las cantidades, pero con la especialidad de que el deudor puede cumplir la obligación en la parte vencida para evitar la resolución y la ejecución por la totalidad de las cantidades.

Por otra parte, aun refiriéndose la ejecución a la totalidad de las cantidades, como consecuencia del incumplimiento y de la resolución, todavía puede el prestatario o el tercer poseedor satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas garantizadas (regla 5ª del artículo 131 LH), que ha de interpretarse en el sentido de poder pagar la obligación en la parte vencida, y no ya la totalidad de las cantidades anticipadas.

La otra interpretación, la de que primero se produce el vencimiento anticipado, y seguidamente se produce el requerimiento de pago por la total cantidad, la impagada y la vencida, no parece adaptarse a la letra del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero en cualquier caso es cuestión discutible.

Y si por tratarse de pactos de vencimiento anticipado diferentes de los de falta de pago de capital o intereses de uno de los plazos, y necesitar acreditación previa, ello ha de ventilarse con anterioridad en el juicio declarativo correspondiente, para acreditar el presupuesto de la resolución del negocio, y una vez declarada judicialmente tal resolución, lo que puede hacerse constar por nota marginal a la inscripción de hipoteca, podrá tener lugar la ejecución por la vía del procedimiento judicial sumario o la que elija el acreedor. Pero ello demuestra una vez más, que los pactos de vencimiento anticipado representan un aditamento a la configuración legal y típica del derecho de hipoteca.

c) La tercera de las consecuencias jurídicas de los pactos de vencimiento anticipado respecto a la hipoteca, se produce cuando **termina la fase de ejecución**. Si el acreedor ha hecho uso en la ejecución de los pactos de vencimiento anticipado, lógicamente la ejecución termina con la **cancelación total** de la hipoteca, sin que se produzca la subsistencia de la misma, pues con la ejecución y el pacto de vencimiento anticipado que la ha servido de base, se ha obtenido el pago de la totalidad de las cantidades aseguradas, no siendo aplicable entonces el criterio de **subsistencia** de la hipoteca por las cantidades pendientes, a que se refieren los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria para los supuestos tipificados legalmente en que no existe pacto de vencimiento anticipado.

## 7. El objeto de la inscripción.

Una vez examinadas las consecuencias jurídicas de los pactos de vencimiento anticipado en el derecho real de hipoteca, es momento de ocuparse del otro aspecto que antes anunciamos, es decir, el efecto jurídico de dichos pactos en el **objeto de la inscripción, y consiguiente, en el acta de inscripción de la hipoteca.**

La configuración de dichos pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como supuestos **de condición resolutoria**, a que se refiere esta sentencia, permite considerar que la inscripción en estos casos tiene un doble objeto: el derecho real de hipoteca, y además, la condición resolutoria del préstamo hipotecario derivada de los pactos de vencimiento anticipado.

La explicación de ese **doble objeto de inscripción** se encuentra en la propia Ley Hipotecaria, que es la que señala legalmente lo que es **objeto de inscripción**.

Así, en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y concretamente en el apartado 2° se señalan como objeto de inscripción, los derechos reales, entre ellos, la hipoteca. Es conocida la discusión doctrinal acerca de si el objeto de inscripción es el título o el derecho real resultante. Pero la solución ha de ser que el objeto directo de inscripción es el derecho real y que la causa de esa inscripción es el título. Así, se inscribe el dominio, pero **por título de compraventa**. Así resulta de numerosos principios de la Ley Hipotecaria (art. 9.3ª, 38, etc., LH). Por tanto, las referencias a la inscripción del título, han de entenderse referidas a la inscripción del **título** no como objeto de inscripción, sino como **causa de la inscripción**. En este sentido, es fundamental la regla 10ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que prevé la constancia en el acta de inscripción del "derecho que se inscribe", haciendo constar "el título genérico de adquisición".

Por tanto, la hipoteca es **objeto de inscripción**, sin que a ello obste que, como consecuencia de la inscripción la hipoteca nazca, por ser de inscripción constitutiva, pues, precisamente porque la inscripción tiene por objeto la hipoteca es por lo que constituye también la misma y la hace nacer. La inscripción es, al mismo tiempo, la fuente de donde nace la hipoteca y la vasija que recoge dicho derecho (como objeto de la misma).

Ciertamente, cuando se inscribe el derecho real, se inscribe como **derecho subjetivo** con todo el haz de **facultades** que lleva consigo. En Derecho Civil es fundamental la distinción entre **derecho y facultades**, estas últimas como contenido del derecho y sin autonomía propia. Y en Derecho Hipotecario también es esencial esa distinción, a efectos de determinar el objeto de la inscripción, que es el derecho y no una multiplicidad de inscripciones respecto a cada una de las facultades.

Pero hay una serie de supuestos especiales en que la Ley Hipotecaria admite la inscripción no sólo de los **derechos**, sino de otras figuras jurídicas que pueden considerarse incluidas entre las expectativas, facultades, titularidades interinas o preventivas, etc.

Y entre ellas, por no alargarnos ahora en el tema, hay dos figuras que no consisten en derechos subjetivos, y sin embargo, la legislación hipotecaria las considera objeto específico y expreso de inscripción, aunque sea en el mismo asiento del derecho al que se refieren: las prohibiciones de disponer y las condiciones resolutorias.

En este aspecto, Ley Hipotecaria no sólo regula en el artículo 2 los "objetos de inscripción", sino que lo hace también en otros preceptos de la misma, que complementan el citado artículo 2, para esas otras figuras jurídicas especiales.

Así, por ejemplo, junto los derechos reales inmobiliarios (y algunos derechos personales), también **son objeto de inscripción** las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.3ª de la propia Ley Hipotecaria.

Y, a los efectos que ahora nos interesan, también son **objeto de inscripción**, además del derecho real correspondiente, las **condiciones suspensivas y resolutorias** que acompañan al derecho real.

Así resulta claramente del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que señala como objeto de inscripción en el Registro no sólo el dominio resultante de la compraventa con precio aplazado, sino también la **condición resolutoria explícita** que garantiza dicho precio aplazado. Y como la presente sentencia asimila la condición resolutoria del artículo 11 de la Ley Hipotecaria a los pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, éstos pueden ser inscritos como tal condición resolutoria explícita, en cuanto a los supuestos en que se produzca el incumplimiento del deudor que precipite el vencimiento anticipado.

Además, la regla 2ª del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, también prevé como **objeto de inscripción** las condiciones suspensivas y resolutorias y no sólo el derecho real, y lo desarrolla en el artículo 23, señalando los efectos de las mismas. Pues bien, en tanto en cuanto los pactos de vencimiento anticipado también pueden contener supuestos en que se producen condiciones resolutorias propiamente dichas, o sucesos futuros e inciertos (los antes indicados de disminución del valor de garantía o destrucción por incendio, etc.), son también aplicables los artículos 9.2° y 23 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, a dos figuras diferentes, la hipoteca en garantía del cumplimiento de las obligaciones vencidas, por un lado, y la condición resolutoria que permite al acreedor dar por vencida el préstamo hipotecario, dejando **ineficaz** el plazo pactado, han de corresponder, dos **actas de inscripción en el Registro de la Propiedad**, como ocurre también en las compraventas con precio aplazado garantizadas con condición resolutoria (art. 11 LH) y en las compraventas con pacto de condición resolutoria propiamente dicha, es decir, como suceso futuro e incierto (art. 23 LH).

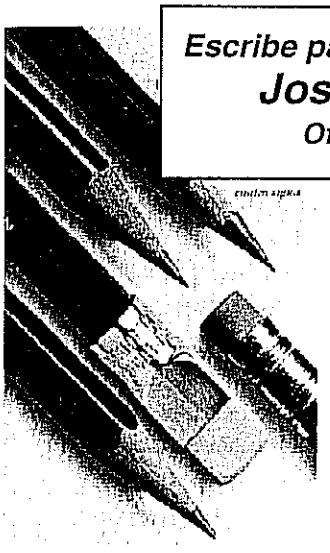
Dichas actas podrían redactarse así:

**"En su virtud, inscribo el derecho real de hipoteca sobre esta finca a favor del Banco... en los términos expresados, e inscribo a favor del mismo la condición resolutoria resultante de los pactos de vencimiento anticipado igualmente expresados"** (*).

---

(*) Todo esto que se indica en el texto, cabe deducirlo de la sentencia que se comenta, y de los razonamientos antes indicados, si bien se apunta como idea, que por la novedad que representa, a juicio del autor, debe ser objeto de meditación, comentario, crítica y contradicción o aceptación, antes de que la práctica registral introduzca novedades en los asientos. Al menos el propio autor deja en suspenso en la práctica su propia opinión, hasta que otras opiniones la confirmen o la critiquen, en su caso.

*Escribe para Lunes:*
***José Alonso Casado***
*Oficial, jubilado, del R.P. de Vigo, cinco*



# La sentencia del T.S. de 30 de enero de 1999 que anula un procedimiento ejecutivo por el que se reclama deuda inexistente.

No merece la crítica airada que le ofrece el Sr. GARCÍA GARCÍA en el número 259 de junio de 1999 de la Revista LUNES 4´30, quién a pesar de su autoridad indiscutible y su gran fuerza de opinión no basa su teoría en precepto que la sustente ni propone solución más clara o convincente al menos desde nuestro punto de vista.

Y no la merece porque, sin atender a la cuantía, analiza todos los hechos y sus relaciones con los preceptos legales para decidir, sin falta, con rigurosa fundamentación jurídica. Puede ser censurada, pero por su imperio, con el respeto que impone la Constitución, sin olvidar que el Ponente Señor MENÉNDEZ HERNÁNDEZ es Registrador, de obra extensa, y de máxima experiencia.

Y es que, no se está en el supuesto del art. 119 de la L.H. que exige la distribución o concreción de la responsabilidad sobre cada finca en cumplimiento del principio de especialidad, y por cuya distribución la acción ejecutiva faculta sólo a poder perseguir cada una de las fincas por el importe de su responsabilidad. Se está en la solidaridad prevista en el art. 123. No son dos hipotecas solidarias. Es una que grava una finca de la que, después, se segrega parte y surge, por excepción, aquella solidaridad, manteniéndose intacto el crédito y la hipoteca en su unidad e integridad.

La subrogación en la responsabilidad real derivada de la hipoteca lleva consigo la obligación personal de satisfacerla por el subrogado. La carga real y la deuda en el préstamo hipotecario es de imposible disociación. Por razón de la ejecución de la 2ª hipoteca queda extinguida la 1ª como consecuencia de la subrogación, de la asunción de deuda, de la confusión de derechos, de la solidaridad por causa de la segregación sin distribución, y por pago en cambio del bien. Esta parcela no quedó afectada por la ejecución, pero el préstamo y la hipoteca que lo garantiza sí. No parece posible que se extinga la hipoteca anterior que recaía sobre la finca objeto de ejecución y al mismo tiempo se mantenga sobre la parte segregada. La burla no es de los derechos del acreedor quien por lo demás provocó la situación. La burla es para los licitadores potenciales y para el propio deudor. No es de temer la desaparición de la 2ª hipoteca ya que el banco presta sobre el valor y siempre que la anterior también sea suya.

Para estos casos el remate de la tutela en nuestro Ordenamiento ha de finalizar en el T.S. como cúspide de la pirámide judicial.

Veamos: Por escritura de 31 de mayo **de 1988** se constituye **una sola hipoteca sobre una sola finca** a favor de determinado banco para garantizar un crédito **hasta cierto límite**. Pocos meses después la deudora hipotecante segrega de esa finca una parcela a la que sigue la misma carga, y a los seis siguientes el propio banco concede un nuevo crédito **garantizado exclusiva-**

**mente con el resto de la matriz.** Es por esto por lo que el acreedor conoce la segregación previa y el arrastre mencionado.

En el año **1990** se promueve procedimientos ejecutivos números 346/90 y 575/90 por los trámites del art. 131 de la L.H., **el primero** para hacer efectivo, sobre el resto, **el segundo crédito**, y el segundo, para satisfacerse **del primero**, pero esta vez, sólo, con la parcela segregada, y es por este procedimiento por el que recae la Sentencia de 30 de enero de 1999 anulándolo porque, por el primero, salió a subasta el resto también con la carga de la primera hipoteca. Lo adquirió el banco en la primera por el tipo pactado aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y subrogándose en la obligación de satisfacerlas de acuerdo con la regla 9ª-10 del art. 131 de la L.H.

Subrogar es, según el Diccionario de la Real Academia "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra" y "confusión de derechos" la situación que se produce cuando **una persona** es titular de dos situaciones jurídicas cuya atribución simultánea a un mismo sujeto es contraria a su propia naturaleza. Su efecto produce "**ipso jure**" la extinción del crédito y deuda y del derecho real que lo garantiza.

Y esta es la cuestión: Por **su posición, por sus actos propios**, no se distribuyó el primer crédito y aceptó que la responsabilidad por éste recayera sobre las dos parcelas o solidariamente sobre cada una —art. 123 de la L.H., **hasta que por la ejecución del segundo**, hizo salir a subasta el resto con el gravamen anterior a fin de que todo licitador lo acepte y se subrogue en su responsabilidad asumiendo el pago de acuerdo con la regla 8ª del art. 131 de la L.H.

No lo reclamó, **pero para sí, y frente a todos**, lo trasladó en su totalidad a la finca a subastar. Lo adquirió en la primera **por el tipo de subasta**, que en la práctica, al menos, viene a duplicar la suma prestada.

Si se subrogó y asumió el pago de la deuda primera, la confusión de derechos, además del pago, determina la extinción de la obligación de acuerdo con los arts. 1156 y 1192 del Código civil extensible a ambas fincas por el juego de la solidaridad previsto en el art. 1137 y resultante de los arts. 122 y 123 de la L.H. aunque la segregada no haya soportado la ejecución. ¿Cual es, pues, el precio de la finca?, pues el de la carga que se ejecuta y el de la que asume pagar.

Afirman la subrogación absoluta y total en la obligación personal y en la responsabilidad las tesis influyentes de los Señores GUASP, ROCA SASTRE, LÓPEZ TORRES, D. JERÓNIMO GONZÁLEZ... y la doctrina de las Sentencias, de 4 de febrero de 1927, 27 de enero de 1990 y últimamente de la comentada de 30 de enero de 1999, sin que otra teoría logre desdoblar esa conclusión o la entidad gramatical que explica el significado de los conceptos en un castellano tan paladino que huelga cualquier comentario.

Puede polemizarse sobre el contenido exacto de la subrogación, pero al menos, es obvia, la limitada al pago de la suma asegurada, que aquí interesa.

A los bancos, a decir de la Sentencia del T.S. de 27 de marzo de 1999, que en bastantes ocasiones establecen condiciones que visibilizan una actitud leonina y prepotente descargando su furia exterminadora con actuaciones dolosas, es dificil considerar "engañados legalmente" y menos "indefensos en sus derechos".

Pudo y debió, antes, o distribuir la responsabilidad o renunciar a la garantía sobre el resto. Pudo y debió seguir el orden reclamando con preferencia el importe del primer crédito por la totalidad de la **suma dispuesta**, sólo contra la parte segregada conforme autoriza el art. 123 de la L.H., para no correr el riesgo de posible perjuicio del posterior. En este caso, al quedar libre la matriz, la subasta se anuncia únicamente con la carga de la 2ª. Lo que no puede es asumir la deuda —pagada con el bien— y trasladarla después per se a la parte segregada para que la abone otro. Se causa "engaño legal"; se infringe la buena fe y la protección de la confianza que impone el deber de coherencia en el comportamiento si el acreedor que planea el cobro por otro medio ofrece en subasta el resto con las dos hipotecas. Engaña a los licitadores potenciales haciendo dificil su concurrencia a la 1ª subasta y le origina un desconocimiento inaceptable del valor objeto

de venta, sin olvidar que el primer crédito se concedió **hasta un límite** y que, por el segundo, se adquirió el bien por el tipo de subasta que tal vez cubrió la parte dispuesta y la totalidad del segundo. El corto tiempo transcurrido desde la primera operación hasta la ejecución nos induce a pensar sobre esa posibilidad.

El acreedor, en este supuesto, experto en procedimientos ejecutivos sabe con anterioridad a qué atenerse y a ese conocimiento provee con toda claridad la L.H. para el sumario de ejecución. Es una imperdonable ingenuidad reparar en que no tendrá en cuenta como punto de referencia la cantidad que el bien le va a costar debiendo deducir del valor económico integral las cargas anteriores en cuyo pago ineludiblemente debe subrogarse.

La cancelación ha de ser total o parcial según la extinción en todo o en parte del derecho inscrito, según la causa que lo determine, y ese derecho inscrito, en su totalidad, fue el que asumió o asumiría otro en el propio procedimiento. Después de lo actuado no acertamos a esclarecer las clases de cancelación y la **CAUSA** que la delimite.

No es infrecuente que los bancos embarguen dos o más fincas sin efectuar la distribución de la cantidad que pretende asegurar como permiten los artículos 167 y 216 del R.H., y es frecuente que para el caso de venta de una exija, en la negociación, el pago de todo su crédito por el principio de solidaridad.

Conoce tanto como el que más el significado jurídico de la subrogación, de la asunción de deuda, de la confusión de derechos, de la solidaridad contemplada en el art. 123 de la L.H. y los procedimientos de ejecución y sus consecuencias. Conoce tanto como el que más la acción de enriquecimiento injusto, con todas sus triquiñuelas, y es por eso por lo que nos sorprende la consideración de "engañado legal", que se le atribuye.

Agosto 1999.

## Citas y consejos

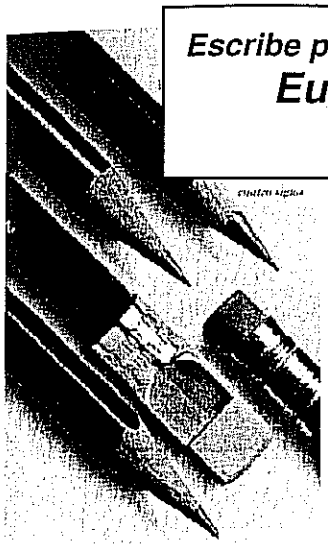
**RIQUEZAS.- "¿EN QUE PODRÍA AYUDARLE LA ESPIRITUALIDAD A UN HOMBRE DE MUNDO COMO YO?", PREGUNTABA UN HOMBRE DE NEGOCIOS. "TE AYUDARÍA A TENER MÁS", RESPONDIÓ EL MAESTRO. "¿DE QUÉ MANERA?", "ENSEÑÁNDOTE A DESEAR MENOS". (A. de Mello, "¿Quién puede hacer que amanezca?").**

**NUNCA SEAS EL PRIMERO EN LLEGAR A UNA FIESTA NI EL ÚLTIMO EN IRTE A CASA, Y NUNCA JAMAS SEAS AMBAS COSAS. (D. Brown, "Guía para madurar...", Cap. XIV).**

**Quien se acepta a sí mismo está preparado para perdonar a los demás. (J. L. MARTÍN DESCALZO).**

**EL enojo algunas veces es de las mayores muestras de amor. (QUEVEDO).**

*Escribe para Lunes:*
***Eusebio Giménez Roig***
***Registrador de la Propiedad. Jubilado.***



# Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción.

Eusebio Giménez Roig nos ruega añadir a lo que dijimos en el número 256, página 15, que su opinión sobre el "Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción" se expone, muy brevemente, en la allí copiada INTRODUCCIÓN al libro publicado, aunque, como también dice en la página 11 del mismo número, su opinión se expone más detenidamente en el **RESUMEN** del libro (pp. 31 a 54, sobre todo en las páginas **31 y 32, 35 (2.3), 37 (1), 38, 39 y 40**).

Añade el autor que "La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, en su último número 652, mayo-junio (pp. 1187 a 1196), ha publicado como información bibliográfica una recensión del libro por Isabel Moratilla Galán, que supone un gran esfuerzo de síntesis. Pero su necesaria densidad expositiva y las temibles erratas de imprenta pueden dificultar la comprensión del sentido de la obra, por lo que parece conveniente añadir a la transcripción de dicha Introducción la copia de las referidas páginas del Resumen, como sigue":

## <<RESUMEN

EL *SISTEMA ESPAÑOL DEL TRÁFICO JURÍDICO DE BIENES PATRIMONIALES* se fundamenta en la configuración legal del *contrato de compraventa* con eficacia *transmisiva*, mediata de cosas o inmediata de derechos incorporales, complementada con la eficacia de la *escritura notarial*, que *formaliza y prueba* el total supuesto de hecho de la transmisión del derecho de propiedad que el vendedor transmitente manifiesta le pertenece, y complementada con la eficacia de las *inscripciones registrales* que *publican* las respectivas pruebas de los supuestos de hecho de la adquisición del derecho, por el vendedor, a quien *se presume* pertenece el derecho que vende, y por el comprador, a quien *se asegura* o mantiene en su adquisición del derecho que compra, excepto si se prueba *conoce* al comprar que el derecho *no pertenece* al vendedor, y a quien no le afectan más cargas que las publicadas registralmente o conocidas por él.

## CAPÍTULO I. CONTRATO DE COMPRAVENTA.

El *contrato de compraventa* español está configurado por la ley como contrato *recíprocamente transmisivo*, de la cosa o el derecho incorporal y del dinero del precio, así como contrato *recíprocamente obligatorio* con carácter instrumental del primordial efecto transmisivo.

Pero el Código civil contrapone el *normal* u ordinario contrato de compraventa transmisivo *mediatamente de una cosa* y el *especial* contrato de compraventa-cesión transmisivo *inmediatamente de un derecho incorporal.*

1. El *normal* contrato del artículo 1445 C.c. es el contrato de compraventa transmisivo de una *cosa específica, poseída en concepto de dueño* por el vendedor que afirma es el propietario conforme a la presunción de pertenencia de la cosa al poseedor en concepto de dueño (art. 448).

Al tiempo de la codificación se denomina compraventa del *derecho corporal*, o sea, del derecho de propiedad sobre la cosa específica poseída en concepto de dueño por el vendedor.

A este contrato se refiere la "teoría" del título y el modo, el artículo 609,2, *al final*, cuando alude a la transmisión del derecho de propiedad "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", el artículo 1095, el 1445 y el 1462,1.

1.1. Contrato *transmisivo de la propiedad* de la cosa específica al comprador pero no inmediatamente o por el solo consentimiento sino *mediatamente*, o sea, *según condición de la ley, mediante* la *transmisión de la posesión en concepto e dueño* (art. 609,2, al final, y art. 1095).

1.2. Contrato que, en consecuencia, *obliga a entregar la cosa* (arts. 1445 y 1462.1) para que resulten transmitidas la posesión y la propiedad; no sólo para que se puedan ejercitar sobre la cosa.

1.3. Con *la perfección de un normal contrato de compraventa*, el vendedor poseedor de una cosa específica, de la que manifiesta o afirma ser el propietario, y el comprador, conforme a la legislación española, quieren y consienten o *contratan un resultado jurídico de intercambio de propiedades, de cosa por dinero, y para conseguirlo justamente asumen ciertos deberes*, adecuados, consecuentes o instrumentales:

1º *Consienten* que *resultarán efectuadas dos recíprocas transmisiones de derechos reales de propiedad*, la transmisión de la propiedad de una cosa y la transmisión de la propiedad de una contractualmente equivalente cantidad de dinero, *mediante la transmisión de la respectiva posesión en concepto de dueño* de la cosa o del dinero, (según los artículos 609,2, al final, 1095 y 1096 C.c.).

2º Y, para esto, *consienten* que *inmediatamente resulten constituidos dos recíprocos derechos personales*, el del comprador y el del vendedor, *con sus dos correlativas obligaciones de dar*, la del vendedor y la del comprador, de manera que al derecho personal del comprador a resultar poseedor y propietario de la cosa corresponde la obligación del vendedor de dar la cosa, y al recíproco derecho personal del vendedor a resultar poseedor y propietario del dinero corresponde la obligación del comprador de dar el dinero (según los artículos 1445, 1461 y sigs., 1500 y sigs. del C.c.).

Los dos recíprocos derechos personales o conjuntos de poderes, y las dos correlativas obligaciones o conjuntos de deberes, están programados por la ley con carácter instrumental, para que se pueda conseguir justamente el intercambio de propiedades, que es el resultado jurídico contratado con carácter primordial.

De no ser así, el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro podrá optar entre exigir el cumplimiento forzoso del contrato o imponer la rescisión del contrato y de las transmisiones efectuadas, conforme al artículo 1124 (art. 1506).

Esta configuración legal del contrato de compraventa normal constituye el principio fundamental del sistema de tráfico jurídico de cosas español.

2.3. Al contrato de compraventa-cesión se refiere la "*teoría*" de *la cesión de acciones y derechos incorporales* y el artículo 609,2, *al principio*, cuando alude a la transmisión de la propiedad "*por la ley*", por alguna ley especial, que en este caso es la *ley* del artículo 1526, procedente de otras leyes romanas (D. 6,1,63, C. 4,39,9, y D. 50,17,15 de Paulo); distintas de las *leyes* romanas que fundamentan la "*teoría*" *del título y el modo* (D. 41,1,31, pr. *de Paulo:*

"*nunquam nuda traditio...*; C. 2,30,20: "*traditionibus et usucapionibus...*) las que hoy resultan recogidas en la ley del artículo 609,2 *al final.*

Y el jurisconsulto *Paulo* para quien, en resumen, "... *transfert dominium... venditio aut aliqua justa causa... propter quam traditio sequeretur*" (D. 41,1,31, pr.), es el mismo Paulo para quien "*is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*" (D. 50,17,15: "regla del Derecho" nº 15), de manera que cuando el vendedor está desposeído por un tercero contra el que tiene la acción reivindicatoria (*actionem ad rem recuperandam*) y es *imposible* que realice la transmisión de la posesión de la cosa al comprador *seguidamente*, sin demora, (*traditio sequeretur*, imposible), puede cederle transmisivamente la acción reivindicatoria para que sea él quien recobre la posesión para sí, porque "tener la acción reivindicatoria *equivale* a tener la misma cosa", tanto para el propietario vendedor-cedente como para el propietario comprador-cesionario, como si la transmisión de la posesión para adquirir la propiedad quedara sustituida por la transmisión de la acción reivindicatoria y, con ella, *inseparablemente*, del derecho de propiedad, para adquirir la posesión, ejercitando la acción "*ad rem recuperandam*".

Téngase en cuenta que el comprador-cesionario de la acción reivindicatoria puede ejercitarla incluso contra el vendedor-cedente a quien el tercero poseedor devuelve la cosa, según el Derecho romano (D. 6,1,63, de Papiniano, conforme a la interpretación de Carrelli), y que el comprador de una acción real (reivindicatoria), al igual que el comprador de una acción personal, adquiere la acción (y con ella el derecho del que deriva) por concesión de la ley, sin adicional *procuratio in rem suam* u otro acuerdo, según el Código de Justiniano (C. 4,39,9).

## CAPÍTULO II. ESCRITURA NOTARIAL DE COMPRAVENTA.

1. La normal escritura notarial de compraventa *formaliza y prueba la perfección* y el *contenido* del contrato de compraventa (art. 1218), y además normalmente, su *cumplimiento* por ambas partes contratantes, o sea, el *pago del precio*, entregado en el mismo acto si no confesado recibido con anterioridad, o el *conformado aplazamiento* del crédito pecuniario del comprador que se suele asegurar por hipoteca o por condición resolutoria, así como también la *entrega de la cosa* presuntamente mediante tradición instrumental no excluida (art. 1462,2).

De esta manera, por la unidad del acto notarial, *parece* que se instrumenta una compraventa transmisiva inmediatamente o por el solo consentimiento como si se tratara de la compraventa francesa de cosa específica en cuanto el efecto del contrato transmisivo de la propiedad de la cosa resulta temporalmente inmediato a la perfección del contrato.

Sin perjuicio de que la *aparente* escritura de compraventa del derecho *corporal* del propietario poseedor resulte *dudoso* que lo sea cuando se comprueba que un tercero posee la cosa en concepto de dueño, porque tal situación de *desposesión* del vendedor implica existe una *controversia acerca de la pertenencia del derecho de propiedad*, al vendedor que reafirma es el propietario, aunque desposeído (art. 348,2), o al poseedor en concepto de dueño, amparado por la presunción de pertenencia de la propiedad salvo prueba en contrario (art. 448), que puede ser un simple poseedor ad usucapionem o un propietario, por usucapión consumada o por otro título.

2. El artículo 1462,2, C.c. ordena que "el otorgamiento" del contrato de compraventa instrumentado notarialmente "equivaldrá a la ENTREGA de la cosa" si no resulta o se deduce claramente lo contrario de la misma escritura.

Significa que ambas partes pueden acordar el *pacto de reserva del dominio*, para que el vendedor continúe siendo el *poseedor en concepto de dueño y el propietario*, hasta que se cumpla la pactada condición suspensiva de la transmisión de la propiedad, que suele ser el cobro efectivo de la totalidad del precio aplazado.

Sobre todo, decir que el otorgamiento del contrato de compraventa mediante escritura notarial (salvo pacto de reserva del dominio) "*equivaldrá a la ENTREGA de la cosa*", significa o se ha de interpretar, por mandato imperativo de la ley, que resulta *excluida* la posibilidad de exigir *seguidamente* el comprador al vendedor *la entrega material* (*real*) de la cosa o *la rescisión* del contrato, porque el contrato de compraventa mediante escritura notarial (salvo pacto de reserva de dominio) *produce su efecto primordial, la TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD sobre la cosa, en la fecha de la escritura, al quedar el contrato cumplido seguidamente a su perfección*, en el mismo acto, como si se tratara de la compraventa francesa de cosa específica, si el derecho de propiedad *pertenece* al vendedor.

1° Cuando el *vendedor* es el *poseedor* en concepto de dueño porque se entiende que media *pacto instrumental de tradición* o entrega cumplida *seguidamente* en la forma ficticia de constituto posesorio, transmisivo de su posesión en concepto de dueño, que *seguidamente* determina resulte transmitido, *mediatamente*, su derecho de propiedad *corporal*.

2° Cuando el comprador desconoce que el *vendedor* está *desposeído*, y por ésto ontológicamente la tradición es imposible *seguidamente* a la perfección del contrato, porque se entiende que media *pacto instrumental de cesión transmisiva inmediatamente de su derecho de propiedad incorporal, con la inseparable acción reivindicatoria*, actuable por el comprador con llamamiento en garantía del vendedor, para obtener la posesión si el tercero poseedor no ha consumado la usucapión ni es propietario por otro título de adquisición.

El artículo 1462,2, se refiere, de manera *primordial* a la venta normal y a la "*tradición instrumental*" que *transmite seguidamente la posesión* en concepto de dueño, y de manera *supletoria* a la "*venta-cesión instrumental*" que *transmite inmediatamente el derecho de propiedad incorporal con la inseparable acción reivindicatoria*, (sin que resulte *demorada* la transmisión del derecho hasta que recupere la posesión el vendedor y realice una futura tradición al comprador).

Se argumenta ésto en el Capítulo II del texto y se resume a continuación.

Así resulta de una muy específica "regla del Derecho" (D. 50,17,15), atribuida por el Digesto de Justiniano al célebre jurisconsulto Paulo (que también es autor del texto fundamental para la "teoría" del título y el modo, D. 41,1,31, pr... *transfert dominium... venditio aut aliqua justa causa... propter quam traditio sequeretur*) según la cual (traducida no literalmente) "*tener la acción reivindicatoria equivale a tener la posesión*", que se aplica al propietario desposeído originariamente pero también al propietario desposeído vendedor-cedente de la acción reivindicatoria y a su comprador-cesionario. Regla del Derecho invocada por los que fueron legisladores españoles e intérpretes auténticos, Florencio García Goyena (del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente del vigente de 1889), Pedro Gómez de la Serna (de la Ley Hipotecaria de 1861) y José María Manresa (de la L.E.C. vigente).

Aunque estos autores parece olvidaron que el comprador-cesionario de la acción reivindicatoria puede ejercitarla incluso contra el vendedor-cedente a quien el tercero poseedor devuelve la cosa, según el Digesto de Justiniano (D. 6,1,63, de Papiniano, conforme a la interpretación del catedrático italiano Eduardo Carrelli, prematuramente fallecido, discípulo del gran Albertario), y tampoco recordaron que el comprador de una acción real (por antonomasia, la acción reivindicatoria), adquiere la acción, y con ella el derecho del que deriva, por concesión de la ley, sin necesidad de un acuerdo adicional, según el Código de Justiniano (C. 4,39,9), al igual que ocurría con el comprador de una acción personal derivada de un crédito pecuniario, como ha destacado el catedrático español Emilio Valiño.

Y que, para el supuesto de desposesión desconocida por el comprador, otra ley romana (D. 18,4,21), equipara la pérdida parcial de la cosa (antes o después de la perfección del contrato de compraventa), a la pérdida de la *posesión* por el vendedor, (antes o después de la perfección del contrato), al efecto de conceder la ley al comprador *opción* para que la entrega imposible sin

diferirla quede seguidamente sustituida por la cesión inmediatamente transmisiva de la acción reivindicatoria, de manera que el comprador pueda, seguidamente, sin demora, actuar en nombre propio, como propietario, para obtener la posesión, si no prefiere pedir la rescisión del contrato.

Al mismo resultado que en el Derecho romano se llega, para el caso de imposibilidad de una entrega material no diferida, por aplicación de los artículos del Código civil vigente interpretados conforme a las normas romanas y a su evolución histórica: 1460 (*opción*, D. 18,4,21), 1462,2 (*presunta*, D. 50,17,15), 1526 (por la *cesión transmisiva inmediatamente*, sin demora, del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, D. 6,1,63, y C. 4,39,9), 1482 (actuable con *llamamiento en garantía del vendedor*), y 1124, al quedar *excluida* por el artículo 1462,2, la *petición de entrega material o inmediata rescisión del contrato.*

Así resulta, de una Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1905 según la cual si el comprador conoce la desposesión del vendedor queda excluida la obligación de entregar pero el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión, y de otra Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1912, para el supuesto en que el comprador *desconoce la desposesión* del vendedor, según la cual el artículo 1462,2, salvo pacto, *excluye* que el comprador pueda exigir al vendedor la entrega material de la cosa o la inmediata rescisión del contrato de compraventa, lo que implica conceder al comprador el que, para obtener la posesión de la cosa, pueda actuar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor y hay que entender o interpretar que ha de ser así conforme a las normas romanas y españolas antes citadas, porque si el comprador *conoce* la desposesión del vendedor contrata una compraventa-cesión al amparo del artículo 1526, mientras que si el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor, *al contratar mediante escritura notarial*, opta por excluir (conforme al artículo 1462,2) la opción (conforme al artículo 1460) por la rescisión *inmediata* en cuanto puede ejercitar la acción reivindicatoria como propietario (conforme al artículo 1526).

Presupuesto que el vendedor desposeído sea el propietario. Es decir, sin perjuicio de que la sentencia firme del juicio reivindicatoria declare que el tercero poseedor es el verdadero propietario y que, por tanto, se vendió cosa no propia del vendedor sino cosa ajena, lo que implica incumplimiento del contrato y su consiguiente rescisión.>>.

■

## Citas y consejos

**Llegó a la sede episcopal de Murcia un obispo ilerdense, hombre santo y sencillo, un payés con sentido común, con los ojos en el cielo pero con los pies en la tierra, una pizca de simpleza y ninguna recámara ni recoveco. Se llamaba don Ramón Sanahuja y Marcé. Se habían derrumbado los balconcillos de una vieja casa en la Cuesta de la Magdalena, vía que, como su nombre indica, acogía mancebías o burdeles. Algunas desdichadas pupilas habían quedado heridas de cierta gravedad en el accidente. Por aquellos días, una comisión de damas de alguna institución religioso-benéfica visitó al señor obispo en demanda de algo, una autorización, una bendición o un auxilio. El santo obispo las escuchó con atención, y cuando terminaron de exponerle sus demandas, les preguntó:**

**—Pero, aparte de todo eso, ¿cómo están las putas?**

*Jesús María Martínez Rojo*
*Registrador de la Propiedad*

# Competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia civil.

**PROGRAMA DE NOTARÍAS. DERECHO CIVIL. TEMA 3. PREGUNTA TERCERA.**

La nueva articulación territorial del Estado que se produce como consecuencia del Tit.VIII CE, plantea, entre otros, el problema de si las CCAA pueden dictar normas en materia civil; en este sentido el art. 149.1.8 dispone:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Para responder al enunciado de esta pregunta atenderemos principalmente a las siguientes SSTC:

- STC **121/1992** de 28 de septiembre (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley 6/1986 de la Generalidad Valenciana, de arrendamientos rústicos históricos valencianos); (reiterada por STC 182 /1992 de 16 de noviembre sobre prórroga de arrendamientos rústicos para Galicia)

- STC **88/1993** de 12 de marzo (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley 3/1988 de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos);

- STC **226/1993**, de 8 de julio (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Diputación General de Aragón contra la ley 11/1990 de 15 octubre sobre reforma del Cc., en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo).

Siguiendo el orden del precepto, distinguimos:

**1. Competencia del Estado en materia civil.**

Al Estado "la Constitución le atribuye ya la 'legislación civil', **sin más posible excepción** que la 'conservación, modificación y desarrollo' autonómico del Derecho civil especial o foral" (STC 88/1993, fundamento jurídico 1º).

"La ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones 'en todo caso' sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir **ciertas** Comunidades Autónomas... El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual **nunca** podrá estimarse subsistente ni susceptible por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho" (STC 88/1993, fundamento jurídico 1º).

**2. Atribución de competencias a las CCAA en materia civil.**

Para determinar el sistema seguido por la CE para la atribución de competencias a las CCAA, hay que considerar dos tipos de condicionamientos:

1. Condicionamiento general o común (aplicable tanto a la materia civil como a otras materias): que exista atribución y asunción de competencia, para lo cual hay que atender al proceso de creación de las CCAA y a la ubicación sistemática de la norma atributiva en el texto constitucional. En este caso, el hecho de que se encuentre en la lista del art. 149.1 CE, impone diferenciar entre aquellas CCAA de primer grado que tienen competencia inmediata, previa la correspondiente asunción estatutaria, y aquellas otras CCAA de segundo grado que tienen una competencia diferida, en virtud de la previsión transitoria del art. 148.2 CE.

El art. 149.1.8 CE, "tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la 'legislación civil', introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su "conservación, modificación y desarrollo" (STC 88/1993, fundamento jurídico 1º).

En este sentido algunos Estatutos de Autonomía reconocen competencia legislativa a CCAA cuyo derecho particular fue formalmente derogado; así los Estatutos de Valencia (art. 32.1), Extremadura (art.12), Asturias (art.16), y Murcia (art. 18).

2. Condicionamiento especial: lo constituye la existencia de derecho civil, foral o especial, en el ámbito territorial de la CA respectiva.

**3. Competencia de las CCAA en materia civil.**

Respecto de la expresión "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", la jurisprudencia constitucional ha sentado las siguientes conclusiones:

- "El concepto constitucional de **conservación** de los derechos civiles, forales o especiales permite la **asunción o integración** en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento... Lo que la Constitución permite es la 'conservación', esto es, el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que **la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de los dispuesto en el art. 149.1. 8**" (STC 88/1993, fundamento jurídico 2°).

- En este sentido la "conservación" puede hacer viable, junto a ello (asunción o integración), la **formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes** en el propio ámbito territorial. En tal caso "la regla que como costumbre venía rigiendo en defecto de ley aplicable, esto es como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del Derecho común (art. 1.3 C.c.), al ser incorporada a la ley autonómica se torna en ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, Derecho supletorio (art. 13.2 Cc.) (STC 121/1992, fundamento jurídico 2°)

- El concepto constitucional de **desarrollo**, "permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de "conservación" o "modificación", sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamiento preconstitucionales. **Este crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos**, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención a una valoración general y abstracta de los que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las CCAA en cuanto tales sino a fin de garantizar **determinados** Derechos civiles, forales o especiales **vigentes** en **ciertos** territorios"

"La noción constitucional de 'desarrollo' permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisible identificación de tal concepto con el más restringido de 'modificación'... Cabe pues que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones **conexas** con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. **Lo que no significa...una competencia legislativa ilimitada...** que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8" (STC 88/1993, fundamento jurídico 3°)

- "El amplio enunciado de la salvedad **'derechos civiles forales o especiales'** permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la CE, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la CE, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda los que se situaron como referencia principal

Centro de Estudios Jurídicos
VALENCIA

para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las CCAA en los Estatutos respectivos" (STC 121/1992, fundamento jurídico 1º) (v. supra, lo dicho respecto a los Estatutos de Autonomía).

- "El término **'allí donde existan'** a que se se refiere al art. 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas (STC 88/1993, fundamento jurídico 3º).

(v. supra, lo dicho en cuanto a la invocación de precedentes históricos)

En cuanto a la DA 1 CE que señala que

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.
La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía.

No puede tomarse en consideración a estos efectos, "no ya sólo porque **los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos,** sino, sobre todo y en primer lugar , porque el sentido de la Disposición Adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y DA 2 CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades **jurídico-públicas** que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación" (STC 88/1993, fundamento jurídico 1º).

Sobre estas bases, el legislador autonómico ha operado en las siguientes direcciones:

1. Reforma de las compilaciones para adaptarlas a los principios constitucionales.

2. Regionalización: ya que las compilaciones eran originariamente normas estatales, el legislador autonómico aprovechando la reforma material de las mismas, ha introducido una previsión por la que se "adopta e integra" en el ordenamiento autonómico respectivo el texto normativo de las Compilaciones estatales, con lo que se produce una novación en la titularidad de la normativa foral, que pasa de instancias estatales a autonómicas.

3. Desgajar de las compilaciones parte de su contenido que, una vez actualizado y desarrollado, da lugar a leyes especiales (singularmente Cataluña; y Aragón con su ley 1/1999 de 24 de febrero,de sucesiones por causa de muerte).

4. Refundición en un texto codificado para cada una de las ramas capitales del Derecho foral, con el propósito de reunirlos en un único Código (así la ley 40/1991 de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña; ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia)

**4. Reservas específicas del art.149.1.8.** (v. supra, lo dicho en el apartado 1, sobre el sentido de estas reservas)

1. Reglas relativas a la a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas: reserva cerrada en favor del Estado con la finalidad de garantizar la coherencia interna del ordenamiento jurídico;

procede del art. 13.1 Cc. que prescribe la aplicación general y directa en toda España de las disposiciones del Título preliminar Cc.. Ahora bien, no se incluyen aquí todas las disposiciones de dicho título, sino básicamente las referidas a la elección, interpretación y actuación de la norma (arts. 2 al 7 Cc.)

2. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio. Norma cerrada que reserva al Estado la fijación del sistema matrimonial español, esto es, la determinación de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa, la regulación del matrimonio civil, de la validez, eficacia civil, y disolución del mismo. No afecta en modo alguno tal reserva a los regímenes económicos matrimoniales típicos de los derechos forales, cuya regulación ha de adaptarse al mandato constitucional de plena igualdad de los cónyuges (art. 32.1 CE).

3. Ordenación de los registros e instrumentos públicos. Atribución cerrada de la competencia en materia de:

- Registros, incluyendo además de los civiles (Registro de la Propiedad, Registro Civil, RGAUV, etc), los mercantiles.

- Ordenación de los instrumentos públicos

"El Estado ostenta 'en todo caso' competencia exclusiva para la ordenación de los instrumentos públicos, lo que supone que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha 'ordenación'"

"No será aceptable un entendimiento tan lato de la competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizar mediante instrumento público" (STC 156/1993, de 6 de mayo, relativa a la constitucionalidad de determinados preceptos de la compilación balear, fundamento jurídico 5º)

- Nombramiento de Notarios y Registradores: a las CCAA únicamente se les atribuye las competencias ejecutivas relativas al nombramiento de Notarios y Registradores (STC 67/1983 22 julio 1983 ha precisado que por "nombramiento" debe entenderse la concreta "designación", no el procedimiento de selección o traslado, que es competencia estatal), e intervención en la fijación de las demarcaciones.

4. Normas para resolver los conflictos de leyes, intertemporales, interregionales e internacionales: "la norma fundamental optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes pecualiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redifinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión." (STC 156/1993, fundamento jurídico 3º)

Según STC 226/1993 (acerca de la constitucionalidad de los incisos finales de los arts 14.3 pº1, 16.3 pº1 Cc. que fijan como norma de cierre el derecho común), y por lo que se refiere a los conflictos interregionales, "es consustancial a la identidad misma de todo sistema de resolución de conflictos de leyes, que no parta de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión: los puntos de conexión han de fijarse en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras... Es razonable que un sistema

de Derecho interregional no se base exclusivamente, sin embargo, en remisiones y conexiones abstractas y neutras, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas... no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta... Una solución de este género (fijar como norma de cierre, el derecho común) no merece, en sí misma, tacha alguna de inconstitucionalidad, siempre que la misma se articule, claro está, como cláusula final o 'de cierre'... El legislador, debe intentar apurar, hasta donde no padezca la seguridad jurídica, la técnica de las remisiones y conexiones abstractas y neutrales"

5. Bases de las obligaciones contractuales: se trata de una cláusula abierta en cuanto que la competencia del Estado no se extiende a todo el sector de las "obligaciones contractuales", sino que deja a las CCAA la normación del desarrollo. Algunos derechos civiles forales compilados, como el navarro, catalán, aragonés, contienen ciertas regulaciones de las bases de las obligaciones contractuales que cabría considerar vigentes, admitiéndose una adaptación de las mismas a las particularidades sustantivas de cada Comunidad; pero teniendo en cuenta que quedarían vedadas las innovaciones autonómicas de dichas bases.

6. La determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial. Cláusula abierta, en cierto sentido contradictoria con el tenor del artículo ("en todo caso"), que merece el siguiente comentario:

- Por "determinación" se entiende tanto la enumeración como la normación jerárquica de las fuentes;

- En cuanto al "respeto"a las normas forales o especiales en la materia:

a) Diez Picazo, Gullón y Elizalde consideran que sólo pueden legislar sobre fuentes las CCAA que tenían un sistema particular (Aragón y Navarra);

b) Los foralistas, en general, mantienen la posibilidad de que legislen sobre fuentes todas las CCAA en que existe derecho foral (la alteración del orden y jerarquía de fuentes puede hacerse explícitamente, como parece deducirse de los arts 1 y 3.1 de la Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia; o implícitamente, al positivizar costumbres vigentes, como establece la STC 121/1992).

Un problema que se plantea en sede de fuentes, es el de la admisibilidad de la costumbre "contra legem" (propia del derecho navarro y limitadamente del aragonés). Podría admitirse la costumbre contra fuero, pero sin prevalencia respecto al Cc. o a la normativa general de aplicación en todo el territorio nacional.

■

## Citas y consejos

**... QUE LAS IRAS DE LOS AMANTES SUELEN PARAR EN MALDICIONES. (EL QUIJOTE, PARTE II, CAP. LXVII).**

**BIENAVENTURANZA.- EL DESCONSOLADO AGENTE DE BOLSA QUE HABÍA PERDIDO UNA FORTUNA, ACUDIÓ AL MONASTERIO EN BUSCA DE PAZ INTERIOR, PERO ESTABA DEMASIADO TURBADO PARA MEDITAR. UNA VEZ QUE AQUEL HOMBRE SE HUBO IDO, EL MAESTRO, A MODO DE INDIRECTA, DIJO UNA SOLA FRASE: "LOS QUE DUERMEN EN EL SUELO NUNCA SE CAEN DE LA CAMA". (A. de Mello, "¿Quién puede hacer que amanezca?").**

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

# Cartas para JOSÉ MARÍA

A: jmchico@paraiso.net
De: luismoisset@arnet.com.ar
Asunto: mandanga, mandinga y mondongo

Córdoba, 2 de agosto de 1999

Querido José María:

Días pasados recibí el nº 260 de la "Lunes 4 y 30", y en la página 20 veo que ese travieso "mandinga" (1) que es su Director ha cometido la infidencia de incluir en una "carta pública", fragmentos de una misiva que hacían referencia a problemas muy íntimos, pero hay tanto sentimiento en sus palabra que a mi esposa e hija las han conmovido y ello impide que le entable demanda por violación a los derechos de la intimidad (2).

Pero, resulta que Enrique, para justificar su conducta, comienza afirmando de manera rotunda que nadie le va a reclamar "derechos de autor, ni copys, ni mandangas (!)...", y al leer esta frase fue Criticón, y no el corrector de estilo, quien por ignorancia del significado de ese vocablo jergal creyó —en el primer momento— que un pícaro diablillo había metido mano en la composición tipográfica, reemplazando la "i" de "mandinga" por una "a", de manera similar a lo ocurrido en un Congreso de Lima (3) y, aunque no le convencía totalmente que la influencia de un lenguaje extraño hubiese permitido que en la prosa de Enrique se colara un anglicismo, al mencionar los "copy-right", se sentía muy complacido que hablase de "mandinga", que en toda América se emplea como uno de los nombres del diablo (4) y en Argentina, muy especialmente, para aludir a un "muchacho travieso".

Sin embargo algo me decía que ese significado no era aplicable a la idea que Enrique había querido expresar y, para disipar mis dudas, decidí recurrir al Diccionario de la Academia; como lo que encontré en el que tenía más a mano, que define "mandanga" como "pachorra" (5), no me convenció, debí emprender una excursión por varios diccionarios, que procuraré ahora describirte.

Mi paseo me llevó primero hasta el Novísimo Diccionario de la Lengua Castellana, de Don Carlos de Ochoa, publicado en 1910; y luego por el Diccionario Enciclopédico Hispano-americano, de 1912. En ninguno aparece la más mínima referencia ni a "mandanga", ni a "mandinga". Los lingüistas de principios de siglo desconocían totalmente el uso de esos vocablos.

Me dirigí luego al Diccionario Manual Ilustrado de la Real Academia, cuya 2ª edición, de 1950, tenía la ventaja de anticipar, marcándolas con un corchete, numerosas voces que se encontraban a estudio y que, en su mayoría, han sido incorporadas en posteriores ediciones del Diccionario grande. "Mandinga" aparece ya con varios significados; en primer lugar haciendo referencia a los negros del Sudán occidental, que en algún otro Diccionario son llamados "mandingos", y luego el uso en América como "pateta"; en Argentina como "muchacho travieso", y también como "encantamiento", "brujería", y el empleo del vocablo en Murcia, como sinónimo de "baldragas". Esto me obligó a una "excursión" complementaria, pues también ignoraba que es un "baldragas". Si el lector lo sabe, lo felicito; si —como yo—

# MANDANGA Y MANDINGA: UN PASEO POR LOS DICCIONARIOS

lo desconoce, ¡que lo busque en el Diccionario! Por su parte "mandanga" mantenía como único significado el de "pachorra" (6).

Como perro de caza que ventea la presa, continué persiguiendo a "mandanga" en las dos ediciones posteriores del Diccionario grande que pude consultar, la 19ª de 1970, y la 21ª de 1992 y en ellas advertí la evolución de la Academia, que sin descanso procura completar y mantener al día el "tesoro" de la lengua.

En realidad la decimonovena edición poco agregaba, limitándose a anteponer a pachorra los términos "flema, indolencia", pero en la vigésimo primera pude divisar mi presa, pues se añade una segunda acepción, de uso en plural, como equivalente de "tonterías, cuentos, pejigueras".

Me sentía ya más satisfecho, pues había alcanzado a comprender lo que Enrique quiso decir con "mandangas"..., pero decidí proseguir mi paseo, extendiendo la búsqueda al Corominas y obtuve como gratificación una hermosa página dedicada a "mandanga" que me permitió aprender varias cosas, a saber:

a) se trata de una voz jergal, o semi jergal (7), es decir reducida al lenguaje familiar o de grupos pequeños, lo que explica su escaso o nulo empleo en América.

b) La primera expresión documentada del vocablo, siempre a estar por lo que enseña Corominas, se encuentra en el Diccionario de la Academia de 1936, es decir la décimo sexta edición que, por una casualidad, fue la primera que había consultado.

c) Algún lexicógrafo como Pérez Vidal la consideró vinculada con "mandinga", aunque Corominas no opina de esa manera.

Menciono el punto porque —como te relaté— a Criticón, de primera impresión, le había parecido que Enrique Colomer pudo haber escrito "mandinga", y figurar en el texto "mandanga" por un error de impresión.

d) En Barcelona se utiliza el vocablo en plural, para referirse a "cosas despreciables", o "camándulas, afirmaciones sin valor" (8).

Éste es sustancialmente el significado que la Academia, en su última edición, ha aceptado como segunda acepción y su uso por Enrique pone de relieve que su empleo jergal o familiar se extiende desde Cataluña a otras zonas del Levante español, como Valencia (9).

e) Etimológicamente, según algunos, podría vincularse con voces de origen gitano y tener parentesco con palabras utilizadas en Murcia como "mindango" (10), a lo que Criticón agregaría, y ¿por qué no con el "mandinga" murciano, de significación tan cercana a la "pachorra" con que la Academia define a "mandanga"?

Terminé agotado, pero satisfecho, el paseo por "los Diccionarios" y decidí no extenderlo más, pues aunque tengo otra edición de la Real Academia en mi "ranchito" serrano, y cuando apareció la última obsequié la vigésima, aquella que se encuadernó en dos tomos, a la Relatoría Civil del Superior Tribunal de Justicia, y podría haber consultado ambas si visitaba esa oficina, y hacía un viaje al campo, mi pereza me impidió agotar la búsqueda, quizás con provecho para el sufrido lector que ha tenido el coraje de seguirme hasta este punto, y a quien ya he abrumado con datos superfluos.

**Criticón (L.M.E.)**

**A: luismoisset@arnet.com.ar**
**De: jmchico@paraiso.net**
**Asunto: Re: mandanga, mandinga y mondongo**

Moradas celestiales

Querido Luis:

Algún amigo tuyo que me ha visitado comentaba que con frecuencia solías dejar incompleto el tema que debías tratar en tus clases o conferencias. En este caso, te has extendido demasiado sobre "mandanga" y "mandinga", pero te comiste toda referencia a "mondongo".

Procura concluir tu "mail".

Un fuerte y cordial abrazo de

**José María Chico y Ortiz**
**Registrador de estrellas**

**A: jmchico@paraiso.net**
**De: luismoisset@arnet.com.ar**
**Asunto: mandanga, mandinga y mondongo (cont.)**

Córdoba, 4 de agosto de 1999

Querido José María:

Ya en las "Reflexiones sobre la i y la o", te expliqué que la "o" es una letra jovial y retozona que, muy sonriente se burla de nosotros. En este caso, pese a que no aparecía en el título de la carta, se coló de rondón en el "asunto", reemplazando a todas las vocales anteriores.

Creo que su propósito era, precisamente, que me "comiera" parte del tema, pues luego de las indigestas divagaciones sobre "mandanga" y "mandinga", la presencia de "mondongo" podía brindarnos la posibilidad de preparar unos sabrosos callos a la madrileña.

Una abrazo

**Criticón (L.M.E.)**

---

(1) Utilizo el vocablo con el significado que se le da en Argentina de "muchacho travieso" (ver Diccionario de la Real Academia, 19ª ed., 1970, 3ª acepción y 21ª ed., 1992, 4ª acepción).

(2) Ver "Las cartas de Rodolfo", Lunes 4 y 30, Nº , p.

(3) Ver "Reflexiones sobre la 'i' y la 'o'", Lunes 4 y 30, Nº 220, p. 40.

(4) El Diccionario de la Academia, en la 16ª edición, que data de 1936, aunque se distribuyó recién en 1939 después de concluida la Guerra Civil, da a "mandinga" como equivalente de "pateta".

En la 19ª ed., como 2ª acepción de "mandinga", de uso en América, dice ya que es el "nombre del diablo en el lenguaje de los campesinos", definición que se mantiene en la 21ª ed., 1992, como 3ª acepción.

(5) Diccionario de la Real Academia, 16ª edición, impresa en 1936, y distribuida en 1939.

Se define allí muy escuetamente a "mandanga", como "pachorra".

Sin duda no era ése el significado que Enrique Colomer daba en su carta al vocablo.

(6) Quizá debería indagarse si existe vinculación entre la pachorra del "mandanga", y la flojera del "mandinga" murciano.

(7) J. Corominas y J.A. Pascual, Diccionario Crítico y Etimológico Castellano e Hispánico, Gredos, Madrid, 1997, T. III, p. 799: "Voz semijergal, de origen incierto".

Agrega luego: "... creo se puede asegurar que en todas partes es familiar o más bien casi jergal".

(8) En catalán, "no em vinguis amb mandangues".

(9) Criticón agradecería todo aporte de personas más doctas que le permitan conocer mejor la difusión que tiene el uso de "mandangas" en otras regiones de España o América.

(10) Ver Corominas, obra citada, p. 800.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana