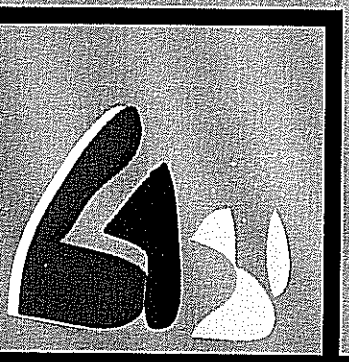
informativa de derecho privado registral

LUNES



4'30

Año 4 - Núm. 89 - 2ª Quincena, Noviembre, 1991

LUNES 4'30

DE LOS REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

EN VALENCIA:
Rodolfo Bada Mañó
Luis Calduch Alvarez
Vicente Carbonell Serrano
Ana María del Castillo González
Vicente Dominguez Calatayud
María J. Gonzalvo Asensi
Belén Martínez Gutierrez
Rosa M. Navarro Díaz
Carlos Olavarrieta Masdeu
Luis Orts Herranz
Carlos J. Orts Calabuig
Federico Sánchez Asíns
Javier Solá Palerm
Juan M. Rey Portolés

EN ALICANTE:
José Márquez Muñoz
Juan Carlos Rubiales Moreno
Francisco Salvador Capdera

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

Depósito legal:
V-1212-1988

sumario

Año 4 - Núm. 89 - 2ª Quincena, noviembre, 1991

CASOS PRACTICOS
De Valencia 5
Un Supercaso... 7

RESOLUCIONES 10

SENTENCIAS 13

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: SU ESTRUCTURA. 16

HIPOTECA CON CLÁUSULA DE "ENDOWMENT" 24

HUMOR ***Corral JR.*** 41

CHICO ***La limosna y la propina*** 42

EL RICO, EL GITANO BEBEDOR Y EL 613.

(Narración verídica (1) y jurídico-folclórica con abundantes y eruditas notas)

Erase en tiempos de Maricastaña (2).
Erase que se era en la tierra de María Santísima.
Yo había llegado hacía unos pocos días a la blanca ciudad -sí, era ciudad- toda llena de historia, de olivos, de salamanquesas y de belleza. Y era, por entonces, cuando se empezó a aplicar el artículo 613 del Reglamento Hipotecario (3), que no en todas las ocasiones permitía obtener la adecuada base exacta, el valor aplicable, en las minutaciones arancelarias.

Una buena mañana, al firmar la nota al pie de un documento, me pareció poco afortunado el resultado obtenido y dije:

- Paco, creo que la base tiene que ser más baja.

-No crea, señor (4). Es un valor correcto y... además, Don Paco -Don Paco era el comprador, claro- tiene mucho dinero (5).

Semanas más tarde, entra en la oficina, "*despacio y garboso*", Frasquito, un gitano legítimo, "*con una vara de mimbre*" en una mano y una flamante escritura en la otra.

-Vengo a "*que me pasen por el Registro*" la compra de mi casa blanca (6) , de mi casita blanca; pues que conste en esos libros es aún más necesario -dijo- que mirar y remirar la dentadura de la caballería que se va a comprar.

Cuando a las pocas horas (7), firmo la escritura de Frasquito, pregunto:

- Supongo que habrá puesto, Paco, un base muy baja. No creo que este gitano nade en la abundancia. No es Don Paco.

- Mas vale -me contestó- que se gaste aquí el dinero, que no que se lo beba por ahí en vino.

Tales rápidas y ocurrentes respuestas me hicieron, además de provocarme la risa, comprender la profunda sabiduría que anida en las viejas gentes meridionales, réplicas afortunadas del "*Séneca*" pemaniano o viceversa. Después, al firmar puse el enigmático y malsonante: "Hns.: Condonados".

No supe ni ya nunca sabré, si aquellas pocas pesetas, Frasquito se las gastó en vino, o en adquirir unos zarcillos a su hembra, o en unos palillos para su hija Martirio (que a sus cinco años ya bailaba "*como los ángeles*") o en comprar en el "*arca de los dulces*" unas golosinas para los churumbeles.

Horas más tarde, en mi paseo nocturno, me pareció que en una de las casitas blancas de El Cerro, el barrio alto donde no vivían los payos, había más luz y más alegría que otras veces y que la luna llena, hasta que se escondió tras los hermosos picachos de Sierra Nevada, me hacia guiños de amistad.

*

¿Qué habrá sido de Frasquito, el gitano "*de dura crin*"?. ¿Aún vivirá o, acaso, ya "*se murió de perfil*"?.

***IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA** (Potes) Madrid, 26-8-91.*

(NOTAS A PIE DE PÁGINA).

(1).- Lo que cuento no es un cuento.

(2).- Año 50 del siglo XX.

(3).- Quien quiera saber antecedentes, nacimiento y defunción de este precepto, puede consultar con provecho las "*Tablas de concordancias*" que -con inteligencia, paciencia y sin ayuda alguna- preparó **CARMEN DE GRADO SANZ** para las "***Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución***". (Tomo III, págs. 707 y ss. , especialmente la 780). No se citan, por sobradamente conocidos, los Tratados y Comentarios de uso frecuente.

(4).- Ya se ha dicho que eran otros tiempos.

(5).- Por entonces, en aquellos pagos no había dinero en abundancia.

(6).- Evidentemente, no se refería a la Casa Blanca norteamericana.

(7).- Para despachar los documentos en el día, no se necesitaban en los alejados años en que sucedió esta historia verdadera, complejos e incomprensibles ordenadores.

<<Madrid, 22 de noviembre de 1991.
Sr. D. Enrique Colomer Sancho.
NULES

Querido Enrique: Te envío este pequeño "divertimento", inspirado en un hecho real, por si estimas conveniente su publicación en "Lunes 4,30". Tienes entera libertad, por mi parte, para hacer con él lo que quieras (romperlo, quemarlo, censurarlo parcialmente e, incluso, publicarlo). Si tomases esta última determinación, sí te agradecería que me enviases contra-reembolso algunos números.

Ya sé que en la actualidad no realizas "funciones ejecutivas" en vuestra gran Revista; pero como "padre de la criatura" me imagino que tendrás toda la influencia que quieras y podrás interceder por mi trabajillo con más benevolencia que los actuales mandamás.

Leo quincenalmente con gran interés "Lunes 4,30", que es francamente buena, amena y original. No me he hecho suscritor por el problema, verdaderamente abrumador, del espacio.

Perdona las molestias que te causo. Un fuerte abrazo, querido Enrique, de tu amigo y compañero jubilado. IGNACIO>> (Martínez de Bedoya).

Valencia, 27 de Noviembre de 1991.

SR. D. IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA.
Madrid.

Querido amigo y compañero jubilado Ignacio:
Tengo la satisfacción de comunicarte que sin necesidad de paternal intercesión alguna, el Consejo de Redacción ha estimado muy conveniente y de alto interés editorial la íntegra publicación de tu "divertimento".

Te enviamos -contra reembolso- diez ejemplares de este número 89 de nuestra pequeña revistilla; contra reembolso, no de pesetas, sino de otros (¿diez?) "divertimentos" que, por obligación natural, nos debes desde hoy.

No exagero si te digo que -hoy como ayer- el mayor placer que me proporciona estar en contacto con la Lunes es el de recibir la colaboración, por vez primera, de alguien, conocido o no, que en un momento determinado, toma la bendita decisión de honrarnos con su presencia; placer que casi invade el ámbito de lo prohibido cuando, además, "el nuevo" es amigo y compañero -como tú- y luce una pluma fina, noble e ingeniosa -como la tuya-

Tu comparecencia nos afirma.

Y nos llena de ilusionada esperanza imaginar que quizás vuelvas a deleitarnos en el futuro; yo profundamente así lo deseo y por eso te invito. Y es tal el gusto con el que hemos leido tu artículo, que nos causa cierto desasosiego pensar que, tal vez, no vuelvas a escribirnos.

En nombre de todos nosotros, revisteros de afición, te envío un fuerte abrazo y nuestro sincero agradecimiento por tus amables elogios -que nos reconfortan- y, sobre todo, por tu precioso divertimento -que vigoriza y da brillo y esplendor a nuestra publicación-.

ENRIQUE COLOMER SANCHO
Director

P.D.: Aprovecho la ocasión para comunicarte que he recuperado mis "*funciones ejecutivas*" pues el Consejo de Redacción ha tenido a bien nombrarme, nuevamente, Director. En el próximo número hablaremos de eso con todos los lectores.

casos prácticos

EL CASO DE COMPRAVENTA TRASTERA O LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA.

Ante Notario de Charleston (USA) comparece el Sr. Brian y su señora madre y llevan a cabo el siguiente negocio jurídico: el Sr. Brian "*vende*" a su madre, que "*compra*" por "*precio*" de seis millones de pesetas un piso en Valencia... Esos seis millones de pesetas son pagados mediante un "*trust vitalicio*", que -aportados unos documentos en inglés por los interesados- se traduce en algo así como esto: el Sr. Brian recibirá, en dólares, una cantidad hasta que llegue a los treinta años , y al llegar a dicha edad -parece- se terminará el trust (¿y por qué se le dice "*vitalicio*"?) ¿Qué hacer?.

Pudiera surgir una o muchas dudas sobre la naturaleza del contrato realizado: ¿renta vitalicia, compraventa? La mayoría optaba por no "*calentarse la cabeza*" y configurar el negocio como las partes lo habían hecho: ellos hablaban de "*vender*" y "*comprar*" y de "*precio*".

Así que lo mejor es inscribir por título de compraventa. ¿Compraventa trastera? dijo uno en broma. Compraventa a secas. (Y, por cierto, que, pensando en la naturaleza del contrato, nadie habló de la forma, de si es o no inscribible directamente el documento ante el Notario de Charleston). (J.S.P.)

Nota del redactor: PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", "Doctrina general del contrato", toca el tema de la "fiducia y el trust", y vale la pena leerlo.

EL CONTADOR PARTIDOR, LA ADOPTADA Y LA MENOR.

Fallece una persona con testamento del año 1984, en el que declara dejar como herederas a su esposa e hija. Otra joven sería adoptada un poco más tarde, en el año 1989; y un año después muere el testador adoptante.

Comparecen ante Notario, para la partición, la viuda y el Contador partidor nombrado en el Testamento; se lleva a cabo la liquidación por gananciales y declara el Contador partidor que la adoptada es "*heredera legal según las leyes actuales*", por lo que corresponderá a cada una de las hijas (la matrimonial y la adoptada) porciones de valor semejante. Se pregunta si existe algún problema respecto de dos puntos:

Primero. La declaración de igualdad de derechos de las dos hijas. Se entiende por la concurrencia que todo es correcto, habida cuenta de la reforma que se produjo en el año 1987 sobre la adopción; de modo que el Contador partidor y la viuda se ajustan precisamente a la Ley vigente y a la luz de esa legislación interpretan el testamento. No cabe hablar, por otra parte, de preterición de la

hija adoptada (a quién el testamento, del año 84, sólo dejaba un legado).

Segundo. La hija matrimonial es menor de edad. El Contador dice haber cumplido con el artículo 1057 del Código civil y, así, ha hecho citación de coherederos, acreedores y legatarios. Pero ¿basta esa expresión? Como la viuda no ha renunciado a sus derechos y es interesada (por los gananciales y como heredera) está claro que tiene intereses contrapuestos con las hijas; habiendo una menor, esa menor debiera estar representada por su defensor judicial. ¿No debería decir, entonces, el Contador partidor que ha citado al defensor de la menor?

La mayoría de los asistentes se inclinaba por la fórmula primera, sin necesidad de concretar tanto; o sea: que basta que se diga que se ha citado a los que dice el Código, sin especificar que se ha citado al defensor. Téngase en cuenta que la jurisprudencia de la Dirección General (bastante antigua ya, por cierto) parece haber iniciado una línea liberal en la interpretación del art. 1057 (dejando a un lado una primera interpretación "*dura*": era preciso probar esa citación; ahora basta que se diga que se ha citado). Además, J.M. GARCÍA GARCÍA en su trabajo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 547, también hizo una crítica al mismo artículo 1057 del Código, indagando el sentido y alcance de la citación y del inventario que en ese artículo se contienen. (J.S.P.)

Nota de la redacción: Ver el Supercaso de hoy, apartado VII. Parace que la "mayoría" valenciana va asimilando -en esta materia- la doctrina de la DG.

INSUFICIENTE DETERMINACIÓN O DESCRIPCIÓN DE FINCA SOBRE LA QUE SE CONSTITUYE UN DERECHO DE SUPERFICIE,

que es objeto a su vez de un arrendamiento financiero, y cuyo derecho de superficie se antepone a la opción de compra inherente a un arrendamiento financiero anterior.

HECHOS: La Sociedad B (arrendataria) que tiene inscrito un arrendamiento financiero con opción de compra sobre una finca de 13.000 metros cuadrados en los que se construyó una nave de 2.500 metros cuadrados, solicita a la Entidad Financiera A (arrendadora) que construya y le ceda en arrendamiento financiero otra nave contigua a la ya existente y de características análogas. Y convienen lo siguiente: La Sociedad financiera arrendadora A confiere a favor de su filial Sociedad arrendadora C, derecho de superficie sobre la finca de 13.000 metros cuadrados y esta filial promoverá la construcción de una nave análoga a la ya existente para su arrendamiento a la Sociedad arrendataria B. La Sociedad arrendataria B consiente que el derecho de superficie se anteponga a la opción de compra que por el primer arrendamiento le corresponde.

Se comenta por el ponente la inconcreción de la parte de finca que es objeto del derecho de superficie; y en cuanto a las operaciones a realizar, si se subsana el anterior defecto, practicar una inscripción del derecho de superficie con anteposición de la opción de compra del arrendamiento anterior, y a continuación, otra inscripción de arrendamiento financiero, o en su lugar una sola inscripción que englobe los tres conceptos.

La mayoría cree que debería empezarse por segregar la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie aunque al final deba ser objeto de agrupación, y suponga un coste fiscal. Lo que resuelve el caso planteado. (E. M.M.)

*

Si, como me temo, las siglas (E. M. M.) corresponden a Eduardo Martínez Mora, le doy la bienvenida a nuestras páginas y le animo a que permanezca en ellas, aunque solo sea para continuar la magnífica colaboración de su gran amigo -y nuestro- Carlos Olavarrieta, que ha emigrado -via concurso- a Galicia y al que pronto le dedicaré unas letras en esta revistilla.

fin

Super caso práctico

MENORES

(Resumen de los 15 casos prácticos sobre la materia publicados en LUNES)

Por *Mª EUGENIA HERRERO OLIVER*

El tema de los menores ha surgido con relativa frecuencia en las tertulias recogidas en Lunes 4,30. En la mayoría de los casos se trataba de delimitar la necesidad o no de la intervención del defensor judicial; problema complejo, abordado en distintas ocasiones por la D.G.R.N., pues no es fácil delimitar cuándo existe o no ese interés opuesto a que se refiere el art. 163 del C.C ó cuándo los derechos del menor pueden verse afectados por una actuación paterna.

I.- Así, en dos ocasiones se planteó el problema en relación **con la elevación a público de un documento privado.** Y en ambos casos se llegó a la misma conclusión: Es necesaria la intervención del defensor judicial para elevar a público un documento privado de venta otorgado por ambos cónyuges (Rev. 9. caso 8) o por uno de ellos con el consentimiento verbal del otro (Rev. 24, caso 6), cuando en dicha escritura de elevación comparece uno solo de ellos, por fallecimiento del otro, actuando por sí y en representación de sus hijos menores de edad y herederos del premuerto. La intervención del defensor judicial se estima necesaria para manifestar la certeza de la venta y resolver el conflicto de intereses entre el progenitor y sus hijos menores, a los cuales puede suponer la venta un perjuicio.

II.- Otro tema planteado fue el de **compra de finca hipotecada,** respecto al cual se adoptó por mayoría la solución afirmativa en el sentido de que pueden los padres comprar, como representantes de sus hijos, una finca gravada con una hipoteca, ya que la autorización judicial queda limitada a los supuestos del art. 166 C.C. que como toda norma limitativa debe interpretarse restrictivamente (Rev. 76, caso 2); frente a quienes alegaban un perjuicio grave del menor y una interpretación de las normas sobre representación paterna respetando el superior principio de protección del menor.

Esa misma opinión mayoritaria fue mantenida por nuestros compañeros de Barcelona (Rev. 32, caso 12), quienes, sin embargo, matizaron que no

sería inscribible la cláusula de subrogación en la deuda personal y no sólo en la responsabilidad real derivada de la hipoteca lo que supone para el menor comprometer su patrimonio personal. Y aunque los padres no necesitan, en principio, autorización judicial para contraer deudas, no se ve justificación alguna para que se haga al menor responsable personal de la deuda, pues el acreedor ya cuenta con la responsabilidad real derivada de la hipoteca.

III.- Se consideró, en cambio, que **el menor emancipado sí puede comprar un piso gravado con una hipoteca subrogándose en la misma y con asunción de la deuda.** Y ello porque el menor emancipado necesita consentimiento de los padres para "*tomar dinero a préstamo*" (art. 323 C.C., norma de interpretación restrictiva) y la compra de finca hipotecada no supone tomar dinero a préstamo. Además, el menor emancipado es perfectamente capaz para comprar (acto principal) y la subrogación de hipoteca deviene como consecuencia de la compra, así como la asunción de deuda no implica mas que aceptar un precio aplazado (Rev. 15, caso 6)

IV.- **Se entendió necesaria la intervención del defensor judicial en una escritura en la que el padre hipoteca una finca de su hija, menor de edad mayor de 16 años, como su representante legal, pero en garantía de un crédito del padre y consintiéndolo la hija**; ya que la situación de dicha menor es muy semejante a la del menor emancipado, el cual necesita el consentimiento de los padres para gravar bienes inmuebles, y existiendo oposición de intereses haría falta el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 C.C.) También en ese caso se consideró aplicable el art. 163, no obstante lo dispuesto en el art. 166 in fine (Rev. 43, caso 2)

V.- No se consideró, sin embargo, necesaria la autorización judicial prevenida en el art. 166 C.C. **cuando los padres otorgan escritura de rectificación de otra anterior en que compraban una finca en representación de sus hijos**, escritura que causó la correspondiente inscripción, y en la que por error se equivocó el objeto de la compra, no siendo la finca que aparece en la inscripción sino otra distinta. Siendo clara la comisión del error, no es necesaria la referida autorización judicial, pues no existe posibilidad de perjuicio para el patrimonio de los menores, e inexistente la causa fundamental para la exigencia de dicha autorización, desaparece también su necesidad (Rev. 48, caso 7)

VI.- Tampoco se considera necesaria ni la intervención ni la aprobación judicial en un supuesto de **disolución de comunidad y constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal realizado por dos hermanos, uno de ellos menor representado por su padre**, dado que dicho menor está legalmente representado, como exige el art. 1060 C.C. al que se remite el art. 406 del mismo Cuerpo legal en materia de comunidad (Rev. 86, caso 2)

Varios de los casos relacionados con menores lo fueron en tema de **partición**.

VII.- Así, **tratándose de una partición efectuada por la viuda y el contador partidor existiendo menores, se considera suficiente la manifestación en la escritura de que han sido citados "los representantes legales" de tales menores, conforme al art. 1057 C.C.**, sin necesidad de especificar a qué representante legal se ha notificado, sobre todo cuando la partición se realiza por el sistema de adjudicar porciones indivisas de todos los bienes. Cuando se adjudican bienes concretos, la opinión se mostró dividida: la mayoría de los reunidos entendió que debía expresarse con claridad que se ha citado al defensor del menor; una minoría, basándose en la jurisprudencia, sostuvo la misma solución que en el caso de adjudicación de porciones indivisas, es decir, no es necesaria la citación de personas determinadas, sino que es suficiente que se diga que se ha citado a los representantes legales (Rev. 11, caso 2/ Rev. 12, caso 13).

VIII.- Problema interesante fue el tratado en el caso 6 de la Rev. 47 en relación con la interpretación del art. 1062 C.C. cuando se trata de un **legado a un menor de finca que se considera indivisible, y que se adjudica, en la partición efectuada por los**

herederos y la viuda, a ésta última, como pago de gananciales.

La mayoría interpretó el art. 1062 aplicable solamente al supuesto de que los interesados sean mayores de edad. Por tanto, siendo el legatario interesado menor, debe intervenir en la partición, a través de sus representantes, para determinar la indivisibilidad o no del bien.

Una minoría entendió, en cambio, que son los herederos y el cónyuge los que liquidan la sociedad de gananciales, operación previa a la partición, y los que, por tanto, determinan la indivisibilidad o no del bien, y la aplicación del art. 1062; y en el caso de que el legatario, en este supuesto menor, se sintiese perjudicado, debería en todo caso ejercitar las acciones oportunas.

IX.- También en la misma línea de la mayoría, se consideró necesario nombrar un defensor judicial en una partición de herencia efectuada por el contador partidor y la viuda, siendo los hijos del matrimonio menores de edad, cuando dicho **contador partidor cumpliendo la voluntad testamentaria pretende atribuir el usufructo universal de los bienes al viudo** y la nuda propiedad, por cuartas partes, a los hijos. La opinión unánime fue que el contador partidor no puede conmutar porque excede de la simple facultad de contar y partir. Es necesario, pues, nombrar un defensor judicial y que éste obtenga la correspondiente autorización (Rev. 79, caso 2)

X.- Existiendo ya la autorización judicial, también puede surgir algún problema. Tal es el planteado en el caso 9 de la Rev. 38 en el que **la madre es autorizada para enajenar una finca de sus hijos menores por un precio determinado por el Juez y siempre que dicho precio obtenido se invierta en una finalidad que la autorización precisa.**

La opinión fue unánime en el sentido de que lo que se inscribe es la enajenación, la cual cumple los requisitos legales, aunque no se justifique la **inversión** del precio, pues ésta, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la enajenación. Si la madre incumple su obligación posterior de invertir, el hijo podrá reclamarlo al llegar a la mayor edad.

XI.-También, existiendo autorización judicial, se planteó (Rev. 75, caso 3) **si puede el padre apoderar a un tercero para que realice la venta autorizada.**

Aunque se consideró que la patria potestad considerada como un derecho-función es indelegable, la opinión fue general en estimar que ello no obsta para que en un caso concreto y ante una imposibilidad física o de cualquier otra índole, el padre pueda otorgar poder concreto a un apoderado para que realice dicho acto.

XII.- Finalmente, se planteó el caso de **venta realizada por el padre en representación de los hijos sin autorización judicial y ratificada por dichos hijos al llegar a la mayoría de edad.**

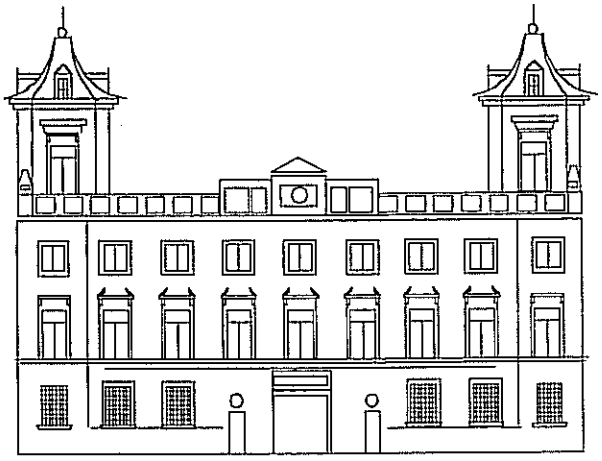
Los asistentes a la reunión se mostraron divididos. Para un sector la falta de autorización judicial supone la nulidad de pleno derecho del contrato de venta realizado. La norma que exige la autorización judicial para la venta de menores es de derecho imperativo y afecta a la esencia del acto, no pudiendo ser ratificado un acto que es nulo de pleno derecho.

Otros entendieron que habiendo sido ratificado por los ya mayores de edad y siendo ellos los perjudicados, podría despacharse perfectamente, conforme a los arts. 1259 y 1309 C.C.

En el caso concreto se llegó a una negativa unánime al existir otros documentos contradictorios por los que los menores, ya mayores, resolvían la venta. (Rev. 15, caso 1).

fin

RESOLUCIONES



Dirección General de los Registros y del Notariado.- Ministerio de Justicia

R 3 OCTUBRE 1991 (BOE 13 Noviembre)

¿HIPOTECA FLOTANTE? ¿HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN FUTURA?

Supuesto de hecho: La hipoteca constituida unilateralmente pretende garantizar el saldo resultante de varias cuentas especiales, abiertas en una serie de Bancos, hasta un máximo determinado. Se señala que las indicadas cuentas tienen como finalidad que los Bancos carguen en ellas todas las obligaciones que ostenten contra determinada Entidad y tengan su causa en operaciones propias del tráfico bancario; asimismo la parte acreditada carece del derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta.

El Registrador suspende la inscripción porque conforme al principio de determinación no puede inscribirse la hipoteca de máximo que de forma general e indeterminada garantice toda clase de obligaciones, sin que tampoco se haya constituido una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito y porque no se pueden mezclar obligaciones presentes con futuras como señaló la DGRN en RR de 4 de Julio y 23 de Diciembre de 1987.

El recurrente alegó que la escritura concreta en sus líneas fundamentales las obligaciones garantizadas por la hipoteca de máximo y que estamos ante un contrato de cuenta corriente de crédito.

El Registrador informó que las obligaciones futuras no pueden mezclarse con las presentes, so pena de aparecer la hipoteca flotante denunciada por la R. de 23 de Diciembre de 1987 y que la escritura configura una mera cuenta corriente contable y no un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, y que por otra parte, aún suponiendo que la incorporación en la cuenta lleve consigo la novación de las obligaciones, queda al arbitrio del Banco la incorporación o no de las mismas, lo que supone la hipoteca flotante; además, hay un pacto de indisponibilidad de la cuenta cuando es de esencia en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito el convenio de puesta a disposición de suma determinada y en tiempo determinado, y la determinación de las partidas correspondientes.

El Notario autorizante insiste que la escritura configura una apertura de crédito en cuenta corriente.

La DGRN confirma la nota y el auto presidencial, y declara que:

- La hipoteca ,por naturaleza, es un derecho real accesorio en garantía de una obligación determinada de existencia presente o futura, pero no por ello queda comprometida su finalidad de garantía de un crédito específico; por lo que es preciso identificar la relación jurídica de que derivará la obligación asegurada.

- Como declaró la R. 23 Diciembre 1987 la simple reunión contable carece de virtualidad para provocar una obligación sustantiva por el saldo resultante cuando la misma no es instrumento de una relación subyacente ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente.

-No puede decirse que la cuenta instrumente un contrato de apertura de crédito de cuyo importe puede disponer libremente el beneficiario y cuyo saldo sea por sí mismo exigible.

-Es aplicable a este recurso los Fundamentos de la R. de 26 de Noviembre de 1990. (R.N.D.)

R 4 OCTUBRE 1991 (B.O.E. del 13

MERCANTIL. SA.- QUORUM DE LA JG UNIVERSAL. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

Supuesto de hecho: En la adaptación de unos estatutos a la nueva legislación se establecen las siguientes cláusulas que resumimos:

1º. Para el cómputo del quorum de la Junta General Universal se estimará como presente el capital desembolsado representado en virtud de poder especial y escrito en el que se consigne precisa y concretamente los asuntos sometidos a debate en la sesión y sobre los que pueda adoptar decisión. Se entenderá adoptado el acuerdo cuando vote a favor la mayoría del capital presente o representado, salvo que el acuerdo lleve consigo la modificación de estatutos y la Junta se haya constituido con accionistas presentes o representados que representen menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto, en cuyo caso solo se entenderá adoptado el acuerdo con el voto favorable de dos tercios del capital presente o representado.

2º. La retribución de los administradores consistirá en: a) La cantidad que la Junta acuerde por su asistencia a las reuniones de la misma. b) La remuneración que convengan por la prestación de trabajos a la sociedad. c) Además, la Junta podrá acordar, con efecto para el ejercicio siguiente una participación en los beneficios líquidos, una vez cubiertas las atenciones de la reserva legal y la estatutaria y de haberse acordado la distribución de un dividendo de al menos un 4% del capital desembolsado para los accionistas; dicha participación no podrá exceder de un 10% de los beneficios líquidos.

El Registrador Mercantil inscribió parcialmente la escritura no haciendo constar:

1º. La frase "*capital desembolsado*" en relación con la Junta Universal por inducir a error si las mayorías para la adopción de acuerdo en esta Junta son diferentes de las de las Juntas no universales.

2º. La retribución establecida para los administradores por no quedar concretado si hay o no retribución y no cumplirse respecto a la participación en las ganancias con el artículo 130 de la LSA.

Interpuestos los correspondientes recursos de REforma y alzada por el Notario autorizante, la Dirección General desestima este último señalando:

1ª. La irrelevancia de la utilización de la expresión "*capital desembolsado*" en relación con las Juntas universales que debe predicarse igualmente cuando se pone en relación con las mayorías fijadas para la adopción de acuerdos.

2ª. No solamente quedan a discreción de la Junta la aplicación cumulativa de varios criterios de retribución sino que ésta resulta totalmente indeterminada. (R.B.M.)

R 18 OCTUBRE 1991 (B.O.E. 22 Noviembre)

SERVIDUMBRES: El principio de especialidad exige para su inscripción la concreción de su extensión, límites y demás características configuradoras

Supuesto: En la escritura calificada se documentó la extinción del condominio sobre determinada finca mediante formación de parcelas independientes entre las que se establecen varias servidumbres (de toma de agua y paso de energía eléctrica, de conducción de energía eléctrica y aguas, de paso, y de paso de agua para riego) al objeto de facilitar a aquéllas el aprovechamiento de determinadas instalaciones existentes en el fundo indiviso.

El Registrador inscribió las segregaciones y la extinción del condominio y no practicó operación alguna en relación a las servidumbres constituidas por falta de la necesaria concreción.

El recurrente entiende que debe procederse a la inscripción de las servidumbres constituidas, como derechos reales que son, condicionados, eso sí, en su ejercicio, a la efectiva realización de las instalaciones que le sirven de soporte, porque de otro modo se rompe la unidad del negocio jurídico único contenido en la escritura.

La DGRN confirma la nota y el auto presidencial y señala que:

- Es innegable la unidad del negocio documentado que debió impedir su acceso registral parcial.
- Indeterminados aspectos tan importantes como la anchura de los pasos, en unos casos, y en otros, su ubicación concreta o la de las conducciones, nos hallamos ante convenios constitutivos de derechos reales de servidumbre, de carácter genérico, que precisan un ulterior desenvolvimiento que perfile su extensión, límites y demás características configuradoras, para lograr su inscripción y ello en aras de la precisión que debe presidir el contenido de los pronunciamientos registrales. (R.N.D.)

NUEVAS SUSCRIPCIONES

De ellas se encarga *ROSA NAVARRO DÍAZ*, Registradora de Valencia, 11.
Calle Pintor Peyró, 12. 46010-VALENCIA. Teléfono: (96) 3629591
Podeis llamarle o escribirle.

SENTENCIAS

S 26 MARZO 1991

IMPUESTO GENERAL SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES.- No habrá lugar al expediente de comprobación de valores,cuando los fijados en la escritura sean superiores o iguales a los valores catastrales fijados a efectos del Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio. En particular el caso de VPO.

Hechos: 1.- Mediante escrituras públicas se celebran distintos contratos de compraventa haciendo constar como valor de los transmitidos el valor catastral de los bienes.

2.- Se presentan las escrituras en la Oficina liquidadora con las correspondientes liquidaciones, en la que se toma como base imponible el valor declarado.

La Oficina liquidadora inició expediente de comprobación de valores practicado por un Arquitecto de la Administración que elevó los valores declarados, sin expresar los fundamentos.

3.- Se interpone recurso de reposición y posteriormente reclamación económica administrativa las cuales fueron estimadas.

4.- La Junta de Andalucía interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de TEAP, que fue desestimado.

Fundamentos de Derecho: Que una de las fincas transmitidas, es una vivienda acogida a la legislación especial de Viviendas de Protección Oficial, pese a lo cual, el valor declarado en la escritura, coincide e incluso es superior al fijado oficialmente para estas clases de viviendas, ha sido comprobado, fijándose en la comprobación otro muy superior. Con ello se está desconociendo la reiterada doctrina de esta Sala, respecto de la transmisión inter vivos o mortis causa, de Viviendas de Protección Oficial, contenida en SS. 26 de marzo, 26 abril del 85, 24 de febrero de 1986, 19 de junio de 1989 y 19 de marzo de 1990, en todas las cuales se predica la innecesariedad de comprobación de valores de estas Viviendas -cuando el valor declarado coincida con el oficialmente fijado para su venta- ya que estando afectadas estas viviendas de unas limitaciones respecto de su venta, arrendamiento y uso, que influyen en su precio real, para alterar el precio máximo de venta sería necesario eliminar estas limitaciones, las cuales mientras subsistan influyen tanto en el precio del mercado como en el valor intrínseco del bien, por lo que tales Viviendas entran en el mercado inmobiliario en condiciones de inferioridad respecto de las de renta libre, por lo que quien adquiere una Vivienda de estas características adquiere siempre un bien de menor valor que el que tendría de no habérsele atribuido esta naturaleza, lo que debe traducirse en que dicha minoración tenga su reflejo en un menor valor a efectos tributarios.

En distintas salas territoriales de esta jurisdicción y en Resoluciones del TEAC, se precisa que en "los expedientes de comprobación" las valoraciones practicadas, han de ser razonadas, con expresión de los criterios tenidos en cuenta y de cuantas circunstancias concurran, como pueden ser el estado del inmueble, antigüedad, circunstancias urbanísticas y otras que pueden tener influencia actual o futura, en el valor de una finca, teniendo en cuenta, además, que en la actualidad el valor catastral incide o puede incidir en 8 Impuestos al menos, lo que exige que el ciudadano que tiene que abonarlos, además de participar en el pago al Funcionario que practica la valoración, sepa cuales son los datos de hecho mediante los que un bien de su propiedad tiene un valor determinado y pueda aceptarlo o contradecirlo, y lo que además es

obligado conocer, porque las valoraciones de los Peritos son susceptibles de impugnación y debe hacerse conocer al órgano judicial encargado de fiscalizar la valoración.

Pues bien, en el expediente de la reclamación económico administrativa antes citado y en los otros tres que llevan los números 11,113 y 483/1986 aparecen los pretendidos "informes" que consisten en que en un impreso oficial se describe la finca en escritura a máquina, mediante calco o copia, al igual que se expresa el valor declarado, el valor apreciado, se fecha, se estampa un sello oficial y se firma por el "Funcionario encargado del servicio".

Pretender mantener esta actuación elevándola a la categoría de "valoración" o "informe" equivale no ya a privar a esta Sala de todo elemento en el que basar su aceptación o rechazo, sino también al ciudadano de todo medio e defensa, y degradar una función a mínimos impropios de un Estado de Derecho, en el que si es una obligación del ciudadano pagar los Impuesto, es obligación de quien los exige dar a conocer por qué los cobra o los exige en una cuantía determinada, lo que indudablemente resulta de la fijación de unas bases tributarias.

En todo caso, la comprobación pretendida es improcedente. No sólo la S. 10 de marzo de 1986 de esta Sala establece la doctrina que seguidamente se dirá; es que a ella han de unirse todas las dictadas en recurso en los que esta cuestión se planteó, comó son las de 24 de mayo de 1988, 30 de enero y 10 de febrero y 17 de abril 1989 y 20 de enero de 1990. En todas estas sentencias y en otras más cuya cita es inoperante, se establece que la comprobación de valores a efectos del IGTP, es improcedente cuando el valor declarado en la escritura coincida con el fijado a efectos del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio. Este es el caso del presente recurso, en el que todos los valores declarados en la escritura de venta eran superiores a los valores catastrales, que eran los fijados a efectos del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, por lo que es evidente la improcedencia de mantener lo contrario, como pretende la Corporación apelante, cuyo recurso de apelación ha de ser desestimado. (*Mercedes Ríos*)

S 29 DE ABRIL 1991

Concurrencia y prelación de créditos salariales. Preferencia sobre una anotación de embargo.

Hechos: 1) Los actores, hoy recurridos, presentaron demanda para que se declarase su mejor derecho al cobro de sus créditos salariales, con preferencia al acreedor ejecutante Banco X y respecto a la cantidades que pudieran obtenerse por la subasta de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad cuyo titular dominical era la empresa deudora de dichos créditos salariales, obteniéndose dos sentencias favorables a las mismas.

2) El Banco H en autos de juicio ejecutivo, había practicado traba sobre los mismos inmuebles y obtenido la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad.

3) Por lo tanto el conflicto procesal surge respecto a la preferencia de los créditos en contienda.

Fundamentos de Derecho: El banco recurrió entendiendo que la prioridad crediticia laboral había quebrado o se había extinguido por haberse producido su prescripción conforme al art. 32-6 del E.T.

"*El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de 1 año a contar desde el momento en que debió percibir el salario transcurrido el cual prescribirán tales derechos*".

De tal manera que la preferencia respecto a los acreedores del empresario deudor, es decir, respecto a terceros, habría prescrito.

Respecto a este motivo el TS entiende que en el caso planteado la reclamación de los créditos laborales de referencia se efectuó antes del año de su extinción, casi inmediatamente de haberse producido la deuda. Y dentro de dicho plazo se dictó sentencia estimatoria de los mismos por lo que quedó confirmada la existencia material y efectiva de dichos créditos salariales.

Además, entendiendo con el TS la preferencia como el derecho que ostenta e integra la propia naturaleza de ciertos créditos perfectamente determinados, para ser satisfechos antes que otros concurrentes con cargo a los bienes del deudor obligado, o con el numerario que se obtenga con la venta de los mismos.

Y teniendo en cuenta que el art. 32.6 del E.T. se refiere a créditos no absolutamente protegidos, como los que enumera los puntos 1 y 2 del art. 32 del E.T.

Hay que decir que la deuda salarial fue contraída por la empresa deudora con ANTERIORIDAD A LA ANOTACION DE EMBARGO practicada a instancia del Banco "H" por lo que dichos créditos. aunque no figuren inscritos, tienen una indudable naturaleza preferencial. Toda vez que la Anotación de Embargo, solamente otorga rango preferente sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, según reiterada doctrina.

El Banco recurrente alegó como motivo la infracción en el caso que nos ocupa de los art. 32. 3 del Estatuto de Trabajadores en relación con los arts. 42.2 y 44 de la Ley Hipotecaria y 1923.4 del Cc.

El art. 32.3 dispone que la preferencia privilegiada de los créditos salariales no protegidos por los números 1 y 2 del art. 32 del E.T. cede ante los créditos en derecho real pero solo en aquellos supuestos en que con arreglo a la LEY HIPOTECARIA -art. 44 y 42.2 en relación con el art. 1923.4- sean preferentes. Y hay que tener en cuenta que dicha preferencia no procede lógica y legalmente, con relación a los créditos anteriores a la anotación, lo que sucede en el caso que nos ocupa puesto que los créditos salariales correspondieron al período del 1 al 30 de Noviembre de 1984 y la

anotación fue de fecha 26 de Diciembre de 1984.

Estos créditos, por tanto, no surgen de la sentencia firme que los reconoce, lógicamente posterior, sino del período de trabajo correspondiente.

Por todo no ha lugar al recurso de casación. (*Mercedes Ríos*).

S 25 JULIO 1991

Modificación del Título Constitutivo de la Propiedad Horizontal en virtud de una escritura llamada de "Subsanación".

Personalidad de los copropietarios en virtud de contrato privado, antes del otorgamiento de escritura de venta y antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El objeto del proceso se centra en la declaración de nulidad de una escritura llamada de subsanación otorgada por Don X en representación de construcciones LP. SA La nulidad deriva de la atribución "exclusiva" que en ella se hace de unos terrenos sobrantes en una edificación, declarando por consiguiente, que el uso y disfrute de dichos terrenos corresponda a todos los copropietarios del conjunto urbanístico.

Dicha petición es consecuencia más que de la escritura de subsanación de otra anterior escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal. La demanda fue estimada y ahora es recurrida en casación, por la entidad constructora por los siguientes motivos:

1) Se basa en las pretendidas infracciones de los arts. 16-1, 5, 8 y el art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal; la esencia del razonamiento está en la referencia a los derechos y limitaciones de los copropietarios en relación con el título constitutivo de la comunidad pues su vinculación con la constructora costaba en documento privado y todavía no se había pagado la totalidad del precio, ni se había otorgado a su favor escritura de venta, de donde infiere que no había nacido el derecho de propiedad horizontal, y que como además se había facultado al promotor para redactar el Reglamento de la Comunidad, éste podía modificar el redactado antes del otorgamiento de la escritura de venta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza este fundamento, pues como es notorio en el ámbito jurídico de nuestro derecho, la formulación del negocio jurídico por medio de escritura pública no constituye un requisito ad solemnitanten para su validez según la interpretación del art. 1280 Cc, de manera que tan efectivo y vinculante resulta entre las partes un negocio consignado en documento privado como en escritura pública.

Por lo que la entidad no podía después de otorgar el título constitutivo en escritura pública modificarlo lícitamente sin sujetarse a las reglas de la comunidad exigidas en el art. 16 de L.P.H.

Ya que la autorización que en su momento otorgaron los copropietarios para redactar el titulo constitutivo se agotó cuando tuvo lugar éste, la "subsanación" que realmente fue hecha con posterioridad es nula, sin que resulte lo más exacto remitir el momento de adquisición del carácter de condómino o copropietario de la comunidad de los adquirentes en virtud de contratos privados hasta que se otorguen las correspondientes escrituras públicas y se practiquen las inscripciones registrales, previo pago total de las compraventas, ya que estos requisitos no son esenciales en nuestro Derecho, siendo el contrato igualmente válido y eficaz en documento privado reconocido, según el art. 1225 del Cc.

El segundo motivo tiene como fundamento el art. 1301 del Cc por la caducidad de la acción impugnatoria ejercitada por los actores al haber transcurrido cuatro años desde el otorgamiento de la escritura litigiosa.

Hay que tener en cuenta que la "ambigüedad" terminológica del Cc al referirse a la "acción de nulidad" ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad absoluta o radical, de los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad. La actuación del representante de la Entidad constructora al otorgar la escritura de subsanación supone en realidad una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, sin autorización de los copropietarios, lo que sin duda encaja por contravención de la ley en un supuesto de nulidad radical no sujeta a un plazo de caducidad. Se trata de un acto nulo por haberse realizado unilateralmente en fraude de los derechos de terceros.

En el último motivo se denuncia la errónea interpretación de la cláusula 10 del contrato en la que la promotora se reservaba, al margen de los elementos comunes anejos necesarios e indispensables, el uso de los restantes que aún siendo comunes no fueran indispensables a la vivienda. Pero como dice el TS lo cierto es que por este motivo se intenta desplazar el verdadero sentido de la litis que descansa en el abuso de la facultad concedida al promotor por la cláusula 8 del contrato, que lleva consigo la modificación posterior del Título constitutivo -para lo que no estaba autorizado- comportando el haberlo hecho la vulneración o infracción de las normas prohibitivas de los art.5 párrafo último y 11 de la LPH. Puesto que la modificación del Título constitutivo, la innovación de las instalaciones y la atribución a uno solo de los condóminos excluyendo a los restantes requiere el consentimiento de todos los copropietarios para que pueda ser concedida, como se desprende también de las SS 16 Marzo 81, 30 Octubre 84, 3 Febrero 87.

Por todo ello procede la desestimación del recurso. (*Mercedes Ríos*).

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN (I) SU ESTRUCTURA.

Por
Carlos-Javier ORTS CALABUIG
Registrador Mercantil de Valencia.

Dirá el articulista:

"De tal manera que si, como permitía la legislación anterior, los estatutos de una sociedad inscrita contemplaban una posible alternatividad en la estructura del órgano de administración, como era muy frecuente, esa versatilidad de la composición del órgano de administración debe entenderse derogada y tan sólo en vigor la posibilidad de una estructura equivalente a la que en ese momento encabece a la sociedad."

"Pensemos en que los estatutos inscritos contemplan una estructura unívoca del órgano de administración, sin alternatividad posible, pero la misma no es admisible conforme a la legislación vigente: así cuatro administradores mancomunados actuando dos cualesquiera de ellos o un Consejo de Administración de dos miembros, admitido por la polémica Resolución de 9 de mayo de 1978. Tales estructuras son inviables en el marco de la legislación vigente al establecer el art. 124 del R.R.M. un "numerus clausus" de las mismas."

"...que el órgano de administración inscrito en el Registro se compusiera, de acuerdo con los estatutos, de tres administradores mancomunados, posibilidad vedada hoy por entender el legislador que ello equivale a un

Consejo de administración;... Cabría pues, admitir como solución, que se ha producido una conversión "ope legis" del órgano de administración de tres administradores mancomunados en un Consejo de administración de tres miembros... Entiendo que una conversión de este tipo sin estar expresamente contemplada por la ley sería un salto en el vacío demasiado arriesgado" ...
"A este último supuesto podría asimilarse aquél en que el órgano ejecutivo estuviera compuesto de tres administradores mancomunados, actuando dos cualesquiera de ellos, de acuerdo con una configuración unívoca de sus estatutos."

..."estando inscrito un órgano de administración compuesto por dos administradores solidarios y permitiendo sus normas estatutarias varias estructuras del órgano de administración, como por ejemplo, varios administradores solidarios y un administrador único, se presenta en el Registro la dimisión de uno de los administradores solidarios, o bien, su fallecimiento, con lo que la sociedad deviene regida por un administrador único (estructura permitida por los estatutos); entiendo que en tal caso se debe practicar la inscripción de la dimisión o fallecimiento"...

"Cabe, por último, plantearse como una variante del supuesto anterior si la solución adoptada sería la misma si la vacante en el órgano de administración se produjera por voluntad de la sociedad; es decir, por cese acordado por la Junta general. La contestación debe ser negativa."

... "si es posible configurar el órgano de administración de esta forma: "*el órgano de administración estará compuesto por dos administradores solidarios. Tan sólo para los casos de fallecimiento o dimisión de alguno de ellos, su estructura será la de un administrador único*". Es claro que esta configuración del órgano administrador no puede calificarse de alternativa pura, tajantemente prohibida por el art. 124 del R.R.M. en desarrollo del 9 H) del T.R.L.S.A., o, al menos, no puede tacharse de optativa"...

... "cabría plantearse otro supuesto que sería el de esta cláusula: "*La sociedad estará regida por un Consejo de administración compuesto de tres miembros. Tan sólo para los casos de fallecimiento o dimisión de alguno de ellos, el órgano de administración será de dos administradores mancomunados hasta que se reúna la primera Junta general*"...me inclino por admitir este tipo de cláusulas "...

En torno a la estructura del órgano de Administración se plantean numerosos problemas que vamos a estudiar desde una perspectiva estrictamente práctica. Para una mejor comprensión del tema vamos a distinguir diversos aspectos:

A) PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO:

Para ello deberemos tener en cuenta, como clave de las soluciones que proponemos, la Disposición Transitoria 2ª del TRLSA, así como las Resoluciones de la DGRN de 27 y 28 de febrero de 1991. En efecto, señala la citada Disposición que... "*las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor*"..., es decir, que esta disposición se refiere tanto a los estatutos que ya constan inscritos como a los que sólo tienen reflejo en la escritura de constitución y se presentan en el Registro Mercantil con posterioridad al 1 de Enero de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley que fue el caso contemplado por la Res. de la D.G.R.N. de 27 de Febrero de 1991: en ésta y en la citada de 28 de Febrero se señala por la Dirección General que: "*Si se tiene en cuenta la naturaleza de los estatutos en tanto como norma definidora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, el vigor de los requisitos prevenidos para su modificación, y la exigencia de claridad y precisión en sus determinaciones conformadoras de la entidad ha de concluirse en la necesidad de que en ellos se determine de modo inequívoco la modalidad que efectivamente adopta el órgano de administración*"... "*En este sentido se pronuncia el nuevo art. 9 h) del T.R.L.S.A. al exigir la consignación en los estatutos de la estructura del órgano gestor y lo confirma igualmente el art. 124 del R.R.M. al precisar que dicha estructura se hará constar determinando a cuál de las hipótesis que el precepto enumera se confía la administración social*".

De tal manera que si, como permitía la legislación anterior, los estatutos de una sociedad inscrita contemplaban una posible alternatividad en la estructura del órgano de administración, como era muy frecuente, esa versatilidad de la composición del órgano de administración debe entenderse derogada y tan sólo en vigor la posibilidad de una estructura equivalente a la que en ese momento encabece a la sociedad. Así pues, si unos estatutos inscritos (pendientes de adaptación, desde luego) albergaban la posibilidad de un administrador único, varios solidarios, hasta un máximo de tres y de un Consejo de Administración y, por su parte, figura inscrito, como órgano de administración, dos administradores solidarios, no será inscribible aquella escritura o certificación por la que se cesen a los administradores solidarios y se nombre un administrador único o un Consejo de Administración pues tales estructuras del órgano de administración deben entenderse por no puestas, por el juego de las disposiciones antes mencionadas, interpretadas en la forma que lo hacen las Resoluciones indicadas. Sin embargo, sí sería admisible el nombramiento de otro administrador solidario ya que no se varía la estructura del órgano de administración como se desprende claramente del art. 124 del R.R.M.

Los problemas que plantea el período transitorio no se agotan con lo expuesto, ni mucho menos. Pensemos en que los estatutos inscritos contemplan una estructura unívoca del órgano de administración, sin alternatividad posible, pero la misma no es admisible conforme a la legislación vigente: así cuatro administradores mancomunados actuando dos cualesquiera de ellos o un Consejo de Administración de dos miembros, admitido por la polémica Resolución de 9 de mayo de 1978. Tales estructuras son inviables en el marco de la legislación vigente al establecer el art. 124 del R.R.M. un "numerus clausus" de las mismas.

Aunque la postura que propongo, podría estimarse como rigurosa, entiendo que no cabe otra posible si se quiere ser mínimamente coherente con la mantenida con anterioridad y con las disposiciones en que nos basamos. En efecto, debo sostener la nulidad de las normas estatutarias que conformen esos órganos de administración, produciéndose en consecuencia y de hecho, un cierre registral hasta que se proceda a modificar las reglas estatutarias que configuran la estructura del órgano de administración adecuándola a alguna de las previstas en el art. 124 citado.

De esta guisa se configura como cardinal, por las drásticas consecuencias que produce, el principio que podríamos denominar de la tipicidad de la estructura del órgano de administración que se complementa con el de la uniformidad o univocidad del mismo, sin alternatividad posible. En efecto, ello se comprueba si comparamos este inflexible régimen transitorio con el que se establece, por ejemplo, con el del capital social mínimo.

Todavía podríamos plantearnos un supuesto más, cual sería que el órgano de administración inscrito en el Registro se compusiera, de acuerdo con los estatutos, de tres administradores mancomunados, posibilidad vedada hoy por entender el legislador que ello equivale a un Consejo de administración; así, en efecto, se deduce del art. 124 del R.R.M. que tan sólo prevé una posibilidad de administración mancomunada, cual es la que se compone únicamente de dos miembros y establece un mínimo de tres componentes para el Consejo de Administración. Cabría pues, admitir como solución, que se ha producido una conversión "ope legis" del órgano de administración de tres administradores mancomunados en un Consejo de administración de tres miembros y, en consecuencia, procedería la inscripción de aquella escritura de aumento de capital o simplemente de poder en que lógicamente comparecerán los tres administradores sin modificar lo relativo a la estructura del órgano ejecutivo de la sociedad. Entiendo que una conversión de este tipo sin estar expresamente contemplada por la ley sería un salto en el vacío demasiado arriesgado porque en definitiva carece de base suficiente, aunque haya de admitirse la bondad de la solución a que conduce.

A este último supuesto podría asimilarse aquél en que el órgano ejecutivo estuviera compuesto de tres administradores mancomunados, actuando dos cualesquiera de ellos, de acuerdo con una configuración unívoca de sus estatutos. Este supuesto quizá esté

todavía más próximo que el anterior a la configuración del Consejo de administración, ya que éste, como órgano colegiado, requiere también para su funcionamiento el voto de la mayoría (en nuestro caso, dos de los tres miembros) de la misma manera que en el supuesto de la mancomunidad (dos cualesquiera de los tres), pero ni siquiera en esta situación entiendo que sería admisible la pirueta de la conversión de una estructura en otra sin que se produzca realmente la modificación estatutaria correspondiente.

Como última cuestión a tratar dentro de este apartado dedicado a los problemas del derecho transitorio en torno a la estructura del órgano de administración quiero abordar los que plantean las que podríamos llamar "*desviaciones sobrevenidas de la estructura administradora de la sociedad*". Me explico: estando inscrito un órgano de administración compuesto por dos administradores solidarios y permitiendo sus normas estatutarias varias estructuras del órgano de administración, como por ejemplo, varios administradores solidarios y un administrador único, se presenta en el Registro la dimisión de uno de los administradores solidarios, o bien, su fallecimiento, con lo que la sociedad deviene regida por un administrador único (estructura permitida por los estatutos); entiendo que en tal caso se debe practicar la inscripción de la dimisión o fallecimiento, pero sin perder de vista que ello es así, no por permitirlo los estatutos -que como se ha señalado anteriormente debemos entender derogados en lo que se refiere a la posible alternatividad, y por tanto, en nuestro ejemplo, la estructura del administrador único- sino por haber sobrevenido la alteración de la estructura administradora por causas ajenas a la voluntad de la propia sociedad: dimisión y fallecimiento de un administrador.

Si con posterioridad la sociedad procede a una ampliación de capital o realiza cualquier actuación que exija la reunión en Junta general y pretende su reflejo en el Registro, éste debe ser vedado hasta que previamente y con oportunidad de al menos esa Junta general, se modifique el precepto estatutario correspondiente para ajustarlo a la nueva estructura de administrador único a la que ha devenido la sociedad, o bien, se nombre otro administrador por lo que las cosas volverían a su estado primitivo.

Cabe, por último, plantearse como una variante del supuesto anterior si la solución adoptada sería la misma si la vacante en el órgano de administración se produjera por voluntad de la sociedad; es decir, por cese acordado por la Junta general. La contestación debe ser negativa. En esa misma Junta y como consecuencia del cese acordado, debe modificarse la norma estatutaria o nombrarse otro administrador.

B) POSIBLE SUBSIDIARIEDAD EN LA ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN:

Dentro de este epígrafe voy a tratar de una cuestión que, de alguna manera, se encuentra ligada con la que acabamos de exponer relativa a los fallecimientos y dimisiones de los administradores. En concreto, si es posible configurar el órgano de

administración de esta forma: "el órgano de administración estará compuesto por dos administradores solidarios. Tan sólo para los casos de fallecimiento o dimisión de alguno de ellos, su estructura será la de un administrador único.

Es claro que esta configuración del órgano administrador no puede calificarse de alternativa pura, tajantemente prohibida por el art. 124 del R.R.M. en desarrollo del 9 H) del T.R.L.S.A., o, al menos, no puede tacharse de optativa, adjetivo este que entiendo implica un elemento volitivo por parte de la sociedad que en este caso no existe, pues tan sólo entraría en juego la segunda estructura del órgano administrador (la del administrador único) por fallecimiento o dimisión de cualquiera de los administradores solidarios, circunstancias ajenas a la voluntad social.

En definitiva, la norma estatutaria que analizamos lo único que hace es prever unos acontecimientos perfectamente posibles y, hasta frecuentes, lo cual es digno de ser elogiado, pues supone una mayor claridad y especificación de las futuras vicisitudes por las que atraviesa el órgano dirigente de la sociedad. No obstante, debemos precisar el alcance de esta cláusula que no puede ser otro que el que hemos expuesto para aquellas otras que guardan silencio sobre los eventos del fallecimiento o dimisión de los administradores, en concreto, proceder a la inscripción de los mismos, pero rechazar la de cualquier acto posterior que implique una Junta general, pues en ella se habrá de nombrar un nuevo administrador o modificar el precepto estatutario, sin que quepa interpretar la previsión estatutaria como una configuración definitiva del órgano de administración, ni, desde luego, tendente a perdurar, sino tan solo para la situación provisional e interina provocada por aquellos hechos a que venimos haciendo referencia y que tan solo debe persistir hasta la primera Junta general. Así pues, y en base a lo expuesto, entiendo admisible aquella cláusula estatutaria que fuera del siguiente tenor "*el órgano de administración estará compuesto de dos administradores solidarios. Tan sólo para los casos de fallecimiento o dimisión de alguno de ellos, su estructura será la de un administrador único que persistirá hasta que se reúna la primera Junta general*". No debe esta situación interina prolongarse más allá en el tiempo, por analogía con lo dispuesto para el nombramiento por cooptación, en sede del Consejo de administración, en el art. 128 del T.R.L.S.A. y aún con el art. 145 del R.R.M.

Siguiendo por este mismo camino, cabría plantearse otro supuesto que sería el de esta cláusula: "*La sociedad estará regida por un Consejo de administración compuesto de tres miembros. Tan sólo para los casos de fallecimiento o dimisión de alguno de ellos, el órgano de administración será de dos administradores mancomunados hasta que se reúna la primera Junta general*". En favor de la admisibilidad de esta cláusula cabe invocar los mismos argumentos que en la hipótesis anterior, por también es necesario hacer importantes objeciones:

1) El modo de funcionamiento de un consejo -órgano colegiado- es sustancialmente distinto del de dos administradores mancomunados; no lo era tanto, sin embargo, el que

mediaba entre dos administradores solidarios y un administrador único. De adverso y para esta hipótesis podría replicarse que, en el Consejo de tres miembros la adopción de acuerdos exige el voto favorable de dos miembros y la válida constitución del mismo la concurrencia de los dos mismos miembros de igual manera que en el caso de la mancomunidad deberán concurrir y mostrar su conformidad los dos administradores.

2) Que la dimisión de uno de los miembros del Consejo podría, de alguna manera, ser concertada con los otros dos miembros con intenciones, acaso, oscuras o incluso ilícitas con lo que una estructura subsidiaria de otra, pasaría a ser alternativa -aunque de una manera provisional e interina- por la sola voluntad del órgano de administración, siendo este argumento aplicable a la hipótesis precedente. De adverso se podría esgrimir que el fraude no debe presumirse en ningún caso.

3) Que para el caso de fallecimiento o renuncia de algún consejero existe una previsión legal, cual es el nombramiento por cooptación, que minimiza el problema que pretendían resolver los estatutos.

Sin embargo, y a pesar de estas objeciones me inclino por admitir este tipo de cláusulas en base:

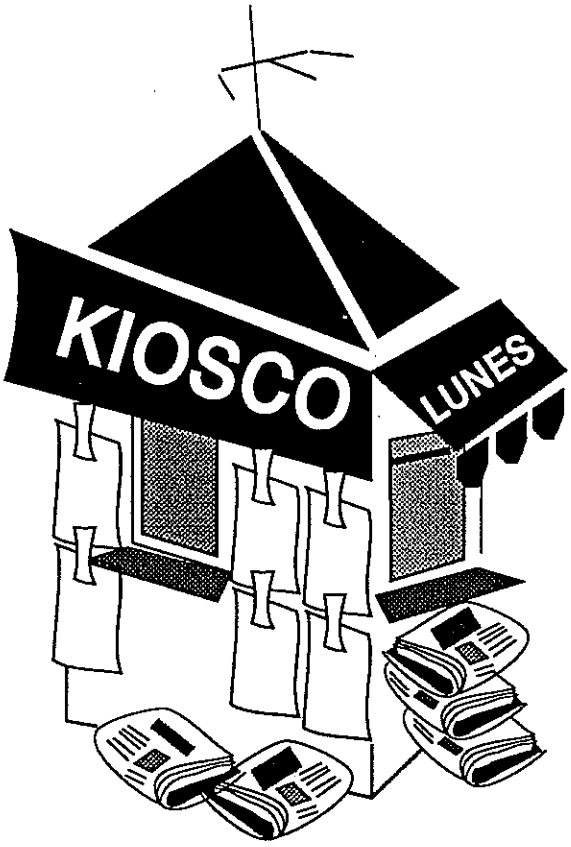
1.- Al principio de autonomía de la voluntad.

2.- Por establecer estructuras de administración que ocurren por eventos ajenos a la voluntad social, clarificando y haciendo expresas soluciones no prohibidas por nuestra legislación.

3.- Por perfilar estructuras de administración, tan solo subsidiarias de la única que gobierna la sociedad, y que, en ningún caso, deben interpretarse como alternativas.

4.- Por sancionar ellas mismas la interinidad y provisionalidad de la posible vigencia de aquellas estructuras subsidiarias.

Carlos-Javier ORTS CALABUIG
Registrador Mercantil de Valencia.



Esta quincena colgamos en nuestro KIOSCO, el BOLETÍN del CEH de Cataluña, núm. 30, de noviembre de 1991, del que hemos transcrito los dos artículos que más abajo os anunciamos. Mas por razones de espacio (es decir, de presupuesto), no los sacaremos a la venta hasta la próxima quincena. Son sus títulos y autores:

MEDITACIONES EN VOZ ALTA SOBRE LAS OPOSICIONES

Por

José Luis Jiménez Fernández

Registrador de Barcelona, núm. 19.

LEGADO A FAVOR DE HIJOS O DESCENDIENTES INNOMINADOS.

Por

JUAN VERGER GARAU

HIPOTECA CON CLÁUSULA DE "ENDOWMENT". HIPOTECA FLOTANTE. (*)

Por
JUAN-MANUEL REY PORTOLÉS

Según la carta del autor que acompaña al texto de la conferencia, ésta puede dividirse en cinco partes, a saber:

I. INTROITO.
II. LA HIPOTECA CON CLÁUSULA "ENDOWMENT".
III. LA HIPOTECA FLOTANTE.
IV. LAS CONCLUSIONES. Y
V. DOS "POST SCRIPTA" ("que le dan viveza al relato").

Satisfaciendo los deseos del conferenciante, procedemos a "la partición más recomendable" del trabajo, publicando hoy : I. INTROITO y II. LA HIPOTECA CON CLÁUSULA "ENDOWMENT" y posponiendo -para el siguiente número- la publicación de los restantes tres epígrafes.

(*) Texto de la conferencia pronunciada en Madrid el día 13 de noviembre de 1991 por el ponente JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, dentro del Seminario sobre "FORMAS ESPECIALES DE HIPOTECAS" organizado por Management Forum España S.A.

Dirá el conferenciante:

"Ahora no; ahora ya no me tortura el singular o el plural de las obligaciones garantizables sino su inmanencia, que es tanto como dudar del dogma ... de la accesoriedad. "

"Pero es que en el ámbito mismo de la hipoteca tampoco veo que el traje hipotecario esté siempre hecho a la medida de un crédito."

"En suma, en las hipotecas legales, por muy inusuales que resulten, el legislador, sí que ha prescindido de la existencia de una concreta obligación perfectamente perfilada en su cuantía, duración, etc. y ha contemplado mas bien como vimos acontecía en el derecho de retención pignoraticio, una relación intersubjetiva (de reserva, de tutela, de encomienda, etc.) que constituye la fuente de las obligaciones futuras concretas (resueltas siempre en la de indemnizar) que son las que realmente van a quedar garantizadas. ...Ah! pero cuando el mismo esquema pretenden usarlo los particulares (por ej. Entidad de crédito y cliente) entonces sobrevienen los escrúpulos dogmáticos y se hace actuar unos principios de accesoriedad y determinación que parecen más atenuados en otras latitudes."

"Tendríamos en ese caso una primera clasificación de la figura que atendería a según que el fondo en poder de tercero constituya respecto de él un contrato de depósito irregular de dinero ... o por el contrario constituya un contrato de seguro."

"La verdad es que una vez descrita la combinación triangular del crédito hipotecario con cláusula "endowment" no acierto a adivinar sus ventajas. Desde luego las fiscales se me escapan por completo"...

... "para el nivel en que yo revoloteo me basta con advertir la dificultad (para mí insuperable) de que se inscriba la cláusula de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por el impago de las primas del seguro."

I. INTROITO.

No me cabe la menor duda de que la causa de que yo me encuentre hoy aquí entre Vds. es el afecto. Primero, el que me dispensa mi buen amigo y organizador de este encuentro, el profesor y registrador Amorós Guardiola, que ya es la segunda vez que se acuerda de mi modesta persona al tiempo de estructurar reuniones de esta índole (el reproche, por tanto, como en el fútbol, diríjase al seleccionador y no al voluntarioso jugador). Y segundo, también el afecto que yo le tengo, cada día en mayor medida, a esa figura proteiforme que llamamos hipoteca. El culto de dulia que le profeso no se funda sólo en el agradecimiento que le debemos todos los servidores de la Institución registral al haber sido el motivo remoto y el basamento principal de la misma; se cimenta también en que su polifacetismo constituye un reto para la inteligencia.

Al igual que en el ingenioso cubo de Rubik, uno no se cansa de darle vueltas a las diferentes piezas que componen la figura (extensión objetiva, efectuación procesal, transmisión a terceros, cancelación, etc.) en el deseo -hasta ahora a mi juicio no consumado por nadie- de advenir a una composición armoniosa que deje en claro todos sus recovecos. Y tanto más dificil es este empeño cuanto hace un momento tildaba a la hipoteca de proteiforme. Lo que se traduce en que la misma, como el personaje mitológico, se va transformando hacia nuevas combinaciones que dificultan su reconocimiento y hacen dudar de si no se habrá producido una mutación genética originadora de nuevas especies ya no parangonables con la primitiva.

Y si el afecto ha sido la causa de que yo me atreva a disertar ante auditorio tan especializado, la elección del tema sí que ha sido fruto del azar o si lo prefieren de la anécdota. Sucedió que el profesor Amorós Guardiola, siempre tan atento a los últimos fenómenos que van afectando a las instituciones jurídico-civiles, creyó, con muy buen criterio, que las variedades hipotecarias más problemáticas de la hora presente eran las que luego han venido a abordar los otros ponente. Y en los preliminares organizativos tuvo la delicadeza de ofrecerme tratar de uno de los cuatro -concretamente de la hipoteca en garantía de obligaciones emitidas por particulares- quizá porque a través de una resolución provocada por mí yo contribuí a ponerla de moda. En seguida desvié el honor hacia la persona que más profundamente la había estudiado a través de un comentario, de inminente aparición en la R.C.D. I.: me refiero a mi coponente y amigo Fernando Canals. Tranquilizado al creerme liberado del encargo y asumido por tan competentes manos, cometí la ligereza de elogiarle, y no sólo por compromiso, la actualidad del ciclo seleccionado en el que si algún fenómeno de última hora no tenía en él directo encaje eran acaso la hipoteca con cláusula "endowment", y la hipoteca flotante, y aún éste estaría o no en la palestra en función del contenido que diera el oportuno ponente a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes. Craso error el mío el olvidar que una mesa (máxime si es una "mesa redonda" como ésta) igual se sustenta con cuatro que con cinco patas. Y henos aquí a Fernando Canals desarrollando el tema del que yo me creí zafado, y a mí desenvolviendo uno doble cuya posible omisión me había limitado a comentar,

de modo inocente, en una charla organizativa. Parco título legitimador para mi atrevimiento como van a tener ocasión de sufrir Vds. a continuación.

* * *

Porque, en efecto, y disponiéndome a coger el toro por los cuernos (o a que me coja él a mí con ellos, que son como mi tema, dobles), creo que no son cuestiones absolutamente inconexas la de la hipoteca con cláusula "endowment" y la hipoteca flotante. El vínculo que las une, más estrechamente de lo que parece, es el problema, común a ambas, de cuál sea, en una y otra, la obligación garantizada. Ello exige que me entretenga, como preámbulo, en esa cara del cubo hipotecario -el objeto garantizado- que cada día me tiene más perplejo.

En conferencia reciente ("La hipoteca en garantía de títulos" Valencia, 1990) especulé sobre si el objeto de una hipoteca, a saber la obligación, podía ser no sólo único sino también plural. Me hice eco allí del indefinido Derecho positivo (en el que ni el plural del artículo 1861 del Código civil, ni el singular del artículo 104 de la Ley Hipotecaria podían considerarse decisivos), de las contradictorias posturas de las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 -para la hipoteca cambiaria- y de 23 de febrero de 1987 -para la hipoteca flotante-, y de las escasas alusiones de la doctrina al respecto -entre las que una de las más afinadas, por cierto, la hicieron a dúo, dos colegas míos, uno de ellos, precisamente aquí concentrado, a saber, Miguel González Laguna y Antonio Manzano Solano -(vid. R.C.D. I. nº 566, págs. 205 y ss). Por mi parte, entonces concluí que el problema era acaso secundario pues aunque se admitiera como dogma la necesidad de que una hipoteca garantizase únicamente un solo crédito, y no un conjunto de ellos más o menos heterogéneos y mejor o peor agavillados, la discusión se solventaba -sin más repercusión que la arancelaria y la necesidad de previsiones adecuadas a la posible ejecución aislada- mediante la constitución de tantas hipotecas simultáneas o del mismo rango como obligaciones concurriesen a guarecerse bajo el paraguas hipotecario, que de esta manera no constituiría una pantalla uniforme única, sino -decía en aquella conferencia- una protección formada, cual la "testudo" de las legiones romanas, por la composición de los diversos escudos de los coraceros.

Ahora no; ahora ya no me tortura el singular o el plural de las obligaciones garantizables sino su inmanencia, que es tanto como dudar del dogma (o mito, para Lacal, cf. R.D.P. 1949, pág. 925 y ss. aunque este autor se pasó al otro extremo: veía al crédito como accesorio de la hipoteca) de la accesoriedad. Quiero decir, que meditando una y otra vez desde el análisis de la rica fauna hipotecaria, no sólo patria sino también foránea, sobre si la hipoteca, en cuanto gravamen real, va siempre adherida a un único (o plural ahora es indiferente) crédito, y sigue todas las vicisitudes de éste, me he cuestionado (y ya se verá la trascendencia de la pregunta en la hipoteca flotante) si esto es realmente siempre así e incluso si es posible la sustitución de ese crédito, permaneciendo inmutada la hipoteca.

En mi conferencia citada utilicé un símil que hizo fortuna en los medios locales (hasta el punto de que buenos amigos me regalaron poco después un par de ejemplares para mis hijos): y fue la de comparar los créditos hipotecarios con las tortugas, y distinguir, como en ellas, un cuerpo blando -el crédito- y una concha o caparazón óseos -la hipoteca-. Pues bien, ya no se trata de especular sobre si podrían coexistir dos tortugas siamesas -dos créditos, o más- bajo una sola coraza, y viceversa si un solo animal -crédito- podría estar protegido por varias conchas, como se dice que lo está el galápago.

No; ahora lo que me ocupa es esa pretendida conexión sustancial de los dos estratos, el personal y el real, que se reconocen en un gravamen hipotecario. Por eso abandono la comparación con los quelonios, animales por lo demás demasiado pacíficos para confrontarlos con una hipoteca, que es de suyo algo con resonancias más belicosas, y me formuló esta otra: ¿Es la hipoteca un callo casi queratinoso que le ha nacido a una mano endurecida presta a golpear, o es un guantelete de armadura puesto para la ocasión? En el primer caso -callo-, sólo los nudillos del sujeto provisto de él disfrutarán de su contundencia y la mano y su protuberancia sufrirán la misma suerte hasta la muerte del individuo o hasta su resecado por un callista. En el segundo, en cambio, el guantelete es algo superpuesto de modo artificial -por más que se acople, perfectamente, "como un guante", a una concreta mano-, y por consiguiente es susceptible de enfundar diversas extremidades que sucesivamente se lo hubiesen colocado.

Pues bien, deslumbrado por lo que "plerumque accidit" y también por lo que nos han enseñado los maestros (por todos Roca Sastre, Dº Hipotecario IV-1º 7ª, pág. 273 y ss), yo siempre he creído que la hipoteca era una queratinización de la dermis creditual. Es más, en un artículo apresurado ("Bombazo contra la hipoteca sumidero", Lunes 4,30, nº 3, pág. 25) llegué a afirmar con citas de Lent-Schwab, y de Baur, y aún de parágrafos del BGB, que en el Derecho de la Alemania federal "*los autores... no imaginan siquiera que una hipoteca no se superponga de modo total a un solo crédito y SIGA ABSOLUTAMENTE SUS VICISITUDES*".

Desde luego que no había reparado, cuando tal escribí, en parágrafo tan significativo como el 1180 del BGB, que según la impecable traducción de Carlos Melón Infante comienza diciendo así:

"*En el lugar del crédito en cuya garantía existe la hipoteca puede ser sustituido otro crédito*". Answechslung der Forderung, es como bautiza al fenómeno la rúbrica del precepto que sigue diciendo: "*Para la modificación es necesario el acuerdo del acreedor y del propietario, así como la inscripción en el Registro...*"

Y aclaran Wolf y Reiser (en Enneccerus, T. III -2º, 3ª ed. esp., pág. 218) que "*no se requiere el asentimiento de los titulares de rango igual o posterior sobre el inmueble, ni tampoco el del deudor personal en cuanto tal*", concluyendo de este modo que a primera vista parece paradójico: "*La posibilidad de un cambio de crédito no contradice*

la naturaleza accesoria de la hipoteca y se explica porque el gravamen inmobiliario contenido en la hipoteca no es accesorio" (?).

Los anotadores españoles de la traducción no le hacen ascos al fenómeno y lo glosan con estas palabras:

"*Es indudable que el crédito asegurado por hipoteca puede ser sustituido por otro distinto. Prevé un caso de esta índole el art. 144 de la L. hipotecaria al aludir a la novación del primitivo contrato. Más no es la misma hipótesis del texto; éste supone la subsistencia del crédito anterior y la novación no. Es más, no importa, según el texto, que el crédito primitivo fuese nulo o inexistente por cualquier otra razón, por ejemplo, por haber sido extinguido, y asimismo es indiferente que el nuevo crédito no tenga eficacia. La figura de la deuda inmobiliaria subsana toda dificultad; donde por faltar el crédito, antes o después de la modificación, no puede haber hipoteca, se da en cambio, una deuda inmobiliaria... La ausencia de deuda inmobiliaria en nuestro derecho, dificulta la solución pero no la hace imposible. Como hemos visto supra... la accesoriedad de la hipoteca no es una circunstancia de carácter absoluto. La Ley no la establece así. Se limita a exigir que la hipoteca se constituye "para" asegurar un crédito (art. 1857 C.C.), y prueba de ello es la admisión de hipoteca en pro de créditos futuros o condicionales. Lo único exigido, en consecuencia, es que al hacerse efectiva la hipoteca exista un crédito eficaz. A base de éstas consideraciones pudiera acaso adaptarse, al menos en parte, la doctrina del texto*".

Hasta aquí el comentario de Pérez González y Alguer, mas para calibrar todos los matices de la regulación alemana debo añadir:

1º) Que conforme al parágrafo 1119 del B.G.B. hay dos modificaciones del crédito hipotecario que no requieren el asentimiento de los titulares de derechos de igual o posterior rango: a) por un lado la generación o aumento de intereses no previstos, siempre que no se supere el cinco por ciento, del capital asegurado, y b) por otro la modificación del tiempo y del lugar del pago; lo primero porque a todo segundo acreedor mínimamente informado de la norma le basta con calcular que el gravamen que le antecede puede crecer en hasta un 5%, y lo segundo porque se estima que a él le debe ser indiferente dónde y cuándo se tiene que satisfacer el crédito prioritario.

Y 2º) Que el sorprendente parágrafo 1180 que autoriza el recambio del crédito garantizado, se considera perfectamente compatible con los parágrafos 1179 a) y 1179 b), inmediatamente anteriores, introducidos por la Ley de 22 de junio de 1977, en vigor desde el 1 de enero de 1978, y que establece la novedad de que todo acreedor hipotecario posterior puede exigir la cancelación de una hipoteca anterior cuyo crédito se hubiese extinguido por confundirse en el propietario la condición también de acreedor hipotecario (criterio del avance de rango frente al de compartimentos estancos o puestos fijos que antes regía). En otros ordenamientos (cf. arts. 794.2 y 824.1 del C.c. suizo; 2132 del

francés, 2809 y 2852 del italiano: 286.2, 727 y 728 -estos altamente ilustrativos- del portugués, etc.) sería inoportuno y dispersivo adentrarnos en una breve intervención como confío sea la mía.

Pues bien, contrastando esas regulaciones exteriores (respecto de las que algún día, acaso, habremos de coordinarnos forzosamente en los pasillos de Bruselas: la libre circulación europea de capitales parece que lo está exigiendo) con la nuestra, a primera vista se diría que aquellas son a nuestros ojos algo exótico. Dice el art. 1857 del Código civil que "*son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1º que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal...*" (También cabe recordar el texto de los arts. 1876 del Código civil y 104 de la Ley hipotecaria, en los cuales, con todo, el enlace de la obligación e hipoteca no me parece menos finalista que en aquél -nunca hay conexión sustancial-). Por lo que parece lo más natural del mundo y ese es el esquema simple del que se parte conceptualmente, que a un crédito singular se le superponga un gravamen hipotecario hecho a medida de aquél, cuya suerte va a compartir hasta el final.

Pero ya el mismo legislador del Código comienza a sorprendernos cuando en sede de prenda (cuya naturaleza de derecho real de garantía es idéntica a la de las hipoteca, pues no en balde como el hombre y los simios proceden del mismo tronco) prevé en el art. 1866 -que es el que autoriza al acreedor pignoraticio a retener en su poder o en el del depositario que la tuviese, la cosa dada en prenda hasta el completo pago de su crédito- que:

"*Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiere estipulado la sujección de la prenda a la seguridad de la segunda deuda*".

Cierto y, así se encargó de remarcarlo la Sentencia del T.S. de 24 de junio de 1941, que este rancio privilegio se circunscribe al derecho de retención y no al de realización de valor que es el esencial en la prenda pero, en alguna medida descubre una concepción más pragmática de las garantías reales en el jurisconsulto romano que asesorando al emperador Gordiano le indujo a dictar la disposición contenida en Código 8, 26, 27, 1 antecedente directo de nuestro precepto vía Partidas y resolvió así en su día, creando para nosotros una norma, lo que ante él era sólo un caso de la vida; sin duda para ese jurista anónimo colaborador de Gordiano el "pignus" era más una cobertura "intersubjetiva" entre acreedor y deudor que una garantía objetivamente circunscrita a una sola operación.

Pero es que en el ámbito mismo de la hipoteca tampoco veo que el traje hipotecario esté siempre hecho a la medida de un crédito.

Es evidente que le pueda venir pequeño porque solo se haya querido asegurar una parte de él, cosa muy posible si interviene un hipotecante no deudor o fiador real quien, al igual que el personal, "*puede obligarse a menos... que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones*" (art. 1826, I C.c.). Piénsese que también el aval cambiario puede circunscribirse a una parte del importe de la letra (art. 35.I L.C. y CH.). El mismo art. 1860, IV del Código imagina que siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda cada una de ellas garantice solamente UNA PORCIÓN DETERMINADA DEL CRÉDITO (expresión no idéntica aunque conduzca al mismo resultado práctico que la del art. 119 de la Ley hipotecaria).

Otras veces, aunque se haya querido acentuar la dependencia de una hipoteca respecto de un crédito, de modo que sea aquélla el único posible traje con que cuente éste, (art. 140 de la Ley hipotecaria regulador de la llamada "*hipoteca de responsabilidad limitada*") no por ello ha dejado la doctrina de reconocer la escindibilidad conceptual y hasta funcional de los dos estratos.

Pero mi perplejidad sube de punto cuando paso a considerar la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del art. 157 de la Ley hipotecaria. Como es sabido, en él se autoriza a constituir un solo y único gravamen en garantía de un flujo de pagos periódicos que el precepto denomina "*rentas o prestaciones*" pero que no exige que necesariamente tengan el mismo origen causal. Aun suponiendo que sí lo tengan, como será lo más frecuente, (por ej. una pensión pactada en convenio regulador) ¿cuál es exactamente la obligación garantizada? ¿el pago de la mensualidad de mayo ya vencida e insatisfecha, el de la de junio aún por vencer? ¿El derecho a la pensión ya vencida se puede ceder a tercero sin que necesariamente deba conllevar al accesorio hipotecario ex art. 1528 del C.c.? ¿Acaso al derecho de las pensiones pendientes de vencimiento le es aplicable la prohibición temporal de cesión del art. 152 de la L.h.?¿Es realmente lo garantizado una relación jurídica más amplia "*de prestación periódica*" -de cuantía, por lo demás, cuando es vitalicia, impredecible porque depende de la longevidad del pensionista-, y de la cual, los pagos fraccionados son solo partes sin posible consideración autónoma, al igual que sucede en los contratos de suministro en los que las unidades entregadas tienen una consideración distinta -cosa cierta- que las que deben seguir suministrándose-cosa futura-? Muchas son las dudas que plantea esta modalidad hipotecaria a la que quizá no le ha extraído la práctica todavía todo su jugo (yo sólo he inscrito un par de ellas, siempre con problemas, en mi trayectoria profesional). Pero me interesaba traerla aquí a colación porque en la hipoteca de rentas se adivina un primer supuesto en el que la hipoteca se aparece como un casquete bajo el cual va desfilando y guareciéndose una ristra de obligaciones -o subobligaciones- concatenadas, a ninguna de las cuales parece ir adherida aquél de modo sustancial.

Más la perplejidad se transforma en escepticismo cuando me adentro a considerar las hipotecas legales: Aquí no es ninguna obligación concreta, actual y transmisible, lo que en la primera fase (cuando aún no ha llegado el caso de exigir su importe: cf. art.

142 L.h.) se garantiza. Es sólo una relación jurídica amplia por ejemplo la de patria potestad, la de tutela, la que media entre reservista y reservatario, etc. lo que se garantiza. Mejor dicho, se garantiza la indemnización que en muy diversas vicisitudes de esa relación puede generarse: por ej. si el reservista enajena válidamente bienes inmuebles, o se niega a restituir los muebles, o deteriora unos u otros por su culpa, o si el padre o el tutor o el recaudador por encomienda (en el ámbito en que aún subsiste) administran negligentemente (¡cuántos conceptos obligacionales se encierran aquí!) los peculios y rentas a ellos confiados.

En suma, en las hipotecas legales, por muy inusuales que resulten, el legislador, sí que ha prescindido de la existencia de una concreta obligación perfectamente perfilada en su cuantía, duración, etc. y ha contemplado mas bien como vimos acontecía en el derecho de retención pignoraticio, una relación intersubjetiva (de reserva, de tutela, de encomienda, etc.) que constituye la fuente de las obligaciones futuras concretas (resueltas siempre en la de indemnizar) que son las que realmente van a quedar garantizadas. En estos casos el Derecho positivo no le hace ascos a que puedan ser distintos conceptos, por ejemplo, varios alcances de cuentas que convengan a la Administración concedente y que no tenga cubiertos por otros medios, los que en definitiva decida hacer efectivos a través de una hipoteca, que de nuevo se presenta como una cubierta (un embargo anticipado o una venta en garantía) bajo la que van desfilando a utilidad y conveniencia del acreedor un sinnúmero de concretas obligaciones secundarias. Ah! pero cuando el mismo esquema pretenden usarlo los particulares (por ej. Entidad de crédito y cliente) entonces sobrevienen los escrúpulos dogmáticos y se hace actuar unos principios de accesoriedad y determinación que parecen más atenuados en otras latitudes. (1).

Interrumpo aquí mi discurso porque insensiblemente se me iba el pensamiento y la argumentación hacia la hipoteca flotante y no era mi intención adentrarme en ella así de sopetón, de modo polémico, frente a la doctrina oficial. Sólo pretendía destacar que no es uniforme uno de los dos pretendidos objetos de la hipoteca, a saber la obligación garantizada (el otro, este sí incontrovertible, lo constituyen los bienes sobre los que se extiende la garantía). De modo que las más de las veces lo constituirán obligaciones nítidamente perfiladas y existentes (hipotecas de tráfico) y otras, obligaciones futuras que sólo se definen por su posible generación desde una relación más amplia aunque no acaso simplemente intersubjetiva (ejemplo arquetípico de las hipotecas de seguridad). Más claramente, unas veces se garantiza por ej. la obligación de devolver un préstamo de exacta cuantía y otras, también hasta una exacta cuantía, los diferentes conceptos deudores que pueden derivarse de una relación de administración de bienes que un sujeto mantiene respecto de otro.

De paso hemos visto que un muy importante Ordenamiento europeo (y en casos concretos también el nuestro) permite juegos malabares en la obligación garantizada y que no es muy trascendente, en principio, si ésta es singular o plural.

Y ahora sí, tras este preámbulo, estamos en condiciones de transitar con comodidad por entre las dos figuras que me he propuesto, anticipando que respecto de ambas me circunscribiré a sus aspectos hipotecario-civiles, dejando sus perfiles financieros, fiscales, estadísticos, etc., a personas más especializadas.

II. HIPOTECA CON CLÁUSULA DE "ENDOWMENT".

El término inglés "*endowment*" que podríamos traducir por dotación o constitución de un fondo ya descubre lo característico de la hipoteca que conlleva esta cláusula y es la de la necesidad de que antes o a la vez de concertarse el gravamen se haya establecido o se prevea el establecimiento de una acumulación de aportaciones, generalmente dinerarias, por parte del prestatario o acreditado. Ahora bien, para que la combinación tenga enjundia y no se quede en una mera fórmula de ahorro-vivienda y similares, mediante la que simplemente se quiera fomentar, incluso a través de estímulos fiscales, el esfuerzo ahorrador de quien no tiene decidida su inversión, en un determinado sentido, se hace preciso añadir un nuevo requisito al de la escueta constitución de un fondo. Y es el de que éste se establezca con un tercero distinto del acreedor hipotecario y además imbricando -incluso mediante una pretendida unificación causal- los dos actos conceptualmente distintos de formación del depósito y de concesión de un crédito hipotecario. La combinación hace tránsito así hacia la categoría que don Federico de Castro quiso bautizar como negocios triangulares y se contagia de todas las complicaciones propias de éstos.

Para que comprueben Vds. mi escaso conocimiento del fenómeno les anticipo que sólo sé de una entidad "Abbeycor Nacional Hipotecario S.A. Sociedad de Crédito Hipotecario" que esté (y aún diría, haya estado) utilizando de modo masivo éste que muchos de Vds. denominarían "*producto financiero*", (del que habré inscrito no mucho más de una docena) y que me hicieron llegar para precalificación borrador de formulario similar de otra entidad cuyo nombre no consigo recordar.

En la doctrina sólo me he hecho, acaso por las premuras con que he tenido que preparar mi intervención, con el artículo titulado "*El préstamo hipotecario y el contrato de seguro endowment*" de mi colega y amigo Ignacio del Rio García de Sola, aparecido en el nº 264 del B.C.N.R. de febrero de 1990, págs. 269 a 276 y con una estupenda conferencia inédita de mi también querido compañero el coponente, Antonio Manzano Solano, titulada "*Préstamo hipotecario combinado con contrato de crédito diferido*", pronunciada dentro del ciclo de conferencias del curso 1988-1989 en la Academia sevillana del Notariado. (No he intentado esquivar hacia él, sin embargo, el tratamiento de la figura y de este modo evitar mi actual apuro, porque vistos los antecedentes, acaso sin librarme del trance, estaría ahora lidiando con la hipoteca en divisas, o con la

constituida "*secundum lex loci actus, servatis minimis legis res sitae*" o con la de efectuación administrativa o con fórmula similarmente endemoniada; de modo que sigo con mi suerte).

En cuanto a jurisprudencia todavía no se ha provocado ninguna de mí conocida, probablemente por lo incipiente del fenómeno, pero en todo caso orientarán su adecuado tratamiento dos Resoluciones de muy afortunada redacción y que ya he tenido ocasión de recordar a otro propósito en conferencia que tuve el honor de impartir dentro de los Cursos de Verano de El Escorial. Me refiero al fundamento de derecho 3 de la R. de 20 de mayo de 1987 y 5 de las de 23 y 26 de octubre del mismo año.

Según el primero de ellos:

"*...más allá de esta consideración unitaria que en el contrato se pretende dar al mecanismo estipulado* (a través, en el caso, del vencimiento de la hipoteca por abandono o derribo de la finca apreciado unilateralmente por el acreedor, o por no expedición de segundas copias ejecutivas), *LA TRASCENDENCIA "ERGA OMNES" DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE, LA EXIGENCIA DE UNA RAZÓN JUSTIFICATIVA SUFICIENTE EN LOS DERECHOS REALES CONFIGURADOS POR LOS PARTICULARES AL AMPARO DEL NUMERUS APERTUS ESTABLECIDO EN LOS ARTS. 2 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 7 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, LA NECESIDAD DE PERFILES CLAROS EN LA CONFIGURACIÓN DE CADA DERECHO REAL QUE SE CONSTITUYA, LA INVIOLABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES, obliga a un examen minucioso de aquél para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modalizar el derecho de propiedad del inmueble afecto, y ello, a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código civil).*"

A tenor de los segundos fundamentos jurídicos citados -los de las Resoluciones de octubre de 1987-, que son idénticos:

"*Para enjuiciar estas cláusulas* (en el caso la de que vencerá el préstamo de pleno derecho cuando el prestamista "incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato") *debe tenerse presente el doble efecto del contrato en que se contienen: las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario y la constitución de un derecho real sobre una finca. En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de la autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de los derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia erga omnes y afectan directamente*

al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes, y por tanto a la economía de la Nación. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público en cuanto al contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis el de hipoteca). *A salvo las peculiaridades de la hipoteca de seguridad o de máximo, no caben, a efectos hipotecarios, los pactos que en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real -el que, como tal, debe ser respetado por cualquiera que devenga propietario de la finca- al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero). No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación del arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercero poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca*".

Así pertrechados estamos ya en condiciones de afrontar mínimamente la calificación de la hipoteca con cláusula "*endowment*" para lo que podemos usar como prototipo, cual hizo del Río, la de Abbeycor Nacional Hipotecario S.A., o también imaginar redacciones más generales, cual hizo Manzano, quien partía además de que la entidad en la que se constituía el fondo era una "*Entidad de Financiación*" de las reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo y no una compañía de seguros.

Tendríamos en ese caso una primera clasificación de la figura que atendería a según que el fondo en poder de tercero constituya respecto de él un contrato de depósito irregular de dinero (admisible hoy en una Entidad de Financiación por no ser reintegrable a la vista o a plazo muy corto: cf. Disp. adicional sexta. 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito), o por el contrario constituya un contrato de seguro.

Es llamativo que en el formulario de Abbeycor no se precise qué tipo de seguro es el concertado, pues es evidente que la modalidad "*endowment*" con que lo bautiza en vano se buscará con tal nombre entre los preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Sorteando el espejismo de la denominación y aunque la averiguación de la naturaleza del seguro debería hacerse mediante el examen de la correspondiente póliza y no desde las parcas referencias que a aquél se hacen en la escritura de préstamo, parece claro que nos encontramos ante un seguro de personas y concretamente de seguro sobre la vida (arts. 83 y ss. de la referida Ley 50/80), cuando cubre la contingencia de muerte y supervivencia del asegurado y de seguro de accidentes cuando cubre el riesgo de la invalidez total y permanente del prestatario.

Es ese seguro el tomador a fin de ajustarse al esquema contractual complejo que se le ofrece tiene que designar beneficiaria a la entidad que le concede el crédito hipotecario. Aunque no se deduce del texto de este último pero probablemente sí de la

póliza, la designación de tal beneficiario será ordinariamente irrevocable conforme al art. 87 .I y 100.II de la Ley de contrato de seguro y, en consecuencia, el tomador perderá los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza (art. 87.II siempre de la Ley 50/80) propios del seguro sobre la vida. Con todo, la irrevocabilidad de la designación de beneficiario no parece trascendental, porque el tomador del seguro-prestatario (posiciones ambas conceptualmente, aunque en el formulario de Abbeycor no contractualmente, diferenciables) asume en todo caso la obligación de restituir íntegramente el préstamo y, siendo éste eficaz, estará interesado en reembolsarlo antes con dinero que tiene acumulado en la Compañía aseguradora que con nuevos fondos propios.

Se afirma en el formulario de Abbeycor Nacional Hipotecario S.A. que la compañía aseguradora (la cual candorosamente tiene que ser "*del agrado de ambas partes*", o sea de Abbeycor y del prestatario) debe afrontar también la devolución del capital y de los intereses ordinarios y de demora que se produzcan en el caso de vencimiento anticipado del préstamo, aunque sólo "*hasta donde alcance la obligación de la Compañía aseguradora, conforme a las prestaciones pactadas en el contrato de seguro citado*", lo cual sólo puede significar que el derecho de rescate, que como dije imagino sustraído al tomador del seguro, en alguna medida se ha atribuido (¿es ello posible? ¿cómo?) al propio beneficiario.

Es este uno de los extremos más intrigantes del contrato de seguro que nos ocupa, ya que esa concatenación vencimiento anticipado de crédito-rescate (o fenómeno asimilado) "*ad nutum beneficiarii*" hace dudar acerca de si la finalidad primordial (de la que depende su auténtica tipología legal) del seguro es realmente la de precaver el riesgo de muerte o supervivencia e incapacidad, o la de actuar a modo de seguro de caución, (cf. art. 68 Ley de contrato de seguro).

Si el depósito se ha ido formando no vía seguro de vida con capitalización para sobrevivencia, sino por entregas periódicas en Sociedad de financiación, se puede conseguir la misma conexión con el contrato de préstamo hipotecario, sólo que recurriendo al Derecho general de obligaciones y contratos: la acreedora hipotecaria sería una "*adjecta solutionis gratia*" (art. 1162 C.c.) respecto de la restitución del depósito en el tiempo previsto o anticipadamente por motivos lícitos y esa estipulación en su favor que se insertase en el contrato de depósito sería exigible y aún irrevocable, si, como ocurriría siempre, hubiese hecho saber su aceptación al obligado -la entidad depositaria- "*antes de que haya sido aquélla revocada*" (art. 1257, II C.c.).

La verdad es que una vez descrita la combinación triangular del crédito hipotecario con cláusula "*endowment*" no acierto a adivinar sus ventajas. Desde luego las fiscales se me escapan por completo: cuando se trata de financiar la residencia habitual y antes también las de nueva construcción es mucho más interesante el préstamo hipotecario finalista normal que permite deducir con el tope del 30 por ciento de la base liquidable

del sujeto pasivo determinados porcentajes de la cantidad reintegrada como capital. En cambio, el art. 78, cuatro de la Ley 18/1991, de 6 de junio, aprobatoria del nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en fórmula similar a la de la legislación hasta ahora vigente, sólo prevé la deducibilidad del 10 por 100 de las primas satisfechas por razón de contratos de seguro de vida, muerte o invalidez cuando el beneficiario sea el sujeto pasivo o, en su caso, su cónyuge, ascendientes o descendientes, y es evidente que Abbeycor Nacional Hipotecario S.A. en cuanto beneficiaria del seguro que nos ocupa no puede reunir ninguna de esas imprescindibles condiciones personales. Además, sigue diciendo aquel precepto: "*se exceptúan* (de la deducibilidad, se entiende) *los contratos del seguro de capital diferido o mixto*".¿Qué se persigue entonces con el juego combinado crédito hipotecario-dotación de un fondo con tercero? ¿Eludir la anterior prohibición de captación de pasivo por entidades no bancarias? ¿Excluir fondos en la entidad acreedora para no haber de computarlos a efectos de coeficientes: sería absurdo? De todas formas el engendro no me lo he inventado yo y ya les anticipé que ese transfondo no iba a abordarlo porque de él sin duda sabrán Vds. más de lo que yo pueda decirles; espero que me iluminen sobre el particular en el coloquio. Por mi parte, a cambio, les expongo el examen jurídico que como Registrador me he visto obligado a hacer. (1 bis)

Prosiguiendo entonces precisamente con tal análisis, creo que no estamos aquí ante un caso de contrato complejo o mixto en que se hubiesen fundido prestaciones básicas de dos contratos simples -el préstamo hipotecario y el seguro- hasta el punto de generar un híbrido distinto de ambos, sino tan solo ante dos contratos meramente combinados o concatenados, (2) que además las partes han querido que permanezcan entrelazados durante toda la respectiva vigencia. Llama la atención que los otorgantes afirmen, aunque uno de ellos lo suscriba por adhesión, que ambos contratos obedecen a una causa única. Descuiden que no voy a perderme en las arenas movedizas que envuelven la noción causa del negocio (fin empírico práctico, legalmente asumido, perseguido por las partes) porque para el nivel en que yo revoloteo me basta con advertir la dificultad (para mí insuperable) de que se inscriba la cláusula de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por el impago de las primas del seguro. Basta con recordar los fundamentos antes reproducidos de las RR. de octubre de 1987: "*No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento* (del crédito hipotecario) *de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada*". Tampoco es posible entender que se trata de una cláusula asimilable al impago de tributos o gastos que tengan preferencia legal de cobro frente a la propia hipoteca o al incumplimiento de obligaciones que guarden una íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía. En efecto, así como puede inscribirse el pacto de precipitación del vencimiento del crédito hipotecario por impago de las primas del seguro de daños, singularmente en su modalidad de incendios, porque guarda esa obligación accesoria la ÍNTIMA CONEXIÓN de que hablan las dos resoluciones citadas, (y en su caso tienen hasta preferencia de cobro) no creo posible apreciar DE MODO OBJETIVO Y NO SOLO POR CAPRICHO DE LAS PARTES,

la misma estrecha vinculación entre el impago de las primas de un seguro PRIMORDIALMENTE DE VIDA, no se olvide, y el de un préstamo hipotecario recibido por el tomador-asegurado, que responde de su devolución con todo su patrimonio. La garantía (la real) no se aumenta, y por tanto, no está vinculada a ello, porque al patrimonio afectado del deudor se le superponga el patrimonio de una sociedad, por muy acreditada y solvente que sea, la cual simplemente mantiene con él una relación contractual (plano obligacional). Guardaría por ejemplo la conexión que exige la jurisprudencia registral, el pago del coste de una fianza real que hubiese tenido que anticipar el propio acreedor, pero no esa misma fianza prestada en forma personal porque ya se sitúa en otro estrato o nivel.

Ahora bien, aunque entiendo -frente a Del Río- que no es inscribible la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por el impago de las primas de un seguro de vida colateral, no por eso creo que necesariamente debe "*quedar a la intemperie*", sin posible cobertura hipotecaria tal obligación accesoria de pago de primas. El camino para obtener ese resultado es el siguiente, avalado por las propias Resoluciones de octubre de 1987 y no me explico la animadversión hacia él de Del Río: y es el de prever que la acreedora hipotecaria, ante el impago de las primas por el asegurado, puede anticiparlas ella, y acto seguido proceder hipotecariamente contra el deudor, pero no actuando la hipoteca de tráfico principal -que, insisto, no puede ser encendida por un cohete independiente-, sino una hipoteca de seguridad, constituida simultáneamente a aquélla y con su mismo rango. "*Si se quiere* -decían los Fundamentos de las RR de octubre- *que los reembolsos por anticipos relativos a estas otras obligaciones* (las accesorias que no guarden íntima conexión con la conservación de la garantía principal) *sean también garantizados por hipoteca se requerirá constituir hipoteca especial por deuda futura con las consiguientes precisiones relativas a cada deuda y al respectivo importe máximo garantizado*". También -añado yo- sería conveniente que se destacase mediante el empleo del plural -hipotecas- que son dos y de diversa índole las constituidas y que en la segunda, -la de seguridad por reembolso de primas-, se precisase con nitidez la manera de justificar el nacimiento de la obligación a fin de integrar el título ejecutivo mediante el que se desea proceder. No es, por tanto, recomendable el que no se destaque la duplicidad de hipotecas constituidas y el que simplemente se prevea un capítulo de responsabilidad (otro "*saquito*" más, junto al principal, intereses, costas y reembolsos vinculados) para esos anticipos desconectados.

Un último problema me resta por abordar en la hipoteca con cláusula "*endowment*" (entre los muchos más que podrían suscitarse) y es el de la repercusión que en los dos contratos conexos -préstamo y seguro- provoca la transmisión de la finca hipotecada. La dificultad surgirá solo, claro está, cuando tal transmisión implique novación subjetiva pasiva en la deuda hipotecaria porque el adquirente del inmueble haya convenido con el transmitente -y no sólo con vocación de que quede como acuerdo interno entre ellos- que el primero asumirá la obligación de devolución del préstamo garantido cuyo importe normalmente retendrá o descontará del precio de su adquisición.

No habrá problemas, en cambio, cuando se transmita la finca a un tercer poseedor que no asuma la deuda hipotecaria, o lo haga el hipotecante no deudor a otra persona que mantenga su mismo papel de fiador real.

Pues bien, la cuestión la centra muy bien Del Rio cuando, tras explicar que el formulario-tipo de nuestra figura prevé esa posible asunción de deuda y subordina la aceptación por la acreedora hipotecaria a que también la compañía aseguradora consienta "*la subrogación*" -sic- en la póliza del seguro bien que abonándose la nueva prima que corresponda por aplicación automática de un índice actuarial que se adjunta como anexo, concluye que, en todo caso, al tratarse de un consentimiento novatorio dependiente del cumplimiento de condiciones extrarregistrales, la prevision debe quedar por el momento fuera del Registro y sólo -añado yo-cuando se manifieste fehacientemente el consentimiento actual de la acreedora hipotecaria a la asunción convenida entre transmitente y adquiriente habría llegado el momento de plasmar el cambio en el oportuno asiento.

No obstante,aunque el consentimiento previo para la asunción debe quedar de momento, por su inmediata carencia de trascendencia real, a las puertas del mundo tabular, siempre me ha intrigado -y me limito a plantear la duda, sin resolverla,- cómo se articulará esa substitución de sujeto asegurado en la póliza. El art. 99 de la L.C.S., en efecto, prevé que "*el tomador podrá, en cualquier momento, ceder o pignorar la póliza*", pero añade "*siempre que no haya sido designado beneficiario con carácter irrevocable*" y yo he imaginado que sí se ha debido designar como tal a la acreedora hipotecaria para mayor garantía suya. Acaso este obstáculo, como el de la volatilización del rescate y otros, hagan mucho más aconsejable que la designación de beneficiaria a la acreedora no se formule de modo irrevocable, (por lo menos en el texto de la póliza) puesto que, en definitiva, la mejor garantía de cobro para esta última la supone la hipoteca. Si alguno de Vds. tiene información fidedigna de ese extremo que, por desgracia, queda fuera de la documentación a mi alcance, le agradecería me la suministrase en el coloquio.

NOTAS:

(1) No mucho más, empero, que entre nosotros porque aunque no contemos con un precepto tan espectacular como el parágrafo 1180 BGB., también existen supuestos en que el legislador hispano hace de "*trilero*" y sitúa el cubilete, casi sin darnos cuenta, encima de otro dado (crédito), sin que le frenen especiales escrúpulos con respecto a acreedores ulteriores. Me refiero ante todo al supuesto del art. 118, II, de la Ley hipotecaria, en el que la misma hipoteca pasa a garantizar no el crédito que se ha visto obligado a pagar (y extinguir) el deudor personal sino el crédito (de acción de reintegro o de enriquecimiento hablan los autores) que en este último se ha generado (¡con nuevo plazo!) contra el comprador que habiendo retenido o descontado del precio de venta el importe de la deuda garantizada con la hipoteca, no ha satisfecho , sin embargo, esta última.

Roca Sastre (op. cit. pág. 452) aunque se extraña de que una hipoteca no quede extinguida al ser

satisfecho el crédito garantido, sino que subsista haciéndola servir para asegurar otro crédito distinto perteneciente a diferente acreedor, estima pragmáticamente "*que el legislador debe prescindir muchas veces de la rigidez de las construcciones jurídicas, sobre todo cuando motivos de equidad lo impongan*". Acaso, opino yo, lo que proceda es prescindir de esa perniciosa rigidez y reconstruir la dogmática de la hipoteca desde la completa realidad normativa y desde los hechos vividos que son muy tozudos.

Que el supuesto no es excepcional lo demuestra su expansión vía Reglamento hipotecario, por ejemplo y para que no haya polémica, en el art. 232 del mismo, cuando prevé que acreditándose, en la hipótesis que dicho precepto imagina, que la obligación garantizada NO LLEGÓ A CONTRAERSE, SURGE NO OBSTANTE, FRENTE AL NUEVO TITULAR OTRO CRÉDITO NECESARIAMENTE DISTINTO AUNQUE SEA POR EL MISMO IMPORTE. Una vez más, el maestro Roca (ob. cit. pág. 444) detecta el fenómeno con estas palabras: "*Lo que en rigor ha querido tal precepto reglamentario es que la hipoteca (que ha quedado sin el crédito que aseguraba) pase a servir de garantía al crédito de reintegro resultante, o sea que la misma hipoteca, conservando su propio rango, soporte un cambio en el elemento a garantizar*".

(1 bis) Ya a punto de entregar las pruebas corregidas del texto de la presente conferencia, descubro en el aún llameante Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, -B.O.E del 16 inmediato siguiente-) la primera alusión normativa clara a la hipoteca con cláusula "endowment".

En efecto, el art. 3º f) de aquél declara no sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: ... "*Las cantidades percibidas por un acreedor, en cuanto beneficiario de un contrato de seguro sobre la vida celebrado con el objeto de garantizar el pago de una deuda anterior, siempre que resulten debidamente probadas estas circunstancias*". Pero aparte de revelar una cierta simpatía de los poderes públicos hacia la fórmula que nos ocupa, sigo sin encontrar las supuestas ventajas financiero-fiscales que la justifiquen. Lo que ahora proclama el Reglamento citado ya se deducía para la mayor parte de los prestamistas con endowment de la regla -similar a la del art. 3.2 de la Ley desarrollada- que recoge el art. 1º-2 de aquél según la cual: "*La obtención por las personas jurídicas de los incrementos de patrimonio a que se refiere este Impuesto no quedará sujeta al mismo y se someterá al Impuesto sobre Sociedades*" en el que, en la medida en que sea restitución o reintegro de un previo desembolso -los intereses van por otro lado- no se apreciaría beneficio tributable alguno. De modo que la recentísima mención reglamentaria ampara sobre todo a prestamistas personas físicas de los que no conozco a ninguno que lo hiciese bajo la modalidad "endowment". Repárese, con todo, en que el reglamentarista exige que el contrato de seguro se celebre "*CON EL OBJETO*" (¿no desvirtúa ello la tipología del contrato suscrito?) de garantizar el pago de una deuda anterior.

(2) Diez-Picazo "*Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*" t. I, 1ª ed., pág. 243 los denomina "*contratos coligados*" y opina frente a los que entienden que cada uno de los contratos yuxtapuestos conserva su propia fisonomía y régimen jurídico, que la unidad de intención y de función exige que aquéllos sean considerados como una unidad jurídica y se entiendan como un solo contrato.

JUAN-MANUEL REY PORTOLÉS

ME ALEGRO DE CONOCERTE, ALFONSO X "EL SABIO"...

...PERO CREÍA QUE TUS "PARTIDAS" ERAN OTRA COSA

"LA LIMOSNA Y LA PROPINA"

DEL "YA", 12-2-1990

Da un millón de pesetas en la colecta de misa.

YA. LOGROÑO. Una mujer depositó un millón de pesetas durante la colecta benéfica celebrada este fin de semana en la catedral de Santa María de la Redonda, en la capital riojana de Logroño. Según informó el párroco de la catedral, en la homilía de la celebración eucarística del pasado viernes, una señora de la que se desconocen más datos de identidad depositó un millón de pesetas en metálico, durante la colecta del Día del ayuno voluntario, y destinada a la organización Manos Unidas.

Llegado el momento de la colecta en el transcurso de la celebración, el párroco de la catedral hizo mención al citado donativo, en billetes de 10.000 pesetas, y procedió a depositarlo, en presencia del público, en uno de los cestos petitorios. Hechos parecidos se han dado en Logroño, en los últimos meses, donde personas desconocidas hicieron entregas de donativos, en un caso de dos millones y en otro de diez millones, a personas necesitadas de la capital riojana.

Según los entendidos lo que más producía en determinadas épocas, después de la limosna, era la propina o "añadido" al servicio que se presta y que, alguna vez, sustituye al tanto por ciento que se cobra por el servicio, aunque para ello se hace preciso que se diga en las facturas: "servicio incluido" o "no se incluye el servicio".

La propina es y ha sido una costumbre ibérica que se tradujo en bares, tabernas y asimilados en una escenificación curiosa, pues cuando pagabas y dejabas algo de propina, los empleados del establecimiento gritaban haciendo a coro -haciendo sonar una campanilla o un cencerro- dos palabras: ¡GRACIAS, BOTE! Y yo recuerdo -porque el interesado me lo contó- que en la Facultad de Derecho de Madrid había la costumbre de pasar lista de los asistentes a clase que se leía citando por su nombre y primer apellido y, en vez de contestar "presente" que era palabra muy de la Falange, se exigía hacerlo por el segundo apellido. Lo mismo pasó en la Milicia Universitaria y en el Ejército. Pues bien, mi amigo, gran jurista ahora emigrado a Puerto Rico, se llamaba y se llama EDUARDO VAZQUEZ BOTE y cuando le nombraban en clase y él tenía que contestar con su segundo apellido, la clase en pleno se levantaba y decía: ¡GRACIAS BOTE!

Ahora yo creo que la propina y la limosna han perdido virtudes "productivas" y es que la sociedad se ha sensibilizado más, ha adquirido hábitos y costumbres más refinadas y en vez del rasgo caritativo se ha

acudido a lo que muchos denominan "tráfico de influencias" que lleva consigo la propina, la limosna, el tanto por ciento y los intereses. Mire -y es un decir- esta importación de tal producto en vez de hacerse a nombre del Consorcio de tal estamento, la van a hacer -si no les molesta- a nombre de tal señorita, la cual participará en la operación con un determinado tanto por ciento ¡No se preocupe don Juan, que la cosa está hecha!.

En la sierra de Cameros tuve mi primer destino registral. Se trataba de un pueblo de montaña precioso, pintoresco y famoso. Allí nació Don PRAXEDES MATEO DE SAGASTA y el gran dibujante SAENZ DE TEJADA, que llenó de falangistas valerosos la Revista VÉRTICE. Se cuenta del primero que, siendo primer Ministro, sus paisanos compraron unos billetes de lotería y le escribieron para que intercediese en el sorteo. Celebrado éste el día 22 de Diciembre, resultó premiado con el "segundo" el número que llevaban los paisanos de Don Práxedes. El Secretario del Ministro consideró que debía advertirle del hecho y de la carta de recomendación. Y Don Práxedes -que debía de tener un gran sentido del humor- le dijo al Secretario: -Escríbales una carta dándoles la enhorabuena por el premio y sintiendo mucho de no haberles podido conseguir el primero, que estaba reservado para altas personalidades...

Llegar a Torrecilla en un auto de línea y contemplar desde lo alto el río IREGUA, fue un gozo. Para un pescador el río ofrecía grandes posibilidades y debo reconocer que comí más truchas de las que pesqué. Por aquel entonces era muy "típico" dejar el acta de posesión firmada por el compañero que interinaba el Registro. Si contabilizo, han sido dos tomas de posesión con presencias, pero eso sí: los protagonistas ausentes han sido los voceros -quizá cabezaleros- en exigir que el espíritu de Barcelona provoque presencias...

Torrecilla, en Cameros, tiene como patrona la Virgen de TOMALOS (tómalos o déjalos) y su situación bordea la montaña para resguardarse de los fríos. Sus casas crecen en la ladera de la montaña y, bien porque allí se construye a la buena de dios o porque los "peritos" no dan más de sí: lo cierto es que las casas sufren una inclinación peligrosa. Cuento esto, ya que la mujer del Notario, se consideró obligada a ofrecerme una comida y no se le ocurrió otra cosa que dar cera al suelo y cuando empezábamos con los entremeses la mesa empezó a resbalar hacia el balcón atendiendo a la inclinación del suelo hacia la llanura o el valle. Como el Notario y yo dimos niveles normales, le pusimos un calzo a la mesa y nos "atizamos" una comida de mucho cuidado.

Torrecilla, en Cameros -donde destinaba el Ministerio de Obras Públicas a los peones camineros "sancionados"- ofrecía muchos alicientes: de pesca, de fotos, de reuniones, de meriendas, comidas y aperitivos y, en aquella época, de inscripción de Montes y de Investigación del Impuesto de Personas Jurídicas. Reconozco por haber nacido como mi paisano FELIPE II en Valladolid, que ello me vinculó a una especie de leyenda negra. Precisamente por terminar de inscribir los Montes de la zona decidí quedarme un domingo. Las misas de domingo en los pueblos -que antes se anunciaban en las carreteras- suelen celebrarse de forma distinta a la que se anuncia, pues el pueblo matiza que la misa de las

once puede celebrarse en el convento de las monjas de "arriba" o de "abajo" y esto último se silencia para el forastero, pero se conoce por el oriundo. Y cuando uno se queda sin misa piensa: el cielo está tan lleno que hay que acudir a estas argucias para que los que mueran sin oír la misa vayan de patitas al infierno...

Bien, sabedor de estas matizaciones "localistas" oí el domingo, con mi oficial, una misa de ocho de la mañana en el Convento de las Monjas. Al llegar el momento de la "colecta" pregunté a mi acompañante: ¿Esto es para las monjas o para el celebrante? La verdad es que la opción era "cuantitativa" y como me pareció entender que era para las monjas, recordando a mi tia Carmelita Descalza, me "prodigué" y eché en el cepillo o cestillo no sé si una moneda o un billete de cincuenta pesetas, cantidad poco "común" en colectas ordinarias. Luego me arrepentí pues ese hecho en un pueblo -en el que todo se sabe- podía haber provocado un nuevo caso de "prodigalidad". Todos conocemos que el mantenimiento de esa situación que afecta a la capacidad de la persona se mantiene porque hubo en su día un caso, aunque en la Comisión de Códigos se planteó otro, por uno de sus vocales, aunque luego resultó ser el mismo.

En aquella especie de palomar -tres metros cuadrados teniendo cuidado para no levantar la cabeza y tropezar con la estantería- logramos terminar las inscripciones de Montes y a eso de la una y media bajamos a la plaza a tomar un "refrigerio" (aunque hacía un frío de "puta madre"). Allí estaba el Notario, el Juez, el Secretario del Juzgado, el del Ayuntamiento y el Párroco del lugar. Me fueron presentado a los que no conocía de antemano: el Secretario del Ayuntamiento y el Párroco. Mi sorpresa fue enorme cuando le oí decir a este último: ¡Ya me había parecido a mí en la misa de las ocho que había "forasteros" en el pueblo! Lo cual significaba lo contrario de lo que me habían pronosticado: la colecta era para el cura y no para las monjas...

Ante la noticia que acompaño a estas líneas me he quedado pensativo de si aquel párroco -al que tuve la gran oportunidad de curarle una colitis crónica con limón cocido- es el mismo de Santa María de la Redonda. Mi memoria veranea en este punto, ya que todo lo que cuento sucedió en la época en que se celebraba el Centenario de la Ley Hipotecaria y mis cincuenta pesetas no creo que puedan traducirse en equivalencias a ese millón, en billetes de diez mil pesetas, que cuenta la noticia. Lo que parece extraño es que el Párroco no haya calificado de "forasteros" a los dadivosos, pero ello puede deberse a que en Logroño la gente es propicia a la "prodigalidad", como debe ser.

JOSE MARÍA CHICO Y ORTIZ