

X-54-232206-3

TD/466
Tens/00

La protección del prestatario hipotecario
en la financiación para la adquisición
de viviendas frente al ejercicio de la
acción hipotecaria

R.D: 113.347.

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE
MADRID
FAC. DERECHO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA MADRID
08.03.00 002070
REGISTRO GENERAL
ENTRADA

Doctorando: D. Luis Fajardo López
Tesis doctoral dirigida por el Dr. D. José María
Miquel González
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Índice:

ÍNDICE:	1
ABREVIATURAS	6
DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTE ESTUDIO	8
A. UNA APROXIMACIÓN. LOS RETOS DEL DERECHO	15
<i>1. La estructura de la información</i>	<i>21</i>
a) Complejidad	21
b) Abundancia	22
c) Insuficiencia	24
d) Propuestas	26
<i>2. El desequilibrio en las posiciones negociales de las partes</i>	<i>32</i>
e) Las condiciones generales de la contratación	35
f) Los contratos de adhesión y la contratación en masa	41
<i>3. Derecho y sociedad. La perversión normativa</i>	<i>51</i>
g) La perversión normativa, un factor estructural	51
B. EL DERECHO COMO UN CONJUNTO COHERENTE DE NORMAS	54
<i>1. Regulación positiva. Aproximación</i>	<i>60</i>
h) Legislación civil general	60
(1) Legislación hipotecaria	65
(2) Legislación civil en sentido estricto	77
i) Legislación sectorial bancaria	92
(3) Control de la información al consumidor	104
(4) Control de las condiciones del préstamo	105
(5) Control de caja, y de la política económica en general	108
(6) Conclusiones. Postura que se mantiene	108
j) Legislación de consumo	114
C. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA CUESTIÓN	117
<i>1. El círculo infernal</i>	<i>117</i>
<i>2. Causa y criterios de conexión en la venta financiada por tercero</i>	<i>124</i>
<i>3. Imposibilidad de modificar convencionalmente la estructura típica del préstamo hipotecario</i>	<i>127</i>
LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON FINANCIACIÓN HIPOTECARIA	130

D. EL NEGOCIO JURÍDICO ESTUDIADO	131
1. <i>El préstamo bancario instrumentado en cuenta corriente</i>	132
k) El préstamo	132
(1) El préstamo bancario no es un préstamo mercantil	134
(2) La naturaleza real (negación del carácter consensual)	148
l) La cuenta corriente bancaria	159
m) El préstamo bancario en cuenta corriente	172
2. <i>La hipoteca</i>	175
n) Algunas cuestiones previas	175
(1) La problemática del uso de cgc:	179
(2) El juego de la aplicación del principio de especialidad:	182
(a) Extensión en cuanto al bien en garantía	183
(b) Extensión en cuanto al crédito:	184
(i) Sobre el capital:	186
(ii) Sobre los intereses:	187
(iii) Las costas:	187
(iv) Ampliación:	188
(c) Conclusión	188
o) El artículo 153 LH	190
(3) Exégesis del artículo 153 LH:	195
(a) La innovadora legislación de 1909	201
(b) La reforma de 1944	203
(4) El abuso del art. 153 LH en el marco normativo actual	206
(a) Análisis de la jurisprudencia	210
(i) La jurisprudencia moderna (de 1936 a nuestros días)	210
(ii) El cambio jurisprudencial en torno al art. 153 LH.	227
(b) Conclusiones provisionales sobre la jurisprudencia analizada	230
3. <i>Otros contratos vinculados</i>	232
p) Construcción, promoción y venta de viviendas	234
q) Contrato de seguro	239
r) Pactos de colaboración	241
E. <u>¿ABSTRACCIÓN VERSUS ACCESORIEDAD?</u>	241
1. <i>Breve referencia al derecho alemán</i>	245

2. <i>El principio de abstracción en el ordenamiento español</i>	251
s) Justificación histórica	256
t) Una aproximación (negativa) al concepto de accesoriadad. El art. 118 LH	269
u) La accesoriadad en nuestro Derecho positivo	278
3. <i>Conclusiones</i>	287
F. LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA	295
1. <i>Introducción</i>	295
v) Planteamiento socioeconómico:	295
w) Una visión histórica (de derecho comparado)	297
2. <i>La vinculación en el Derecho español vigente:</i>	300
x) La doctrina del levantamiento del velo	300
y) La responsabilidad por los actos propios y la integración del contrato	302
z) La vinculación causal	304
(1) <i>La LCC</i>	305
(2) <i>La extensión del ámbito de aplicación de los criterios de conexión de la LCC. La Ley 42/98 reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles</i>	308
(3) <i>La Ley 57/68, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas</i>	311
(4) <i>Jurisprudencia</i>	314
(a) <i>Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	327
3. <i>Principales consecuencias derivadas de la conexión causal</i>	330
aa) <i>La compra a plazo (y el vencimiento anticipado)</i>	332
(1) <i>El incumplimiento del comprador. Excepciones esgrimibles frente a la resolución por incumplimiento del prestatario.</i>	333
(2) <i>El incumplimiento del vendedor. La suspensión del pago del precio y las acciones edilicias</i>	339
(a) <i>La retención del precio</i>	339
(b) <i>Acciones edilicias</i>	343
(3) <i>Resolución, nulidad o cualquier forma de ineficacia de la compraventa:</i>	344
bb) <i>El préstamo. El propósito práctico</i>	345
(4) <i>Incumplimiento del prestatario. El vencimiento anticipado y la regla del art. 1129 Cc.</i>	345
(5) <i>El incumplimiento del prestamista</i>	349
(6) <i>Normativa sectorial bancaria. El principio de transparencia</i>	349
(a) <i>El principio de transparencia en la contratación bancaria:</i>	371

cc) Otras consecuencias	373
(7) Las cláusulas abusivas	373
(8) La acción inhibitoria	378
4. <i>Recapitulación:</i>	380
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PRESTATARIO ADQUIRENTE DE VIVIENDAS ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA	389
G. INTRODUCCIÓN	389
H. ACLARACIONES	390
1. <i>Los procedimientos de ejecución</i>	391
2. <i>La acción hipotecaria</i>	394
dd) El principio de especialidad	394
ee) Acción real	395
3. <i>La interdicción de ejecución de deudas ilíquidas</i>	400
4. <i>Las ejecuciones en función del derecho ejecutado (ejecuciones mercantiles, civiles y administrativas)</i>	405
5. <i>El derecho ejecutado</i>	406
6. <i>Origen de su carácter ejecutivo (el título)</i>	407
7. <i>Caracteres de los procedimientos ejecutivos</i>	409
8. <i>La inadecuación de los procedimientos ejecutivos para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria</i>	413
9. <i>Crítica a la necesidad de un procedimiento ejecutivo para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria</i>	416
I. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	419
J. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS EXCEPCIONES ESGRIMIBLES	436
ff) <i>Análisis de la jurisprudencia constitucional</i>	436
gg) <i>Consecuencias iniciales. Las excepciones de carácter procesal</i>	457
(1) <i>Particularidades en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria</i>	463
(2) <i>Ámbito de aplicación</i>	464
(3) <i>Interpretación (constitucional) que se propone</i>	468
(4) <i>Oposición y contestación</i>	473

(5) La inadecuación del procedimiento	480
hh) Conclusión final: posibles excepciones materiales en los procedimientos ejecutivos de ejecución hipotecaria	485
(6) Conexión y oposición	485
(7) Excepciones materiales en los distintos procedimientos ejecutivos	485
RECAPITULACIÓN	488
CONCLUSIONES	512
BIBLIOGRAFÍA	521
ANEXOS	534
K. ANEXO PRIMERO	534
L. ANEXO SEGUNDO	536
1. <i>Análisis de las fuentes de información existentes:</i>	536
ii) Fuentes nacionales:	536
jj) Datos internacionales:	538
2. <i>Análisis de la información existente:</i>	540
(1) Datos internacionales:	541
(2) Datos nacionales:	542

Abreviaturas

- AC*, Actualidad Civil.
ADC, Anuario de Derecho Civil.
AFDUAM, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
AP, Audiencia Provincial (se usa seguido del nombre de la provincia).
art., artículo.
arts., artículos.
BdE, Banco de España.
BIMJ, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia.
Cc., Código civil.
Ccom., Código de Comercio.
CE, Constitución Española.
cgc, condiciones generales de la contratación (también usado como condiciones generales del contrato).
cit., citado/citada
DGRNot., Dirección General de los Registros y del Notariado.
DOCE, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y Diario Oficial de la UE.
ed., edición.
Ed., editorial.
E. de M., Exposición de Motivos.
EJB, Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
LATBI, Ley 42/1998, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.
LCC, Ley 7/1995, de Crédito al Consumo.
LCGC, Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.
LCU, Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LDIEC, Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
LECN, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (nueva).
LECv, Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por R.D. de 3 de febrero de 1881.
LH, Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.
LsubPH 2/1994, de Subrogación de Préstamos Hipotecarios.
LVP, Ley 50/1965, de Venta de Bienes Muebles a Plazo.
LVPBM 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
p., página
pp., páginas.
RCDJ, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
Resol., Resolución.
RDGRNot., Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RH, Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.
RJA, Repertorio de jurisprudencia Aranzadi.
RDBB, Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RdPat, Revista de Derecho Patrimonial.
s., siguiente.
SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial de (seguido del nombre de la provincia).
ss., siguientes.
STJCE, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS, Sentencia del Tribunal Supremo.
SSAP, Sentencias de la Audiencia Provincial de (seguido del nombre de la provincia).
SSTJCE, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

SSTS, Sentencias del Tribunal Supremo.

TJCE, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TS, Tribunal Supremo.

TUE, Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastrich a 17 de febrero de 1992, versión consolidada publicada en el DOCE, serie C, nº 340, de 10.11.1997

UE, Unión Europea.

ZEuP, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.

Determinación del objeto de este estudio

Quid faciant

leges, ubi sola

pecunia regnat.

Petronio.

Este trabajo persigue aclarar la posición jurídica y los mecanismos de protección con los que cuenta, frente a la ejecución de la hipoteca, aquél prestatario hipotecario que, con la finalidad de celebrar la compraventa de una vivienda, toma dinero a préstamo de una entidad de crédito.

El complejo negocio jurídico cuyo estudio es eje de esta investigación es, por tanto, el préstamo para la adquisición de viviendas garantizado con hipoteca. Sin embargo, razones de índole práctica me han obligado a limitar el alcance de la misma.

Ésta se reduce así a los préstamos concedidos por entidades de crédito, por ser los que plantean verdaderos problemas prácticos. Además, he considerado que la mayor utilidad vendría de estudiar las posibilidades de actuación del adquirente de vivienda frente a la ejecución de la hipoteca, tanto desde un punto de vista procesal como jurídico material. Nuevamente la limitación se ha impuesto desde la creencia de que el estudio jurídico

¹ Nótese que se utiliza la expresión préstamo, propia del contrato que se estudia, y no crédito, a pesar del uso que cierta legislación hace de forma indistinta de uno y otro término. Una explicación más detallada puede encontrarse *infra* en el epígrafe D.- El negocio jurídico estudiado, dentro del su apartado k) El préstamo, pp. 132 ss, en el capítulo "O.- La compraventa de vivienda con financiación hipotecaria" de este trabajo.

debe buscar resolver problemas reales que afecten a los ciudadanos, pues el Derecho no se justifica en sí mismo (ni en su grado de desarrollo técnico, valor sin duda a perseguir), sino por ser capaz de resolver satisfactoriamente los problemas que le plantea una sociedad en un momento dado.

Creo que, con respecto al préstamo hipotecario, es en el momento de la ejecución de la garantía cuando se manifiestan los problemas (económicos y sociales y, por ello, también jurídico-prácticos) que rodean a la figura que aquí estudiamos. Ello es así no sólo por lo expeditivo del procedimiento ejecutivo (es decir, por el procedimiento en sí), sino especialmente porque mientras el préstamo hipotecario cumple su función social (financiar la adquisición de una vivienda² -art. 47 CE- y captar capitales privados para alimentar el sistema económico) las posibles tensiones y abusos son

² Véase nota 732, p. 442. Si bien se trata habitualmente (como ejemplo véase GARCÍA CANTERO, "Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda", *BIMJ*, 1993, N° 47, PP. 3974 a 3977), junto con los derechos de propiedad (éste perteneciente a la sec. 2ª del capt. II, véase p. 98) y la protección de la familia (arts. 39 y 50 -que hace especial mención de la vivienda-, ambos del capítulo tercero), que tienen vedada la vía del amparo (art. 53.2 CE); no es menos cierto que éstos han de "informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pudiendo ser alegados ante los Tribunales en la medida en que las leyes positivas los desarrollen (art. 53.3 CE, que obviamente es también predicable del derecho de propiedad, del que además, la ley "deberá respetar su contenido esencial", art. 53.1). En este sentido, sobre el carácter normativo (esto es, vinculante) de la Constitución y el valor del capítulo tercero del Título Primero véase *infra* nota 88, p. 46. No se olvide que este derecho debe ponerse en contacto con el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución preconiza (10.1, véase nota 201, p. 98), y que se debe interpretar de acuerdo con los pactos y convenios internacionales suscritos por España (10.2 CE, véase *infra* nota 689, p. 410).

compensadas por la misma (el negocio satisface, con más o menos fricciones, el interés de las partes)³. Pero el momento de la ejecución es el punto de inflexión en el que, al ponerse en riesgo la función social, dichas tensiones salen de su estado de latencia para convertirse en argumentos contra la ejecución por la vía de la excepción.

Los posibles abusos que a través de su privilegiada posición pudiera cometer la entidad de crédito (prestamista-empresario) sobre el prestatario (consumidor), son regularmente aceptados por éste, bien por desconocimiento⁴, bien por temor a la aplicación de unas condiciones más estrictas pactadas en condiciones generales⁵, unido todo ello a la necesidad e incapacidad de maniobra del prestatario adquirente de vivienda⁶. Es por

³ Véase el sugerente artículo del Profesor MORALES MORENO, "El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (notas en torno a la significación de la utilidad de las cosas en los negocios de tráfico)", *ADC*, 1983, pp. 1529 a 1546, cuya tesis exponemos más adelante (véase nota 75, p. 39), que viene a proponer entender la causa próxima (el propósito práctico) como criterio para juzgar la validez de la distribución de riesgos del negocio, de tal suerte que hablará de "niveles de insatisfacción del interés negocial que por su importancia afectan a la justificación subjetiva del negocio, [y] hacen que carezca de sentido mantenerlo" (p. 1535).

⁴ Junto a una no pequeña dosis de resignación, de tal forma que es generalmente asumido un *sobrecoste* en este tipo de operaciones; por gastos que el consumidor desconoce exactamente a qué concepto responden, pero que, mientras se mantengan en los límites de lo soportable, se aceptan (con mayor o menor reticencia).

⁵ Véase *infra* p. 37 (párrafo que llama a la nota 70), en la línea mantenida por ALFARO, *Condiciones*, p. 35 nota 21.

⁶ La *LsubPH* tiene como objetivo principal ampliar el ámbito de maniobra del prestatario consumidor, haciendo frente a "la inviabilidad económica del cambio de hipoteca", debido a dos factores, según la propia Exposición de Motivos: "la fuerte comisión por

ello que sólo en el momento del cumplimiento forzoso (léase, la ejecución hipotecaria) se pondrá su validez en tela de juicio. En el periodo de ejecución hipotecaria el prestatario no tiene ya nada que perder. Por ello se trata del momento más importante (y normalmente único)⁷ de cara a la defensa de sus legítimos intereses⁸.

Lo anterior no quiere decir que aquí se proponga un estudio de todas las normas que afectan a la protección del consumidor bancario, ni siquiera en

amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo". Pero más allá, trata de "habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor", en cumplimiento del mandamiento del Parlamento al Gobierno, aprobado por unanimidad el 2 de noviembre de 1993.

⁷ Téngase en cuenta el curioso equilibrio entre la satisfacción de la banca con la realización del procedimiento ejecutivo (y así raro es que exija la deuda en un procedimiento declarativo una vez realizada la garantía hipotecaria y como consecuencia de la sujeción de todo el patrimonio del deudor al pago de la deuda *ex* 1.911 Cc.) y la del consumidor que se aquieta y no promueve un procedimiento declarativo de nulidad de la ejecución, o ejercita la acción de enriquecimiento injusto si no prosiguen tras él. Los costes medios para las entidades de crédito de ejercitar dichas acciones son superiores que considerar dicho remanente como impagado no recuperable (debe tenerse en cuenta que este es el riesgo que asume tradicionalmente la profesión de banquero). En cuanto al prestatario consumidor, prefiere aceptar la situación, que no meterse en gastos de los que no sabe bien lo que le deparará (téngase en cuenta que la entidad de crédito aún mantiene un crédito frente al prestatario, que puede ejercitar en vía reconvencional).

⁸ Ello no sólo no plantea problemas económicos ni de seguridad jurídica, sino que contribuye a la estabilidad en la primera y al fortalecimiento (transparencia, véase el argumento en *infra* p. 467) en la segunda. Véase nota 120 sobre el mercado bancario. Sobre la falsedad de que aporte seguridad jurídica, *infra* pp. 35 ss. especialmente a partir de la 37; también nota 701 en p. 419.

tanto que prestatario hipotecario. Me consideraré satisfecho si el presente trabajo consigue aclarar en cierta medida las pautas para una correcta aplicación de las mismas, especialmente en los cauces procesales en los que se lleva a cabo la ejecución de la garantía. De ahí que se analizará hasta qué punto y en qué condiciones es relevante el destino del préstamo y puede, por tanto, aumentar las armas de oposición del prestatario a la ejecución.

Y es que la finalidad social básica desaparece en dicho momento, ya que el complejo negocio (compraventa de vivienda hipotecada en garantía de su financiación) no sirve entonces para satisfacer las demandas de vivienda, sino únicamente como gancho o incentivo¹⁰ de una operación económica y, más allá, de la estabilidad económica del sistema¹¹. Dejemos para un

⁹ Usamos el término complejo para calificar económicamente el negocio, y no desde un punto de vista jurídico. Si se trata de un negocio mixto o coaligado se verá más adelante (*infra* pp. 241 ss. y 295 ss.).

¹⁰ Y así se podría ver como una fórmula de colocar un producto financiero en el mercado: financiación con garantía real sobre el bien cuya adquisición se financia (compra fomentada, en algunos casos, por la propia entidad de crédito, que se coloca en una posición muy próxima al vendedor).

¹¹ Como parece reconocer la E. de M. de la LECn « La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable». No compartimos esta última idea, véase *infra* p. 295 y la nota 532 que allí se encuentra. Por el contrario, sobre la

momento ulterior determinar dónde puede estar el punto de equilibrio de esta disyuntiva¹², para analizar a continuación las causas de esa desequilibrada relación económica que se concreta en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda.

En primer lugar nos aproximaremos a los problemas a los que el Derecho pretende dar solución, para ver que éstos derivan principalmente del peso de la banca, que puede imponer por la vía de hecho situaciones contrarias a Derecho, sin que éstas lleguen a ser fiscalizadas por los Tribunales. Hasta tal punto es así, que pueden llegar a imponer conductas que se infiltran en la dinámica de la interpretación jurídica¹³, e incluso de la creación del

conveniencia de dicha reforma, véase las afirmaciones de la profesora YSÁS SOLANES, *infra* texto al que referencia la nota 374, p. 189.

¹² Lo que en ningún caso es caprichoso, sino que viene determinado por normas de carácter constitucional, en primer término, y por las normas que dentro de esos límites constitucionales complementan aquellas, desarrollando el sistema.

¹³ Así la validez de las cgc que, como se verá, no encuentran acomodo ni en el actual sistema de fuentes, ni como fruto de la autonomía de la voluntad (entendida como concurrencia de dos voluntades en la formación del contenido del contrato), por lo que en principio parece que debería mantenerse la nulidad de todas ellas (véase *infra* I.A.1.e) Las condiciones generales de la contratación, en pp. 35 y ss., especialmente desde la p. 39); o el tratar de imponer unas condiciones abusivas por la vía de considerar que forman parte del derecho real de hipoteca y se imponen al consumidor sin consideración a la normativa protectora de aquél, en virtud del alcance del artículo 34 LH, y tratan de hacer ver que el control de las condiciones generales de los contratos es necesario en sede registral, tratando de que afecten al ámbito de los derechos reales, cuando el problema no es la configuración del derecho real, sino su ejercicio, que ha de ser siempre fiscalizable por los Tribunales, no pudiendo utilizar el *ius distrahendi* propio de los derechos reales de garantía como vía para evitar dicho control (véase *infra* notas 155 a 185); o, en el mismo plano que la observación anterior, tratan de constituir un nuevo

Derecho. Ello ocurre no sólo por la complejidad de la información del mercado crediticio, sino más allá de este primer análisis, por la estructura de un mercado controlado por las grandes entidades de crédito. De ahí que este primer apartado (I.A.- Una aproximación. Los retos del Derecho) lo hayamos dividido en tres subapartados (además de una pequeña introducción en la que se justifica la importancia de la misma):

Primero, (I.A.1) bajo el título "La estructura de la información", en el que esquematizamos sus principales problemas, y cómo las soluciones que con respecto a ellos se adopten, no pueden llevarnos a pensar que lo firmado es querido por el consumidor, lo que nos conduce al segundo de los problemas:

Segundo, (I.A.2), "El desequilibrio en las posiciones negociales de las partes", en el que abundando en la línea anterior, se anuncian sus dos principales consecuencias jurídicas: el tratamiento de las condiciones generales de la contratación, y el de los contratos de adhesión¹⁴.

Y, finalmente, el I.A.3.- "Derecho y sociedad. La perversión normativa". En él abordamos la tercera y normalmente menos tratada consecuencia jurídica

derecho de hipoteca, contra las normas principalmente imperativas que regulan los derechos reales (véase *infra* notas 163 y ss). Y muy especialmente lo que será el objetivo principal de este estudio: el haber conseguido abrir la vía de los procedimientos ejecutivos a situaciones que sólo eran protegibles por el declarativo ordinario, en atención a los intereses en juego. Véase *infra* el epígrafe 0 en general y el I.H.8 (La inadecuación de los procedimientos ejecutivos para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria) en especial.

¹⁴ Distinción de todo punto supérflua, pero señalada por la LCGC. Véase *infra* I.A.2 y especialmente la nota 57, p. 33.

del fenómeno que analizamos: el poder fáctico de las entidades de crédito y sus manifestación en múltiples aspectos de la práctica jurídica. Su corrección, en un Estado Social y Democrático de Derecho, es tarea irrenunciable de todos los operadores jurídicos.

Posteriormente analizaremos los instrumentos con los que el Derecho cuenta para operar esta corrección (I.B.- El Derecho como un conjunto coherente de normas), para concluir con el planteamiento, dentro del marco dibujado, de los que es el objeto último de nuestro estudio: la defensa del prestatario adquirente de viviendas frente a la ejecución de la hipoteca (I.C.- Planteamiento crítico de la cuestión).

A. UNA APROXIMACIÓN. LOS RETOS DEL DERECHO

Como justificación de la importancia, si es que la precisa, bástenos con señalar, a modo de ejemplo, las afirmaciones de ALMOGUERA GÓMEZ¹⁵, quien señala que los créditos¹⁶ hipotecarios acaparan "el mayor interés de la contratación crediticia actual", apuntando los siguientes motivos, que he resumido en tres:

¹⁵ ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "La protección del prestatario hipotecario", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, Crédito al consumo y transparencia bancaria, pp. 703 a 751

¹⁶ El autor habla de "operaciones de financiación con garantía hipotecaria" y de "crédito hipotecario" que supone "un porcentaje del 43,66 por ciento [...] sobre el total concedido al sector privado residente". ALMOGUERA, "La protección del prestatario hipotecario", p. 707.

- **Buen negocio para la banca:** Se trata de unas inversiones crediticias muy atractivas para las entidades financieras (seguridad, largo plazo con buenas expectativas de cobrar un alto interés,...).
- **Es un mandato constitucional:** Preocupación de los poderes públicos, por cuanto implica principios como el de la transparencia en la contratación o el de reducir costes financieros, que tanto tienen que ver con el funcionamiento de la economía, y con la protección de los consumidores, cuestiones ambas de Derecho constitucional, como también lo es el acceso a la vivienda, problema íntimamente ligado a estas técnicas financieras.
- **Interesa al funcionamiento de la economía¹⁷:** Como dato, señala este autor que en 1996 el 43'6 % del crédito concedido al sector privado lo fue mediante esta técnica, valor que había venido experimentando un 11 % de crecimiento interanual.

Si realizamos una aproximación sociológica, lo primero que descubriremos (como en tantos otros aspectos con relevancia económica) será la tensión existente entre la competitividad del mercado nacional frente a otros mercados (que exige, en el plano jurídico, una regulación con cierto grado de liberalización, a la vez que un alto grado de seguridad jurídica, de seguridad en el tráfico, lo que implica también, paradójicamente,

¹⁷ Una aproximación económica, aunque referida al caso alemán, puede encontrarse en ADAMS, Michael, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, Athenäum, Königstein, 1980.

determinado grado de intervención¹⁸), y la necesidad de responder a valores de justicia que las sociedades desarrolladas consideran imprescindibles¹⁹.

¹⁸ Así un mismo autor, tras afirmar que (p. 77) la no intervención en el sector bancario favorece la competencia (racionalidad económica, véase sobre los criterios de racionalidad la siguiente nota, 19), considera páginas después (y para el caso del préstamo) necesaria dicha intervención, por tratarse de un mercado incompleto (racionalidad técnica -aunque mejor sería decir, complementario de otros muchos mercados, en el sentido de que la financiación es requisito de la existencia de determinados bienes, esto es, de determinados mercados-), sometido a un sistema de licencias que limita el acceso a la actividad como medida de protección de sus usuarios (racionalidad social) y con ciertos mecanismos de control (control de precios mediante el tipo de interés, y otros controles realizados por el Banco de España). SANTOS PASTOR, *Sistema*, pp. 83 a 86. Sobre el primero de los aspectos, señala: "Probablemente la legislación «antimonopolio» no sea el procedimiento más eficaz de defensa de la competencia; a veces una autorización permitiendo que opere la competencia internacional, p. ej. en el sector bancario, es más eficaz que años de esfuerzos «antimonopolio» del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia (que, por cierto, nunca se asomó a este sector)".

¹⁹ La problemática es, de hecho, de mucho mayor calado, y refleja el problema de analizar los efectos colaterales de las normas jurídicas y en general de cualquier política pública. Para valorar los mismos se oye habitualmente hablar de utilizar criterios de racionalidad, con lo que lo reducen a racionalidad económica. Frente a esto consideramos excelente la respuesta de HARTWIG, Richard, "Rationality and the Problems of Administrative Theory", *Public Administration*, 1978, 56, pp. 159 a 179. Considera que la realidad social no puede ser abordada (comprendida ni tratada) desde un único criterio de racionalidad, y propone para medir el alcance de las distintas actuaciones públicas (en nuestro caso, normas) los cinco niveles de racionalidad propuestos por Paul DIESING en su libro *Reason in Society: Five Types of Decisions and Their Social Conditions*, desarrollado posteriormente en un artículo publicado en el nº 69 de la revista *Ethics* (1962). Estos cinco criterios reelaborados por Diesing (pp. 166 a 170), son: racionalidad técnica, social, legal, política y funcional. A ellos me remito para un estudio más detallado.

Por otro lado, la falta de unanimidad en las soluciones jurídicas, el constante cambio en los criterios normativos, y el excesivo valor de la vía de hecho, contribuyen también a la pérdida de seguridad jurídica, y con ello a la paulatina disminución de la competitividad, que podría caer bruscamente en un mercado que legalmente ya es único, y con un sistema de cambio de las divisas europeas bloqueado, en el que la presencia de un volumen significativo de entidades de otros países miembros de la Unión que otorguen préstamos hipotecarios en el mercado nacional es solamente una cuestión de tiempo²⁰. Ello no debe, sin embargo, hacernos olvidar las necesidades de gran parte de la población, y el compromiso político-jurídico de facilitar el acceso (no necesariamente en propiedad, bien es cierto) a la vivienda. Tampoco hay que olvidar que este mismo compromiso, elevado a principio rector de la política social y económica por la Constitución, confiere a dicha actividad su catalogación como de interés público, lo que ha permitido a algunos autores definir ciertas actividades (construcción, préstamo privilegiado para adquisición de vivienda) como de función pública²¹. No creemos que sea necesario calificar dichas actividades como

²⁰ Nótese que es la falta de claridad en el funcionamiento de este sistema lo que le resta seguridad jurídica, no la existencia de una normativa protectora (véase *supra* nota 8 y las remisiones que allí se hicieron), sin que le aporte nada. (al contrario, mucho le puede restar) el carácter más o menos expeditivo de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

²¹ En este sentido, IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración pública y vivienda: las técnicas de intervención administrativa en la promoción y adquisición de viviendas*, apartado 2.2.1, p. 63 ss. en el original consultado por gentileza del autor, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, junio de 1999. Nota este autor la utilización de

de función pública (y, más concretamente, de fomento), para mantener el interés público sobre las mismas, y la correspondiente regulación administrativa de la materia, como posteriormente veremos al estudiar el valor de las Circulares del Banco de España.

Siguiendo este enfoque económico, la pérdida de maniobra de las autoridades nacionales en defensa de sus mercados, en el ámbito comunitario europeo, facilita la realización de las políticas públicas de vivienda, desde el momento en que la tensión por la competitividad de su mercado frente a otros mercados próximos disminuye considerablemente, pasando a ocupar su puesto en importancia la estabilidad del mercado interior²².

mecanismos del Derecho privado para fines públicos, como la concesión de préstamos, privilegiados para la adquisición de viviendas, que son tramitados por las entidades de crédito, y no por la Administración, al amparo del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio; al igual que ocurre, de modo experimental, con el programa diseñado por el Ministerio de Cultura (Resoluciones de 26 de mayo y 21 de noviembre de 1998, de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo) de créditos a estudiantes universitarios que son gestionados por entidades de crédito. Menos dudas nos produce calificar de función pública otras actividades bancarias, como la recaudación de tributos. Lo que parece claro es que las entidades de crédito realizan de ordinario actividades como mínimo próximas a las propias (y exclusivas) de la función pública.

²² Es de señalar que, a pesar de la liberalización del mercado crediticio, en lo que afecta a los créditos hipotecarios, no se han producido aún los efectos de dicha liberalización. Ello resulta de la falta de uniformidad en la regulación que de las garantías reales existe en los distintos países miembros de la Unión, por lo que las entidades de crédito comunitarias no han tenido tiempo de adaptar sus fórmulas negociales a dichos sistemas. En este sentido, KNAUL, *Auswirkungen* y STÖCKER, *Die "Eurohypothek"*.

De esta situación cabe destacar tres grupos de problemas, a saber: 1) los relacionados con la información (complejidad técnica, exceso de información desorientadora, e insuficiencia de la necesaria; esto es: falta de claridad); 2) relaciones desequilibradas en cuanto a las respectivas posiciones de las partes (el consumidor, prestatario hipotecario y comprador, frente a la entidad de crédito)²³, y; 3) una mala práctica jurídica, reflejo del debate sociopolítico, como el creciente intervencionismo estatal, socialmente exigido (como el propio diseño del registro, en ciertas cuestiones "anclado en el pasado", sin una orientación protectora)²⁴, pero con unos límites económicos y políticos (con su correspondiente proyección jurídica) que conviene reseñar²⁵.

²³ La habitual intervención de otros profesionales en la operación (Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, constructoras, promotoras,...) dificulta aún más el ejercicio de sus derechos por el consumidor, pues aquellos se buscan amparo en la figura del tercero de buena fe.

²⁴ LÓPEZ MEDEL, *Registro de la Propiedad como servicio público*. El Registro (pienso) sólo podrá servir a estos fines como un plus, esto es; no puede significar que deje de servir a los fines a los que se debe. Bastará por tanto que en el Registro conste que la escritura que se califica es contrato de adhesión (véase *infra* nota 162, p. 82, sobre la constancia en la escritura de haberse celebrado conforme a condiciones generales). A partir de ahí la calificación será un juicio general sobre la validez *erga omnes* de las cláusulas del título que se califica, y no necesariamente (porque es imposible dicho análisis previo) de la validez de éstas en el concreto supuesto de hecho, lo cual quedará a merced de lo que puedan sobre ello decir los Tribunales. La validez o no de una concreta cláusula dependerá del contexto negocial en que se desenvuelva, pudiendo en ocasiones actuar como condición general, y en otras haber sido negociada. Véase *supra* nota 13 e *infra* p..

²⁵ En general, la mutua influencia entre Derecho público y privado, que difumina las barreras entre ambos, es producto de esta tendencia. Más adelante, en este mismo capítulo, extraeré conclusiones de este fenómeno referidas, lógicamente, a la regulación del préstamo hipotecario bancario. Véanse especialmente los apartados I.A.1.i)

1. La estructura de la información

En lo relativo al primero de los bloques; esto es, a los defectos provenientes de la estructura de la información, cabe destacar las siguientes características:

a) Complejidad

Se trata de una información compleja, y de difícil comprensión por el consumidor/medio²⁶. Baste recordar que hace múltiples referencias a conceptos contables unas veces técnicos, otras veces poco precisos. Además, no es una información uniforme, esto es, los conceptos de una y otra entidad no siempre son equiparables, por lo que la actividad de comparar entre productos de distintas entidades no resulta sencilla.

Legislación sectorial bancaria (pp. 92 ss.) y I.A.1.j) Legislación de consumo (pp. 114 ss.).
Puede verse también *infra* el epígrafe I.H.4, pp. 406 ss.

²⁶ Por ello la normativa protectora obliga a una publicidad sobre los costos financieros calculados conforme a una fórmula fija y homogénea para todas las entidades, el TAE. Ello sin embargo no resuelve los problemas de información existentes. En la misma línea se circunscribe el R.D. 515/89, de 21 de abril, de protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; y, entre otras, todas aquellas disposiciones que obligan a facilitar una oferta vinculante antes de contratar: el art. 16 de la Ley 7/95 de crédito al consumo, la norma sexta bis que introduce la circular 5/94 en la modificación que realiza de la 8/90 (en desarrollo igualmente del art. 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, del Ministerio de la Presidencia), o el art. 2, párrafo 2 de la Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (no se trata de una lista completa, sino ejemplificativa): se suele regular el contenido mínimo de la información y la forma en la que debe proporcionarse.

b) Abundancia

Es una información masiva y, sin embargo, generalmente insuficiente o incompleta. Ello se debe a que no es posible, en la inmensa mayoría de los casos, analizar qué préstamo reúne las mejores condiciones para una economía concreta, debido a la enorme oferta existente de productos financieros, de préstamos de distintas características, y al no despreciable número de entidades, también con características diversas (bancos, cajas de ahorro, banca europea, y otras entidades especializadas)²⁷.

Se trata de un mercado altamente competitivo, con un volumen de oferta realmente elevado y, sin embargo, los productos ofertados son muy similares, con lo que la competencia no se apoya realmente en las mejores o peores condiciones del préstamo, sino que, con técnicas de marketing, se desvía la atención a ventajas por domiciliación de nómina, recompensa de la fidelidad, atención personalizada, descuentos en adquisición de productos de consumo, servicios complementarios gratuitos²⁸, etc... Esta pérdida de competencia, a pesar de las medidas introducidas por la LsubPH, se observa en las no pocas ocasiones en los que la financiación es ofrecida

²⁷ Ciertamente la relevancia práctica de esta última distinción, desde el punto de vista del consumidor, es nula, desde el momento en que la regulación de todas ellas se homogeneiza bajo la rúbrica de "entidades de crédito" (salvo en cuestiones relativas a su funcionamiento interno y personalidad jurídica). Sobre la definición de entidad de crédito, véase *infra* nota 286, p. 141).

²⁸ Acceso a internet con una cuenta del banco, sorteos de diversos productos (coches, vajillas, viajes,...), consulta telefónica del estado de la cuenta, etc.

directamente por el vendedor del inmueble²⁹, supuestos en lo que lo que el consumidor elige es fundamentalmente la vivienda, y no las condiciones de pago (de las que únicamente comprueba que se acomodan *grosso modo*³⁰ a lo habitual). Las diferencias entre las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios de unas y otras entidades no son muy diferentes. Ello no quiere decir que no sean significativas para una economía doméstica, pero la inversión en tiempo y los conocimientos que un estudio de dicho mercado requiere, superan con mucho las posibilidades del consumidor medio y no se justifica en ese margen diferencial existente³¹. Esto es así porque en el afán de arañar un poco más, las entidades evitan la comparación entre unos y otros productos, tratando de retener al cliente con las técnicas ya señaladas. Ello se debe a que el tipo de interés viene determinado por la política macroeconómica, con lo que las entidades están obligadas (si no quieren salirse del mercado) a mantener unos tipos similares.

²⁹ Se puede considerar así la financiación como accesorio de la compraventa. Lo que se elige es la vivienda por sus características y precio, y sólo se contrasta la viabilidad del pago de la financiación propuesta, y no tanto sus condiciones.

³⁰ Los propios problemas de la información impiden una comprobación más exhaustiva.

³¹ Nótese que hablamos de condiciones financieras (formas de cálculos, conceptos computables, práctica de amortizaciones,...) y no de coste total de la operación en TAE y cuota fija (mensualidades).

c) Insuficiencia

El contenido de la información suministrada para contratar suele ser insuficiente para la toma de una decisión acertada. Esto es, falta una información sustancial, cual es el precio del contrato. Y aún peor, da a entender un precio determinado, cuando de la letra ("pequeña") del contrato se desprende un precio muy superior, o cuando menos diferente, del que en un principio aparece como tal³². No se puede partir de considerar que existe un mercado de condiciones generales y que sólo las empresas con mejores condiciones triunfan: los clientes ni tienen ni pueden manejar el volumen de información suficiente como para poder decidir cuál es la entidad de crédito que tiene el producto financiero más conveniente a sus intereses o economías³³.

³² El problema puede en determinados casos enfocarse como de inclusión de una cláusula sorpresiva. Al no recogerse estas como una de las modalidades de cgc abusivas, hay que reconducirlas a la teoría general del contrato. Al tratarse de una prestación accesoria de la principal de devolver el capital, no implicaría la nulidad del contrato, sino la de la cláusula en la que se pactan los intereses. Entendiendo que los mismos son consustanciales a los préstamos bancarios, podrían ser moderados por el Juzgador, en su función de interprete (interpretación integradora) del contrato, en lugar de anulados totalmente. Véase *infra* nota 607 en p. 356.

³³ ALFARO, *Condiciones generales*, p. 70, explícitamente dice que "el mercado no controla las condiciones generales porque los adherentes, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones contractuales en contratos individuales no basan su decisión de contratar o no, en el contenido de las condiciones generales", y -en su nota 113- que el empleo de condiciones generales no depende en absoluto de que estemos o no ante una situación de monopolio.

Ello es así, porque quien pide este tipo de préstamos no tiene, en la mayoría de los casos, la preparación suficiente como para prever y extraer de normas y cláusulas generales, el desarrollo de la relación obligatoria y, mucho menos, para calcular los costes de la operación que pretende concertar, ni para comprender las variables de las que depende, y poder así elegir entre préstamos calculados conforme a unos u otros parámetros.

En última instancia, como se ve, el problema de la información se reconduce a su estructura³⁴, y especialmente a la necesidad de utilizar unos criterios homogéneos. En este sentido la introducción del TAE pretendía establecer un índice que permitiera comparar las distintas ofertas con un criterio homogéneo, reduciendo con ello la complejidad de la información. El juicio de valor sobre los resultados de esta técnica, sin dejar de ser positivo, debe relativizarse. Hay que señalar que en muchos casos no es determinante, por no ser decisiva la financiación por sí sola, sino, el inmueble junto al que se coloca en el mercado (supuestos en los que el préstamo es un añadido al bien principal, que es el inmueble)³⁵; porque

³⁴ Se señala, lo que sirve de resumen, que la información está repartida asimétricamente, lo que provoca un fenómeno de "selección adversa", situación caracterizada por la imposibilidad de que el mercado distinga los distintos productos (o riesgos), lo que conduce a un desplazamiento de los buenos productos por los malos", SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, p. 89.

³⁵ De aquí que la protección del consumidor no pueda hacerse sólo en su condición de prestatario, sino que habría que regularlo desde la perspectiva de comprador de un concreto bien, y de deudor hipotecario. Con la LOE se ha perdido una buena oportunidad. Esta forma de "elegir" la financiación para la adquisición de vivienda redundante en el fenómeno de la selección adversa, al que hace referencia la nota anterior.

aunque el TAE quiso recoger una valoración de todos los gastos que el préstamo devenga, calculado en un periodo anual, concurren otra serie de gastos y servicios; porque no está siempre bien calculado (lo que nos remite al problema de la incorporación de la publicidad al contrato); y, finalmente, porque el consumidor mantiene (como es lógico) su desconfianza con respecto a un índice que ha sido calculado por quien le vende el producto (recuérdese el conocido alcance, excesivo alcance, del *dolus bonus*, cosa que el consumidor no desconoce), y del que desconoce los elementos que lo integran (y por tanto también cuáles no han sido tenidos en cuenta), con qué criterios se seleccionan éstos, cómo se conjugan.

Con ello el TAE disminuye tan sólo relativamente la complejidad de la información (aunque bien podría afirmarse lo contrario, cuestión que a nuestros efectos basta con dejar señalada), pero aumenta su volumen y, desde luego, la perplejidad del consumidor. Además, sus efectos no alcanzan a una buena parte de la venta de viviendas de nueva construcción, ni a quienes se subrogan en un préstamo al comprar una vivienda de segunda mano.

d) Propuestas

En relación con la estructura de la información se han articulado una serie de normas, unas con carácter civil y otras de mero control administrativo³⁶.

De un modo meramente ejemplificativo, baste señalar la Ley General de

³⁶ Puede verse el estudio de esta materia en *infra* I.B.1(3) Control de la información al consumidor, pp. 104 ss., así como al tratar la normativa sectorial bancaria, pp. 349 ss.

Publicidad, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 "sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, *información a clientes y publicidad de las entidades de crédito*"³⁷, o la Circular del Banco de España 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Todas ellas pretenden dotar de transparencia a los contratos bancarios³⁸, tratando de trasladar la moderna dogmática alemana de la *Transparenzgebot*³⁹ a la práctica bancaria española. Llegaremos así a la formulación del principio de transparencia⁴⁰, o claridad en la redacción del contrato. En el ámbito civil este principio exige

³⁷ Vigente en la medida en que complementa la O.M. de 5.5.94 y la legislación posterior (véase *infra* pp. 351 ss.).

³⁸ RIVERO ALEMÁN, Santiago, *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, cfr. pp. 167 y ss. y 204 y ss., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

³⁹ BRANDNER, Hans. Erich, "Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze", en *Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990*, pp. 317-324, Werner Verlag, Düsseldorf, 1990; KOLLER, Ingo, "Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", en la obra colectiva dirigida por BAUR, Jürgen, *Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, pp. 667-686; Saladruck, Berlín, 1990; WESTERMANN, Harm Peter, "Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?", en *Festschrift für Steindorff*, opus cit, pp. 817-832; CAMPENHAUSEN, Balthasar v., *Das Transparenzgebot als Pflicht zur Aufklärung vor Vertragsschluss*, Verlag V. Florentz GmbH., Munich, 1994.

⁴⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el artículo 8º de la LGCU). POWEL, Richard, "La responsabilidad de los bancos en la concesión de crédito (lender liability) y el deber de diligencia en el asesoramiento bancario: el caso Verity", *RDBB*, 64, 1996, pp. 1185 a 1190.

la precisa e indubitada determinación del objeto del mismo, como veremos⁴¹. Esta técnica es de aplicación exclusiva al objeto del contrato, pero no (o al menos no con el mismo alcance) a las condiciones generales que regulan el mismo, porque estas no son aceptadas por el adherente, sino que únicamente consiente aceptar bajo las condiciones generales que se le detallan, pero que no estudia, ni analiza, ni tiene en cuenta al aceptar (control de inclusión)⁴², amparado en la buena fe que debe regir el contrato y para cuya satisfacción se ha detallado (de lo general, principio de buena fe; a lo concreto, regla contractual) una serie de normas (control del contenido)⁴³. En nuestro país se está cometiendo el error de pretender considerar claras todas las condiciones que se adapten a determinados criterios siempre que no pertenezcan a una lista de cláusulas prohibidas u obscuras (tanto unos como otras de carácter, en ocasiones, meramente administrativo)⁴⁴, para así poder afirmar que la voluntad del consumidor se debe de extender a las mismas, salvando así el posible desequilibrio en los

⁴¹ Véase *infra* I.F.3(6)(a) El principio de transparencia en la contratación bancaria., pp. 371 y ss.

⁴² ALFARO, *Condiciones*, pp. 189 ss.

⁴³ La doctrina es unánime en mantener que es en el control del contenido donde radica el *Kernstück* de las condiciones generales. Por todos, ALFARO, *Condiciones*, nota 26 en p. 39, que se remite a su vez a WOLF.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el listado de los ANEXOS I (declaración obligatoria de tipos de operaciones activas) o IV (límite sobre valoración de cargos y abonos en cuentas activas y pasivas, en cuentas corrientes, de crédito y libretas de ahorro) de la Circular 8/90 de 7 de septiembre.

derechos y obligaciones de las partes (porque el mismo ha sido libremente aceptado por el consumidor conforme a condiciones -generales- que no pueden ahora ser tachadas de obscuras). Y es que el alcance de estas listas no puede ser otro (bajo pena de inconstitucionalidad⁴⁵) que servir de criterio de validez del contenido, de las condiciones generales del contrato, y no pueden ser consideradas criterio de inclusión, cuyo examen deben haber superado previamente. Entre nosotros se ha puesto tanto énfasis en los criterios de inclusión (toda la normativa sectorial bancaria gira en torno al concepto de la transparencia, al menos desde 1989⁴⁶ y por lo que a protección del consumidor se refiere), que es frecuente olvidar este extremo tan fundamental: el consumidor no otorga su consentimiento sobre las condiciones generales del mismo modo que sobre los elementos esenciales del contrato y demás condiciones contractuales⁴⁷. No puede considerarse que la validez de las condiciones generales dependa del tratamiento que reciba por las listas⁴⁸, ni se puede reconducir todo a una mera cuestión de inclusión (para afirmar que lo incluido obliga como si hubiese sido pactado).

⁴⁵ Véase la *infra* p. 39 y s, especialmente nota 77.

⁴⁶ Véase *supra* nota 27.

⁴⁷ Esta distinción, señalada por ALFARO y MIQUEL, puede verse más extensamente *infra* p. 47 (cita en nota 91).

⁴⁸ En primer lugar porque la lista sólo es operativa una vez que las condiciones se integran en el contrato. Y, en segundo lugar, porque ni su inclusión significa la imposibilidad de ser pactada (no se trata de listas negras, sino más bien grises, pues contempla excepciones y excepciones de excepciones, por lo que no basta hablar de estar incluida o excluida de la lista), ni su exclusión significa que sea válida (carácter ejemplificativo de las listas).

La corrección de los defectos de la información no supone la restauración del equilibrio entre las partes, equilibrio que tampoco parece ser requisito de aplicación de las normas civiles (ni siquiera en la visión del legislador decimonónico)⁴⁹. Pero aún más, tampoco supone (en contra de lo que opina gran parte de la doctrina y una jurisprudencia reiterada *ad nauseam*⁵⁰) el libre juego de la autonomía privada; esto es, que sobre lo firmado recaiga la aceptación, sin distinguir entre la aceptación de las condiciones contractuales (entre las que se integran todas las relativas a los elementos que el art. 1.261 Cc. configura como esenciales del contrato) y las condiciones generales⁵¹. En el fondo, el estudio de la estructura de la

⁴⁹ ALFARO, *Condiciones*, pp. 64 y 65.

⁵⁰ A favor de la interpretación propuesta véase con mayor detalle *infra* nota 91 y ss. (p. 47). En contra, puede verse la nota que sigue.

⁵¹ Sólo distinguen para someter las cgc al control que impone la LCU y la LCGC, para, acto seguido, aceptarlas como válidas y vinculantes (como pactadas) por cumplir los requisitos de inclusión. Así GIMENEZ VILLANUEVA, pp. 655 y 656: "La transparencia no se encuentra entre los requisitos del contrato, calificados por el profesor CASTÁN como esenciales y que exige el artículo 1.261" Cc. "Pero es presupuesto del consentimiento entre contratantes ya que la falta de transparencia podría producir declaraciones viciadas de voluntad y, por tanto, la falta del primero de los requisitos". O sea, ¡qué es esencial! En realidad, todos estos autores, que son la mayoría, lo que están haciendo es aceptar lo evidente, pero negarlo en el plano de las conclusiones. La consecuencia de tal error es el empeoramiento de la situación del adherente, ya que se considera que ha consentido sobre condiciones generales en el mismo plano que sobre las condiciones particulares, una vez que se cumplen los requisitos de control de la inclusión de las primeras. Así sigue diciendo el autor citado que "sin ser elemento ni requisito esencial de los contratos, es la transparencia útil e incluso necesaria en su interpretación" y con cita del 1281 se dice que "de esta norma se deduce la auténtica descripción legal de la transparencia como cualidad predicada de aquellos contratos que son claros y *no dejan dudas sobre la*

información no puede desligarse del problema del desequilibrio en las posiciones negociales de las partes, lo que seguidamente pasamos a tratar. Como colofón puede retenerse que como resultado de las referidas características de la información, "préstamos buenos" son desplazados por

intención de los contratantes [...] Esa cualidad en los contratos sólo se obtendrá garantizando a todos los contratantes el mayor nivel de información posible". Como vemos, la información se considera requisito para querer, no para incluir. No hay distinción en estos autores entre control de inclusión y control de contenido (y así refieren al control de contenido la normativa sectorial bancaria sobre transparencia). En el mismo sentido puede verse, como ejemplo, ORDUÑA MORENO, "Contratos concluidos mediante cgc", *Contratación y consumo*, donde tras desarrollar las teorías que correctamente (y es opinión compartida por el autor y por la doctrina que aquí se cuestiona) se apoyan en la doble manifestación de la voluntad (decisión y configuración, véase *infra* p. 47) desarrolla el concepto de «tipicidad de las condiciones generales», para justificar un sistema que lleva a la misma situación de sometimiento del adherente por el hecho de haber pactado. La tipicidad le sirve para mantener que determinados supuestos son abusivos, pero previamente ha considerado válido el contrato con condiciones generales y todas las condiciones generales de éste. Esto sirve para proteger en ocasiones (discrecionalmente –tipificadamente-) y así todas las Sentencias que cita (pp. 283 a 291) en sus conclusiones declaran abusivas determinadas condiciones generales. Ello es lógico, puesto que dicho criterio no sirve para decidir cuando NO son abusivos, porque el hecho de que se integren en el contrato no implica validez y lo que ocurre aquí es que opera la tipicidad (como mero requisito formal, *objetivo*) como requisito de validez (cuando la misma no depende *únicamente* de criterios objetivos, sino *también* de la concreción de la buena fe –*subjetiva*–). Se trata de una solución que, al no apoyarse en principios generales, dificulta la coherencia normativa en un campo tan necesitado de ella, subrayando las soluciones casuísticas que, a la postre, lejos de aportar justicia, ni siquiera justifica sus decisiones. Por contestar en términos de este autor: opta por la ineficacia o por la inconstitucionalidad (véase su nota 19, p. 282 y la nuestra *infra* 77, p. 40). Como colofón, se viene a concluir con la idea de que las normas de la LCU pretenden "lograr la igualdad de las partes en la contratación por adhesión" (NIETO, "contratos bancarios", p. 539).

"préstamos malos", produciéndose un fenómeno que ha venido a llamarse "selección adversa"⁵².

2. El desequilibrio en las posiciones negociales de las partes

El Derecho debe dar solución a las quejas de las organizaciones de defensa de los consumidores, y de pequeños y medianos empresarios, que denuncian el constante abuso al que les someten las entidades de crédito, que, debido a su fortaleza en la negociación, imponen las condiciones que les parecen más convenientes para sus intereses, primero; y, segundo, son poco escrupulosos en el cumplimiento de esas obligaciones así pactadas⁵³. Indican también que el sistema hipotecario (con la constante amenaza de la posible ejecución del inmueble) está orientado casi exclusivamente al cobro

⁵² Véase la nota 34 en este mismo epígrafe.

⁵³ La necesidad de estas soluciones es reconocida por la mayoría de la doctrina. Así MORALES MORENO, "El «propósito práctico»", nota 30, p. 1541, recogiendo a LEHMANN (*Vertragsanbahnung*, p. 64), afirma que "El sistema económico de mercado carece de mecanismos naturales de equilibrio entre los intereses de oferentes y consumidores. Es utópico pensar en una armonía natural. De ahí la necesidad de una protección desde el Derecho privado, exigencia política de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho", o como lo demuestran, en nuestra materia, obras como la de CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

de los créditos hipotecarios impagados⁵⁴, sin que se pueda utilizar para hacer respetar el clausulado contractual pactado.

El enorme peso económico de la banca hace que puedan imponer por la vía de hecho situaciones que en absoluto se adaptan al Derecho, y que sin embargo terminan convirtiéndose en práctica habitual⁵⁵.

Otro fenómeno no menos frecuente es el valor que, en un mundo cada vez más reglado, adquiere la mera vía de hecho como forma de imposición práctica de una determinada conducta. Ello es así en la práctica bancaria por un lado, por el enorme peso económico de las entidades de crédito, que pueden imponer al cliente (y de hecho así lo hacen como veremos) prácticas en absoluto acordes con su regulación y, no obstante acaban imponiéndose como habituales, hasta el punto de forzar una nueva interpretación de la norma. Por otro lado, el sometimiento de estas entidades a un control administrativo difícilmente fiscalizable, deja a estas a merced de la voluntad del Banco de España, que llega a imponer normas que se pretenden eficaces incluso frente a los usuarios de los servicios bancarios.

Aunque información y desigualdad son problemas distintos, desde un punto de vista jurídico las soluciones de ambos van parcialmente unidas. Ello se

⁵⁴ Un análisis histórico que avala dicha concepción del Registro se encuentra en ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias, Ed. Comares, Granada, 1995, cap. I, en especial pp. 11 a 18.

⁵⁵ Véase como ejemplo *supra* notas 4 y 13, idea que se desarrolla en las referencias de la nota 70, p. 37.

debe a que la preeminente posición de una de las partes en la negociación, deriva (en parte) de la estructura de la información.

La doctrina más reiterada (equivocada a nuestro juicio) y la legislación sectorial, tratan de corregir este desnivel en la posición de las partes suministrando la necesaria información al consumidor para desde ahí afirmar la validez de lo pactado⁵⁶.

Las exigencias con respecto a la información que se suministra no son iguales con respecto a la que forma parte de los elementos esenciales del contrato, y la que se refiere a condiciones generales que rigen el mismo.

Pero este desequilibrio no es nuevo, ni existe tampoco posibilidad de arreglarlo con mecanismos jurídicos. No es cierto que el Código Civil partiera de la premisa de igualdad de las partes en la contratación y; de hecho, establece criterios para salvar los problemas que ello podía plantear. El problema que no soluciona la legislación decimonónica es el del empleo de condiciones generales de la contratación⁵⁷ (cgc en adelante). Sin embargo la LCGC, con grave error de concepto por lo que nos sumamos a las críticas que ha recibido⁵⁸, parece distinguir, como cierta doctrina⁵⁹ entre

⁵⁶ Precipitada y, en la mayoría de los casos, simplista tesis: el adherente quiere lo que firma, si se incluye conforme a las normas de control del contenido. Véase *supra* nota 51, p. 30).

⁵⁷ ALFARO, *Condiciones*; MIQUEL, "Reflexiones".

⁵⁸ MIQUEL, "Reflexiones".

contratos celebrados con cgc y contratación en masa. Así mantienen que aunque conectados desde un punto de vista social (de hecho se trata de la misma realidad), conviene distinguirlos en su dimensión jurídica⁵⁹. Nosotros lo haremos así, para demostrar que dicha distinción no tiene ningún sentido práctico, puesto que al final la regulación es la misma en ambos supuestos:

e) Las condiciones generales de la contratación

Se trata desde un punto de vista económico de un mal necesario, en cuanto que constituyen un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las entidades de crédito⁶¹. Plantean sin embargo, en una primera aproximación⁶², la necesidad de su control⁶³ para impedir que quienes las

⁵⁹ NIETO CAROL, Ubaldo, "Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *AC*, nº 2, 11-17.01.1993

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, "Notas sobre el concepto de contrato de adhesión" (comentario a los Autos de la Aud. Barcelona de 5.2 y 1.3.1993), *RDBB*, Nr. 56, año XIII, oct.-dic. 1994, pp. 1057-1071. Véase también *supra*, nota 51.

⁶⁰ Como se ha indicado, ambas guardan una estrecha relación con los problemas de la información, pero el alcance de ese estudio es, a efectos jurídicos, insuficiente.

⁶¹ ALFARO, *Condiciones*, pp. 28 à 32.

⁶² Véase como un cambio de planteamiento del problema es recomendable y está plenamente justificado. *Infra* p. 39 (nota 75 y ss.).

⁶³ Distinguiendo, con todas sus consecuencias, entre el control de inclusión (especialmente el principio alemán de exigencia de transparencia, o *Transparenzgebot*, *infra* epígrafe I.F.3(6)(a), pp. 371 ss.) y el de contenido (que es el *Kernstück* del Derecho de las condiciones generales, como dice ALFARO recogiendo la opinión general - *Condiciones*, p. 39, nota 26- por boca de WOLF, véase *infra* I.F.3(7), pp. 373 ss.) y sin

utilizan mejoren su posición contractual a cargo del empeoramiento de la contraparte y del correcto funcionamiento del mercado⁶⁴. Se dice que se debe tener en cuenta por tanto, en qué medida los intereses empresariales en usar condiciones generales son dignos de protección, y limitar su uso a ese ámbito. Suele argumentarse en favor del empleo de cgc diciendo que: 1) es necesario para reducir los costes de conclusión del contrato; 2) facilita la división de tareas; mejora la coordinación de la empresa (no requiere tanta comunicación, facilita la planificación al permitir calcular gastos e ingresos homologables, facilita la ejecución de lo planificado); 3) facilita el cálculo anticipado de costes, técnica que resulta desde luego bastante más deseable que la pura y simple traslación de los costes al adherente (deudor hipotecario en nuestro caso); 4) aumenta la seguridad jurídica al establecer supuestos típicos no contemplados por el Derecho privado, y necesarios en la sociedad actual⁶⁵.

Este último argumento no debe exagerarse, puesto que si se trata de clarificar el derecho dispositivo vigente, no puede realizarse con unas cgc que suelen tacharse de oscuras (el artículo 10.1.a LCU, demuestra la insatisfacción del legislador al respecto). Además, la seguridad jurídica

olvidar, en este último caso, las herramientas y principios que nos proporciona la teoría general del contrato.

⁶⁴ La prohibición de la consecuencia a lo que esto lleva, la desigualdad en las contraprestaciones, se denomina en la doctrina alemana *Schlechterstellungsverbot*.

⁶⁵ ALFARO, *Condiciones*, pp. 28 a 36.

dimanaría de cgc aplicadas por los Tribunales⁶⁶, lo que no es el caso en España, dado el alto índice de condiciones generales abusivas (que no llegan a integrarse en el contrato, o que son ineficaces conforme al 10 bis, especialmente a su apdo. 2 LCU⁶⁷). Ello obliga a estudiar el papel que juegan en la práctica procesal⁶⁸, lo que se relega al momento de análisis de los artículos 131 y 153 LH, donde se contrastarán con la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LECn)⁶⁹.

Tampoco contribuye a una mayor seguridad jurídica la técnica por la cual las entidades de crédito establecen unas condiciones generales en su favor, y el mercado las fuerza, sin embargo, a desarrollar sus obligaciones de forma más acorde a sus intereses comerciales (publicidad, marketing, es decir; tratan al cliente mejor de lo que estipulan las cgc de la empresa): la pretendida seguridad se convierte en inseguridad cuando la empresa pretende ampararse, ante determinado conflicto, en sus condiciones generales que la "sobrepotege" cuando le conviene⁷⁰.

⁶⁶ ALFARO, *Condiciones*, pp. 32 a 36. Véase *supra* nota 8 en p. 11, y las que allí se reseñan.

⁶⁷ Antiguo 10.4 LCU en la redacción anterior a la LCGC.

⁶⁸ Coinciden en la conveniencia de profundizar en dicha línea MENTIS, Georgios, *Schranken prozessualer Klauseln in Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994, y; ACOSTA, J.B., *La tutela procesal del consumidor*, 1995.

⁶⁹ *Infra*, capítulo 0, pp. 389 ss., y especialmente I.J Procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria. Análisis de algunas de las excepciones esgrimibles, pp. 436 ss.

⁷⁰ En este sentido, ALFARO, *Condiciones*, p. 35, nota 21; RIVERO ALEMÁN, *Disciplina*.

Así la práctica puede parecer correcta y difícilmente reclamable ante los Tribunales, y sin embargo la entidad de crédito tiene un arma muy fuerte para someter a sus clientes en caso de conflicto, haciéndoles pasar por una solución que en todo caso (y por decirlo suavemente) agrade a ésta: amenazarles con la aplicación de la regulación contenida en las condiciones generales. Parece necesaria una fiscalización anterior a la vía judicial, junto a unos cauces procesales adecuados y, sobre todo, cierto grado de intervención administrativa previa⁷¹. Téngase en cuenta la existencia de un interés público protegible y que la Administración, en el desarrollo de sus funciones (bien podría decirse competencia, esto es obligaciones), se ayuda de organizaciones privadas (en lo que nos interesa, entidades de crédito), que quedan sometidas al control de la Administración⁷². Originariamente el control de las entidades de crédito se realizaba por motivos de política económica, actualmente, y sin dejar de ser parte de la ordenación económica, no puede desconocerse que persigue igualmente otros fines,

⁷¹ YSÀS SOLANES, María, *Préstamo hipotecario*, La Ley, Madrid, 1994, brevemente (pp. 185 a 187) pero de forma significativa en un capítulo aparte parece señalar al Registro de la Propiedad como el idóneo para realizar esta función. No compartimos (de *lege ferenda*) esta tesis, que es la que se ha plasmado en la LCGC, como se expondrá oportunamente. Y es que no debe olvidarse que la protección del consumidor sólo opera en sede obligacional, y que la función del Registro sólo debe alcanzar a la calificación de la trascendencia real de los actos y negocios que se le someten. Lo contrario sólo sirve para imponer al consumidor los pactos que han accedido al Registro, lo que es contrario al art. 33 LH y, en general, a la dinámica de nuestros derechos reales, ya que no rige entre nosotros el principio de abstracción típico del Derecho alemán.

⁷² Véase *supra* nota 21, p. 18.

resultado del cambio en la concepción del Estado⁷³. Incorporar a este control, inserto en los poderes de policía que ostenta la Administración, la capacidad para imponer normas de orden civil, no parece justificado. Ello no quiere decir que las normas dictadas en desarrollo de esta función pública no tengan cierta repercusión en el ámbito civil, como se señalará⁷⁴.

Concluyendo, los problemas aquí señalados relativos al uso de cgc se reducen a dos órdenes de cuestiones. Por un lado, la justificación de su empleo; por otro, el régimen jurídico con el que juzgar su validez. Coincidimos en ambos con ALFARO, por lo que remito a su monografía, que señala, con respecto al primero:

Las condiciones generales no pueden crear Derecho en el sentido que lo crea la autonomía privada o el legislador, es decir, *su eficacia no es -ni puede ser- constitutiva sino meramente declarativa*. Su eficacia vinculante para el adherente deriva de su contenido, de forma que serán vinculantes aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: Ley, costumbre y principios generales del Derecho⁷⁵.

⁷³ De fiscalizador, donde primaba la función de control; a Social y de Derecho; donde prima su función garantizadora de derechos individuales (Estado de Derecho) y la satisfacción de los mismos (Estado Social).

⁷⁴ Véase *infra* apdo. I.B, pp. 54 ss., y en especial I.A.1.i) Legislación sectorial bancaria, pp. 92 ss. (más concreto en pp. 108 ss.).

⁷⁵ ALFARO, *Condiciones.*, pp.101-102. Este autor matizará posteriormente su postura. Creemos no obstante correcta esta afirmación, en el sentido de que la derogación de la

Entrando en la segunda de las cuestiones, el régimen de las condiciones generales no pretende servir de límite al ejercicio unilateral de la determinación del contenido contractual, sino que se supone "un encargo del legislador a los Tribunales para que desarrollen [sobre las premisas que impone] el Derecho de los contratos"⁷⁶. Esta justificación sigue siendo la única válida a nuestro juicio, a pesar de la existencia de una nueva regulación sobre condiciones generales, pues la misma no depende de la regulación concreta, sino de la vigencia del principio de legalidad. No es disponible por tanto por la Ley, ya que su derogación o modificación afecta al orden constitucional. Luego el alcance de la normativa sobre condiciones generales debe de someterse a este criterio interpretativo. El legislador no puede realizar una delegación legislativa en los particulares⁷⁷.

ley dispositiva debe de ser producto de la lógica comercial (de las necesidades del tráfico) y, en este sentido, será concreción de, entre otros, el principio de la buena fe en su función de integración del contrato (lex art. 1258 Cc., MIQUEL, véase *infra* nota 96, p. 49 y lo que en esas páginas se dice), lo que lo conecta con la satisfacción del interés negocial que otra doctrina (MORALES, "El «propósito práctico»", cit. *supra* nota 10) controla a través de la figura de la causa concreta. La integración del negocio por la buena fe, y el control de la distribución de riesgos mediante la incorporación de ciertos motivos a la causa del contrato, pueden considerarse dos caras de una misma moneda.

⁷⁶ ALFARO, *Condiciones*, p. 100. Vid. Para referencias doctrinales la nota 182 que se contiene en esa misma página.

⁷⁷ ALFARO, *Condiciones*, p. 51. En contra, los autores, minoritarios, que secundan la tesis normativista (las cgc son normas y por tanto no precisan para su validez del concurso de dos voluntades concurrentes), Vid por todos, PFLUG, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich, 1986. Este autor considera que es costumbre el aceptar el empleo de condiciones generales, no que las condiciones generales sean ellas mismas costumbres, pero acto seguido admite que tal interpretación

Considero así las cgc una suerte de normas internas de las organizaciones privadas (y en esta medida tienen su proyección constitucional en el derecho a la libertad de empresa, art. 38 CE), a las que el poder del Estado permite cierta trascendencia externa (como respeto al referido Derecho constitucional) en la medida en la que estas respeten los límites reconocidos a otros derechos constitucionales, lo que, en línea de principio, se garantiza en el respeto a los límites establecidos por los arts. 1255 y 1258 del Cc⁷⁸. Desde el punto de vista de los particulares se apoya en el respeto debido (conforme a la buena fe *ex art. 7. Cc.*) a la autoorganización, como manifestación del principio de libertad contractual; esto es, en la obligación de respetar la esfera jurídica ajena.

f) Los contratos de adhesión y la contratación en masa

En el ámbito de la financiación privada a la adquisición de viviendas, y más en general en el de la contratación bancaria, destacan, como en otros muchos órdenes de la práctica comercial moderna, los contratos en masa, contratos formulados básicamente conforme a condiciones generales. En ellos, una de las partes predispone el contenido de la relación negocial a la

es inconstitucional. Véase nota 38 en la obra citada de ALFARO, donde entre nosotros cita a LANGLE y a J. GARRIGUES, si bien matiza que este último tan solo asimila a los usos determinadas condiciones generales, lo que no equivale a fundamentar en ellos su validez. Aquí con MIQUEL (véase *supra* nota 51 en p. 30; y 58 p. 34).

⁷⁸ Muchas veces se confunden las normas de estos artículos. Obsérvese la distinción, desarrollada *infra* en las pp. 46 ss., a partir de la distinción entre poder de decisión y de configuración, como contenido de la autonomía de la voluntad.

que la otra parte simplemente se adhiere. Ya hemos analizado el tratamiento general que la doctrina da al empleo de condiciones generales. Aquí nos centramos en el segundo de ellos, el tratamiento jurídico de los contratos de adhesión⁷⁹, recordando que esta distinción sólo se apoya en la mala técnica de la Ley. Intentaremos señalar los errores a que suele llevar esta falsa distinción (si no hubiera quedado suficientemente claro)⁸⁰, exponiendo la doctrina elaborada sobre la suposición de la misma.

Obviamente, el contenido unilateralmente determinado tiene unos límites. La protección del adquirente de préstamos hipotecarios pasa necesariamente por el estudio de los requisitos que debe de cumplir la fijación unilateral de dicho contenido, y de las sanciones de la falta de observancia de los mismos:

El artículo 1255 del Cc. consagra el principio de autonomía de la voluntad. Conforme a éste los contratantes pueden establecer los pactos que tengan a bien, que tendrán carácter vinculante entre ellos (art. 1257 Cc.). Si tal medida se aplicase *strictu sensu*, como viene señalando la doctrina⁸¹,

⁷⁹ Nótese que el contrato de adhesión no implica la existencia de una pluralidad de ellos, no implica el uso de formularios, sino que únicamente se refiere a contratos prerredactados por una de las partes, en los que no existe negociación, otorgando la aceptación el adherente a todo el negocio en su conjunto, o negándola en su caso. Se trata de un "lo tomas o lo dejas". La diferenciación, no obstante, carece de relevancia práctica y es contraproducente, por lo que no se hace hincapié en ella (véase *supra* p. 35).

⁸⁰ Véase *supra* notas 51 y 57.

⁸¹ De hecho, en esta crítica se justifican las medidas intervencionistas de protección de los consumidores. Estoy claramente a favor de las mismas, pero teniendo en cuenta en su

haría que quien está más preparado para negociar consiga una posición privilegiada en el contrato; o, dicho de otra forma, que el que tiene una necesidad se vea obligado a aceptar las condiciones más reprobables,... En definitiva, el más fuerte vería reforzada su posición, pudiendo incluso imponer no sólo condiciones usurarias, sino incluso vejatorias (p. ej. que afecten a la disposición sobre bienes de la personalidad)⁸². El sistema jurídico no puede amparar unas consecuencias que resultan socialmente reprobables. Debe recordarse que el principio de libertad contractual, que es la concreción del de autonomía de la voluntad en esta materia, encuentra su límite no sólo en el respeto a la Ley imperativa (esto es, la que el legislador ha querido que sea *inderogable por el acuerdo de voluntades, la materia indisponible por los particulares*), sino también a la moral y al orden público⁸³.

Por otro lado dichas leyes imperativas deben, para que pueda predicarse de ellas la obligatoriedad de su observancia⁸⁴, ser conformes con la

elaboración que el Derecho Civil ya articula desde antiguo una serie de mecanismos correctores que hay que usar y desarrollar antes de plantearse una intervención legislativa más contundente.

⁸² Nótese que la sola aplicación del principio de autonomía de la voluntad nos llevaría a proteger al predisponente (oferta contratar sólo con sus cgc). La protección del consumidor se apoya así también en el artículo 33 de la CE, por cuanto presupone la protección del contenido social del derecho de propiedad.

⁸³ No debe de olvidarse que la finalidad de esta excepción es no poner la fuerza coactiva del Estado al servicio del cumplimiento de pactos que, aunque libremente aceptados, resulten socialmente reprochables.

⁸⁴ En puridad, la ley, por el mero hecho de serlo es obligatoria (basta que haya sido aprobada por los cauces preestablecidos), esto es, basta su validez formal para que la administración y

Constitución. Ello exige, desde un punto de vista formal, que sean dictadas por el órgano competente (para el caso del Derecho Civil, el legislador nacional⁸⁵, esto es, las Cortes Generales⁸⁶), y; desde la óptica material, o del

los particulares estén sometidos a la misma, con independencia de su contenido. Ello no quiere decir que el aspecto material sea irrelevante, de hecho una ley contraria a la constitución a) debe ser acatada por la administración y por los particulares, si bien éstos pueden optar por incumplirla, esperando la posterior tutela de los Tribunales si se solicita su auxilio para exigir el cumplimiento de aquella, o solicitando tal protección (la de los Tribunales) si es la Administración la que actúa en aplicación de la norma supuestamente inconstitucional; b) en caso de solicitarse su cumplimiento ante los Tribunales, éstos deberán de inaplicarla si es anterior a la Constitución, y de elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional si, siendo posterior a aquella, plantea dudas sobre su adecuación a la misma, suspendiendo el fallo hasta la resolución del órgano consultado. Este último mecanismo es el que el particular debe de proponer, a modo de excepción, ante el órgano jurisdiccional ante el que se le haya solicitado el cumplimiento de la ley. El órgano jurisdiccional será muy libre de elevar o no la cuestión al Constitucional. En caso negativo, al particular le quedará la posibilidad de plantear un recurso de amparo, no ya *contra la ley, sino contra la Sentencia (o cualquier otra resolución -u omisión- judicial, art. 44 LOTC)* que, en aplicación de la ley, viole la Constitución.

⁸⁵ Sin perjuicio de "la conservación, modificación o desarrollo" de las materias que siendo propias del Derecho Civil se hayan reguladas por normas forales o especiales en las Comunidades Autónomas en que tales derechos existen. En cualquier caso nuestro ámbito de estudio (tanto este primer enfoque general sobre la "aplicación y eficacia de las normas jurídicas", como el más concreto del "crédito hipotecario" es de exclusiva competencia estatal (normas 8ª y 11ª del art. 149.1 CE). Existe no obstante alguna normativa de las comunidades autónomas, cuyo contenido y marco competencial habrá que estudiar, referido a la adquisición de inmuebles por consumidores (especialmente en vanguardia la Ley catalana de viviendas 24/1991, de 29 de noviembre, DOGC de 15 de enero de 1992).

⁸⁶ Ello resulta de la atribución de tal competencia al legislador nacional por el art. 149.1. La reserva de ley, no obstante (que no de ley nacional, puede ser también autonómica si se respeta la distribución competencial), va, en lo que a nuestra investigación respecta, más allá; pues siendo la propiedad uno de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución (art. 33), y afectando el derecho de hipoteca al contenido de

contenido de la misma, que éste respete el clausulado constitucional (lo que implica también el respeto al Derecho comunitario, en la medida en que éste sea de directa aplicación⁸⁷), lo que alude a los derechos y libertades en ella

aquél, parece que este último deba ser regulado, en lo que limita el contenido esencial de aquella, por ley (art 53.1 CE). Como señala DIEZ-PICAZO (Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, ed. Civitas, Madrid, 1995, vol. III, p. 54) refiriéndose al derecho de propiedad:

“Es verdad que el artículo 53 de la Constitución sólo incluye en la reserva de ley el «ejercicio» del derecho. Sin embargo, no es difícil establecer un íntimo enlace entre ejercicio y contenido del derecho para sacar la conclusión de que sólo se regula el ejercicio estableciendo previamente su contenido. [...] La Sentencia [STC 37/1987] dice que el artículo 33.2 de la Constitución flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la ley, pero que puede también llevarse a cabo por la Administración «de acuerdo con las leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. La Sentencia añade que esta concreta reserva de ley prohíbe «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido de la propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*»”.

De igual forma, los ataques al contenido esencial de este derecho, tienen acceso al procedimiento contemplado en el apartado 2 del referido art. 53 CE.

⁸⁷ Nos referimos a los Reglamentos, y a las Directivas que cumplan los requisitos de claridad y concreción suficientes como para ser aplicadas directamente en caso de su no transposición en el plazo previsto en las mismas. Las demás normas comunitarias, al tener que ser incorporadas por otra nacional para que se pueda considerar vinculante en nuestro ordenamiento, no presentan problemas de integración (el conflicto se daría, en caso de ser contrarias, entre dos normas nacionales, y se resolvería conforme a las reglas de rango, tiempo y especialidad previstas en la Constitución -art. 9.3- y concretadas, parcialmente, por el Código Civil, art. 2.2). Véase sobre la aplicación de las Directivas no transpuestas la STJCE en el caso «El Corte Inglés», y la utilización que de dicha doctrina propongo en *infra* pp. 323 ss.

reconocidos, pero también, en la medida en que las desarrolle, la adecuación a las directrices de la política social y económica que aquella impone⁸⁸.

La remisión del art. 1255 Cc. a la Ley debe de entenderse hecha en sentido material, esto es; a las normas jurídicas sin distinción de su rango. Por tanto la libertad contractual está limitada tanto por la ley ordinaria, como por la orgánica; tanto por las disposiciones nacionales como por la normativa de las comunidades autónomas. Cabe incluso que parte de esta regulación se opere por la vía del reglamento, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que éstos surtan efectos *ad extra*⁸⁹.

⁸⁸ No en vano la Constitución es una norma jurídica, y no una mera declaración de intenciones (véase sobre el tema GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid). Su artículo 9.2 impone a los poderes públicos, entre los que cabe incluir al legislador (que es legislador constituido y no constituyente, por tanto, sometido a la voluntad manifestada de aquél, mientras no decida modificarla por los cauces constitucionalmente establecidos), "remover los obstáculos que impidan o dificulten" la plenitud del individuo y de los grupos en que se integra, y para ello señala el camino que se debe seguir (dejando gran libertad, ciertamente al legislador ordinario), y en el que debe de darse entrada a "los principios rectores de la política social y económica" que conforman el capítulo III del Título Primero de nuestra Carta Magna (recordemos, toda ella norma jurídica, esto es, imperativa, vinculante). Dicho Capítulo III, en el que se recoge "el derecho [de todos los españoles] a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47 CE), ha de informar "la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos", obligación que viene reforzada por el apartado 2 del art. 9 citado. Véase sobre el tema DE JUAN ASENJO, Oscar, *La constitución económica española: iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

⁸⁹ A saber: 1)habilitación legal expresa; 2)que el órgano delegante ostente la competencia delegada, y; 3) que no exista reserva de ley o, de existir, que la delegación se refiera a reglamentos de desarrollo de la ley, y sólo en cuestiones de detalle. Como señalan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ en el volumen I de su Curso de Derecho Administrativo, p. 191: "Se habrá observado [tras la doctrina sentada por el

Tenemos pues un primer límite a la autonomía de la voluntad que es el establecido por el art. 1255 Cc. Pero este precepto actúa bajo dos premisas que en el supuesto que analizamos no se cumplen: a) el concurso de dos voluntades, y; b) los efectos del contrato únicamente se extienden a las partes que lo celebran⁹⁰. No existen dos voluntades que concurren a la formación (entendida como elaboración) del contrato, por cuanto que una de ellas sólo se extiende a sus elementos esenciales (fundamentalmente a su objeto, esto es, a las contraprestaciones básicas de las partes).

La teoría moderna del contrato, distingue entre los dos aspectos en los que se descompone la libertad contractual: la libertad de decisión, y la de configuración⁹¹. La teoría clásica, al no distinguir estas dos facetas, considera obligatorio todo lo "firmado" (lo consentido es querido por el

Dictamen de 1 de julio de 1982 del Consejo de Estado, y ratificada por el Tribunal Supremo y el Constitucional en sus sentencias de 10.10.86 y 7.4.87, respectivamente] que hay un ámbito natural o inherente al Reglamento como norma, el de las cuestiones administrativas que corresponden al ámbito organizativo de la Administración, y que en el resto, bien por no tratarse de cuestiones administrativas, bien porque tratándose de ellas está en juego la imposición de deberes y obligaciones a los ciudadanos o la limitación de sus derechos reconocidos por otras fuentes, el Reglamento puede eventualmente actuar, pero siempre en su función secundaria de complemento de la Ley y en virtud de una habilitación específica de ésta (delegación legislativa)."

⁹⁰ Y sus herederos (salvo que los derechos y obligaciones que de aquél devienen no fuesen transmisibles "por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley"), así como los posibles efectos que en virtud del art. 1257 Cc se deriven para un tercero beneficiario.

⁹¹ En este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, José María, trabajo inédito con el título "Reflexiones sobre las condiciones generales", p. 6 en el texto que me facilitó, posteriormente publicado en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1995.

adherente), sin entrar a valorar si se trata de condiciones generales o particulares⁹².

Esta voluntad concurrente se expresa en dos planos. En un primero como voluntad de contratar (o *libertad de decisión*⁹³), de la cual es expresión el artículo 1262 al decir que

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

En un segundo plano se puede distinguir una voluntad creadora del contenido del contrato. Dicha *voluntad de configuración*⁹⁴ es a la que hace referencia el 1255 Cc.:

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

La voluntad de contratar no va siempre acompañada en todo negocio de una correlativa voluntad configuradora. Así ocurre en los contratos de

⁹² Unas son producto de la autodeterminación (libertad para configurar el contenido del contrato), otras de la heterodeterminación (en tanto que el contenido de las reglas que contiene es extraño a la voluntad de una de las partes) unilateral (en tanto que es una de las partes quien lo impone sobre la otra). Este último supuesto es manifestación de la libertad de decisión (decido someterme a condiciones generales -en la confianza de un contenido respetuoso, cuanto menos, con la buena fe). ALFARO, *Condiciones*, pp. 56 a 60, que sigue a FLUME, *Rechtsgeschäft*. En el mismo sentido MIQUEL, *Reflexiones*, .

⁹³ En la expresión de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *Reflexiones*, 4946-4947.

⁹⁴ En expresión del mismo autor, MIQUEL, *Reflexiones*.

adhesión, en los que la configuración del mismo corre a cargo de una sola de las partes. Esta voluntad de contratar está sometida o mejor, protegida, por el art. 1258 cuando integra en el contrato, además de sus cláusulas, la Ley⁹⁵, los usos, y la buena fe⁹⁶. Es en esta línea en la que deben de interpretarse las normas por las que se rigen las condiciones generales de los contratos, la LCGC y el artículo 10 de la LCU⁹⁷. Como se ve, partiendo del contrato de adhesión llegamos al control de las cgc, pues las cláusulas de dichos contratos celebrados en masa son básicamente condiciones generales.

Para los préstamos hipotecarios podríamos decir que el adquirente de los mismos mira poco más que las condiciones financieras, y estas de forma muy genérica (cuánto le prestan, cuánto debe de pagar, en cuánto tiempo, y con

⁹⁵ Entiéndese por ella las disposiciones normativas en general (interpretadas conforme a las pautas del capítulo II del Título preliminar del Cc., lo que a su vez nos permite introducir otros elementos en la integración del contrato, como los principios generales), no sólo la ley en sentido formal.

⁹⁶ Sobre ésta MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil", Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. XXIX. Véase también del mismo autor la voz "buena fe", *EJB*.

⁹⁷ Ciertamente, las normas sobre integración de las cgc en el contrato, conforme a los arts. 1258 y 1262 Cc., no se ven derogadas por la nueva regulación contenida en estas dos leyes, como se verá en lo que sigue. Véase para la idea de que las normas también se repiten (y hoy en día con excesiva frecuencia) y no sólo (y cada vez menos) constituyen excepciones de una norma general, pp. 55 ss., especialmente la nota 114. Para la idea de que la norma especial ha de contener una mayor protección del consumidor que la norma general, y que así debe ser interpretada, *infra* pp. 293 a 293 y 377.

qué cuotas), relegando la regulación de las posibles vicisitudes del contrato en la entidad bancaria (mucho menos cuando el consumidor se limita a comprar una vivienda, subrogándose en un préstamo anterior). Por otro lado, tampoco los efectos del contrato se extienden exclusivamente a ambas partes, pues al ser la hipoteca una garantía real, queda ligada al derecho de propiedad del inmueble sobre el que recae, siguiéndole allá donde éste vaya, con independencia de quién sea su titular, afectando por tanto a la esfera jurídica y económica de terceras personas.

Esta repercusión en el ámbito de los derechos reales, implica, se dice, nuevas limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, más allá de lo dispuesto por los artículos arriba mencionados⁹⁹. Ya nos hemos pronunciado en contra de estas ilógicas consecuencias, lo que se justificará más adelante⁹⁹. Estas particularidades han justificado la especial regulación de protección de los consumidores, que más abajo se detalla¹⁰⁰. Sus efectos resultan contraproducentes en no pocos casos¹⁰¹. A continuación trataremos de aproximarnos al origen de dichos efectos perniciosos.

⁹⁹ YSÀS, *Préstamo hipotecario*, lo define de contratos coligados (p. 83), pero no parece aplicarle el régimen de estos contratos (pp. 95 ss.). Esta forma de confundir ambos contratos, al defender un concepto de accesoriedad a mi juicio exagerado -véase *infra* pp. 241 ss.-, permite cualquier cosa, pues se pasa del campo de los derechos reales al de las obligaciones, y viceversa, sin ningún tipo de rigor. Es buena muestra de ello LALAGUNA, "Hipoteca y crédito", pp. 27 y 28.

⁹⁹ Véase nota 13 y las que allí se citan.

¹⁰⁰ Véase *infra* el epígrafe (A.1.j)Legislación de consumo, pp. 114 y ss.

¹⁰¹ Me remito nuevamente a la nota 13 y las que allí se citan.

3. Derecho y sociedad. La perversión normativa

g) La perversión normativa, un factor estructural

Utilizo el término estructural no en su sentido técnico de "permanente", de parte de la estructura. Pudiera decirse, si se prefiere, factores de alcance general, por cuanto imbuje a todo el quehacer jurídico: es general en la aplicación del Derecho. Me refiero al exceso de normas, en el sentido de que el Derecho pretende alcanzar la regulación de un sin fin de actividades humanas, y lo quiere hacer con detalle. El desarrollo de la técnica implica de ordinario, en este sentido, un reto para el legislador, que tiene un nuevo supuesto para el que dictar una norma. También influye en el abundante número de disposiciones existentes, la concurrencia de competencias normativas en distintas entidades: Unión Europea, Estado central, Comunidades Autónomas; y, dentro de éstas, en distintos órganos (parlamentos, gobiernos, y organismos administrativos con capacidad reglamentaria).

Esta abundancia de normas¹⁰², (además de otras implicaciones menos importantes para el fin de este trabajo¹⁰³, como la dificultad de control

¹⁰² El número de normas es un aspecto crítico que no debe ser exagerado, debiendo de recaer el peso de la misma sobre la calidad de éstas (que ciertamente implica un número reducido). Señala ZAPATERO GÓMEZ, V., *El club de los nomófilos*, nota 91, que "la protesta por la inflación de normas es tan antigua como el propio derecho", y para corroborarlo cita una anécdota relatada por MONTAIGNE referida a "el legislador de los turios", y dos pasajes de MONTESQUIEU. Para articular su control de calidad este autor propone una serie de tests: test de la necesidad, de justicia, de utilidad, "pero sobre todo y en cuarto lugar, la ley tenía que estar racionalmente justificada [...pues] en democracia

parlamentario, por la rápida tramitación de las mismas y la preeminencia del ejecutivo frente al legislativo, incluso en el proceso de elaboración de las leyes¹⁰⁴) tiene, a mi juicio, una razón fundamental, que puede ser vista desde

no basta dar órdenes: si la ley quiere ser un eficaz y legítimo instrumento de dirección social, el legislador tiene que exponer sus razones. En democracia, legislar no es mandar" (cita de las páginas 82 y 83). La falta de esta última característica en muchas de nuestras normas (y más en las que no tienen rango de ley, que son las que más las necesitan, por ser más lejana su legitimación democrática), va en detrimento de su eficacia, entendida ésta como cumplimiento por el receptor de la norma. Ello obliga al intérprete a justificar la misma, bajo la premisa de que la norma persigue (o tiene que perseguir, pues es ésta una imposición que recae no sólo sobre el intérprete, sino en primer término sobre el legislador) la realización de los fines que constitucionalmente le vienen impuestos.

¹⁰³ Y que la crítica al exceso normativo tiene un trasfondo mucho mayor. Como señala ZAPATERO GÓMEZ, *El club de los nomófilos*, p. 12: "...lo que también interesa saber es si los problemas a los que se enfrentaron los ilustrados -garantizar la seguridad y la libertad a través del imperio de la ley- están relativamente resueltos. Y más bien parece que la multiplicidad de las fuentes en nuestros modernos ordenamientos recuerda en algún modo el particularismo del *Ancien Régime*, la motorización legislativa crea océanos de normas, los famosos principios teorizados por DWORKIN reviven en nuestros sistemas la vieja e insegura *interpretatio* y el imperio de la ley se contrapone a imperio de la Constitución. Los viejos problemas de certeza del Derecho, seguridad jurídica y de libertad, que la Ilustración trató de resolver mediante la codificación y el cuidado de la calidad de las leyes, siguen sin estar resueltos, y el poco aprecio al legislador y a la ley de la Escuela Histórica o de la Escuela del Derecho Libre, cuando no el rotundo desprecio a la misma por parte de fascismos y estalinismos, no hicieron sino agravar los problemas". Esto debe ser tenido siempre en cuenta por cualquier intérprete de la norma, y muy especialmente por la doctrina y jurisprudencia (que actúan sobre el legislador -*feedback*-, pues son aquellos, y no éste, en una sociedad democrática, los profesionales del Derecho).

¹⁰⁴ Los parlamentos, en cuanto que expresan una voluntad más plural que la de los ejecutivos, y en cuanto que están formados por un mayor número de miembros, tienen necesariamente procesos de toma de decisión más largos. A esto se une el enorme

dos perspectivas distintas: por un lado, puede señalarse que se elaboran por la presión de determinados colectivos; por otro, que lo son para corregir la desviación en la aplicación de normas generales que se produce por la fuerza que, en la vía de hecho, tienen estos (y otros) colectivos.

Lo que importa retener es que la realización de leyes especiales ha llevado a desconocer los principios generales, incluso en aquellos casos (que son la inmensa mayoría) en los que la norma especial no es más que la concreción de la norma general a determinado supuesto de hecho. Es decir, cuando insertándose el supuesto de hecho de la norma especial en el más amplio de la norma general, las consecuencias jurídicas que ambas disponen son idénticas.

Los referidos puntos trascienden el enfoque sociológico y pueden ser vistos desde una perspectiva exclusivamente jurídica (aunque debe recordarse que el enorme peso de la banca es uno de los factores que, en gran medida, marcan el tratamiento jurídico de la materia). A continuación vamos a profundizar en los reflejos jurídicos de la referida situación de fuerza, reflejo que he denominado "la perversión del sistema", por cuanto implica una separación de los hechos con respecto a las normas que deberían regirlos. Trataré de ir señalando las correcciones a dichas desviaciones, aunque el mero hecho de identificarlas es ya en gran parte su solución. Ello nos permitirá realizar un correcto enfoque del objeto de nuestro estudio, lo que

aparato burocrático con el que cuenta el poder ejecutivo, frente al pequeño número de letrados y personal de apoyo con el que cuentan los parlamentarios.

plantearemos finalmente en el apartado I.C.- Planteamiento crítico de la cuestión¹⁰⁵, que cierra este primer capítulo.

Veamos los reflejos jurídicos de dicha situación:

B. EL DERECHO COMO UN CONJUNTO COHERENTE DE NORMAS

La abundante normativa especial, que deroga parcialmente las normas en las que se contiene la regulación general de la figura, lejos de poner fin a los abusos, ha introducido un alto grado de confusión. Además, no es que puedan presumir de una técnica legislativa depurada, llegando incluso en algún caso a producir tal atrofia, que no se puede considerar que la norma se haya incorporado a nuestro ordenamiento, aunque en la práctica se aplique como si tal integración se hubiese operado correctamente (caso de algunas circulares del Banco de España)¹⁰⁶. Por otro lado, la abundante legislación especial no siempre obedece a los mismos criterios, estando a veces enfrentados los objetivos de una norma con los de otra (pensemos en las que persiguen proteger la solvencia y competitividad del sistema

¹⁰⁵ pp. 117 ss.

¹⁰⁶ Aplicación en el día a día. Poco llega al Supremo, que parece (*obiter dicta*) pronunciarse, lógicamente, en contra de la aplicación de las mismas. STS de 11 de julio de 1994 (la casación no puede fundarse en infracción de circulares del Banco de España). No tan clara es la STS de 26 de noviembre de 1996, y críticas merece la de 19 de julio del 91. Véase i) Legislación sectorial bancaria, pp. 92 ss., especialmente desde la p. 95.

financiero, frente a las que intentan la defensa del consumidor dentro del mismo¹⁰⁷).

Es necesario imponer la visión constitucional que analiza, con herramientas técnico-jurídicas precisas, la integración de la dispar normativa en el cuerpo único y homogéneo del Derecho y, en particular, del Derecho civil, que responde también a principios propios. Desde luego que no se trata de principios inmutables. La propia legislación civil sobre consumidores, en desarrollo de las prescripciones constitucionales sobre la materia, que le sirven de marco y referente, ha introducido matices a viejos principios, e incluso otros nuevos, o con nuevas fundamentaciones... Lo correcto no es dejarse llevar por la acumulación de normas carentes muchas veces de la más mínima técnica jurídica, y considerar que estamos ante excepciones a normas generales. Normalmente el espíritu de la norma no es otro que concretar o limitar atropellos¹⁰⁸ que tienen, cuando menos, un referente en el Derecho civil general. Normalmente se trata de decir con claridad (al menos

¹⁰⁷ Esta tensión tiene mucha más trascendencia, y de hecho enfrenta principios irrenunciables del Estado Democrático de Derecho (legalidad), con criterios técnicos (especialmente justificados con razones de eficiencia económica -véase nota 19-) que logran imponerse en una regulación cada vez más dispersa desde el punto de vista de las fuentes normativas (entendidas como sujetos creadores de derecho).

¹⁰⁸ Y la falta de técnica se debe a la necesidad apremiante de mucha de dichas normas que, efectivamente, reciben una rápida respuesta del legislativo; o bien, en otros muchos casos, a modificaciones igualmente atropelladas que éste introduce a los proyectos de ley del Gobierno, donde las influencias de grupos de presión organizados son cada vez más patentes. En este sentido ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "El Club de los Nomófilos", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, enero-abril de 1998, pp. 61 ss.

con mayor detalle, lo que no siempre es sinónimo de claridad) que supuestos de hecho son subsumibles en la más amplia descripción de la norma general. Ciertamente, sin la referida norma específica la general sería igualmente de aplicación. La existencia de la norma especial causa en muchas ocasiones el efecto pernicioso de crear en el intérprete la necesidad de este tipo de normas. Es decir, aumenta la inseguridad a la hora de aplicar normas generales, prefiriéndose siempre la interpretación aislada, la aplicación de una norma muy concreta.

La complejidad de la vida moderna en la que la información es tan importante y su falta es tan frecuente, obliga en no pocas ocasiones al legislador a reconducir supuestos concretos a normas generales existentes. En este caso, no podemos decir que estemos ante excepciones a lo que aquí se han denominado principios del Derecho civil general, sino ante reafirmaciones de los mismos: concreciones o, todo lo más, adaptaciones a concretos supuestos de hecho.

La inflación normativa que afecta al problema que pretendemos abordar me ha obligado a analizar en primer lugar las principales normas que lo regulan, para tratar a continuación la regulación de préstamo hipotecario como institución, procurando aportar una visión integradora de la diversa y dispar¹⁰⁹ normativa existente. En aras de esta visión, la exposición no

¹⁰⁹ Abundante en cuanto al número de disposiciones, y dispar en cuanto a la variedad de tipología normativa concurrente; tanto en cuanto al rango de la norma (reglamentos, circulares del Banco de España, leyes, Directivas comunitarias,...), como al contenido de las mismas (protección de los consumidores, compraventa, Derecho inmobiliario, derechos de obligaciones, préstamo, mandato, cuenta corriente, disciplina de las

coincide con la investigación realizada, sino que trata de incorporar la referida normativa al hilo del estudio de los mecanismos de protección frente a la ejecución hipotecaria con los que cuenta el consumidor¹¹⁰ (prestatario-comprador).

Se puede clasificar esta normativa atendiendo a muy diversos criterios. Dado que ésta es fruto de distintos planteamientos jurídicos y políticos que han existido a lo largo del tiempo, cada una plantea diferentes problemas de integración, de interpretación integradora, por lo que considero que es un criterio útil, a efectos de su estudio, el ordenarla en función de los principios interpretativos que se deben de usar frente a cada una de ellas.

No se trata de un criterio meramente temporal, como se verá, aunque si es cierto que cada época ha tenido una determinada concepción del Derecho. Tampoco responde, a pesar de las denominaciones empleadas, exactamente a una materia concreta. Lo importante, repito, es la forma de legislar y la visión global del sistema jurídico que tiene cada uno de los

entidades de crédito,...). Todo ello requiere sin duda una concienzuda y pausada labor interpretativa e integradora, que, a fin de cuentas, es uno de los objetivos del presente trabajo.

¹¹⁰ Entiendo por tal toda persona física o jurídica que solicita de una entidad de crédito un préstamo con garantía hipotecaria para satisfacer el precio de la compraventa de una vivienda, o el que subroga un préstamo como consecuencia de la adquisición de ésta, salvo que se trate de un empresario en el ejercicio de su profesión (por lo que respecta al derecho constitucional la figura hay que reducirla al ámbito del art. 41 CE, esto es, requiere que la adquisición de la vivienda sea para su uso personal como tal).

legisladores¹¹¹, porque en función de él la aproximación a la norma se deberá de realizar de una u otra forma. Lo importante es señalar que esta clasificación, como cualquier otra, no debe hacernos olvidar, como ocurre con demasiada frecuencia, que el ordenamiento jurídico es, en sentido técnico, una estructura¹¹², y, por tanto, no puede contener en su seno contradicciones: debe ser coherente¹¹³. En el estado actual de cosas, con una abundantísima legislación en determinadas materias, que además llegan a un alto grado de detalle, el intérprete tiende muchas veces (y aquí está el error) a considerar la materia como un subsistema con principios propios, con lo que se ahorra el trabajo de valorar cómo interacciona con el resto del ordenamiento: se piensa "esto es una herramienta de precisión que resuelve los conflictos en la materia regulada", y con aplicación desmesurada del

¹¹¹ Dada la amplitud con la que el término se usa aquí, podría mejor decirse "normadores". Mantengo no obstante la expresión tradicional, porque, en definitiva, es el legislador el que interesa al Derecho Civil, y del que principalmente hablaré a continuación.

¹¹² Conjunto dinámico y cerrado de elementos condicionados unos por otros, de tal forma que las propiedades de todo el sistema se modifican en cada cambio de uno sólo de sus elementos. En el caso del ordenamiento jurídico: sistema de normas (conjunto ordenado con relaciones de coordinación y subordinación), dinámico (cambia conforme a normas del propio sistema, sin que el sistema cambie su identidad), cerrado (su validez no deriva de otro sistema ajeno a él), pleno (da una solución a cualquier problema que se le plantee), y unívoco (permite una única calificación ante un comportamiento). BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960.

¹¹³ En términos prácticos debe decirse que al menos debe perseguir la coherencia. Es tarea del intérprete resolver los conflictos de normas que sin duda la práctica plantea, y debe de hacerlo con las técnicas que el Derecho pone en sus manos, no arbitrariamente. Sobre el particular, BOBBIO, N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1966.

principio de "la ley especial deroga a la ley general" se niega toda relevancia a la norma de superior rango, los principios que la inspiran, y las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que las interpretan. Por otro lado, esta nueva regulación en muchos casos tan sólo concreta lo ya regulado en la norma general, para evitar interpretaciones desmenbradoras del sistema, es decir, contrarias a la norma general: la ley, en la mayor parte de estos supuestos, se repite, no exceptúa¹¹⁴, y, en su caso, matiza¹¹⁵, cuando no corrobora, confirma o concreta. Y en este cúmulo de cosas se oyen las voces que abogan por la desregulación (después pedirán la ayuda del Estado cuando sea necesario), olvidando que "menos regulación estatal no significa necesariamente menos regulación sustantiva"¹¹⁶.

¹¹⁴ La interpretación debe intentar formar un cuerpo coherente, que explique con un mismo razonamiento el mayor número de disposiciones, en lugar de justificarlas en excepciones a una norma general que, por la vía de las excepciones puede llegar a convertirse en excepcional. Utilizando los principios generales (art. 1.4 Cc.) y el espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 y 4.1 Cc.), entre otros criterios, para integrar el ordenamiento (en general, los criterios hermenéuticos de los artículos 1 al 4 Cc., conforme al art. 9.3 CE).

¹¹⁵ En este sentido se pronuncia LUHMANN, quien afirma que la mayoría de las normas son de reajuste entre políticas, o de reforma de políticas, pero que no suelen comenzar una nueva línea política. Parece referirse a cierta inercia que plasma en la idea de que la norma se alimenta de si misma, o se retroalimenta, por lo que denomina a su teoría la *autopoiesis* de las normas, usando la expresión de los biólogos chilenos VARELA y MATURANA. La idea del Derecho como sistema autoreferencial puede verse en su obra *Teoría política nello stato del benessere*, Franco Angeli ed. (Prisma), Milán, 1983, p. 66.

¹¹⁶ ARBÓS, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991, pp. 259 ss. La cita es de la última pág (280), donde termina concluyendo que "renunciar a la regulación estatal, sin tratar de curar sus males, me parece un peligro

La interacción entre las normas se produce en ambos sentidos (y no sólo de la nueva a la antigua, como se suele entender). Esto es lo que esconden estas rápidas divisiones del Derecho: la incapacidad de integrar el ordenamiento (cuando no el perverso deseo de huir de la norma general). Una buena técnica legislativa, de la que no suele hacer gala nuestro legislador, ayudaría sin duda a ello, y echaría por tierra buena parte de los discursos desreguladores. La labor del intérprete tampoco es de despreciar, debiendo de poner de técnica lo que a la ley le falta, con el fin de conformar un sistema coherente de normas jurídicas en el que los casos excepcionales sean eso, excepcionales¹¹⁷.

La división de las normas que aquí se propone trata, en definitiva, de poner de relieve los errores interpretativos que se producen en los distintos grupos normativos que se enumeran. El resultado obtenido es el siguiente:

1. Regulación positiva. Aproximación

h) Legislación civil general

Me refiero con ella al Código Civil, la Ley Hipotecaria y, en general, a todas aquellas que se mantienen en la línea codificadora de mantener un sistema claro, coherente y sin duplicidad de las normas civiles. Lógicamente, en

mayor que la persistencia de la crisis". Se trata de un artículo que, para el lector español, resulta de obligada referencia sobre la desregulación.

¹¹⁷ Esto no es un mero capricho, es una obligación de justicia, impuesta por la configuración de nuestro ordenamiento, como he señalado. Véanse *supra* notas 112 y 114.

dicha corriente caben distintas regulaciones positivas. No se hace aquí referencia al contenido del Derecho, sino a la forma del mismo. Son muy variadas las reformas que estos cuerpos han experimentado desde su primitiva redacción, y también la legislación que, manteniendo la coherencia con estos principios, se ha plasmado en leyes no incorporadas a los códigos decimonónicos. Por tanto, se trata de toda la legislación civil que responde a los principios codificadores sobre el ordenamiento jurídico, principios que también han evolucionado y que actualmente deben quedar referidos al marco dibujado por el ordenamiento constitucional (fundamentalmente la Constitución y los Tratados internacionales, en la medida en que son incorporados por sus arts. 10.2 y 96¹¹⁸).

Esta concepción unitaria¹¹⁹ permite el juego de los principios generales del ordenamiento para cubrir lagunas legales y para resolver antinomias. No es que otras normas no lo permitan, pues se trata de una exigencia del Derecho como sistema: es que el legislador, en estas normas, ha tenido en cuenta (con mejor o peor fortuna) la legislación preexistente, introduciendo

¹¹⁸ La STC 30/1986, a modo de ejemplo, lo confirma en su FJ 4º, al considerar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "parte integrante del ordenamiento jurídico español".

¹¹⁹ Véase GARCÍA CANTERO, "El nuevo Código Civil holandés", *ADC*, 1991, pp. 788 a 790; VICENT CHULIÁ, "La unificación del derecho de obligaciones", *RdPat*, nº 2, 1999, pp. 21 a 52. Lo que está en la línea de integración normativa, aunque se realice por áreas concretas, que proponen como el que reflejan SPIER y HAAZEN en "The european group on Tort Law", *Zeup*, 1999, pp. 469 ss.

modificaciones donde lo creía necesario, lo que facilita la labor del interprete (no es éste el caso, como se verá, de los otros grupos normativos).

Existe cierta normativa comunitaria que, aunque escasa, no debe de olvidarse que es de aplicación privilegiada, esto es, que se aplica incluso aunque fuese contraria a la Constitución y al resto del ordenamiento nacional¹²⁰. La mayor parte de las normas existentes son de aplicación parcial o tangencial, pero sirven desde luego para extraer algunos principios generales que nos pueden ayudar a interpretar otras tantas normas de inferior rango. Integran este bloque, entre otras, la Directiva sobre crédito al consumo¹²¹ así como la relativa a cláusulas abusivas en los contratos

¹²⁰ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, Madrid, 1996, pp. 507 y ss. No es que el Derecho comunitario se sitúe en una posición supraconstitucional, sino sencillamente metaconstitucional. Brevemente, los tratados constitutivos para que sean válidos deben de respetar la Constitución (de hecho el Tratado de Maastrich requirió la modificación -del art. 13.2- de nuestro texto constitucional), pero una vez aprobados la validez del derecho derivado emanado conforme al tratado no está sometido al juicio de constitucionalidad, sino meramente al control de conformidad con los tratados, operado por el TJCE. Debe señalarse que este Tribunal podría declarar una norma comunitaria no conforme con el Tratado por no respetar una constitución nacional, en la medida en la que éste (el Tratado) incorpora la exigencia de respetar "las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros" (art. F.2 TUE), entre las que sin duda están los derechos fundamentales reconocidos en las diferentes constituciones nacionales.

¹²¹ 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Ha sido modificada por la Directiva del Consejo 90/88/CEE, de 22 de febrero, e incorporada por la Ley de Crédito al Consumo (LCC).

celebrados por consumidores¹²². Previsiblemente se aprobará en breve la Directiva sobre acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores¹²³. Las normas comunitarias que regulan directamente nuestro ámbito de estudio, se refieren fundamentalmente a los aspectos bancarios. Fuera de los mismos sólo cabe reseñar el proyecto de Directiva sobre firmeza de la liquidación y constitución de garantías¹²⁴. En cuanto a los aspectos bancarios debe señalarse que comenzaron con un proyecto de Directiva de la Comisión de 1984 sobre "la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario", que no pretendía coordinar las normas civiles de los distintos estados, sino simplemente articular la forma para que las distintas entidades de crédito europeas pudieran otorgar préstamos hipotecarios en todos los estados miembros. Finalmente pudo aprobarse la norma básica en esta materia, la Segunda Directiva Bancaria, el 15 de diciembre de 1989. No existe, por tanto, ninguna norma comunitaria que regule en modo alguno la hipoteca, y sólo tangencialmente pueden encontrarse disposiciones aplicables al contrato de préstamo. En cuanto a las normas bancarias, no se puede considerar que pretendan modificar en lo más mínimo el ordenamiento civil, tratándose

¹²² 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, incorporada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

¹²³ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo publicada en el DO no C 80/97, p. 10, COM(96) 725 final - 96/0025(COD).

¹²⁴ Según el proyecto, de marzo de 1996, debería de haberse incorporado a los ordenamientos nacionales en diciembre de 1998. Dicha Directiva aún no ha visto la luz.

únicamente de normas de policía. Queda por tanto todo el peso de la institución, con esas pocas consideraciones, regulado por los ordenamientos nacionales.

En el ordenamiento español observamos una pródiga regulación con multitud de fuentes, desde la ley nacional hasta las Circulares del Banco de España, pasando por diversas Órdenes Ministeriales y por normativa de las comunidades autónomas. Dejando esta última para un posterior análisis, trataremos, en primer lugar, la cuestión de la jerarquía y poder de actuación de las normas estatales.

Puede, a su vez, distinguirse dentro de esta *legislación civil general*, el *Derecho Hipotecario* del *Derecho Civil en sentido estricto*. Se trata de una división tradicional, a la par que confusa y poco práctica. Mucho se ha discutido entre los distintos principios inspiradores de uno y otro. Sin embargo, como bien se ha señalado, no puede afirmarse que se trate de principios contrarios entre sí. Lo que realmente se pretende con dicha distinción es aproximar nuestra práctica jurídica inmobiliaria al sistema alemán¹²⁵. No se trata de negar la oportunidad de dicha aproximación, que por otro lado tampoco aportará soluciones milagrosas, sino de afirmar la

¹²⁵ Lo mismo se persigue coordinando el que aquí denomino *Derecho Civil en sentido estricto* con las normas hipotecarias (es decir, haciendo prevalecer las segundas sobre las primeras), en lugar de considerar todas las normas como un cuerpo único al que se le deben de aplicar las técnicas de hermenéutica jurídica de forma homogénea. Este planteamiento lo sigue muy marcadamente, entre otros muchos GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, vol I., pp. 66 ss. donde, no obstante realizar un muy correcto planteamiento de la cuestión, mantiene la división.

necesidad de una interpretación conforme a nuestro ordenamiento, pues las modificaciones al mismo deben ser realizadas por el legislador, y no por interpretaciones forzadas de nuestras leyes. Además, dicha línea interpretativa no llega a soluciones satisfactorias desde que se la saca de su ámbito exclusivamente registral y, lo que tal vez sea más grave, otorga un valor desproporcionado a la seguridad del tráfico como criterio de interpretación, incluso frente a la seguridad jurídica de la que deriva, y frente a otros valores del ordenamiento igualmente vigentes. No obstante esta concepción, dada la relevancia de la doctrina que avala la tesis de la distinción¹²⁶, se tratará separadamente, a efectos de ver lo perjudicial de la misma.

(1) Legislación hipotecaria

Una cuestión de gran relevancia práctica para la protección de los consumidores, es la relación entre el título (en nuestro caso, la escritura de constitución de hipoteca) y el derecho real que crea, modifica o transmite. En efecto, operando las normas de protección de los consumidores sobre los elementos obligacionales, su ámbito de actuación en el campo de los derechos reales es cuestión polémica, como reflejo, en nuestro caso, de la

¹²⁶ En este sentido se manifiestan explícitamente, entre otros, LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pp. 21 ss. y AMORÓS GUARDIOLA, M., *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1967.

accesoriedad de la hipoteca¹²⁷. La configuración de los derechos reales por cgc, donde la autonomía de la voluntad está especialmente limitada, casa mal con las especiales exigencia de esta autonomía de la voluntad para la creación y modificación de derechos reales¹²⁸. En conexión con ello se encuentra la relación entre el título inscrito y el derecho publicado en el Registro de la Propiedad, pues es un hecho que se utiliza la inscripción de las hipotecas en garantía de préstamo para adquisición de vivienda, para evitar, en trámite de ejecución hipotecaria, entrar en el estudio de la validez de las cgc en virtud de las cuales se despacha ejecución (p.ej. las cláusulas de vencimiento anticipado), alegando que constituido el derecho real con los perfiles que constan en el Registro (pacto de liquidación del art. 153 LH, p. ej.) dichas cuestiones sólo podrán plantearse en un declarativo posterior.

Estas ideas deberá de ser tenida en cuenta a la hora de concretar el ámbito y los criterios de la calificación registral, pues si con razón se pretende limitar el empleo del Registro como medio para constreñir al consumidor adquirente de viviendas, tal vez resulte mejor no hablar de control de la validez de las cgc sometidas a la calificación del Registrador, sino únicamente, de la calificación del título, conforme a la formulación tradicional. Esto incluye las manifestaciones de las partes, en cuanto se contienen en el título objeto de la calificación y en los datos obrantes en el

¹²⁷ Una visión crítica de la accesoriedad de la hipoteca como requisito esencial de ésta, puede verse extensamente *infra* pp. 241 ss., especialmente de la 269 a la 295.

¹²⁸ Véase *supra* pp. 47 ss.

Registro, y por tanto, si a los efectos de constituir, extinguir, o modificar un derecho real tales manifestaciones resultan suficientes para la finalidad que se propone, con distinto alcance según se tenga por objeto derechos reales típicos, las modulaciones que de ellos permite la ley¹²⁹, posibles combinaciones entre sí, o, en su caso¹³⁰, figuras reales atípicas.

Creo que debe comenzarse por distinguir dos planos de relaciones entre el "Derecho civil en sentido estricto" y el "Derecho registral": el de la **integración normativa**, y el de la **subordinación funcional** de la regulación hipotecario-registral respecto de la "civil general".

La integración normativa se refiere tanto a la **coordinación** entre la Ley Hipotecaria y el Código civil (inaplicación del principio de ley especial), como a la **subordinación** respecto de ellos del Reglamento Hipotecario (principio de jerarquía normativa). No obstante debe advertirse que el ámbito de la coordinación sólo se produce con relación a una pequeña parte de la Ley Hipotecaria. Esta y el Código civil son dos textos que pretenden respetarse el uno al otro. Se puede decir que las normas hipotecarias (esto es, las de contenido registral) se encuentran en la Ley Hipotecaria, pero no se puede decir del mismo modo que las normas del derecho inmobiliario se

¹²⁹ Véase el punto 4, p. 83, sobre la admisión de pactos que modifican la figura típica, constituyendo distintas modalidades de hipoteca, con referencia todas ellas a un mismo tipo, que es único.

¹³⁰ Véase sobre la admisión de un número cerrado o abierto de derechos reales las notas 165, p. 85; y 172, p. 87, página en la que se deja claro que lo importante en esta discusión es el ámbito y los límites de la autonomía de la voluntad en el campo de los derechos reales.

encuentren en el Código civil. La Ley hipotecaria, en ocasiones, introduce modificaciones en el ámbito del derecho inmobiliario. Sólo en éste se produce el efecto de la integración normativa, manteniéndose la independencia, por razón de la materia, en las demás cuestiones. Entendido así puede decirse que la regulación registral no afecta, salvo lo previsto en los arts. 32 y 34 LH, a la regulación de los derechos reales.

La integración normativa hace referencia a distintas disposiciones normativas sobre una misma materia (el tratamiento de los derechos reales, regulado por el derecho de cosas¹³¹). Desde esta óptica, dos son los problemas hermenéuticos a resolver: la **coordinación** con las normas que lo integran, y muy especialmente entre el Código civil y la Ley hipotecaria¹³², sin que sea de aplicación el principio de especialidad, por cuanto estamos ante normas que regulan los mismos supuestos¹³³, y; por otro lado, la **subordinación**, o atención al rango de las normas (sistema de fuentes) que lo integran, que suele relegarse incorrectamente frente al principio de la

¹³¹ Frente a éste suele utilizarse el término "derecho inmobiliario", a pesar de resultar impreciso, por cuanto no se refiere únicamente a la regulación de los derechos reales sobre inmuebles, sino a todos ellos, con independencia de que *la cosa* o bien sobre el que recaiga sea mueble o inmueble.

¹³² Suele defenderse una especie de supremacía con respecto a éste, aunque no se defiende explícitamente. Así, aquí por todos, el tratamiento que se expone de la tesis de GARCÍA GARCÍA.

¹³³ Además del expreso respeto a la teoría del título y el modo según hemos dicho.

norma especial¹³⁴, en una suerte de interpretación de la Ley Hipotecaria por el Reglamento (olvidando que éste está subordinado también al Código civil, sin que la cualidad de ley especial de la Ley Hipotecaria se extienda hasta el terreno del derecho de cosas, pues aquí comparte ámbito material con el Código)¹³⁵. Hasta aquí no presenta particularidades con los criterios de integración normativa generales.

La **subordinación funcional** se refiere a la relación entre el derecho de cosas al que acabamos de referirnos, y el derecho registral (contenido en la legislación hipotecaria¹³⁶). Debe considerarse éste último subordinado a los fines del primero: explícitamente se quiere que la transmisión (creación, modificación y extinción) de los derechos reales opere en función de la teoría del título y el modo y, por tanto, en función de un título cuyas vicisitudes quedan fuera del posible alcance del Registro de la Propiedad (art. 33 LH). Pero más allá de ello, el contenido material del derecho de

¹³⁴ Que, en buena técnica, sólo debería de aplicarse para conflicto entre normas del mismo rango normativo.

¹³⁵ Procedería, en todo caso, la aplicación de la máxima *lex posterior derogat*, pero debe de evitarse por ser voluntad de ambos cuerpos normativos el respetarse mutuamente, esto es, exigir la interpretación integradora (además, posible) de sus preceptos.

¹³⁶ Nos parece más correcto el término hipotecario registral (o simplemente, registral), por cuanto queda patente que se trata de unas normas que rigen la actividad de ciertos registros públicos, aunque admito, por tradición histórica, la terminología de legislación hipotecaria, aún no tratándose ni de legislación (sino de normas de distinto rango) ni de hipotecaria (por cuanto no hace referencia únicamente a la hipoteca, a un "Registro de hipotecas"). Ambos términos tienen hoy en día, además de su significado estricto, otro más amplio, del que es conveniente separarlo.

cosas sólo puede quedar en cierta medida comprometido por las normas registrales como efecto del juego de los principios que inspiran los arts. 32 y 34 LH.

En esta línea, GARCÍA GARCÍA afirma que los problemas "por interpretación sistemática y concorde de todo el ordenamiento, [han] de resolverse de igual modo desde la perspectiva del Derecho Civil que desde la perspectiva del Derecho Hipotecario". Con ello parece defender la coordinación de la que hemos hablado, cuando lo que trata de salvar es la unidad de soluciones desde el mantenimiento de la dualidad, pues, nótese, mantiene la distinción entre Derecho Civil y Derecho Hipotecario, entendiendo por éste algo más que Derecho Registral. Por si no quedara claro, añade:

En definitiva, entiendo que la realidad registral es la misma realidad civil que accede al Registro de la Propiedad¹³⁷. Si estamos sólo en el campo de las presunciones (legitimación registral) esa realidad puede ser vencida en juicio, pero entonces aparece en su sustitución otra «realidad»¹³⁸ que será al mismo tiempo realidad civil y realidad registral, pues debe demandarse en juicio la nulidad y cancelación del asiento inexacto. Y si estamos en el campo de la inatacabilidad de la situación registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria), hay una única realidad *jurídica*: la realidad registral que

¹³⁷ No se puede menos que estar de acuerdo: los hechos son los hechos (tautología).

¹³⁸ Aquí está el error.

jurídicamente es también la única realidad civil (art. 608 del Código Civil).

Es decir, que pretende mantener la unidad del sistema, pero los criterios hermenéuticos que aplica no los extrae de las normas del sistema (arts. 1 al 4 del Código Civil, en aplicación del 9.3 CE), sino de la normativa hipotecaria (a pesar de poder llegar a resultados contrarios a normas posteriores, como el 609 Cc.). Los planteamientos que luego hará, en aras de defender una inscripción quasi-constitutiva¹³⁹ en la transmisión de los derechos reales, no constituyen un buen ejemplo de interpretación coherente, puesto que se formula en un sistema basado en negocios jurídicos causales, en el que la teoría del título y el modo resulta la única capaz de salvar las distancias entre un Registro que verdaderamente da fe pública de los actos y contratos en él inscritos, y la valoración de la causa en el negocio jurídico, entendido éste no sólo como declaración de voluntad vinculante (contratos, negocios jurídicos de familia,...) sino también como título de atribución patrimonial¹⁴⁰. Lo mismo ocurre, como se verá, en la

¹³⁹ Por la vía de extender, de forma excesiva a mi juicio, los supuestos de aplicación del art. 32 LH. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral*, tomo. II, p. 202, a modo de ejemplo, con cita de la "venerable Sentencia de 4 de marzo de 1988, [que] ha puesto las cosas en su sitio".

¹⁴⁰ Causa y forma "son empleadas en los diversos sistemas jurídicos, para garantizar y contrastar la eficacia jurídica de las declaraciones del querer de los particulares. En ellos se puede observar el hecho tan repetido, que pudiera tomarse como ley, de que el aumento de importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra." DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 (edición facsimil de la segunda tirada de 1971), pp. 186 ss., § 247. De ahí que sean muchas las consecuencias de importar la inscripción constitutiva del Derecho alemán (valor de la

hipoteca, a pesar de ser su inscripción constitutiva. Pues ello no resulta de que estemos ante un negocio abstracto¹⁴¹ (lo que resultaría contrario al carácter accesorio que de ésta se predica con respecto al crédito que garantiza)¹⁴², sino como única forma de evitar las cargas ocultas, lo que fue, como es sabido, una de las ideas claves del liberalismo, en general, y del movimiento codificador en particular.

La interpretación que finalmente, con mayor o menor intensidad, vienen a mantener quienes defienden la dualidad desde esta óptica técnico-jurídica, rompe la coherencia de nuestro sistema causal. El cambio de sistema podrá ser (no lo creo así) beneficioso y recomendable *de lege ferenda*, pero no es defendible en el actual marco normativo.

La división del Derecho Hipotecario con respecto al *civil en sentido estricto*¹⁴³ puede y debe hacerse a fines exclusivamente docentes, y parte

forma) que no casa bien con un sistema espiritualista como el nuestro. La inscripción constitutiva (o quasi constitutiva), que es el reto (no se sabe bien porqué) de la mayoría de los hipotecaristas españoles contemporáneos, no puede defenderse sin plantear una reforma sustancial en la regulación de los contratos y de las obligaciones.

¹⁴¹ Usamos aquí el concepto tal como se entiende comunmente entre nosotros, como opuesto a causal, esto es: negocio cuya validez no depende de la licitud y existencia de su causa.

¹⁴² Por cuanto se entiende el crédito como causa de la hipoteca, y al necesitar ésta a aquél para su existencia, según suele entenderse el principio de accesoriedad, no es posible configurarla como una garantía abstracta. Creo que este planteamiento es equivocado. Hago esta apreciación únicamente para no inducir a error sobre el empleo de estos términos (accesoriedad y abstracción). Véase al respecto *infra* I.E.2.- El principio de abstracción en el ordenamiento español, pp. 251 ss

¹⁴³ Véase *infra* I.B.1(2) Legislación civil en sentido estricto pp. 77 ss.

de la base de que efectivamente existe no poca regulación con un mismo objeto: el tratamiento registral de la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes (principalmente, aunque no de forma exclusiva, inmuebles). Desde luego que tan específica regulación tiene unos principios propios. Pero lo que no puede entenderse es que se trate de principios autónomos, que puedan extraerse únicamente de las llamadas normas hipotecarias, sin que existan relaciones de coordinación¹⁴⁴ con el resto del ordenamiento (con todo él, debiendo estar a los principios de ley especial y ley posterior)¹⁴⁵ y de subordinación (ordenamiento constitucional, normas de rango superior). Debe destacarse en esta segunda línea la subordinación del Reglamento Hipotecario, en cuanto que reglamento, a toda la legislación (y no sólo a la civil).

¹⁴⁴ Esta debe entenderse, como se dijo en los dos sentidos, como una relación de interacción. Lo contrario la convertiría en una relación de subordinación, que tiene otras reglas de interpretación.

¹⁴⁵ Se nos dirá que ley especial y posterior es la LH con respecto al Cc. (tomando como fecha de aquella la de su texto refundido de 1946). Sin embargo, con respecto al criterio temporal, se debe de aplicar ante dos normas en conflicto, y no enjuiciar con respecto a textos legales (cuerpos normativos) en su conjunto (esto es especialmente evidente en nuestro caso, dadas las numerosísimas reformas puntuales que han sufrido tanto la LH como, sobre todo, el Cc. -ya que las reformas hipotecarias se han operado habitualmente por vía reglamentaria-). Lo importante es que estos criterios se usarán cuando sean necesarios, y en nuestro supuesto es posible una lectura coherente (coordinada e integradora) de ambos textos. Por otro lado, el principio de ley especial sólo rige respecto a la organización material de los Registros y su funcionamiento, no respecto a las normas reguladoras de los derechos reales en general.

Estas aclaraciones no son baladíes, pues un mal planteamiento de las mismas tendrá una importancia decisiva en la protección del consumidor prestatario adquirente de viviendas con garantía hipotecaria. Dependerá en si la forma de operar la subrogación en el préstamo se concibe ligada a lo que el Registro publica (una operación de financiación mercantil), o a lo que en puridad acontece (la incorporación de un consumidor en una situación crediticia dibujada para él por el concurso de dos empresarios, a la que le es de aplicación la normativa civil, con las particularidades de las normas protectoras de los consumidores). Dependerá en si el principio registral de especialidad lo conectamos con el pretendido carácter accesorio de la hipoteca (y entonces tendremos claramente una hipoteca accesorial), o lo limitamos a su ámbito registral (y tendremos una hipoteca claramente perfilada en cuanto a la responsabilidad que cubre, pero que permite la subrogación al modo en que, para proteger al consumidor adquirente de viviendas, ha tenido que aclarar la LsubPH). No es el momento oportuno de desarrollar estas cuestiones¹⁴⁶. Baste ahora con apuntar que se trata de una cuestión de no poca importancia para los fines de esta investigación.

Por lo que respecta al Registro debe de tenerse en cuenta los motores que lo configuran (la función que estaba llamado a cumplir), durante las revoluciones liberales, con el perfil moderno con el que lo conocemos actualmente. Debe subrayarse que "en el Antiguo Régimen, por la falta de un sistema seguro de prueba de la propiedad, el privilegio crediticio, y no la

¹⁴⁶ Para ello véase *infra* I.E.- ¿Abstracción versus accesoriedad?, 241 ss.

propiedad, es el vértice del sistema patrimonial. Pero el privilegio crediticio no debemos imaginárnoslo, con criterios de derecho moderno, como un crédito cierto, contrastado documentalmente y privilegiado según un sistema ordenado de acreedores, sino como un crédito en cuyo origen, fundamento y prueba hay un acto discrecional del señor jurisdiccional de la tierra"¹⁴⁷. Ello parece indicar que esta institución se implantó preferentemente para agilizar el crédito territorial, al dar seguridad al tráfico, y no para proteger a los deudores hipotecarios, salvo acaso en cuanto que propietarios, tutelando así también a sus acreedores. No es casual que incluso actualmente en España se identifique registro e hipoteca, y que al Derecho registral se le haya venido llamando tradicionalmente Derecho hipotecario¹⁴⁸. De hecho, la revolución liberal instauró un "sistema jurídico,

¹⁴⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El registro de la propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, p. 5. Véase nota 149.

¹⁴⁸ En este sentido se expresan los autores de la época. Por todos, *Texto y comentarios al Código Civil Español*, que data de 1889, que señala: "La prenda y la hipoteca son hoy podersos auxiliares de la contratación; de sus condiciones intrínsecas depende en parte principalísima el desarrollo del tráfico y la circulación de la riqueza; si los preceptos legales que las regulan atienden con esmero á procurar la mayor seguridad en el afianzamiento de las obligaciones, se obtendrá una base firme en que apoyar el crédito territorial y agrícola, y sobre tan sólido fundamento se desenvolverán uno y otro hasta alcanzar el desarrollo necesario; si, por el contrario, los contratos pignoraticio é hipotecario se sujetan a los estrechos moldes en que se desenvolvían dentro de las leyes antiguas, y se desatiende al interés de los acreedores posponiéndole a otros intereses privilegiados, nunca podrá llegarse a la consolidación del crédito, ni, por lo tanto, al fomento de la contratación. Porque es un hecho innegable, una enseñanza de todos los días, que cuanto mayores y más eficaces sean las garantías que se ofrezcan al prestamista para el cobro de sus créditos, con tanta mayor facilidad arriesgará su capital y tanto menores son sus exigencias, y que, por el contrario, éstas aumentan en

cuya obsesión es fundar un sistema financiero, [que] tutela la propiedad, pero no como un fin en sí mismo sino para poderla afectar en garantía al préstamo hipotecario"¹⁴⁹. Evidentemente, ese no es el papel que juega ni debe jugar el Registro de la Propiedad actualmente: por un lado, ha tenido que adaptarse a la regulación urbanística, desde la que se le critica que muchas cargas quedan fuera del mismo; por otro, al nuevo sistema de prelación de créditos (por ejemplo, el crédito privilegiado de los trabajadores, que no termina de casar con el privilegio absoluto que el legislador de 1861 pretendía otorgar a la hipoteca). Ahora parece que se le quiere forzar también a proteger a los consumidores, sin atenderse a los límites que su finalidad primordial le impone para servir a este último y nuevo propósito (tal vez no tan novedoso, si se entiende con corrección la relación existente entre los negocios jurídicos, sometidos al derecho de obligaciones, y los derechos reales)¹⁵⁰.

proporción al peligro que pueda correr, porque busca la compensación del riesgo en el aumento del interés". p. 811.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El registro de la propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, p. 14. Valga esta afirmación como señal del predominio del crédito en el origen de nuestro Registro, si bien nos merece ciertas matizaciones, pues no puede tampoco desconocerse el importante papel que jugó el Registro como medio para asegurar una propiedad cuyos títulos eran dudosos, en el paso de un sistema feudal al sistema moderno de propiedad (entré otras cosas, dominio dividido y en manos de sujetos distintos).

¹⁵⁰ Véase *infra* I.E.- ¿Abstracción versus accesoriedad?, pp. 241 ss., especialmente la justificación histórica de esta relación, pp. 256 ss., y la breve explicación de la p. 292.

(2) Legislación civil en sentido estricto

El problema principal que plantea, en lo tocante a la interpretación de las normas que integran este grupo, es el de incorporarle la nueva normativa a los principios sólidamente afianzados y elaborados por doctrina y jurisprudencia¹⁵¹ (que no dejan de tener por ello sus problemas de interpretación, pero al menos éstos están planteados en unos términos normalmente claros). Cualquier elemento que se modifique del sistema modifica al mismo tiempo la interpretación que puede hacerse de los demás¹⁵². El reto es ver cómo interactúan sobre las normas y principios generales, y si se pueden seguir manteniendo los mismos, determinar en su caso cuáles siguen siendo válidos y, fundamentalmente, en qué términos y en qué medida. Para ello un estudio de la jurisprudencia, de cómo se resuelven los problemas prácticos, resulta primordial, si bien no debe tampoco olvidarse el valor de complemento del ordenamiento jurídico que la ley le encomienda a ésta, y el sometimiento de los jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 117.1 CE).

¹⁵¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Integración del derecho del consumo en el derecho de obligaciones", *RJNav*, nº 13, 1992, pp. 37 a 51.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones", *ADC*, 1, 1994, pp. 31 a 89.

¹⁵² PIAGET, Jean, *Lo strutturalismo*, Il Saggiatore, Milán, 1968, cit. Por LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, ed. Debate, Madrid, 9ª reimpresión, 1986. En las notas al capítulo III.

Ya se advirtió que se trata de una distinción meramente didáctica¹⁵³. Lo relevante es determinar cómo se integran los distintos cuerpos legales para formar las normas jurídicas que regulan nuestra materia de estudio. Es a este fin al que venimos haciendo la distinción entre regulación hipotecaria y regulación civil, y al que luego añadiremos la regulación sectorial bancaria y la protectora de los consumidores. Analizamos seguidamente los criterios de integración entre los dos grupos normativos que hasta ahora hemos definido, para posteriormente abordar la referente a los otros dos¹⁵⁴. Consideramos que se deben destacar los siguientes:

- 1. Las normas protectoras de los consumidores no afectan en nada a la estructura del sistema hipotecario registral, ni a la configuración de los derechos reales:**

No se puede reducir la relación entre derechos reales y de crédito a señalar que el 1255.Cc. se extiende (en la medida en que se quiera) a los derechos reales con el solo apoyo de que la "creación, modificación o extinción de las relaciones jurídico-reales se operan, precisamente, a través de convenios de naturaleza contractual"¹⁵⁵. Ello supone dejar de lado la teoría del título y el modo, que encuentra justificado amparo en el sistema de nuestro Código Civil, más allá de la claridad meridiana de su artículo 609.

¹⁵³ Véase *supra* p. 72.

¹⁵⁴ I.A.1.i) Legislación sectorial bancaria, pp. 92 y ss.; y, I.A.1.j) Legislación de consumo, pp. 114 y ss.

¹⁵⁵ ROMÁN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales*, ed. Montecorvo, Madrid, 1994, p. 17, en el sentido contrario al que aquí se defiende.

Ello nos conduce directamente a la tradicional discusión sobre la vigencia del principio de *numerus clausus* o de *numerus apertus* de derechos reales, que no parece tener mayor relevancia práctica, centrándose el problema en determinar el alcance de la autonomía de la voluntad en unos y otros negocios. Lo cierto es que existe una tipología de derechos reales, y que la validez de los pactos con trascendencia real no se puede medir por la mera forma del negocio jurídico, de tal manera que puedan oponerse al consumidor situaciones contrarias a las normas protectoras de éste bajo la excusa de que se ha configurado un derecho real al inscribirse el pacto en el Registro de la Propiedad. En dicha medida es importantísimo el alcance del artículo 33 LH en relación con el 34 del mismo cuerpo legal. No debe olvidarse que éste sólo protege al tercero frente a las "causas que no consten en el mismo Registro", y que la condición de consumidor de una de las partes, cuando concurra, debe inscribirse obligatoriamente¹⁵⁶. El hecho de que conste la cualidad de entidad de crédito de la prestamista es suficiente para que se considere consumidor (usuario bancario) al prestatario, lo que somete al préstamo a un régimen especial¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Ya que se trata de circunstancias "relativas a las personas de los otorgantes" (art. 21 LH), que puede afectar a "la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas" (art. 18), y que necesariamente debe constar en la misma (apartados 1 y 3 del art. 23 LCGC, y 10.6, párrafo segundo LCU).

¹⁵⁷ Especial con respecto a su regulación general, pues es lo cierto que se trata precisamente del que se realiza con mayor asiduidad. Es decir especial a la vez que ordinario o habitual.

La normativa protectora de los consumidores afecta, por tanto, únicamente a la regulación general de los derechos de crédito, y no a la de los derechos reales. Otra cosa es que trascienda a éstos los problemas del título. Con respecto a ello, y frente a un posible abuso de la figura del tercero protegido por el Registro, debe decirse que, en orden a evitar dicho abuso, bastaría con que constara la cualidad de consumidor en él¹⁵⁸, lo que ocurrirá en todos los casos de hipotecas constituidas a favor de entidades de crédito¹⁵⁹.

2. Las cgc no pueden acceder en cuanto tales al Registro de la Propiedad ni afectar a la configuración de los derechos reales típicos de la misma forma en que lo hacen las cláusulas negociales de los contratos:

¹⁵⁸ Y si no consta, debiera de constar, y no afecta a sus derechos, salvo existencia de terceros que merezcan la protección registral. Véase las normas que avalan dicha interpretación en la nota 156.

¹⁵⁹ En efecto (y con independencia de la aceptación o no de la interpretación que mantenemos en las notas anteriores 156 y 158), esto ocurriría siempre que constara el hecho de ser la prestamista una entidad de crédito y el adquirente final de la vivienda un particular; ya que, si estamos de acuerdo en que todo el que suscribe con estas un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda es consumidor (este es, recordemos, el objeto de nuestro estudio: préstamo para adquisición de vivienda), el hecho de la aplicación de la normativa protectora se derivará de dicha constancia registral (existencia de una promoción financiada, o pacto de destinarse el préstamo a la compraventa de una vivienda) y, por tanto, no de una "causa que no conste en el mismo Registro", por lo que no le es oponible el régimen del art. 34 LH (para que no queden dudas, para aquellos autores que siguen la denominada tesis dualista, a la misma solución se llegaría por aplicación del art. 32 LH). Además, al tratarse de un derecho cuya inscripción es constitutiva, es fácil encontrar estos datos inscritos en el registro.

Las cgc no acceden como tales al Registro, sino como parte integrante de un contrato del que trae causa un derecho real, que es el que el Registro publica. En dicha medida, el juicio que deben de hacer los Registradores no es tanto de validez de las condiciones generales que se le someten, sino el del alcance real de las mismas. Sólo entonces juzgarán si dicho alcance se apoya en condiciones generales lícitas.

Los derechos reales están afectos a la validez (y alcance) del título del que traen causa. De esta suerte, la impugnación de la validez del título o la discusión sobre el contenido de aquél, influirá en el derecho real tal como había quedado originalmente constituido.

Trasladando estos conceptos al préstamo hipotecario, tendremos que el ámbito de la responsabilidad hipotecaria puede quedar dibujado por condiciones generales, pero ello no podrá nunca privar del enjuiciamiento de la validez de las condiciones mismas conforme a las que el derecho se constituye. No se trata de cuestionar la validez del derecho constituido, sino el alcance de la responsabilidad hipotecaria.

El sentido práctico de esto es que el ejercicio del *ius distrahendi* está sometido a la posibilidad del control judicial previo, lo que no priva necesariamente de la acción ejecutiva, pero sí de los procedimientos especiales de realización del valor del bien hipotecado (el extrajudicial del art. 129.2 LH y judicial sumario del art. 131, si se entiende éste no como

un procedimiento judicial de ejecución sino como un mecanismo de enajenación –sin cognición, mera fase de apremio-) ¹⁶⁰.

Las dos afirmaciones aquí efectuadas (y las otras dos que a continuación se harán) son consecuencias lógicas de la concepción que aquí se defiende de cgc que, como vimos es la única posible dentro del actual orden constitucional. Sin embargo, no es fácil armonizarla con la más reciente legislación sobre la materia. Trataremos en los próximos capítulos de efectuar una lectura constitucional de la misma ¹⁶¹. Bástenos aquí con este apunte.

3. Resulta contraproducente imponer el control de las cgc en sede registral o notarial ¹⁶² (entendido como análisis pormenorizado de cada una de

¹⁶⁰ Véase *infra* epígrafes I.H.1, pp. 391 ss. y I.H.8, pp. 413 ss.

¹⁶¹ No nos resultará, sin embargo, suficiente calificar la norma de inconstitucional, cuando la referida lectura no sea posible, considerándola por tanto inexistente. Junto a ello, integraremos la norma en el ordenamiento hasta tanto sea (si lo fuere) declarada inconstitucional, propugnando la interpretación más acorde con el texto de la CE. Véase *infra* nota 84 en la p. 43.

¹⁶² La obligatoriedad para los Notarios de velar por la aplicación de la normativa sobre cgc, ha sido subrayada por el artículo 147 RN, en la redacción dada por el R.D. 1209/84, de 8 de junio, al posibilitar que éstos consignen si la minuta incluye o no cgc. Por otro lado, parece difícil excluir del juicio previo de legalidad que debe efectuar el Notario conforme al artículo 145 del RN, los criterios constitucionales y legales de protección del consumidor. Véase SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, "Estatutos de propiedad horizontal, abuso de derecho, defensa de los consumidores", *RCDI*, 1988, 1647 ss. Esta cuestión se ha planteado igualmente en Alemania: KRAMER, Ernst, "Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG", *ZHR*, 146, 1982, pp. 105 a 117; MEDICUS, Dieter, *Zur gerechlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge*, ed. Beck, Munich, 1989; RIEDER, Peter, "Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Einzelverträge im Rahmen des AGB-Gesetzes bzw. Des § 242 BGB", *DnotZ*, 1984, pp. 226 a 235.

ellas). Ningún control previo de la validez de las cgc puede evitar la fiscalización judicial de las mismas:

Como acabamos de ver, no se trata de un verdadero control, sino de un análisis sobre la posibilidad de efectuar los referidos pactos con alcance real. Ello implica, claro está, cierto juicio sobre la validez obligacional de los pactos, al menos confirma cierta apariencia de corrección.

Pero la validez de las condiciones generales de un contrato sólo es posible enjuiciarla caso por caso. Lo que es válido en un supuesto puede no serlo en otro: No es posible un control *a priori*.

Por ello, y referido al préstamo hipotecario, las condiciones generales, si se inscriben, afectarán al ámbito de responsabilidad hipotecaria cubierta por la hipoteca, pero no a la exigibilidad del crédito conforme a las condiciones generales. Siendo necesario liquidar el crédito, y siendo posible cuestionarse la corrección de dicha liquidación, será también posible cuestionarse allí la validez de las cgc conforme a las que se realiza la misma.

Debe quedar muy claro que el control previo no "valida" las cgc: se trata únicamente de un mecanismo cautelar.

4. No existen modalidades hipotecarias atípicas:

Obviamente no puede configurarse ningún derecho real en contra de lo dispuesto por el derecho imperativo. Determinar éste es, por tanto, una tarea fundamental. Si damos por válida la teoría que apoya la vigencia del principio de *numerus apertus* de derechos reales en nuestro ordenamiento, podríamos entender que muchas de las normas que suelen pasar por imperativas, lo son con respecto a la hipoteca, pero no con respecto a un (supuesto) nuevo

derecho real, muy aplicado en la práctica que podría denominarse "hipoteca bancaria". Esta solución deja en manos de la banca la determinación de las reglas del juego, y es la que de una forma u otra (si a caso no tan manifiesta¹⁶³) viene defendiendo una gran parte de la doctrina especializada, que denominaré "mercantilista"¹⁶⁴.

Se puede coincidir por lo que respecta a la primera afirmación, sin tener que extraer la referida consecuencia. Y es que la existencia de un número abierto de derechos reales puede entenderse de muy diversas formas y, desde

¹⁶³ E incluso, en la mayoría de los casos, sin advertir que están definiendo una nueva modalidad (atípica) de hipoteca.

¹⁶⁴ No por dedicarse al derecho mercantil, cuanto por resultar de su aplicación un beneficio para los mercaderes frente a los consumidores. Son todos aquellos autores que aluden al "complejo contrato formado por préstamo e hipoteca" para darle a ésta una regulación distinta a la de la hipoteca y a la del préstamo (la que se ha dado la propia banca, imponiendo una práctica en la que las cgc han jugado un papel importante). No es que no existan criterios de conexión, como se dirá en el próximo capítulo, pero esta conexión se opera a través de la causa de los distintos contratos implicados, que desde luego en nada alcanza a una regulación *sui generis* contra normas imperativas. Entre estos autores, LALAGUNA, "Hipoteca y crédito", pp. 27 y 28; YSÁS SOLANES, *Préstamo hipotecario*, p. 83; GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Pactos en la hipoteca inmobiliaria", pp. 166-167, en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, vol. 2, Civitas, 1996, o CABELLO DE LOS COBOS, L.M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993. Estos autores cometen el error de que, en una hipoteca de seguridad (y la hipoteca de máximo, que como se verá es la empleada por la banca para salvar la indeterminación de la cantidad que sería en cada momento ejecutable, lo es), de la que por definición "la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro no se extienden del derecho real de hipoteca al correspondiente crédito garantizado" (ROCA-SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1979, p. 782), otorgan eficacia real a pactos que no afectan a la hipoteca, sino, en todo caso, exclusivamente al contrato de préstamo.

luego, no debe querer decir que la autonomía de la voluntad lo pueda todo¹⁶⁵, pues no hay que olvidar que ésta no es totalmente libre en las relaciones *inter partes*, por lo que *a fortiori* no puede serlo cuando afecta a terceros. Mucho menos puede impedir la aplicación de otros principios como el de la buena fe¹⁶⁶, el sometimiento a la norma imperativa, o mutar el sistema de fuentes...

¹⁶⁵ En este sentido ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III - Derecho de bienes*, vol. 1, Barcelona, 1974 se pronunciaba a favor del *numerus apertus* utilizando entre otros el argumento de "la libérrima voluntad del propietario para constituir sobre sus bienes los derechos que le plazcan" (cit. por DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, p. 308). Hay que destacar que es este autor (ALBALADEJO) el que apunta la superación de la discusión *numerus clausus versus numerus apertus*, para reconducirla a los límites de la autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales. Parece mantener la misma opinión, si bien parece claro que se trata de un debate carente de fundamento práctico, interesando más el estudio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales, respecto de la cual dice, en la última edición (8ª, VOL. 1, 1994) de la misma obra, que "no se trata de que carezca de todo límite, sino de que sólo tenga los que sean necesarios, pero no que su constricción consista en suprimirla" (p. 33). Rotundo a favor del *numerus apertus* se pronuncia en T.III, vol. 2, p.384 (nota 4), al tratar los derechos de adquisición. Unos y otros autores admiten que se trata de una "discusión que casi hay que suprimir por inoperante en la práctica" y en la que no deja de ser razonable la pregunta "¿Para qué sirve prácticamente el *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de derechos reales *oficiales* que acogería la ley?" (p. 34). Coinciden en el replanteamiento de los límites de la autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales quienes mantienen, con sólidos argumentos, la existencia de un *numerus clausus* de derechos reales. Son éstos, MIQUEL, voz "derecho real", *EJB*; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1983, pp. 23 ss.; LACRUZ, *Elementos*, III, 1, 3ª ed., reimpr. 1991, pp. 22-30; MONTÉS PENADÉS, en LÓPEZ MONTES y otros, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 53 a 56. Véase sobre el particular la opinión de DIEZ-PICAZO *infra* en nota 172.

¹⁶⁶ Véase MIQUEL "La buena fe", pp. 831 ss.

No ofrece duda alguna la maleabilidad de las figuras reales típicas por la voluntad de quien configura el derecho¹⁶⁷, eso sí, siempre dentro de los anchos límites que el tipo legal determina¹⁶⁸. En materia de hipoteca, si bien la ley no permite el mismo juego a la autonomía de la voluntad, sí que le ofrece diversas alternativas, al regular varias alteraciones del tipo básico, que el propietario puede combinar entre sí. Así el art. 153 LH permite que la hipoteca se cree en garantía de cuentas corrientes de crédito; el 142 LH que lo haga sobre obligaciones futuras, y; el 154 LH, que garantice títulos cambiarios. En cada uno de estos supuestos la LH regula los requisitos que debe cumplir para que surta efectos frente a tercero, teniendo un más reducido papel, aunque no despreciable, la voluntad individual sobre la referida extensión de la hipoteca¹⁶⁹; pudiendo modificar en cualquier momento posterior, por pacto entre el propietario del derecho hipotecado y el acreedor

¹⁶⁷ ROMÁN GARCÍA, Antonio, "La tipicidad en los derechos reales", Montecorvo, pp. 65 y ss., Madrid, 1994.

¹⁶⁸ DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, p. 308, que a modo de ejemplo cita los artículos 467 (permite modificación del alcance del usufructo por su título de constitución), 523 (remite el alcance de las facultades de los derechos de uso y habitación a su título constitutivo), 594 (permite al propietario establecer las servidumbres que considere sobre su finca en la forma y modo que mejor le parezca), y 392 (instituye al contrato como fuente primera de la reglamentación de la comunidad de bienes), todos ellos del Cc.

¹⁶⁹ Así, algunas de las normas que limitan la extensión de la hipoteca se aplicarán "salvo pacto expreso" (extensión objetiva, art. 111 LH), o "salvo pacto en contrario" (extensión en cuanto al crédito asegurado, art. 114 LH). No obstante, se establece un contenido mínimo en cuanto a la extensión objetiva, y uno máximo en cuanto a la extensión sobre el crédito.

hipotecario¹⁷⁰, el título constitutivo (art. 144), que afecta a numerosas cuestiones como la determinación de la obligación garantizada que, aunque regulada en la ley, deja un amplio margen de maniobra a los particulares¹⁷¹.

Admitido por la doctrina mayoritaria el sistema de *numerus apertus*¹⁷² la discusión gira ahora sobre cuáles sean los límites de la autonomía de la

¹⁷⁰ Y, en su caso, el deudor hipotecario. Aunque puede cuestionarse que la voluntad de éste pudiera tener alguna repercusión sobre el contenido real del negocio y, por tanto, que pudiera afectar al derecho real, que es lo que aquí consideramos. Creo que la respuesta debe ser afirmativa. Véase *infra* pp. 274 ss. (donde se tratan la hipoteca de propietario y el descuento del precio en la compraventa de bienes hipotecados).

¹⁷¹ En contra de la interpretación mayoritaria sobre la accesoriedad de la hipoteca, véase *infra* 278 ss. La flexibilidad defendida de este requisito de la hipoteca (incluso pueden encontrarse supuestos de ejecución de hipotecas con independencia del crédito, y distintas de la protección del tercero, *infra* pp. 269 ss.) deja mayor margen de maniobra al deudor hipotecario, esto es, al consumidor, y nos remite al problema del ámbito de autonomía de la voluntad en la configuración y modificación de los derechos reales.

¹⁷² Así DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, p. 321, donde afirma "que en nuestro derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar. Hasta que el derecho de superficie fuera recogido por el Reglamento Hipotecario y en la Ley del Suelo constituía un derecho real atípico y, sin embargo, podía ser establecido con efectos reales". Lo mismo podría decirse, por poner un ejemplo más próximo, en cuanto al derecho de uso compartido en el tiempo de un inmueble para vacaciones, o multipropiedad (hago la observación, dado el tinte de fraude que rodea socialmente a la figura, de que me refiero a aquellos casos, no pocos, en los que dicho negocio viene a formular un verdadero interés socioeconómico, constituyendo un negocio con efectos reales creador de un derecho real atípico -hasta la Ley 42/98- completamente lícito). Últimamente se ha pronunciado en este sentido GORDILLO, "El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral. La situación jurídica de los inmuebles y los límites dispositivos y de capacidad de obrar del titular", *ADC*, T. 51, fasc. 2, abril-julio, 1998, pp. 423 a 632.

voluntad para configurar éstos, si se trata de una voluntad unilateral o bilateral,...

De igual forma, la posibilidad de existencia o no de nuevas tipologías de hipoteca es un debate mal planteado, por cuanto la cuestión es cuál es el límite de la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevas modalidades hipotecarias. En efecto, no sólo es que no pueda existir una hipoteca atípica, sino que ni siquiera se puede considerar que existan varios tipos legales de hipotecas, ya que "la relación entre las modalidades hipotecarias no es la de tipos contrapuestos, sino la de reglamentaciones de elementos distintos de un contrato unitario que es la hipoteca". Elementos que se pueden combinar entre sí (así, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, puede o no ser a su vez de máximo, o puede garantizar títulos cambiarios, como parece desprenderse del penúltimo párrafo del art. 156 LH)¹⁷³.

El problema será, por tanto, considerar si cabe regular por la autonomía privada nuevos elementos no previstos por la regulación hipotecaria. La respuesta congruente con la doctrina mayoritaria, de que entre nosotros

¹⁷³ CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, pp. 34 a 39 (la cita es de la p. 36).

imperat el *numerus apertus* de derechos reales, debe ser positiva¹⁷⁴, si bien sometida a los siguientes límites generales:

1. Debe someterse siempre a las prescripciones legales de la hipoteca, pues "lo decisivo ha de ser siempre el contenido real de los negocios jurídicos y de los derechos y no la denominación que a los mismos se dé"¹⁷⁵. Lo dicho se entiende que es con respecto a las normas imperativas, debiendo presumirse que lo son las relativas a derechos reales.
2. En aquellos casos excepcionales en los que una norma con efectos reales es dispositiva, la expresión de la autonomía de la voluntad debe reunir, además de los requisitos propios para la configuración de derechos personales atípicos, la suficiente publicidad como para que pueda causar efectos frente a terceros, entre los que se incluye la necesaria tradición¹⁷⁶, cuando dicho derecho real se transmita (antes no se nos ocurre que pueda tener virtualidad alguna, pues estaría imbuido

¹⁷⁴ Y no porque estemos ante un nuevo derecho real, sino por que, lógicamente, aquella consideración requiere de un poder de disposición en materia de derechos reales que debe también poder afectar a los derechos reales típicos

¹⁷⁵ CAMY, Buenaventura, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1, Granada, 1969, pp. 431 y ss., cit. por DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, p. 306.

¹⁷⁶ En realidad, la tradición no es por sí misma publicidad, salvo negativa (imposibilidad de volver a transmitir el derecho). Ni si quiera la manifiesta posesión del *adciens* permite el conocimiento del título de posesión. La *traditio* es un requisito impuesto por el art. 609, y debe de entenderse en sentido amplio, no como equivalente a la entrega (sino como la no oposición del *tradens* al disfrute del derecho por el *adciens*, de lo que puede deducirse que se exige no una mera declaración formal de voluntad para la constitución - transmisión- del derecho, sino un plus de comportamiento -si quiera de abstención- posterior a la misma). Véase MIQUEL, art. 609, *Comentario Cc.*

en las potestades del derecho real de quien lo configura) y cumplir los demás requisitos exigibles a los derechos reales¹⁷⁷, especialmente la determinación del derecho¹⁷⁸.

3. Interés serio y legítimo (que cumpla una función socioeconómica): "Así como la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones está sometida a un control social por la vía de la exigencia de unos presupuestos causales, también lo está la voluntad creadora de derechos reales, que debe fundarse en un interés serio y legítimo y debe tratar de cumplir una función socioeconómica para la cual el derecho sea necesario"¹⁷⁹, esto es: "que de otro modo no se podrían llenar"¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Así señala DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, 319, que "la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros".

¹⁷⁸ No sólo en la medida en la que han de afectar a terceros, sino desde la perspectiva de que, al ser derechos limitativos del dominio, y estar imbuidas nuestras leyes en el espíritu de evitar las cargas reales ocultas (amén del carácter de derecho fundamental de la propiedad privada), cualquier gravamen que se establezca sobre este derecho deberá de concretar perfectamente sus límites. En este sentido pueden verse las RDGRNot de 18 de mayo de 1983 y de 4 de marzo de 1993.

¹⁷⁹ DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, 319. Esto responde a las posibles críticas que señalan que, pudiendo la autonomía de la libertad los más (crear derechos reales atípicos), cómo es que no pueden lo menos, que sería introducir modificaciones en el contenido de los derechos reales típicos (como vimos, no pueden modificar la ley imperativa). La respuesta es que la ley ya ha determinado el interés económico-social al que debe responder el Derecho, y lo ha configurado en atención a éste, dibujando con ello también el ámbito en que los particulares pueden actuar sobre el mismo.

¹⁸⁰ DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, 326.

Con respecto al primero de los requisitos, expresado por DIEZ-PICAZO diciendo que "la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles"¹⁸¹, cabe decir que esto no deriva exclusivamente del sometimiento de la autonomía privada a la ley¹⁸², sino de la necesidad de que aquella, en la configuración de derechos reales, responda a un interés socioeconómico (equiparable, en cuanto a su función de control, a la causa en los derechos personales). Por ello resulta lógico que se admita que ésta puede regular situaciones no contempladas en el ordenamiento, pero no las que éste contempla, por cuanto sobre la función socioeconómica de dichos derechos típicos se ha pronunciado ya el ordenamiento, regulando la misma y excluyéndola así del ámbito de disposición de los particulares.

4. En relación con los derechos de garantía existe además otra limitación, que es que la constitución de dichos derechos supone la derogación del principio de la *par condicio creditorum*, legalmente reconocido¹⁸³. Por ello rige aquí (al menos) sin duda el principio del *numerus clausus* de derechos reales. Lo que sí que se podrá hacer es combinar elementos de distintos "tipos" legales, con el resultado de un derecho real mixto (es lo que acabamos de denominar tipo único hipotecario y diversos pactos

¹⁸¹ Autonomía, 319.

¹⁸² Sobre decirlo, aplicación del art. 9.3 CE.

¹⁸³ DIEZ-PICAZO, *Autonomía*, 330.

que conforman¹⁸⁴ sus modalidades). El separarse así de la norma establecida para determinado tipo, encuentra justificación en una necesidad socioeconómica reconocida por otra norma legal. Esto será de gran trascendencia práctica cuando analicemos los distintos elementos que, tomados de varios tipos contractuales distintos constituyen el moderno préstamo hipotecario bancario (con anotación contable en cuenta corriente)¹⁸⁵. Habrá entonces que plantearse la finalidad de cada uno de los pactos que la integran, para enjuiciar la validez y el alcance de esta modalidad hipotecaria:

i) Legislación sectorial bancaria

En una primera aproximación podemos calificar de normativa sectorial bancaria¹⁸⁶ al conjunto de normas, principalmente emanadas del Banco de España (Circulares), cuyo objetivo fundamental es la ordenación del crédito y de la banca, y cuya legitimación se basa en la especial relación (de

¹⁸⁴ Véase *supra* pp. 83 ss., epígrafe 4.

¹⁸⁵ Por poner un ejemplo: la multipropiedad tropezaba con la norma que para la comunidad permite a cada comunero solicitar la división de la cosa común (art. 400 Cc.). Dado que la finalidad de la norma respondía a una función socioeconómica distinta e incompatible con la nueva figura, y que ésta encontraba acomodo en otros preceptos (usufructo, arrendamiento, propiedad). En un sentido parecido, MIQUEL GONZALEZ, José María, "Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad", *RDR*, Nº 14, 1987.

¹⁸⁶ Importada de la doctrina italiana, y más concretamente de GIANINI, por HERNANDO, J., en su artículo "Ordenamiento sectorial de la banca y responsabilidad", *Anales del CUNEF*, p. 256 y ss., citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, 13, 1984, nota 6, por quien suele ser citada.

subordinación y control) existente entre la autoridad financiera y las entidades de crédito.

Se trata de una regulación básicamente administrativa de la que cabe destacar los siguientes textos normativos:

- Con relación a las entidades financieras:
 - Directiva 73/183;
 - Directiva 77/780;
 - Directiva 87/102;
 - Ley 26/1988, de 29.07.1988 (BOE del 30), de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito;
 - Ley 13/1994, de 01.06.1994, de Autonomía del Banco de España, y;
 - RDLeg. 1298/86, de 28.06.1986
 - La Ley 3/1994, de 14 de abril.

Esta última, modificando el art. 1 del RDLeg. 1298/1986, de 28 de junio, conceptúa "entidades de crédito: [a] a) El Instituto de Crédito Oficial, b) los bancos, c) las cajas de ahorros y la Confederación española de cajas de ahorros, d) las cooperativas de crédito; y hasta el 31 de diciembre de 1996 e) las sociedades de crédito hipotecario, f) las entidades de financiación, g) las sociedades de arrendamiento financiero y, h) las sociedades mediadoras del mercado del dinero".

- Con respecto a la regulación del mercado hipotecario y, en especial, al principio de transparencia:
 - Directiva 87/102 de 12.02.1987, DOCE 12.02.1987

- Directiva 61/14 de 10.03.1990
- O.M. 17.01.81 Mº Economía y Hacienda,
- O.M. 3.03.87 Mº Economía y Hacienda,
- O.M. de 12.12.1989 Mº Economía y Hacienda,
- O.M. de 5.5.1994;
- Circular 8/1990 del Banco de España, modificada por Circular 13/1993 del Banco de España, BOE de 31 del 12, funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España; "incorporación" [sic, en norma sin fuerza de ley] de la Directiva 61/14 (10.03.90); fórmulas uniformes para los cálculos de las cargas financieras.
- Circular 8/1990 del Banco de España, modificada, entre otras, por las circulares 13/1993, 7/99¹⁸⁷ y 3/99¹⁸⁸;
- Circular 5/94, de 22 de julio;
- Circular 3/1996, de 27 de febrero¹⁸⁹;
- Circular 3/1998, de 27 de enero¹⁹⁰;

¹⁸⁷ Incorpora la "referencia interbancaria a un año" (el EURIBOR) como índice de referencia.

¹⁸⁸ De 24 de marzo (BOE 83, del 7 de abril). Sólo se citan las modificaciones más importantes. Téngase en cuenta que los precedentes de estas circulares sobre transparencia son las otras 16/88, 16/88 y 24/87, pero tras la sustancial modificación operada por la O.M. 12 de diciembre de 1989 (BOE 303 del 19).

¹⁸⁹ Modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE de 13 de marzo).

- Circular 4/1998, de 27 de enero¹⁹¹;
- Circular 3/1999, de 24 de marzo¹⁹²;
- Circular 4/1999, de 24 de marzo¹⁹³; y,
- Circular 7/1999, de 29 de junio¹⁹⁴;

La práctica bancaria ha establecido mecanismos para irse alejando paulatinamente de la regulación civil, contenida fundamentalmente en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria¹⁹⁵, que algo dicen sobre la protección del prestatario. Dicha desviación de la norma típica ha sido justificada por numerosos autores, y ha motivado gran parte de la regulación

¹⁹⁰ Sociedades y servicios de tasación homologados. Información a rendir al Banco de España (BOE de 13 de febrero).

¹⁹¹ Sobre modificación de las Circulares 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, y 8/1992, de 24 de abril, de cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público (BOE de 13 de febrero).

¹⁹² Sobre modificación de las Circulares 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; y 1/1997, de 31 de enero, sobre información de los saldos contables que integran la base de cálculo de las aportaciones a los Fondos de Garantía de Depósitos (BOE de 7 de abril).

¹⁹³ Sociedades y servicios de tasación homologados. Modificación de la Circular 3/1998, de 27 de enero, sobre información a rendir al Banco de España (BOE de 7 de abril).

¹⁹⁴ Sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela (BOE de 9 de julio)

¹⁹⁵ No debe olvidarse, por la especial relación con la realidad que estudiamos; la normativa sobre adquisición de vivienda (Ley 57/ 68 y R.D. 515/89). Véase cita completa *infra* notas 231 y 232, donde está tratada. Volveremos a referirnos a ella en I.A.1.j) Legislación de consumo, pp. 114 ss., donde se citan las principales normas aplicables a la protección del consumidor bancario, prestatario adquirente de vivienda con garantía hipotecaria.

(reglamentaria y legal) de los últimos tiempos, que debe ser interpretada a la luz de los principios protectores de los consumidores, y con estricto cumplimiento del principio de legalidad, que, entre otras cosas, exige un título competencial especial para regular Derecho Civil general, y aún con mayor rigor cuando de derechos fundamentales se trata (24, tutela efectiva y falta de indefensión, en nuestro caso, referido a los procedimientos de ejecución hipotecaria; 33, propiedad; 39, protección económica de la familia; 47, acceso a una vivienda; y 51, protección de los consumidores)¹⁹⁶. La cuestión más importante que plantea el estudio de la normativa sectorial bancaria para nuestros fines, es la cláusula competencial con que se dictan estas normas, que incide igualmente en la determinación de su ámbito objetivo de aplicación¹⁹⁷. Nos interesa aquí pronunciarnos sobre el valor de esta normativa en el plano civil, es decir, como determinación del contenido de las relaciones entre la entidad de crédito prestamista y el consumidor prestatario, o sobre posibles efectos sobre el derecho real de hipoteca¹⁹⁸.

¹⁹⁶ DRESCHER, Jochen, *Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis*, Beck, Munich, 1994.

¹⁹⁷ ARAGÓN REYES, Manuel, "Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Tratado de las Garantías en la contratación mercantil*, Civitas, pp. 21 a 46.

¹⁹⁸ BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés, "La infracción de las Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica-sustantiva", *RDBB*, 58, 1995, pp. 533 a 544. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, 13, 1984, pp. 7 a 32 (primera publicación en separata del Banco de España, 1983). Del mismo autor puede verse también "Reflexiones sobre la unión monetaria europea y el

La teoría de la especial relación como forma de habilitación general para dictar normas vinculantes (siempre que sus destinatarios sean los sujetos especialmente sometidos o protegidos) vino a salvar la posición del Banco de España durante la crisis bancaria experimentada en los años de la transición, pero encuentra difícil acomodo en el marco constitucional vigente.

Ciertamente, los reglamentos emanados de la Administración del Estado pueden regular las relaciones entre particulares, incluso aunque éstas caigan fuera del ámbito material natural de aquél, que es el Derecho administrativo. Pero para ello es necesaria la concreta habilitación, no permitiéndose el reglamento independiente si su objeto es materia sobre la que existe reserva de ley.

De ello se extrae que, en el ámbito del crédito hipotecario, difícil será pensar en un reglamento independiente que pueda reunir dichos requisitos de validez. Ello no sólo por la reserva de ley que operan las bases 6ª y 8ª del apartado 1 del artículo 149 CE¹⁹⁹, sino; también, por la reserva genérica

Sistema Europeo de Bancos Centrales", *Noticias CEE*, 1993, 100, pp. 37 a 41. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Valor jurídico de la circular", *RDBB*, 1991, 2, pp. 311 y ss.

¹⁹⁹ Pues, como señala PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, "Valor jurídico de la circular", *RDBB*, 1991, 2, "es muy discutible que las menciones de los términos ley o legislación en el Título VIII supongan auténticas reservas de Ley, que permitan calificar de inconstitucional una ley deslegalizadora de aquellas materias, por la sencilla razón de que la finalidad de este Título no es regular las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo estatales, sino la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas". No obstante, aún considerando que se trata de verdaderas reservas de ley, cabría la posibilidad de que esta diese entrada a un reglamento ejecutivo, como lo es el Reglamento Hipotecario con respecto

que la constitución impone a la limitación de la libertad²⁰⁰ (reserva general de ley en la terminología de SANTAMARÍA PASTOR²⁰¹), máxime cuando se afectan derechos reconocidos en la sección segunda del capítulo segundo del título primero CE, como lo son los derechos a la libertad de empresa (art. 38) y a la propiedad privada (art. 33), cuyo contenido esencial sólo podrá ser regulado por la ley (art. 53. 1)²⁰². Ello no quiere decir que el reglamento no tenga cabida en nuestra materia, sino únicamente que debe ser dictado con la correspondiente habilitación contenida en una ley, y que la regulación básica (esencial) del derecho que se regula, en tanto que supone una limitación de derechos constitucionalmente reconocidos, debe estar contenida en una ley. A modo de conclusión, y por lo que aquí nos interesa, podemos señalar:

a la Ley Hipotecaria (así lo entiende la doctrina administrativa mayoritaria, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Civitas, 9ª ed., 1999, p. 263.

²⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso*, pp. 232 y ss, y especialmente 240 a 242 en las que se afirma que "no sólo la libertad, también la propiedad constituye una materia reservada a la Ley según expresamente dispone el artículo 33.2 [...], como también la libertad de empresa, según el artículo 38 (incluido en el capítulo II del Título I y, por tanto, cubierto por la cláusula del art. 53.1).

²⁰¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 280 y ss., quien se apoya en el art. 10.1 CE y su equiparación al 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, para señalar que "el libre desarrollo de la personalidad [...derecho fundamental] comprensivo de todas las situaciones personales no enumeradas específicamente en el Título I CE [...], caen bajo la reserva general del art. 53.1 CE" (la cita es de la página 282).

²⁰² Véase *supra* nota 2.

1. En cuanto a la regulación de la garantía real (la hipoteca) existe un reglamento²⁰³ dictado con la debida habilitación y en desarrollo de una ley que establecía las limitaciones al derecho de propiedad que el reglamento no debe propasar. El precepto del Reglamento Hipotecario que esto hiciere (lo veremos más adelante) no debe ser aplicado, pues atentaría directamente contra esta reserva de ley, o contra el orden jerárquico de las normas, protegidos ambos por la Constitución.
2. Por lo que respecta a los contratos bancarios de cuenta corriente y de préstamo, no existe regulación legal sobre el primero, y con respecto al segundo tanto el Código Civil (arts. 1740 y ss.) como el Código de Comercio (arts. 311 a 325) establecen las normas por las que debe regirse.
3. Existe una habilitación genérica recogida en la O.M. de Economía de 12 de diciembre de 1989 para desarrollar las materias objeto del artículo 48.2 LDIEC; esto es, la contratación bancaria. La cosa se complica algo más, porque sí que existe una habilitación desarrollada por la misma O.M. y recogida en el apartado 1º del

²⁰³ Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. La habilitación de la ley se encuentra realizada en el propio Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, que a lo largo de su articulado hace mención expresa al mismo, además de tratarse de la modificación de una norma anterior (el mismo reglamento de fecha 6 de agosto de 1915, que encuentra su apoyo legal en la ley de 1909). En cualquier caso, al tratarse de normas preconstitucionales el control de adecuación a la norma suprema sólo viene referido a las cuestiones materiales (de legalidad ordinaria) y no a las formales de promulgación de la norma.

mencionado art. 48 LDIEC, que se refiere a una materia conexas con las anteriores, cual es la ordenación del crédito y la banca. Habrá entonces que distinguir qué preceptos pueden considerarse válidos en función de dicha habilitación, y cuales no lo son por sobrepasar el ámbito material de la misma. En cualquier caso una cosa sí se puede afirmar: no pueden derivar de las circulares del Banco de España obligación ni derecho alguno que directamente afecte a la relación entre las entidades de crédito y sus clientes.

Dicho esto, cabe plantearse cómo debe entenderse la regulación existente emanada del Banco de España. Desde luego que un primer planteamiento es considerarla exclusivamente válida como normativa administrativa, como normas de policía y, en dicha medida su incumplimiento sólo conllevaría efectos para las entidades de crédito, que podrían ser sancionadas por el mismo, pero sin que de éste pudieran derivarse consecuencias en la esfera contractual entre la referida entidad incumplidora y su clientela.

Una segunda vía interpretativa, que no niega la anterior sino que pretende sacar alguna utilidad más a dicha normativa, es la que intenta ver en la misma un reflejo de los usos del comercio, que también se buscan en los trabajos del Consejo Superior Bancario. De esta forma se intenta salvar la validez de dichas normas, eso sí, posponiendo su aplicación al mismo papel

que tienen los usos del comercio, esto es, se aplicará en ausencia de ley alguna²⁰⁴.

Finalmente cabe una tercera opción, que es considerar que toda la circular debe entenderse nula de pleno derecho, pues no se ha dictado con la debida habilitación, o porque invade materias que no han sido tratadas por la ley²⁰⁵.

A mi juicio, en aplicación de la habilitación del art. 48.1 LDIEC, esto es, en la medida en que consideremos a las circulares del Banco de España como instrumentos reguladores de la política crediticia y de la banca, no tropezaremos con problema competencial alguno, y el criterio para medir su validez será el límite que impone el respeto a la libertad de empresa protegida por el art. 38 CE. Esto sería así incluso en los casos en los que se pretenda utilizar por el Banco de España la subdelegación, incorrectamente

²⁰⁴ Podría establecerse alguna duda con respecto a la interpretación que cierta doctrina mercantilista hace del art. 2 Cdc. en relación con el 50 del mismo cuerpo legal, quienes para salvar la aparente contradicción existente entre ambos, vienen a considerar que los usos de comercio pueden derogar la ley civil dispositiva. No puedo admitir, tras la entrada en vigor de la constitución, tal afirmación, pues sólo se puede excluir la aplicación de la ley dispositiva por la voluntad concurrente de ambas partes. Así el art. 6.2 Cc. Habla de "exclusión voluntaria", y la voluntad se refiere, obviamente, a una voluntad negocial, luego al concurso de dos voluntades. Y ello porque la ley así lo quiere (ley, el Código Civil, posterior al Código de Comercio), y ésta es la expresión máxima del sistema democrático (la potestad legislativa reside en las Cortes Generales, que "representan al pueblo español", art. 66 CE, en quien reside la soberanía nacional, art. 1.2 CE).

²⁰⁵ Dentro de esta última línea, de considerar que las circulares no afectan al Derecho civil, se inscriben las SSTs citadas *supra* nota 106, p. 54. Véase la literatura citada *supra* nota 198, p. 96.

operada, de la potestad que por delegación detenta el Ministerio de Economía para regular cuestiones relativas a los contratos bancarios, con los límites y en los términos establecidos en el número 2 del art. 48 LDIEC, siempre que quepa reconducirla al número 1 de dicho artículo (y raro sería que ello no fuera posible, ya que se trata de materias conexas), y que el reglamento (léase, Circular) se haya dictado también en atribución de la referida potestad. Aún manteniendo la validez de dicho reglamento, hay que dejar claro, eso sí, que se trata exclusivamente de un reglamento administrativo²⁰⁶ (aunque con efectos *ad extra*) que regula las relaciones de ciertos particulares (las entidades de crédito) con la administración (en este caso con el Banco de España), sin que despliegue ningún efecto entre particulares.

Esta legitimación y eficacia se ha visto reforzada por la creación del Banco Central Europeo, como organismo situado por encima de los gobiernos nacionales. Como se señaló, son las Cortes Generales, y no el Gobierno, quienes tienen según la Constitución competencia en materia civil²⁰⁷. Sin

²⁰⁶ Frente a un reglamento jurídico que regula las relaciones entre particulares.

²⁰⁷ Lo que no quiere decir que éste no pueda dictar normas de carácter civil, sino que cuando lo hace está ejercitando una competencia de las Cortes Generales, y en esa medida 1) o cuenta con el correspondiente mandato de Las Cortes (ex art. 82.1 CE), o; 2) se trata de una medida de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE). Esto es, que se trate de Decretos Legislativos o de Decretos-leyes. Con respecto a estos últimos se plantea el problema de que "no podrán afectar a [...] los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I", lo que sin duda limita (así parece entenderlo la STC 111/1983, FJ 8 y 9, en lo que coincide el voto particular a la misma), cuando no veta, la posibilidad de usar esta fórmula para regular cuestiones civiles. Sin embargo ha

embargo, la atribución de competencia a un órgano comunitario introduce parámetros metaconstitucionales para su determinación, dada la superioridad del Derecho comunitario. Debemos, por tanto, remitirnos a las normas de atribución de competencias de éste, y muy especialmente al estatuto del BCE. Siendo esto cierto, no lo es menos que podemos seguir manteniendo nuestras afirmaciones en cuanto a lo inapropiado de las Circulares del Banco de España para regular situaciones que afecten a todos los ciudadanos (Derecho civil), sin que pueda ampararse en disposiciones del BCE, pues estas vulnerarían su marco competencial. Las Circulares son sólo válidas en la medida que afectan a la actividad bancaria.

Ello nos remite a un segundo orden de problemas: si el reglamento es válido en lo que afecta a la actividad de la banca ¿cómo es que prohíbe lo que la

sido usado para regular el ejercicio del derecho de propiedad. Así recientemente al Decreto-ley 8/98, de 31.07 por el que se modifica la ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y la 32/88 de 10 de noviembre, de marcas; o anteriormente, y a modo de ejemplo, el Real Decreto-ley. 2/1985, de 30 de abril, de medidas urgentes de política económica, que entre otras cosas modifica (art. 9) el régimen de prórroga forzosa que establecía el art. 57 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pueden considerarse igualmente con contenido civil los reales decretos-leyes 8/98, de 31 de julio sobre propiedad industrial; 7/96, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la economía, que entre otras medidas de contenido civil, afecta al préstamo participativo (art. 20); 22/79 de 29 de diciembre, sobre el procedimiento a seguir en las causas de separación conyugal, y; 10/79, de 16 de junio, de prórroga de los arrendamientos rústicos. Creo que el ámbito material del Decreto-ley y del Decreto legislativo son coincidentes, pero aquél no puede incidir de la misma forma en la regulación del derecho como puede hacerlo éste, debiendo limitarse, por tanto, a lo que sea necesario para paliar la urgencia que lo motiva. De ahí que alguna duda nos ofrecen la corrección de los ejemplos temporalmente más próximos, legitimados sin duda por el posterior refrendo parlamentario.

ley permite? Habrá que establecer en qué medida el reglamento es la concreción de la ley y de los principios generales que la inspiran. Parece que el reglamento podrá optar por cualquiera de las alternativas que una ley dispositiva ofrezca, y que del mismo modo podrá concretar el sentido de la ley (dispositiva e imperativa), siempre que dicha concreción no suponga una limitación de los derechos reconocidos por aquélla.

Antes de pasar a analizar los contenidos de las circulares que aquí nos interesan, veamos, a grandes rasgos, cuáles son éstos:

(3) Control de la información al consumidor

Como quedó dicho²⁰⁸, la calidad de la información es uno de los problemas y retos de la protección de los consumidores en general, y en los préstamos hipotecarios en particular; y, por ello, es también uno de los campos de actuación jurídicos imprescindibles para su solución.

La normativa sectorial bancaria que la regula será estudiada más adelante, junto con aquella otra de ámbito general que articula la protección en la misma línea de proporcionar información previa²⁰⁹. La política del Banco de

²⁰⁸ Véase *supra* I.A.1.- La estructura de la información, pp. 21 ss.

²⁰⁹ Este control de la información no se establece sólo por el Banco de España, ni por la normativa sectorial bancaria; por el contrario, se tiende a reconducirlo al ámbito registral. Así la LCGC crea un registro de cgc. Puede verse la RDGRNot de 16 de marzo de 1990. En el segundo capítulo se comentará cómo se debe, a nuestro juicio, armonizar y articular la protección del consumidor con los principios hipotecarios: juego del artículo 434 RH por un lado; 258 LH y 355 RH, por otro; y, finalmente, 7, 11 y concordantes LCU, en la interpretación que le da la Resolución citada. Creo que el empleo moderado de estos mecanismos es positivo, pero no debe desplazar el carácter protector del Derecho civil,

España sobre el control de la información gira en torno a dos principios: el de transparencia en la información suministrada a la clientela²¹⁰, y el de oferta vinculante²¹¹, consistente esta última en la obligación de las entidades de proporcionar al prestatario, antes de la firma del contrato, un documento en el que consten todas sus condiciones, así como una serie de avisos en cuanto a los derechos que le asisten.

(4) Control de las condiciones del préstamo

Los modelos contractuales que utilizan los bancos están sometidos a la aprobación previa del Banco de España. Del mismo modo el Banco de España dispone de un Servicio de Reclamaciones, inserto en sus Servicios Jurídicos, y regulado por la Circular 24/87²¹². Este servicio es un órgano de carácter administrativo, cuyo único alcance es *dictaminar*²¹³ si en un

donde se encuadran las normas de consumo, que debe tender, en aras de su eficacia, a la corrección técnica. Por ello es preciso que no pierda su papel central en la protección del consumidor, y que las normas sean dictadas con mejor técnica legislativa. Actualmente es primordial la labor del intérprete, para suplir estas tendencias y defectos.

²¹⁰ Véase *supra* las notas 38, 39 y 40.

²¹¹ Véase *supra* la nota 26.

²¹² De 7 de mayo (BOE de 10 de agosto). El servicio entró en funcionamiento el 1 de septiembre de 1987. Posteriormente la LDIEC (L. 26/88 de disciplina e intervención de las entidades de crédito) y la O. de 12 de diciembre de 1989 (para el desarrollo ulterior de la misma, véase *supra* nota 188 y el texto del que proviene) modificaron el servicio, especialmente en cuanto a su ámbito competencial.

²¹³ Los procedimientos están regulados en el artículo 9, apartados a) y b) de la O.M. de 12 de diciembre del 89, y en la circular 8/90 (normas 15ª y 21ª).

determinado conflicto la actuación de una entidad de crédito sometida al control del Banco de España "apunta hacia un quebrantamiento de la normativa de disciplina bancaria"²¹⁴. Este alcance limitado del dictamen, meramente informativo, se deriva de la posición de organismo independiente del Banco de España con respecto a la relación cliente-entidad de crédito que enjuicia. Es, en este sentido, interesante el contraste con los países de nuestro entorno, en los que los servicios análogos se han operado por la vía de la autoregulación, en ocasiones en forma de comisión arbitral integrada de forma paritaria por consumidores y banca²¹⁵. Ello hace que en aquellos países el dictamen de la comisión tenga el efecto vinculante de un *laudo* arbitral, mientras que no se puede predicar la misma vinculación entre nosotros.

Dichos dictámenes basan su fuerza en el poder coactivo del Banco de España, y en los fundamentos jurídicos de los mismos, ya que pueden servir de base para un posterior procedimiento judicial que, aunque no vincule al Juez (de hecho ni siquiera le sirve como derecho en que apoyar sus decisiones, como inmediatamente veremos), puede, de hecho, servir de

²¹⁴ RUBIO VILAR, Juan, "Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del Servicio", en NIETO, *Transparencia*, pp. 753 a 801, cita de la p. 761.

²¹⁵ Es el caso de Holanda, Dinamarca, y Bélgica. En el Reino Unido, Irlanda, Alemania e Italia la organización no integra a los consumidores, sino únicamente un servicio organizado por los propios empresarios. El único sistema afín al nuestro es el del Instituto Monetario de Luxemburgo. RUBIO, "Servicio de Reclamaciones", p 760.

argumento decisivo a la voluntad del juzgador. Estas son las normas en las que el Servicio de Reclamaciones fundamenta sus decisiones:

1. Normas de disciplina. Especialmente las de la LDIEC y las desarrolladas por las circulares del Banco de España que se han citado²¹⁶.
2. Usos bancarios. En el sentido de usos de comercio que les da el Ccom.
3. Buenas prácticas bancarias. Concepto jurídico indeterminado que debe integrarse con los principios generales, especialmente con el de buena fe negocial²¹⁷, y que el Servicio de Reclamaciones ha definido como "aquellas que, sin venir impuestas por la normativa disciplinaria ni constituir uso bancario, son razonablemente exigibles para la llevanza responsable, diligente y respetuosa del negocio bancario"²¹⁸.

Se observará que las referidas fuentes nada tienen que ver con las que integran el Derecho civil. Se trata únicamente de *garantizar la calidad de un servicio*²¹⁹, pero con ello nada se dice sobre el cumplimiento o no de los pactos civiles contraídos entre la entidad y un determinado cliente, ni sobre

²¹⁶ Véase *infra* I.F.3(6) Normativa sectorial bancaria, pp. 349 ss.

²¹⁷ MIQUEL, "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *AFDUAM*, nº 1, 1997, p. 318, propone cubrir las indeterminaciones producidas por las cláusulas generales de las leyes, con ayuda de los principios generales.

²¹⁸ RUBIO, "Servicio de Reclamaciones", p 763. Véase sobre los principios generales, y en especial el de buena fe, como contenido para integrar las normas generales o conceptos jurídicos indeterminados, MIQUEL, "cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho", *AFDUAM*, 1, 1997, pp. 297 ss.

²¹⁹ La relevancia de poder entender las Circulares como normas relativas a la calidad de un servicio se destaca *infra* p. 112.

la adecuación de los mismos al ordenamiento que le sirve de marco y presupuesto.

(5) Control de caja, y de la política económica en general

Es el que menos nos interesa a los efectos de este trabajo, sin embargo es esta la política sobre la que el Banco de España tiene auténticas competencias. Las dos mencionadas anteriormente se derivan de esta última, en virtud de la competencia general²²⁰, fruto del sometimiento de la Administración a todo el ordenamiento jurídico.

(6) Conclusiones. Postura que se mantiene

Cuando el Banco de España regula sobre las condiciones del préstamo o sobre la protección del consumidor bancario, no innova nada en el orden civil, tan sólo concreta cómo las entidades sometidas a su control han de cumplir las normas civiles. Ello no quiere decir, ni que el cumplimiento de la normativa dictada por el Banco de España signifique el respeto de la normativa civil; ni, en sentido contrario, que un incumplimiento a la misma signifique sin más un ilícito civil.

Es sin duda correcto que el Banco de España controle de modo previo determinadas actividades de las entidades de crédito, autorizando sólo aquellas que estime ajustadas a las directrices de la política económica que

²²⁰ Competencia general de la que goza toda la Administración para regular, dentro de unos límites, materias conexas a aquellas de las que tiene competencia. Véase *supra* p. 96 y ss.

se haya fijado. En dicho juicio puede, y debe, introducir otro tipo de criterios, de tal forma que no autorizará actuaciones que, con respecto al conjunto del ordenamiento, entienda que resultan ilegales. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de las entidades de crédito de recurrir las denegaciones que considere no están suficientemente motivadas (por entenderlas acordes con el ordenamiento).

La doctrina mayoritaria afirma la validez del negocio jurídico celebrado entre un particular y la entidad de crédito, en el que ésta incumple la normativa que ahora nos ocupa. Indica esta línea interpretativa que únicamente procedería la correspondiente sanción administrativa, sin que el ilícito tenga repercusión civil alguna²²¹. Esta interpretación no nos satisface, desde el momento en que deja en manos de la entidad de crédito el cumplimiento del negocio, por cuanto no puede ser impelida a realizar un acto contrario al Derecho administrativo al que está sometida, pero sin embargo sí puede ésta exigir del particular el cumplimiento de las obligaciones que hayan surgido del referido negocio. Si se mantuviera que la entidad puede ser obligada a realizar la prestación en los términos pactados y prohibidos por la

²²¹ En un supuesto equiparable (compraventas de viviendas de protección oficial por precio superior al permitido por la normativa administrativa que las regula), la última jurisprudencia se pronuncia en el sentido de mantener la validez del negocio por el precio pactado, considerando que deberá imponerse, en su caso, la correspondiente sanción administrativa (SSTS de 21.02.94, 04.05.94, 21.11.96 y 11.02.98 entre otras). No compartimos el sentido de la misma y, aunque a falta de una definitiva elaboración, nos parece más acertada la jurisprudencia anterior a 1992 (véase la que se cita en la nota 223).

normativa administrativa, estaríamos admitiendo que los Tribunales pueden obligar al cumplimiento de un pacto contrario a Derecho²²².

El hecho de que se haya pactado algo ilícito convierte el referido pacto en nulo y, de ser esencial para el negocio, conlleva su nulidad²²³. Ahora bien, es la entidad la que está sometida al ordenamiento administrativo, y quien tiene el conocimiento suficiente para advertir las limitaciones de su actuación, no pudiendo ignorarlas. La entidad tiene un especial deber de ajustar su actividad a lo administrativamente reglado y, si no lo hace, es por su cuenta y riesgo²²⁴. De ahí que deba responder de todos los daños que ocasione al particular contra la normativa administrativa protectora, y ello con independencia de que al mismo tiempo contravenga normas civiles, o que no lo haga.

El particular contrata en la confianza de que se están respetando los baremos protectores que la administración establece. Por ello se debe

²²² O bien la norma administrativa es nula por vulnerar su ámbito competencial, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el principio de igualdad del art. 14 CE,...; o es válida y los Tribunales no podrán entonces desconocerla.

²²³ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia sobre VPO anterior a 1992 (véase en contra nota 221). Por todas, la última y las que en ella se cita: SSTs de 28.02.91, 18.02.91, y 24.06.91. Se pronuncian en el sentido de mantener la validez del negocio pero ajustando el precio al impuesto por la normativa protectora, obligando a devolver las cantidades cobradas de exceso conforme a aquella normativa.

²²⁴ Salvo que se considere que el prestatario ha actuado en colaboración con la entidad para evitar la normativa administrativa (esto es, que el infringir la normativa está entre los motivos, directos o indirectos, que lo llevan a contratar -y no únicamente que lo acepta porque no le queda más remedio-). En este sentido, también en un caso de VPO, la STS de 03.09.1992.

apreciar que la aceptación de aquél se produce condicionada al cumplimiento de dichos estándares. O, mejor dicho, que dentro del ámbito de la buena fe en los contratos, y en especial dentro de la confianza en lo manifestado por las partes²²⁵, debe entenderse inmersa la confianza en el cumplimiento de dicha normativa, por lo que la creencia de que se cumplen los estándares que establece, se incorpora a la causa (concreta) del contrato²²⁶.

Vemos como se combinan aquí los criterios de integración del contrato conforme a la buena fe (confianza en determinada calidad o en determinado contenido mínimo) y de control de la distribución de los riesgos de las partes conforme a la causa próxima (especialmente si entendemos las circulares como normas cuyo cumplimiento permite hablar de cierta calidad

²²⁵ En apoyo de esta tesis se puede traer a colación la abundantísima jurisprudencia sobre la debida lealtad y necesaria buena fe que debe imperar en las relaciones negociales (actos propios, ocultación de gravámenes, error e incorporación de los motivos a la causa del contrato). Véase *infra* los epígrafes I.D.3, pp. 232 ss. (especialmente p. 237 y, en ella, nota al pie) y I.F, pp. 295 ss., y que se estudia en el capítulo II de esta tesis. Aquí, a modo de ejemplo, se cita por todas la reciente STS de 12 de noviembre de 1996, en la que el vendedor oculta la imposibilidad de transformar la finca objeto de la compraventa en un regadío, finalidad que pretendía el comprador, por lo que debe responder. Véase MIQUEL, voz "buena fe", *EJB*.

²²⁶ Nótese que una de las justificaciones a la técnica de política legislativa que consiste en someter una actividad a licencia o autorización previa radica en suplir déficits de información (caso de abogados, arquitectos, médicos). Esta es, aunque no la única, una de las razones por las que se somete la actividad bancaria a autorización previa. Siendo ello así, está justificada la confianza de los particulares en su correcto funcionamiento, y puede razonablemente esperarse una especial responsabilidad de un comportamiento irregular. Esto es, además, lo que se deduce de la integración del contrato con las normas que le son de aplicación y el principio de buena fe que debe presidirlo.

del servicio ofrecido)²²⁷. Este error podrá llegar a ser esencial, pero no es necesaria dicha característica para entender la causa concreta como mecanismo de control de los riesgos del negocio)²²⁸.

En este sentido se pronuncia la STS de 24 de junio de 1996 en un caso en el que un boleto de lotería primitiva resulta premiado, pero la responsable de la oficina de sellado de boletos no cumple con la obligación que le impone el reglamento que regula dicho juego, en el sentido de que debe depositar en la Delegación correspondiente el referido boleto (cosa que hizo) con la mitad del sello acreditativo del pago (sello del que carece por extravío, figurando sin embargo la otra mitad en el ejemplar del titular). El Tribunal señala:

Se trata de un contrato que cabe reputar como atípico y complejo [...] por converger conductas representativas de negocios de compraventa, mandato verbal y sobre todo de depósito, que vienen impuestas por las cláusulas del contrato de adhesión y destaca la Sentencia de 24 noviembre 1992, no excluyéndose de responsabilidad civil al receptor del boleto, el que *lo ha de conservar con observancia plena de las condiciones reglamentarias para hacerle (sic) apto* a participar en el sorteo y darle el destino previsto contractualmente, con lo que de esta manera se ha constituido en responsable frente al apostador. (FJ tercero). [Y que] la propia actividad del negocio exigía la máxima diligencia, no sólo en el momento del sellado y expedición de la apuesta, sino

²²⁷ Véase *supra* p. 107, donde ya dijimos que las circulares del BdE buscan garantizar la calidad de un servicio.

²²⁸ Véase *supra* la bibliografía citada en nota 75, p. 39.

que también la misma se prolongaba por el imperio de mantener una custodia atenta y eficaz en su necesaria comprobación y remisión correcta a la Delegación Territorial (FJ cuarto).

Sobre estas cuestiones abundaremos en el segundo capítulo de esta tesis. Baste aquí con señalar la incorporación de dicha normativa a la voluntad de las partes (incorporación en la causa del contrato: si el consumidor sabe que está renunciando a normativa protectora, no contrataría), y al contenido del contrato (1258 Cc.). Nótese que tampoco cabe aquí que las partes manifiesten su voluntad contraria a la normativa administrativa, pues dicha manifestación de voluntad no es posible cuando se plasma en cgc, ni cuando estamos ante contratos de adhesión. Además, no parece que los Tribunales puedan desconocer la normativa administrativa y declarar la validez civil del contrato, salvo que entren a valorar si aquella vulnera derechos legal o constitucionalmente reconocidos, en cuya medida deben considerarla contraria al ordenamiento e inaplicarla²²⁹. No se debe olvidar que el artículo 1255 prohíbe los pactos contrarios a la ley (y esta se entiende en sentido amplio: ordenamiento jurídico imperativo), a la moral y al orden público.

²²⁹ Obviamente, siempre que no se trate de normas con rango de ley, en cuyo caso la posible infracción del Derecho constitucional debe ser planteado como cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

j) Legislación de consumo

Destacan dentro de este grupo, aunque se trata también de una muy abundante normativa²³⁰, la siguiente:

- Ley 57/68, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas²³¹.
- Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU);
- R.D. 515/89, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas²³².
- Ley 2/94 sobre subrogaciones de préstamos hipotecarios.
- Ley 7/95 de Crédito al Consumo (LCC);
- Ley 7/98 sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

En la mayor parte de los casos se trata de normativa redundante, que lo único que trata de subsanar es la incorrecta aplicación práctica, en

²³⁰ Aunque no tanta ni tan confusa como la sectorial bancaria, debido principalmente al menor número de organismos con competencia en la materia.

²³¹ BOE de 29 de julio.

²³² BOE de 17 de mayo.

concreto, la desviación de unos principios que una recta (y no tan difícil²³³) aplicación de nuestras normas podría corregir²³⁴. Se trata de normas que pretenden aclarar más que innovar, aplicar principios más que establecer excepciones. Este es uno de los criterios interpretativos que se siguen, siendo en esto coincidente con la normativa sectorial bancaria. Aquí sin embargo, a diferencia de aquella, el principio del *favor consumatoris*²³⁵ (con elaboración de Derecho comunitario, constitucional e incluso civil²³⁶) nos

²³³ Se quiere indicar que no es tanto una cuestión de dificultad, como de falta de voluntad, de existencia de intereses contrarios.

²³⁴ Ejemplos de ello son la ley de subrogaciones, cuya finalidad puede verse mejor cumplida con una interpretación de la accesoriedad, que aquí desde luego no vamos a cuestionar, más atemperada en cuanto a lo que ésta implica. Por otro lado, la supresión en la LECn del procedimiento del artículo 131 viene, pensamos, a confirmar nuestra tesis de que dicho procedimiento es un procedimiento concebido en su día para la ejecución de unos créditos que actualmente son minoritarios, y está siendo utilizado (*contra legem*) para la realización de todo tipo de créditos surgidos de préstamos bancarios, para los que no está pensado, como expondremos en la segunda parte de este trabajo.

²³⁵ Nótese que es coincidente en parte con el tradicional de o que hemos llamado Derecho civil general, de *favor debitoris* o *favor emptoris*. Sobre la fundamentación de una legislación especial (ya hemos señalado que de alcance limitado), véase *supra* el epígrafe I.A.1.f) Los contratos de adhesión y la contratación en masa, pp. 41 y ss. El *favor debitoris*, aunque poco se ha escrito sobre él y suele de hecho hablarse del *favor creditoris*, no albergamos dudas de su vigencia en nuestro ordenamiento. Sobre el mismo puede verse CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "El «favor debitoris» en el Derecho español", *ADC*, 1961, pp. 835 ss; CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, Madrid, 1933, pp. 116 ss. En la doctrina italiana, más recientemente, GIUFFRÉ, Vincenzo, "Il «favor debitoris»: araba fenice", comunicación al Congreso de Derecho romano en Mérida (Venezuela), 1987.

²³⁶ Aplicación al consumidor de la normativa más beneficiosa (principio inspirador del Derecho comunitario); obligación que la CE impone a los poderes públicos en el 9.2 CE,

obliga a no aplicar la norma especial cuando la general sea más beneficiosa para el consumidor²³⁷ (en el caso de la normativa sectorial bancaria no procede, al no regular unos mismos supuestos: la normativa sectorial no es derecho civil). El punto débil de esta interpretación es el que consistiría en negar la cualidad de consumidor del prestatario hipotecario. Creemos que en nuestro caso se trata de un verdadero consumidor²³⁸.

Debe señalarse que es perfectamente coherente mantener la prevalencia de las normas de rango superior, y aplicar preferentemente una de rango inferior, siempre que sea acorde con el resto del ordenamiento, por cuanto las normas protectoras de los consumidores son normas que establecen objetivos mínimos, conforme impone el ordenamiento comunitario²³⁹. Este espíritu lo recoge en nuestro ordenamiento el art. 3 de la LCC 7/95 cuando

en relación con los derechos reconocidos en el capítulo 3º del Título 2º (cláusula de no reversión); interpretación de los contratos (no debe favorecer a quien impone una determinada redacción), y en general estudio de la prestación del consentimiento en la negociación en masa (con amplia elaboración jurisprudencial).

²³⁷ No se nos escapa que no toda la abundante normativa es redundante, o aclaratoria, o que permita la aplicación de la norma general por ser más beneficiosa. Estas serán las innovaciones que introduce el legislador, que deben ser señaladas con claridad.

²³⁸ Sobre la noción de consumidor bancario, véase *infra* el capítulo II de esta tesis.

²³⁹ Véase *infra* pp. 323 ss. la Sentencia del TJCE «El Corte Inglés». En el mismo sentido se pronuncia en la Sentencia «Trumer vs. Mayer», de 16 de marzo de 1999 (de la que se extrae que la protección de los consumidores debe de extenderse también a los efectos reales del contrato, pues aunque estos aspectos no se hayan regulado por la normativa comunitaria, lo es por la dificultad de armonizar la misma, y no por su intención de limitar la protección, que debe buscarse con las normas existentes en cada ordenamiento nacional, FJ 23 y 30)

establece que "no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste".

C. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA CUESTIÓN

1. El círculo infernal

No obstante esta especie de círculo infernal, la autonomía privada pervive²⁴⁰

Hemos venido observando la pérdida de libertad a cambio de una supuestamente mayor seguridad. Esta reducción del ámbito de la libertad individual no es el presupuesto en el que actúa la normativa decimonónica. En efecto, la reacción liberal-codificadora defenderá, frente al ordenamiento del antiguo régimen, la autonomía privada (libertad), desconociendo que aquél también se apoyaba en ésta como elemento indispensable en la constitución de los vínculos entre personas, y entre personas y cosas (vasallaje, vinculación de la tierra: manos muertas, censos, cargas ocultas...). El liberalismo considera que el Derecho debe servir a la voluntad

²⁴⁰ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, p. 17, Civitas, Madrid, 1985, con lo que hace referencia a que la necesidad de regular en defensa de los ciudadanos limita ya en sí la autonomía privada de los mismos, al tiempo que se hace necesario frente a un ejercicio abusivo de la autonomía privada por parte de las empresas y otros poderes sociales. La respuesta pasa sin duda por una regulación que limite el abuso y defienda la autonomía privada (luego una regulación intervencionista, pero escasa y clara, con sólidos principios más que con reglas de detalle).

individual "y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido". Estas ideas servirán, engarzadas en las de negocio jurídico y de derecho subjetivo, de inspiración a un primer pandectismo, cristalizando finalmente en los códigos de la época (entre nosotros, art. 1255 Cc.). Esta soberanía de la voluntad se mercantiliza en un pandectismo posterior (segunda generación), y siempre siguiendo a DE CASTRO, para pasar a atender en primer lugar a las necesidades del tráfico jurídico y, en particular, la seguridad, por lo que se atiende ahora a lo declarado, y no a lo querido. La autonomía de la voluntad se mantiene ahora como eficaz instrumento para el comercio, y no como expresión de respeto a la voluntad individual. Posteriormente, el normativismo positivista reducirá "la voluntad individual a supuesto de hecho de la norma [...]. En su resultado práctico coincide y potencia la «mercantilización» del Derecho privado, sirviendo a los intereses del gran capitalismo". De esta guisa, los autores que siguen esta corriente vienen a excluir de todo control estatal a las reglas fruto de la autonomía privada²⁴¹:

La doctrina de las fuentes del Derecho da ocasión para atribuir valor coactivo general a las reglas promulgadas o usadas por las grandes empresas (cgc). La simpatía por los negocios abstractos y la tipificación, conduce a reforzar la tendencia a excluir toda consideración extraña a la voluntad declarada (protección de incapaces, de las minorías en las Sociedades, de quienes actúan por necesidad), y, con ello, la de *la significación social del*

²⁴¹ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, pp. 14 y 15, Civitas, Madrid, 1985.

*negocio (causa)*²⁴². [...]. La supremacía de la autonomía privada será afirmada ilimitadamente. Se defiende la posibilidad de elegir, sin cortapisas, el Derecho del país que más convenga [...]. Por si esto no es posible o no interesa, se anuncia la existencia de otro Derecho, creado por la autonomía privada y exento de subordinación hacia el Derecho del Estado, el llamado Derecho autónomo del comercio²⁴³.

Estas tendencias sólo se verán frenadas por consideraciones de orden moral o social, que han dado lugar a diversas figuras jurídicas, unas en decadencia como el justo precio o la rescisión por lesión; otras en auge, como la buena fe, la condena del fraude y del abuso de derecho, o la responsabilidad objetiva, ... Junto a esto, se produce el crecimiento de una Administración cada vez más intervencionista, que debe proporcionarle *prácticamente todo al ciudadano*. Las grandes empresas (y también las pequeñas) piden mercado y competencia, aunque también, paradójica y contradictoriamente, la intervención del Estado "para que acuda en su ayuda y les salve en los momentos de crisis. Con lo que se cristaliza un complejo de desamparo, conforme al que se va creando general creencia de que el Estado es causa y que de él depende la solución de todos los problemas y dificultades individuales"²⁴⁴. Sin embargo, la figura que permite el control de lo socialmente respetable, la causa, ha caído en el olvido.

²⁴² La llamada de atención sobre el concepto es nuestra.

²⁴³ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 15

²⁴⁴ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pp. 16 y 17.

Creemos que hay que revalorizar su significado, porque un correcto entendimiento de nuestras normas así lo exige, como medio de luchar contra los abusos que bajo la apariencia de libertad, de fruto de la autonomía privada, se producen con excesiva frecuencia en nuestra sociedad.

Los problemas sobre la causa se suelen reconducir al estudio del error (error vicio²⁴⁵) o del objeto (falta de objeto). En cuanto a lo segundo, ha sido sobradamente señalado, a pesar de la confusa jurisprudencia existente, que la falta de objeto se produce únicamente cuando éste no queda claramente determinado en el contrato (o puede determinarse con las reglas del mismo). Desde luego, el objeto existe aunque no sea propiedad del vendedor, se pierda, o no reúna los requisitos que se pensaba de él. Omitiremos, por tanto, entrar en el segundo de los problemas (falso problema), para limitarnos al primero, al error vicio o error en los motivos; esto es, a la incorporación de los motivos para contratar en la causa del negocio.

Los efectos del error vicio se circunscriben al artículo 1.301 Cc. (nulidad) y exige, en opinión de MORALES MORENO, un pacto especial de incorporación de los motivos al contrato.

“El simple error en el motivo, afirma LARENZ, es, en principio, no estimable, y por tanto, no da derecho a la impugnación. Sin embargo, la ley hace una importante

²⁴⁵ También llamado error en los motivos, que se incorpora a la causa concreta, o próxima, no a la causa típica del negocio.

excepción a tal principio: el error sobre las cualidades de la persona o de la cosa que son consideradas en el tráfico como esenciales, se estima según el § 119 ap. 2, como error en el contenido de la declaración".²⁴⁶ LARENZ interpreta el § 119 ap. 2 (relacionado con el error acerca de las cualidades de la cosa) tomando como punto de partida una consideración subjetiva y unilateral del error. Según él, lo que importa es que ciertas cualidades de la cosa han sido determinantes para el que invoca el error. No hace falta que ese carácter determinante se haya comunicado al otro contratante [...] Mas esta manera de interpretar el § 119 ap. 2 BGB no es compartida por todos los autores²⁴⁷. De ella se critica por algunos, el que permite que las cualidades de la cosa a las que se refiere el error no formen parte del contenido del contrato; es decir, el hecho de que se considere suficiente para la apreciación jurídica del error que la cualidad erróneamente apreciada sea relevante en el tráfico. FLUME, autor del que principalmente proviene esta crítica, cree que es necesario algo más. Considera necesario que la cualidad de la cosa erróneamente apreciada se haya incorporado al contenido del contrato. El error, a su modo de ver, provoca un desajuste, una discordancia, entre el negocio y la realidad²⁴⁸.

²⁴⁶ LARENZ, *Parte general*, traducción de M. IZQUIERDO, p. 519, cit. por MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, p. 73, ed. Ceura, Madrid, 1988

²⁴⁷ KRAMER, *Münchener kommentar zum BGB*, § 119, ns. 90 y ss.

²⁴⁸ FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, § 24,2 b) y ss. (existe una reciente traducción de MIQUEL

Pero a pesar del sistema no causalista alemán, incluso allí se ha acudido a cierta idea de la causa para dar solución al problema del error, que introducen a través de la figura de la "base del negocio"²⁴⁹. No se incorpora expresamente al contrato, pero sí está tácitamente incluido, en la medida en la que supone "el estado de cosas que las partes han supuesto conjuntamente al celebrar el contrato, «por el cual han orientado expectativas o cálculos y que ha constituido para ambas el fundamento de su valoración»"²⁵⁰.

Coincido con DE CASTRO en estas afirmaciones, que parecen reivindicar el valor del individuo, de sus derechos como tal, y del respeto que el ordenamiento le debe profesar. Que éste es la causa del orden jurídico, y no el Estado; y que, desde esta óptica, está redactado nuestro Código. Es posible que la mercantilización del Derecho privado fuese necesaria en una etapa de capitalismo incipiente, pero desde luego no se justifica en el actual estado de cosas, en el que el propio legislador parece estar buscando una vuelta a postulados clásicos, a la significación liberal y humanista de la autonomía privada. Por ello, junto a las figuras correctoras de la mercantilización del Derecho privado, debe reivindicarse su espíritu propio

GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, 1998).

²⁴⁹ En la terminología alemana *Grundlage des Rechtsgeschäft*, o *Rechtsgeschäftsgrundlage*.

²⁵⁰ LARENZ en la trad. de M. IZQUIERDO, p. 636 (la cita es de MORALES MORENO, *El error*, nota 28, p. 73).

como forma de simplificar la abundante normativa protectora, que crea la sensación contradictoria de la necesidad de más legislación, junto al sentimiento de imposibilidad de abarcar (entender, coordinar y, por tanto aplicar coherentemente, valor fundamental en Derecho) la que ya existe. Es por eso que debe realizarse una sistematización de las normas existentes, tratando de encontrarles acomodo en las normas clásicas vigentes. Es decir, entendiendo que el legislador sí se repite, porque necesita corregir una incorrecta aplicación de la norma tradicional²⁵¹. Una correcta aplicación de la figura del negocio jurídico y, muy especialmente, de la causa, nos puede orientar en ello.

Antes de iniciar su estudio, debe advertirse, con DE CASTRO, lo siguiente:

La importación de modelos ajenos a nuestro sistema, pervierte el valor que el ordenamiento le da a la causa, que no es otro que el decidir qué declaraciones de voluntad merecen la consideración de contrato (art. 1261 Cc.) o de negocio jurídico, para decidir igualmente el alcance de la misma.

Es en estas ideas en las que basaremos, en el próximo capítulo, la posibilidad de vincular los contratos de financiación y compraventa, para permitir interponer frente al acreedor en caso de ejecución de la hipoteca

²⁵¹ Incorrecta aplicación que hunde sus raíces en las críticas totalitarias a la teoría del negocio jurídico, por basarse en la libertad individual, frente a una concepción política no democrática cuyo centro era el Estado (nazismo y fascismo), en la que coinciden, según DE CASTRO "neo-hegelianos, nazis, marxistas y conservadores de la escuela de la jurisprudencia de los intereses (Lange, Larenz, Stoll, Wieacker, etc.)", *Ibidem*, p. 22. La práctica mercantil actual necesita, frente a esta inercia, un baño de democratización del que, con todo, aún no tiene suficiente.

también las acciones (en vía de excepción) y excepciones que frente al vendedor tuviere el comprador, además de las propias.

2. Causa y criterios de conexión en la venta financiada por tercero

En el negocio jurídico de hipoteca intervienen dos o tres sujetos, constituyéndose tres relaciones jurídicas, aparentemente desconectadas entre sí *ex artículo 1257* (principio de autonomía de los efectos de los contratos). Del estudio de cada una de ellas veremos como, en contra de esta primera apariencia, están íntimamente relacionadas, no pudiéndose, en atención al gran abanico de posibles estructuras jurídicas que la combinación de estos tres negocios posibilita, hablar de un régimen uniforme para todos los tipos de hipotecas. No obstante podemos extraer unas líneas generales comunes a las hipotecas realizadas por las entidades de crédito en garantía de sus préstamos para la adquisición de viviendas, a las que le son de aplicación unas mismas reglas. Este es el supuesto básico del que parte (o el primer presupuesto sobre el que recae) la presente investigación; a saber, el conjunto de relaciones jurídicas que se constituye cuando el comprador de una vivienda se subroga en el préstamo hipotecario previamente solicitado por una constructora/promotora para la edificación del inmueble vendido. En segundo lugar (segundo supuesto), se estudiará si es válido mantener este análisis cuando quien solicita el préstamo es el propio comprador.

Numerosos autores señalan que el préstamo hipotecario constituye una entidad jurídicamente distinta de la que resulta de yuxtaponer préstamo e hipoteca²⁵², defendiendo un concepto fuerte de accesóriedad. Frente a éste, aunque sin desconocer su importancia, habrá que preguntarse también por otros criterios como pueda ser el de conexión de ambos contratos entre sí²⁵³; de éstos con otros que pudieran también estar al servicio de dicho negocio (cfr. cuenta corriente, o depósito bancario); y, con la compraventa de vivienda o el contrato de obras que pudiera ser objeto de la financiación. En efecto, no sólo se trata de la adición de ambos negocios de tal forma que la conjunción de esa figura le aporta al resultado unas nuevas características que sólo a él le son propias; sino que, además, estamos limitándonos a ese tipo de contratos en tanto que celebrados por entidades de crédito. No señalamos esto para resaltar la mercantilidad del contrato, pues en última instancia también serán de aplicación las normas civiles, sino especialmente porque estas entidades instrumentan este negocio a través de la técnica contable denominada cuenta corriente. Ciertamente que si esta última es una técnica, no es inocua como ha querido durante años dar a

²⁵² Especialmente claro LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Los créditos hipotecarios*, ed. Reus, Madrid, 1977; actualizado en la obra colectiva, dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, volumen 2, pp. 19 a 111. Puede verse también la obra de la profesora YSÁS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, ed. La Ley, Madrid, 1994, pp. 40-93

²⁵³ En contra, para algunos autores, el nexo de unión de las garantías bancarias con la relación de valúta no es jurídico sino económico. BOZZI, ALBIEZ DOHRMANN, LÓPEZ FRÍAS.

entender la banca²⁵⁴, considerándose hoy en día el contrato bancario básico, el contrato bancario típico por excelencia. Pues bien, resulta que este contrato no es el recogido con el mismo nombre (bien que escuetamente, mediante diversas alusiones a él, como la del art. 909.6) en el Código de Comercio: la cuenta corriente en sentido propio (en el sentido del Código y, veremos, en el del art. 153 LH) es un negocio entre empresarios por el cual éstos aceptan cargos a cuenta recíprocamente, con la intención de compensárselos al cierre de la misma, o periódicamente. Obviamente, aquí no intervienen empresarios, ni se conceden las partes crédito mutuamente. Lo único que tienen en común ambos negocios es la técnica contable en que se apoyan²⁵⁵. El negocio al que aquí nos referimos se asemeja más al mandato, en el que el cliente entrega al banco una cantidad con la orden de administrarlo, y realizar en su cuenta los cargos y abonos que le vaya ordenando puntualmente o con carácter periódico. Esta reconducción a las normas del mandato hace nacer una especial relación de confianza que ha de afectar a la totalidad del negocio complejo (complejidad formada por lo que llevamos visto por el préstamo, la hipoteca, y la cuenta corriente)²⁵⁶.

²⁵⁴ Sobre si se trata de un contrato o de una simple técnica contable, véase *infra* I.A.1.1.) La cuenta corriente bancaria, (y el epígrafe que le sigue), pp. 159 ss.

²⁵⁵ En este sentido son ya clásicos los pronunciamientos de las STS, citadas por URÍA (en URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 18 Ed., Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 725), de 20 de junio de 1927, 30 de enero de 1928, 6 de abril de 1933, 22 de diciembre de 1941, 24 de noviembre de 1943, 26 de febrero de 1944, y 7 de marzo de 1974.

²⁵⁶ Así, por ejemplo, YSÀS SOLANES o LALAGUNA. Véase *supra* nota 164, p. 84.

3. Imposibilidad de modificar convencionalmente la estructura típica del préstamo hipotecario

No cabe concebir en este marco un Derecho de cosas monolítico y estático. Por el contrario, los cambios habidos en el Derecho de obligaciones, reflejo de cambios sociales, y en nuestro sistema normativo en general (cfr. en la articulación del ordenamiento jurídico, sometido a unos principios democráticos), no pueden dejar de afectar a la configuración de los derechos reales, ya que como señala el profesor DIEZ-PICAZO²⁵⁷, es el estatuto jurídico de los bienes lo que configura el sustrato más profundo de la organización económica de una sociedad, con una estrecha relación de mutua influencia, entre otros ámbitos, entre los mercados inmobiliario y financiero. Se trata de insistir en la finalidad del Derecho Civil, analizando su papel dentro del ordenamiento jurídico; y reivindicando, por último, su faceta configuradora (y con ello protectora) de derechos, que tan asidua e injustamente se atribuye únicamente al Derecho público. Las materias se entrecruzan, porque unas normas que surgieron con unos fines se imantan de los fines de otras normas, ya que el ordenamiento es, como se dijo, unitario, y responde a unos criterios únicos, que no son predicables de cada una de las normas que lo integran, sino de éste en su conjunto. La doctrina se ha hecho eco de ello²⁵⁸.

²⁵⁷ *Fundamentos*, vol. III, pp. 43 y ss.

²⁵⁸ KNAUL, *Auswirkungen*. Entre nosotros: RIVERO ALEMÁN, Santiago, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 39-69, y 140 y ss.

La voluntad del propietario puede, cuando media un interés socioeconómico para la comunidad y con los requisitos que ya hemos constatado, crear nuevos derechos reales, pero no modificar los establecidos en la ley²⁵⁹ (sí que podrá, desde luego, utilizar los diferentes tipos legales para constituir figuras mixtas). Sin embargo "recurrir exclusivamente a la autonomía de la voluntad no es suficiente, ya que no se puede desconocer la estructura triangular²⁶⁰ cuando se presta una garantía, en la que cada uno de los sujetos ocupa una posición jurídica muy determinada"²⁶¹.

CHICO Y ORTIZ, José María, Estudios sobre Derecho Hipotecario, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, Tomo II, pp. 1460-1482).

²⁵⁹ Véase la nota 165 en la página 85, y con mayor detalle el apartado en el que se inserta "No existen modalidades hipotecarias atípicas".

²⁶⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K. JOCHEN, "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", *RCDI*, nº 636, sept.-oct. 96, citando a LACRUZ BERDEJO, "La causa en los contratos de garantía", *RCDI*, 1981, pp. 732 ss. (y en especial 140 ss.) dice que este autor afirma que la relación de cobertura no suele interferir en la fianza [...] La razón fundamental para él es que la relación entre deudor y garante es *res inter alios acta*, y el hecho del que garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza (p. 735)", nota 22, p. 1807. Esto creo que será así mientras no se demuestre que es otra la voluntad de las partes al constituir la relación real (véase *infra* nota 526, p. 290).

²⁶¹ ALBIEZ DOHRMANN, K. JOCHEN, "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", pp. 1799-1866. Sorprende a este autor que para justificar la independencia de las garantías bancarias se recurra a la fianza (accesoria) y al negocio abstracto obligacional, y que se traten en un mismo plano estas dos instituciones tan distintas (p. 1802).

Habrá que compaginar los principios de abstracci3n y accesoriedad, ya que el primero choca con la concepci3n más extendida del segundo, predic ndose no obstante ambos con respecto a la hipoteca²⁶².

De lo dicho pueden extraerse las pretensiones de este trabajo de investigaci3n: **aportar claridad sobre la regulaci3n positiva de la materia**, poniendo de manifiesto, al mismo tiempo, los desajustes de la práctica con ella. Definiremos cuáles son las irregularidades y cuál ha de ser la reacci3n que frente a estas propone nuestro ordenamiento. Al hilo de estas argumentaciones, se propondrán, finalmente, las medidas *de lege ferenda* que se consideren oportunas.

²⁶² Puede verse THIETZ-BERTRAM, *Die Bankgarantie im italienischen Recht*, Berlin, 1989, p. 179 (en general, 172 ss.); FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. 2^o, 3^a ed., Berlin-Heidelberg, Nueva York, pp. 152 ss. ALBIEZ DOHRMANN, opus cit., p. 1820 y s., donde señala: "En realidad, cumplen cometidos muy diferentes. Mientras que la abstracci3n de causa, en el ámbito de las relaciones obligacionales, tiene su raz3n de ser en una determinada concepci3n sobre el control de la causa, el desplazamiento patrimonial que previamente debe haberse producido y la protecci3n de los intereses de los acreedores, la accesoriedad es una consecuencia meramente l3gica cuando una relaci3n posterior tiene por objeto una relaci3n anterior. Esto explica que la abstracci3n de causa s3lo puede darse cuando expresamente est  prevista, además por ley, por la enorme trascendencia que ello supone cuando la causa de la atribuci3n patrimonial, que constituye la base de la relaci3n anterior, deja de ser trascendente para la relaci3n posterior, independizándose ésta a los efectos de tener su propia validez y eficacia jurídica. En la accesoriedad, por el contrario, se da por sentado que siempre habr  un nexo de uni3n entre ambas relaciones, por supuesto también en cuanto a la causa, lo que no tiene que ser un obstáculo para que tenga la relaci3n posterior su autonomía, incluso pueda reducirse la dependencia, a los efectos de tener su vida jurídica propia, bien por ley o bien por voluntad de los particulares."

La compraventa de vivienda con financiación hipotecaria

En este segundo capítulo de la tesis pretendo analizar la naturaleza y régimen jurídico de la compleja operación que estudiamos, esto es, de la adquisición de vivienda con financiación hipotecaria, instrumentada a través de una compraventa y de un préstamo concedido por una entidad de crédito²⁶³. El objetivo último que persigo es determinar en qué medida se puede vincular compraventa y préstamo (y las otras figuras jurídicas que intervienen en la operación), para poder posteriormente utilizar, frente a la ejecución de la garantía, las excepciones que surjan de la primera.

Paso previo a la conclusión del capítulo, veremos cómo se integra el llamado Derecho del consumo, y el sectorial bancario, cuyos perfiles acabamos de dibujar, en la referida operación de adquisición de vivienda financiada por entidad de crédito con garantía hipotecaria sobre el inmueble adquirido. Volveremos entonces a recordar las consideraciones de Derecho público que han quedado expuestas en la primera parte de este trabajo, y

²⁶³ Nótese pues que el título del capítulo es algo más amplio que el contenido del mismo, ya que no refleja que la financiación se realiza a través de un préstamo ni que el prestamista es una entidad de crédito. La brevedad, y el hecho de ser lo habitual en este tipo de operaciones, justifican el mantenimiento de este título. Por otro lado, es habitual que aunque el préstamo sea concertado por el constructor para la financiación de la edificación, éste se aplique en parte a la compraventa, de tal suerte que una vez realizada la construcción con fondos dispuestos para ello por la entidad de crédito, aún queda disponible una buena parte del crédito concedido, que la constructora cobra como parte del precio. Luego abundaremos en estas cuestiones. Baste adelantar aquí que raro es el supuesto en el que sólo se financia la construcción, lo que nos facilitará la justificación de la vinculación de ésta con la compraventa.

que sin duda deben tener su repercusión procesal, que finalmente abordaremos en el capítulo subsiguiente, cierre de este trabajo.

D. EL NEGOCIO JURÍDICO ESTUDIADO

Antes de analizar la operación que acabamos de describir en su conjunto, descompongamos los diferentes tipos contractuales que en ella intervienen, y comprobemos hasta qué punto se ajusta la figura a los referidos tipos. Este análisis nos permitirá determinar si son de aplicación las normas de aquellos, si estamos ante un contrato atípico, y, en definitiva, concretar cuál deba ser el régimen jurídico de la misma.

Estudiaremos por tanto, y por este orden, el *préstamo* bancario instrumentado en *cuenta corriente*; la *garantía real hipotecaria*; y, finalmente, la *compraventa*. Este último instituto será analizado desde la perspectiva de conectar las acciones y excepciones que tiene el comprador contra el vendedor ante distintas contingencias, con el conjunto de la operación que aquí se examina²⁶⁴. Con ello estaremos en condiciones de afrontar nuestro objetivo último: determinar los medios de defensa del prestatario-adquirente-de-vivienda ante la ejecución por la entidad-de-crédito-prestamista de la hipoteca que garantiza la operación.

²⁶⁴ Esto es, se determinará las acciones con que cuenta el comprador frente al incumplimiento del vendedor, lo que se estudiará al hilo del análisis de la conexión entre compraventa y préstamo. Véase *infra* I.F Los criterios de conexión en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, pp. 295 y ss.

1. El préstamo bancario instrumentado en cuenta corriente

k) El préstamo

Nuestro Código Civil en su art. 1740 reconoce dos tipos diferenciados de contratos de préstamo: a) el préstamo de uso o comodato, sobre bienes no fungibles; y b) el préstamo simple o mutuo, sobre bienes fungibles, con obligación para el prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis et qualitatis*). Obviamente a nosotros nos toca estudiar éste último únicamente. A él me limito en lo que sigue²⁶⁵.

No entraré a estudiar el préstamo mas que en la medida en la que tiene importancia al objeto de nuestra investigación. Esta nos limita el análisis a dos cuestiones. Por un lado el carácter mercantil de los préstamos bancarios suele utilizarse para permitir la entrada de un gran número de mutaciones, con respecto a la normativa civil, cuya legalidad debemos cuestionar. Un segundo problema es el relativo a la perfección del contrato. En concreto, si éste se perfecciona por el mero consentimiento (tesis que mantiene la mayor parte de la doctrina especializada)²⁶⁶; o si, por el contrario, y siguiendo una vieja

²⁶⁵ Para referirme al primero hablaré expresamente de comodato, utilizando para el segundo las expresiones préstamo, simple préstamo, o mutuo.

²⁶⁶ Así, entre los mercantilistas, GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 223; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, pp. 303-304; VICENT CHULIÁ, *Compendio*, p. 249; BROSETA, *Manual*, pp. 520 ss. (la cita que sigue es de la p. 537), este último más moderado, afirma "El Código Civil configura el préstamo como contrato real. [...] Esto no obstante, la práctica bancaria lo ha convertido en consensual, en cuya virtud el Banco se obliga a

concepción que hunde sus cimientos en el Derecho romano²⁸⁷, nos encontramos ante un contrato de perfección real²⁸⁸. La importancia práctica de dicha discusión radica en que, si lo configuramos como consensual podremos estipular intereses y otras obligaciones accesorias de la principal de restitución del capital con independencia de las vicisitudes que pueda experimentar la cantidad anotada (suele decirse depositada, lo que es más que cuestionable) por problemas que, a juicio de la banca no son de su incumbencia (como por ejemplo, que no se haga disposición alguna de la cantidad prestada por frustrarse la realización del negocio para el que había sido solicitada)²⁸⁹. La prestación accesoria por excelencia es el pago de intereses. Luego, el carácter consensual o real del préstamo incide decisivamente en el momento a partir

entregar el capital en el momento pactado, prestación que puede ser exigida por el prestatario desde la perfección del contrato (normalmente al firmar la póliza de préstamo)". En esta línea, y entre los civilistas, aunque se admite la posibilidad del préstamo consensual (desde la obra de JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958), así LACRUZ BERDEJO, y otros, *Elementos*, vol. II, p. 256 "por supuesto, no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó, y en ese planteamiento los contratos de préstamo siguen siendo reales". Véase la opinión de DIEZ-PICAZO y GULLÓN *infra* pp. 149 y ss.

²⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ed. tecnos, Madrid, 2ª ed., 1998, Vol. I, p. 339.

²⁸⁸ Como veremos ha de considerarse necesariamente como contrato real, por todos, entre la doctrina mercantilista, URÍA, p. 718.

²⁸⁹ La entidad de crédito exige el cumplimiento (restitución) a pesar de que su prestación ha consistido únicamente en una mera anotación contable, no en una entrega.

del cual éstos deban computarse, lo que en casos de anomalías en el desarrollo del negocio cobra gran importancia²⁷⁰.

Resumiendo, en adelante vamos a analizar las consecuencias de caracterizar al préstamo bancario como contrato mercantil o no, y con naturaleza consensual o real, y la procedencia de ambas afirmaciones.

(1) El préstamo bancario no es un préstamo mercantil

Las consecuencias de considerar mercantil o civil el préstamo bancario no son tanto de regulación especial, esto es, de definición del tipo legal. Las pocas normas mercantiles sobre el mismo²⁷¹ no difieren sustancialmente de

²⁷⁰ No cuando el dinero se destina efectivamente a un fin, porque la adquisición y la financiación suelen realizarse simultáneamente, con lo que desaparece su relevancia práctica.

²⁷¹ El préstamo mercantil es un contrato real (que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada), unilateral (pues sólo genera obligaciones para el prestatario), traslativo de dominio (en cuanto que el prestamista pierde la propiedad de lo prestado para adquirir un derecho de crédito al tantumdem, y no formal (si bien... la forma escrita es necesaria en los préstamos con interés -art.314-, y para probar la existencia y condición de los de cuantía superior a 1.500 ptas. -art.51 Ccom., 1280 in fine C. c.)

El objeto del contrato en el mutuo mercantil puede ser dinero, títulos de crédito, o mercaderías. En el caso de los créditos bancarios se limitan a los de los primeros, lo que haremos también aquí en los otros.

En cuanto a la obligación de satisfacer intereses debe decirse que es accesoria de la principal de restitución, por lo que desaparece si esta se extingue. A tal punto que "el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos" y que las entregas a cuenta se imputarán primero a intereses vencidos y, cubiertos éstos, a capital (art. 318 Ccom.)

la regulación civil, viniendo aquellas únicamente a puntualizar aspectos menores de la regulación civil. Siendo esto así, la importancia de esta distinción radica en el régimen general de las obligaciones que surgen del contrato y, en especial, la aplicación del régimen civil (mora, prescripción,...), y no del mercantil. Esto, entre otras cosas, conlleva la imposibilidad de que intervenga en la documentación del contrato un corredor de comercio²⁷².

En la práctica, los préstamos hipotecarios, al no ser créditos líquidos, necesitan para su cobro por la vía ejecutiva de la previa liquidación (arts. 131.3ª.2º LH y 1429 LECv, ambos en relac. con el art. 1435 LECv²⁷³; y art.

²⁷² Así lo señala VICENT CHULIÁ (*Compendio*, p. 250), con quien coincidimos: "Advirtamos, no obstante, que en ambos casos, Sentencia de 1944 y Res. de 1980, el supuesto era indudablemente mercantil, por lo que la doctrina expresada en ellas para todos los contratos bancarios es «obiter dictum». Esta interpretación, un tanto forzada, se ha extendido ya, en la práctica, a los préstamos concedidos por las Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito, en que los fines perseguidos suelen ser generalmente civiles, quizás para justificar la intervención en ellos de los «fedatarios mercantiles» o Agentes colegiados".

²⁷³ El art. 131.3ª.2º LH exige que se presente, como requisito para poder despachar ejecución, "el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar la ejecución". Y suele indicarse que la hipoteca, al estar contenida en una escritura pública, es título ejecutivo conforme al 1429.1º LECv. Cuando el crédito contenido en dicho título no sea líquido (Y siempre que su importe sea, como será en los supuestos que analizamos, superior a 50.000 ptas.), será requisito necesario para su ejecución que se liquide, para lo cual el art. 1435 LECv prevé una fórmula, siempre que se trate de "contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida" y se despache ejecución por el procedimiento del art. 1429 ss. LECv (así, la referida norma del art. 1435 LECv termina señalando que "en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, [...] se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria"); y el 153 LH prevé otra, pero sólo

573 LECn²⁷⁴, que se concreta en el art. 574.2²⁷⁵ en el caso de la ejecución ordinaria y en los arts. 688.2²⁷⁶ y 698.2²⁷⁷ en el caso de la ejecución hipotecaria, todos ellos de la LECn)²⁷⁸.

apta para los créditos derivados de cuenta corriente de crédito, que se podrán despachar, además, por los trámites de los arts. 131 ss. LH.

²⁷⁴ Art. 573 LECn. Ámbito del presente Título. "Las disposiciones del presente Título [IV. De la ejecución dineraria] se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida".

²⁷⁵ Art. 574. Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta. El nº 1 de este artículo define qué se entiende por cantidad líquida. El nº 2, señala: "También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado la cantidad exigible resultante de la liquidación".

²⁷⁶ El art. 688 LECn, sobre la demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma, en su apartado 2º dice: "A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 552 y, en sus respectivos casos, los artículos 575 y 576 de la presente Ley.

"En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca".

²⁷⁷ El art. 698 LECn, regulador de la oposición a la ejecución en el procedimiento de ejecución real (hipotecario y prendario), en el párrafo 2º de su norma 2ª establece que "no será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se

Sin embargo sólo existen regulados dos mecanismos de liquidación, el del art. 153 LH, que requiere que se trate de cuentas corrientes de crédito, y no de meros préstamos con contabilidad en cuenta corriente (cuestión de la que trataremos luego)²⁷⁸; y el del art. 1435 LECv, que requiere que se trate de créditos derivados de contratos mercantiles. En ambos supuestos llegaremos a que el pacto de liquidación sólo está contemplado para créditos cuyo origen es, o bien un concreto contrato mercantil (cuenta corriente garantizada con hipoteca, caso del art. 153 LH); o cualquier otro contrato mercantil, supuesto del 1435 LECv.

Para poder ejecutar pues los préstamos civiles con mera contabilidad en cuenta corriente, se ha optado en ocasiones por hacer intervenir en ellos al corredor de comercio, y reconducirlos así desde el ordinal 1º al 6º del art. 1429 LECv (utilizando como título ejecutivo la póliza mercantil intervenida por corredor de comercio, olvidando la escritura pública), para así poder liquidar conforme al 1435 LECn, aunque usándolo en la vía hipotecaria de los arts. 131 ss. LH, lo que no nos resulta muy correcto.

hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad”.

²⁷⁸ En estos nuevos supuestos la liquidación se practicará por las vías de los arts. 575.1º, 1º y 2º LECn.

²⁷⁹ Luego se verá que podemos extender la aplicación de esta norma a todos los créditos con garantía hipotecaria de carácter mercantil, pues la cuenta corriente de crédito, cuando se introduce este artículo, era un instituto exclusivamente mercantil. Véase *infra* los epígrafes I.A.1.l) La cuenta corriente bancaria, y I.A.1.m) El préstamo bancario en cuenta corriente, pp. 159 ss. y 172 ss., respectivamente.

Por todo ello debemos advertir desde este momento, que negamos la posibilidad *ex lege* de realizar los préstamos hipotecarios con contabilidad en forma de cuenta corriente (que posteriormente llamaremos mandato de cuenta corriente)²⁸⁰ por otro procedimiento que no sea el declarativo ordinario. Esto es, negamos el privilegio de la vía ejecutiva. No es una solución que nos guste, pero es la única que nos parece encaja en la legislación vigente. La conveniencia de que ello no sea así (y que ha motivado la situación de ilegalidad que denunciarnos) se soluciona en la nueva LEC (LECn)²⁸¹. El considerar civil o mercantil el préstamo tendrá, en último término, y unido a la consideración de tratarse de contratos de adhesión los supuestos que estudiamos (préstamo hipotecario para la adquisición de viviendas), tan importantes consecuencias.

El carácter mercantil del préstamo parece depender, según el 311 Ccom., de dos circunstancias: una personal de que al menos una de las partes sea comerciante; y otra teleológica de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. Sin embargo la interpretación literal de este precepto, que exige la concurrencia simultánea de estas dos circunstancias y que

²⁸⁰ Sobre la cuenta corriente véase *infra* el epígrafe I.A.1.I) La cuenta corriente bancaria, pp. 159 ss. Para la diferencia con el mandato en cuenta corriente, el que le sigue m) El préstamo bancario en cuenta corriente, pp. 172 ss.

²⁸¹ Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE del 8 de enero de 2000, que entrará en vigor el 9 de enero de 2001. La nueva regulación que introduce se estudia, en contraposición con la recogida en el hasta ahora 131 LH, en *infra* capítulo 0, pp. 389 ss.

llevaría a negar carácter mercantil a los préstamos bancarios, no es aceptada por la doctrina mercantilista mayoritaria²⁸².

Esta doctrina mercantilista, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944, trata de mantener que todos los préstamos otorgados por las entidades de crédito tienen carácter mercantil²⁸³.

En contra y, a nuestro juicio, con mejor criterio, VICENT CHULIÁ, entre otros, mantiene el carácter no mercantil de los préstamos bancarios, salvo aquellos "con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado

²⁸² GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 223; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, pp. 303-304; y, entre otros muchos, URÍA, *Derecho mercantil*, p. 717, entre otros muchos (VICENT CHULIÁ, que mantiene la tesis contraria, cita en su *Compendio*, p. 249, también entre los que aquí enumeramos a BROSETA y GARCÍA VILLAVERDE).

²⁸³ La construcción se debe a GARRIGUES, quien afirma "...la operación bancaria debe ser en todo caso calificada como acto de comercio. Concretamente así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 1944, refiriéndose precisamente al préstamo bancario [...]. Esto significa que cualquiera que sea el destino que se dé a los fondos facilitados por el Banco [...], el préstamo se calificará siempre como mercantil si el prestamista es una empresa cuya profesión consiste en conceder crédito [...]. Esta conclusión tiene un sólido apoyo en los artículos que el Código de comercio dedica a las operaciones bancarias (arts. 175 a 183 y 199 a 217). En efecto, el número 7 del artículo 175 menciona entre las operaciones propias de las compañías de crédito la de prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos y otros valores. El artículo 177 menciona los préstamos entre las operaciones de los Bancos de emisión y descuento. Por su parte, el artículo 320 dice que se reputará siempre mercantil el préstamo con garantía de efectos cotizables hecho en póliza con intervención de agente colegiado; y esta es la forma usual en los préstamos bancarios cuando la garantía consiste en títulos-valores". En expresión de URÍA, *Derecho mercantil*, p. 718, "el préstamo será mercantil cuando se realice por quien tenga como objeto de su actividad la concesión de préstamos o cuando, cualquiera que sea el prestamista, se reciba por un empresario con destino al comercio o industria que realiza".

secundario oficial, hechos en documento público", según impone el art. 320 Ccom., y también aquellos otros en los que se den los dos requisitos señalados más arriba. Este autor contesta a la formulación que acabamos de exponer, realizada por GARRIGUES. Argumenta del siguiente modo, que me permito transcribir dado el interés del razonamiento y la coincidencia de opiniones con la tesis que mantengo²⁸⁴:

Esta construcción nos parece totalmente falta de fundamento, por las siguientes razones:

1.ª) El C. de co. quiso excluir la mercantilidad de los préstamos, de dinero y otros bienes fungibles, siempre que no estuviesen destinados a «actos de comercio» (ver SS. del TS. de 18 de abril de 1896, 29 de noviembre de 1927, 25 de mayo de 1945, 10 de marzo de 1950), y esta norma tan clara, en buena lógica, no puede verse en contradicción con la enumeración de los negocios que integran la «actividad bancaria» en los artículos citados, que sirve tan sólo para calificar la actividad bancaria como «ejercicio del comercio» (*sean o no mercantiles los contratos aisladamente considerados*²⁸⁵).

2ª) Los artículos 175, 177, 199, 212 y 2º del C de co. Se refieren a «sociedades bancarias», hoy, necesariamente, a las «Sociedades Anónimas Bancarias», es decir, sociedades mercantiles o

²⁸⁴ VICENT CHULIÀ, F., *Compendio*, pp. 250-252. Las notas al pie son mías, donde introduzco comentarios y reseñas al texto transcrito.

²⁸⁵ Esta última cursiva es nuestra.

«comerciantes» a los efectos del artículo 1º del C. de co. Por lo que no puede hacerse una interpretación extensiva que incluya todas las «Entidades de depósito» o bancarias en sentido amplio²⁸⁶, *sin estatuto jurídico de Sociedad mercantil* (Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito) *y que no son comerciantes.*

3ª) Una interpretación extensiva de los preceptos de delimitación de los contratos mercantiles, aquí como en otros casos, conduce a *soluciones contrarias a los no comerciantes* que, además, no se aventuran en operaciones comerciales o especulativas. Baste pensar en la aplicación de los usos del comercio, concebidos en la propia E. de M. del C. de co. como interprofesionales.

Ello está reñido con el espíritu de la reciente legislación bancaria, protectora de la clientela; y, en especial, en su caso, con el principio general del Derecho de la

²⁸⁶ Hoy, entidades de crédito (el texto es de 1990). Es entidad de crédito, conforme a la definición que recoge el art. 1 de la Primera Directiva Bancaria (77/780/CEE, de 12 de diciembre), toda "empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia", esto es, toda empresa de intermediación en el crédito. Sin embargo la normativa nacional ha ampliado el concepto en dos sentidos. El primero, utilizando el término "entidad", lo que permite referirse a entes públicos, sociedades estatales, sociedades anónimas, fundaciones (forma jurídica que adoptan, formalmente al menos, las Cajas de Ahorro, D. 1838/1975, de 3 de julio), y cooperativas de crédito. El segundo, por la enumeración nominal que realiza la ley (art. 1.2 RDL 1298/86, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas) a ciertas entidades que, aún concediendo crédito, no son intermediarios, sino que lo conceden con cargo a recursos propios (p. ej. las entidades de leasing).

protección del consumidor (aquí, de crédito)²⁸⁷. A favor de aquellos estaría el artículo 314 del C. de co., que establece que el préstamo mercantil no devenga interés si no se ha pactado (coincidente con el 1755 del C. civil), pero, además, *por escrito*; aunque el supuesto de un préstamo, civil o mercantil, sin interés, estipulado por escrito, no se dará fácilmente.

Baste añadir, que en una gran parte de los créditos concedidos por Entidades de Crédito o de Financiación se hace constar, obligatoriamente (préstamos vinculados)²⁸⁸ o voluntariamente, la finalidad a que se destinan. Aunque el Banco o entidad prestamista no esté obligada a comprobar su efectiva aplicación (SS. TS. de 8 de julio de 1977, R. 3.499, 30 de diciembre de 1978, R. 334/79, 15 de febrero de 1982, R. 689 y 23 de octubre de 1985, R. 4.964). Pero dada esta práctica, no puede servir de pretexto a la interpretación dominante el argumento de que sea imposible conocer las intenciones del prestatario en cuanto al destino que va a dar al dinero. Problema de investigación de las intenciones que también se presenta en los artículos 325 y 326, para la delimitación de la compraventa mercantil²⁸⁹.

²⁸⁷ El concepto de crédito que utiliza la normativa protectora de los consumidores engloba cualquier operación de financiación (aplazamiento de pagos, préstamo por tercero, apertura de crédito,...), como se verá *infra*.

²⁸⁸ La negrita es nuestra, para hacer notar la categoría de negocios vinculados o conexos, que será uno de los ejes sobre los que giran las conclusiones de este segundo capítulo.

²⁸⁹ Además, en nuestro supuesto, la compraventa siempre es civil y no mercantil. Consideramos totalmente correcta la argumentación de la Sentencia de 20-11-1995 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al pronunciarse de la siguiente forma en su FJ 6º:

“el artículo 325 del Código de Comercio, al hablar de la compraventa mercantil, únicamente hace referencia a los bienes muebles, con total abstracción de los inmuebles. Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 2 del mismo Código de Comercio establece que habrán de considerarse actos de comercio (y por tanto mercantiles) no solamente los que el mismo Código señala, sino también cualesquiera otros de naturaleza análoga. Por tanto, la analogía se aplica siempre que el acto que se haya de considerar tenga afinidad o parecido con el que está regulado. El artículo 325 del Código de Comercio contempla la compraventa de las cosas muebles y dice que tal compraventa será mercantil si se dan las condiciones de que las cosas muebles se adquieran para revenderlas (tal como se han comprado o bien transformadas) con ánimo de enriquecerse en su reventa. Y este Tribunal no ve obstáculo en aplicar analógicamente este artículo 325 del Código de Comercio a la compraventa de inmuebles siempre que se cumplan las mismas condiciones de comprarlos con ánimo de revenderlos (tal como se han comprado o transformados) con la intención de enriquecerse en su reventa; interpretación que vemos favorecida por la Exposición de Motivos del actual Código de Comercio de 1885 que, apartándose de la redacción del artículo 360 del Código de Comercio de 1820 (que de manera expresa negaba mercantilidad a la compraventa de inmuebles), al referirse a las compraventas mercantiles, dice: «A la ilustración de las Cortes no se oculta la importancia que han tomado en nuestro tiempo las empresas acometidas por particulares, o por grandes sociedades mercantiles para la compra de terrenos, con objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones, o para el laboreo de minas, o para la construcción y explotación de los ferrocarriles y demás obras públicas. Todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino una de sus operaciones sociales. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales». [y sigue diciendo la Sentencia] Y con un carácter más general dentro del ordenamiento mercantil, podemos decir que siempre que un acto forme parte de la serie orgánica de los actos propios del tráfico de una empresa, habrá de ser calificado como mercantil, siendo los Tribunales los que han de discernirlo, tal como también lo expresa la ya invocada Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio cuando al suprimir la anterior prohibición de considerar mercantil la compraventa de bienes inmuebles, dice: ...«para que no sea obstáculo a la decisión judicial, la cual calificará o no de mercantiles estos actos, aplicando los principios generales sobre la naturaleza de los actos de comercio». [...] Llegamos así a la conclusión del indudable carácter mercantil de la compraventa de inmuebles cuando se dan las condiciones del artículo 325 del vigente Código de Comercio de 1885”. Termina por ello concluyendo (EJ 7º) que la compra por la Sociedad recurrente de la finca objeto de estos autos para destinarla a la ubicación de sus

4ª) El *criterio de analogía*, invocado por el Prof. BROSETA, con apoyo en el artículo 2º del C. de co., es aquí, como en otros supuestos, *arbitrario*, si se quiere basar en el carácter profesional o empresarial del acto para el prestamista (sea, por tanto, o no, comerciante).

El criterio de analogía para la interpretación sistemática del C. de co. Alemán, seguido por Karsten SCHMIDT - «contratos de empresa» en ampliación de los «contratos profesionales de (sólo) los comerciantes»- ha sido justamente censurado por ZOELLNER. En el caso español, la analogía lleva al Prof. GARCÍA VILLAVERDE a defender la mercantilidad del sujeto, es decir, de las Cajas de Ahorro [...], siguiendo la tesis anterior, del Prof. SÁNCHEZ CALERO. Naturalmente, la misma conclusión parece que se impone para las Cooperativas a pesar de que la Ley 13/89 de Cooperativas de Crédito no ha declarado su carácter mercantil. Todo ello nos parece inadmisibile, desde un análisis respetuoso de nuestro ordenamiento vigente.

Otro argumento, recogido también por VICENT CHULIÁ²⁹⁰ aunque no lo incluye entre los anteriores, es el histórico de que ya el art. 387 del Ccom. de 1829 exigía que al menos el prestatario fuese empresario (STS de 23 de mayo de 1879).

instalaciones industriales, no puede ser considerada compraventa mercantil, porque este destino no se adapta a la tipología de la compraventa comercial a que hemos hecho referencia ya que le faltan las dos condiciones del artículo 325 del Código de Comercio (el ánimo de comprar para revender y la intención de enriquecimiento en la reventa).

²⁹⁰ *Compendio*, p. 249 donde cita a GONZÁLEZ HUEBRA (se refiere, aunque sin decirlo) a su *Curso de Derecho mercantil*.

Esta es, a nuestro juicio, la única interpretación coherente con nuestro ordenamiento, de tal suerte que, de suponerle el carácter mercantil a los préstamos hipotecarios, tampoco se justificaría su ejecución por la intervención de corredor de comercio²⁹¹, como veremos²⁹². Es decir, tendríamos que recurrir a artificiosas construcciones para mantener las consecuencias que se pretenden al catalogar de mercantiles los préstamos hipotecarios bancarios.

Frente a esta tesis que nos parece correcta, suele seguirse la del Prof. GARCÍA VILLAVERDE. Éste contrapone la dicción del artículo 311 en el actual Ccom. a la anterior del Código de 1829, para cuestionar la eficacia del elemento objetivo de dicho precepto. Actualmente se exige "que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio", frente a la letra del texto anterior que más ampliamente pedía "que se contraigan en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a éste". Así, con apoyo de la STS de

²⁹¹ En realidad, no sólo no resuelve la intervención del corredor de comercio, sino que ésta intervención tampoco resuelve la imposibilidad de aplicar el art. 131 LH a los préstamos hipotecarios (ex art. 153 LH). No pretendo anticipar estas cuestiones (véase *infra* (4) El abuso del art. 153 LH en el marco normativo actual, pp. 206 ss.), sino únicamente poner de relieve que, en efecto, considerar mercantil el préstamo hipotecario sólo persigue aplicarle una normativa más beneficiosa para las entidades de crédito (véase *infra* nota 336, p. 165), no está en sintonía con la normativa protectora de los consumidores (*infra* p. 189 y allí la nota 374), ni con la sectorial bancaria (*infra* p. 460), ni con la más tradicional hipotecaria, en definitiva: es una elaboración artificiosa.

²⁹² Véase *infra* pp. 207 ss., especialmente la nota 414 (con la doctrina contraria a la tesis que mantendremos).

18.4.1896, y recogiendo con ello a GARRIGUES, concluye que actualmente se exige la realización del acto, no la intención de realizarlo, por lo que mantener que esta norma tiene virtualidad supone dejar en manos del deudor las consecuencias de los propios actos, con la inseguridad jurídica que ello acarrea²⁹³. Es decir, que si tenemos que esperar a la calificación del acto al que se destina lo prestado, la calificación de civil o mercantil del préstamo dependerá de una cuestión posterior, lo que plantea problemas de seguridad jurídica (y sería contrario, digo yo, al 1256 Cc.).

Este planteamiento, además de los defectos señalados por VICENT CHULIÀ, no tiene en cuenta que no hace falta esperar a un acto posterior, ni tampoco se deja a la autonomía de la voluntad (interdicción de decidir por las partes el carácter mercantil o civil del mismo), cuando lo que se hace es citar en el contrato la finalidad para la que la cosa va a ser prestada. Y esto es lo que ocurre en la práctica diaria, que se indica que el dinero se destinará a la compra de una vivienda²⁹⁴. En estos supuestos, la calificación puede hacerse desde que el contrato existe. Además, en el supuesto que venimos analizando, las cantidades efectivas son en muchos casos

²⁹³ GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad", p. 264.

²⁹⁴ Si efectivamente se destina a dicho fin o no, será un problema de incumplimiento del contrato, pero no de calificación del mismo. Ciertamente esto es negar que el criterio deba ser el destino efectivo de las cantidades. Aún en el supuesto de seguir este criterio, deberemos aceptar que en los casos de préstamos bancarios para compraventa de vivienda, la aplicación declarada de los fondos y la real serán muy difícilmente distintas, por lo que cabe como mínimo presumir el carácter civil del contrato.

tramitadas íntegramente por la entidad de crédito, y, cuando esto no es así, tienen (*de facto*) gran poder de control sobre el destino de las mismas²⁹⁵.

En cuanto al elemento subjetivo, lo analiza en lo tocante a las Cajas de Ahorro, considerando que "por la interpretación separada de los distintos fines, estructuras organizativas y sistemas de control, se ha llegado en nuestro país a la caracterización de las Cajas de Ahorros de dos maneras diversas, aparentemente contradictorias entre sí"²⁹⁶: la fundación y la empresa bancaria. Viene así a considerar que la solución a esta disyuntiva está en considerarlas organismos mixtos, bajo la figura de la fundación-empresa²⁹⁷. Nos parece acertada estas apreciaciones, pero ello sólo no puede ser suficiente para considerar que cuando prestan actúen como empresarios. Al contrario, parece que puede apreciarse que es precisamente en actividades como el préstamo para adquisición de vivienda cuando más claramente se aprecia su función social de fundación.

²⁹⁵ Debe tenerse en cuenta que la protección del consumidor genera una *vis atractiva* hacia el régimen civil, cuando el préstamo se concierta para la construcción pero se pacta entre los dos empresarios la forma de subrogación del adquirente, pudiendo entenderse una parte del capital del préstamo como precio de la compraventa que se efectuará. Véase *infra* nota 263, p. 130 (en la línea de lo apuntado en las pp. 23 -nota 29- y 49).

²⁹⁶ GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad", pp. 298 a 303. La cita es de esta última página.

²⁹⁷ GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad", pp. 308 y 309, donde concluye: "Es precisamente en las formas mixtas de fundación-empresa donde encuentran su explicación las Cajas de Ahorro", con cita de SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, pp. 49 y 64, y GONZÁLEZ MORENO, *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, Madrid, 1983 (especialmente de sus pp. 235 ss.).

(2) La naturaleza real (negación del carácter consensual)

La perfección del contrato de préstamo se produce por la entrega de la cosa²⁹⁸. Esto es especialmente claro en el simple préstamo, o mutuo; pues, en él, el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada²⁹⁹ (art. 1.753 Cc.), y, en un sistema articulado sobre la teoría del título y el modo, (art. 1.2 RDL 1298/86, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas es necesaria para dicha transmisión de propiedad la entrega de la cosa³⁰⁰. Si esto es así, no existirá contrato hasta la entrega de la cosa. Es decir, el préstamo ha de ser un contrato real.

²⁹⁸ En contra, por todos, JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, 1958 (véase *supra* nota 266). En puridad, más allá del momento de perfección, lo verdaderamente importante es el momento en el que surge la obligación de restituir, como se explicará en lo que sigue.

²⁹⁹ Ya que "en las cosas fungibles es imposible separar el uso del consumo" (GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, comentario al art. 1.630 del Proyecto de 1.851, en el que se inspira el actual 1.740); y, siendo así que el objeto del mutuo ha de ser, en este sentido, un bien fungible, es lógico que la transmisión de la propiedad sea un requisito del contrato y, en el actual sistema de transmisión de la propiedad (art. 609 Cc., teoría del título y el modo), sea obligatoria la *datio rei* como forma de articular la *traditio*.

³⁰⁰ *Datio rei* como forma típica la *traditio*, aunque ésta podría, en principio, operar lógicamente de cualquiera de las otras formas previstas por los arts. 1.462 y 1.463 Cc., en el bien entendido que la tradición supone la efectiva puesta a disposición del bien transmitido al *adciens* o, al menos, la actuación del *tradens* tendente a facilitar la pacífica posesión de la cosa. Ello nos lleva a afirmar que en los préstamos de dinero la única disposición efectiva del mismo es cuando se hace uso de ella. Esto se verá más adelante con mayor detalle.

Ésta característica ha sido cuestionada, especialmente por la doctrina mercantilista³⁰¹. Refiriéndose a ello, con un enfoque más amplio, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que "la categoría general de los contratos reales está sometida hoy a una profunda revisión"³⁰². Fruto de la crisis ha sido la admisión de posibles contratos consensuales de préstamo, mediante los cuales el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación". Estos autores, en efecto, constatan el fenómeno, pero a continuación señalan,

³⁰¹ Véase *supra* nota 266 en p. 132.

³⁰² Para la doctrina italiana puede verse, por todos, CENNI, Daniela, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, donde en las pp. 271 y ss. resume la doctrina italiana (LUMINOSO, GALASO, TETIGIAMPICCOLO). Sin embargo estas tesis deben de enfrentarse a una jurisprudencia que claramente configura el préstamo como contrato real. El art. 1822 del Código Civil italiano que otorga a "chi ha promesso di dare a mutuo" la facultad de "rifiutare l'adempimento della sua obbligazione", esto es, hace exigible la promesa de prestar. Así autores como FRAGALI, *Del mutuo*, p. 4 ss. consideran que a idénticas soluciones se llega considerando la existencia del mutuo consensual o construyéndolo como real con la exigibilidad de la promesa de prestar. Trayéndolo a nuestro sistema, pensamos que puede perfectamente hablarse de un contrato atípico (aunque más acertado sería hablar de un precontrato, o de relaciones precontractuales o negociales, las cuales pueden sin lugar a duda ser causa de responsabilidad) que obligue a otorgar el préstamo. El problema que parece encarar (falsamente) la doctrina italiana (e igualmente la española) es el que se genera al considerar que (CENNI, p. 275) permitir al promitente (en el supuesto de considerar real el préstamo) desdecirse de la palabra dada (no otorgar el préstamo), salva sólo su responsabilidad (ex art. 1175 Cc. italiano), produciendo un irreparable desastre financiero a la contraparte. Al amparo del art. 1822 citado, pero también de las construcciones que no faltan en Derecho italiano ni en el nuestro sobre el ejercicio de buena fe de los derechos, y la responsabilidad precontractual, puede mantenerse lo innecesario de tal artificiosa argumentación, que esconde como veremos grandes intereses (nunca mejor dicho) para los prestamistas profesionales. Véase BLASCO GASCO, "responsabilidad precontractual", pp. 25 a 50.

citando a POTHIER, que hay "entonces una promesa de prestar, no un contrato de préstamo, el cual se formaría únicamente cuando en ejecución de la promesa se haya entregado la cosa"³⁰³.

Son varios los argumentos para refutar dicha teoría:

1º) Estas críticas olvidan el carácter traslativo de dominio del préstamo, por lo que debe interpretarse a la luz del 609 Cc.: La *datio rei* que exige el art. 1.740 Cc. al establecer que por el contrato de préstamo una de las partes *entrega* a la otra [...] dinero u otra cosa fungible, se inscribe en la lógica del art. 1.753 de que quien recibe en préstamo dinero [...] *adquiere su propiedad*. Aquí la transmisión no opera conforme a la teoría del título y el modo (párrafo 2º *in fine* del art. 609 Cc.), sino *ope legis* (tal como dispone el comienzo del referido párrafo del art. 609 Cc.). Puesto que no hay tradición, parece deseable requerir la entrega para la perfección del contrato.

2º) El cumplimiento de la obligación de restitución sin una previa entrega, desnaturaliza la esencia y finalidad del contrato, atacando por tanto a la causa del mismo³⁰⁴.

En este sentido debe señalarse que, de todas formas, el problema de fondo no tiene que ser determinar el momento de perfección del contrato de préstamo, sino el momento en el que surge la obligación de devolver

³⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1998, Vol. I, p. 340.

³⁰⁴ Véase *supra* nota 269 en p. 133.

(capital y, en su caso, intereses, como obligación accesoria de ésta)³⁰⁵. El problema es que quienes configuran el préstamo como un contrato consensual tampoco parecen tener en cuenta que la causa de la obligación de devolver del prestatario es la entrega que le ha efectuado el prestamista, por lo que generar obligaciones anteriores al momento de entrega efectiva (por ejemplo, intereses) puede considerarse, y así lo mantendremos nosotros, como una obligación nula por falta de causa³⁰⁶. De esta suerte, si

³⁰⁵ En realidad si que estamos determinando el momento de perfección del contrato, pues se trata de un contrato unilateral en el que la devolución de la cosa es la obligación principal, cuando no única del mismo. Determinar el momento en el que surge la obligación es determinar la perfección del contrato mismo. Sin embargo, dado que puede mantenerse que la obligación de devolver surge desde el momento del otorgamiento del consentimiento de prestar y recibir prestada una cantidad cierta de dinero para devolverla de una forma igualmente determinada o determinable; es por lo que hacemos aquí la observación de que, aún admitiendo que pudiera ser así, el hacer surgir la obligación de devolver intereses antes de disponer del capital prestado no encuentra contrapartida en el marco del contrato (no toda obligación tiene una causa propia, sino que vive de la del contrato en el que se inserta, pero no se debe de olvidar que aquí estamos ante la obligación principal del contrato de préstamo).

Dicho de otro modo, el contrato de préstamo ha de ser temporal, de cumplimiento diferido: "la restitución del prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo, pues de lo contrario se realizaría un cambio de prestaciones iguales de una manera simultánea, lo que carece de sentido". DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*, I, p. 345.

³⁰⁶ En realidad la causa juega en el ámbito de un negocio jurídico, en este caso, de un contrato determinado, y no en el de sus concretas obligaciones. Es decir, la causa (siguiendo a DE CASTRO) debe ser examinada en el conjunto de obligaciones de las partes. En este caso lo que ocurriría es que, al constituir el contrato como consensual, pierde su carácter de unilateral, surgiendo entonces obligaciones para ambas partes. La del prestamista sería la de la entrega de la cosa, y siendo idénticas las prestaciones, el único sentido de la devolución del principal (en su caso con ciertos intereses) es que ésta se produzca *en plazo diferido*, siendo esta demora parte de la causa (finalidad social) del

se pretendiera el cumplimiento de la obligación de satisfacer intereses no mediando previamente la entrega, no cabría duda alguna de que el prestatario contaría con la *exceptio non adimpleti contractus*. No puede afirmarse esto y, al mismo tiempo, en la ejecución ordinaria del contrato, considerar que se generan intereses antes de la entrega efectiva del dinero prestado.

Para la doctrina alemana, el supuesto de falta de entrega del dinero prestado (*Nichtabnahme*) no tendría sentido encuadrarlo como supuesto de incumplimiento, ya que si el prestamista solicita el cumplimiento de la

contrato. Sin este lapso de tiempo el contrato deja de cumplir su finalidad social (te doy diez ahora para que me des diez inmediatamente). Por ello puede mantenerse que el generar obligaciones para el prestatario que suponga entrega de dinero cuando éste no ha recibido el dinero prestado previamente, es un absurdo que debe ser controlado por la vía de la causa, como elemento de control de la distribución del riesgo del negocio (tesis del Prof. MORALES, a la que me sumo, véase, brevemente, p. 159, y allí la nota 325, y pp. 239 ss., como ejemplos de la aplicación de estas ideas al objeto de nuestro estudio). Debe advertirse que para LACRUZ (*Elementos*, t II, vol. II, pp. 151-152), "nuestro Derecho positivo exige que cada obligación asumida, lo mismo que cada transmisión, tenga su causa, es decir, su justificación: una causa de la obligación, en cuanto atribución patrimonial, y no una causa del contrato en cuyo marco adquiere la obligación su existencia", observando que DE CASTRO "acusa a este planteamiento obligacionista de desarticular un requisito que ha de referirse al contrato entero, cuya unidad, en otro caso, se rompe". LACRUZ señala que lo que exige la jurisprudencia al contrato es que tenga "consentimiento, objeto, y un contenido lícito, de derechos y deberes válidos (con «causa») sobre el cual recae la voluntad de las partes. Es a este contenido al que se refiere el artículo 1275 del C. c. al requerir la licitud de la causa", al igual que el art. 1262. CLAVERÍA GOSALBEZ (*La causa*, p. 91), al comentar estas palabras de LACRUZ, llama la atención "sobre la relación de la noción de «causa» con la de «contenido» del contrato, contenido al que se añaden o en el que se integran las «motivaciones relevantes», y sobre la cercanía del art. 1275 al 1262".

contraprestación (el abono de intereses), siempre le será oponible la *exceptio non adimpleti contractus*³⁰⁷.

3º) Pero más allá de todas estas interpretaciones, el contrato es real porque esa es la interpretación literal del 1.740, parece ser la interpretación auténtica³⁰⁸, y desde luego, la más acorde con la letra de la ley; y así lo viene declarando reiterada jurisprudencia³⁰⁹. Además, porque considerarlo consensual resulta artificioso.

³⁰⁷ KÖNDGEN, pp. 117 a 119, mantiene que la regla es la de la sentencia del BGH de 16.3.1978 (comentada en III ZR 112/76, WM 1978, 422, 423; y en CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Rz. 1327): als vertragliches Entgelt für die Kapitalüberlassung kann die Verzinsung erst mit dem Empfang der Darlehensvaluta beginnen (como contraprestación contractual los intereses sólo pueden comenzar con la recepción de la valuta). Frente a los intentos de corregir esta práctica por los prestamistas (CANARIS, aaO, Rz. 1340)

³⁰⁸ Frente al Proyecto de Código Civil de 1.851, en el que se configuraba como un contrato consensual.

³⁰⁹ SSTS de 28 de octubre de 1909, 21 de marzo de 1956, 31 de mayo de 1968 («lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado», según la extracta la STS de 16-10-93 en su FJ 3º), 28 de marzo de 1983 («con arreglo a estas normas [1740 y 1753] no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad sin la previa entrega de numerario por el prestamista al prestatario, por lo mismo que el mutuo es un contrato real», Considerando 2º), 10 de febrero de 1984, 16 de octubre de 1993 («Hubo, pues, entrega de dinero con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, más intereses, lo que constituye un típico contrato real de préstamo, con el añadido de los intereses que no constituyen elemento natural del contrato, pero que representan pacto válido, previsto en el propio art. 1740, sin que falte la causa, ya que de la entrega traslativa del dominio nace la obligación de devolver en el tiempo pactado», FJ, tercero), y 7 de octubre de 1994.

Compartimos aquí también los razonamientos de VICENT CHULIÀ³¹⁰, pues no puede ser de otra forma: remitiéndose las normas mercantiles en lo tocante al préstamo a las civiles, y no pudiendo dar más valor a los usos del comercio que el de servirnos para interpretar la voluntad de las partes cuando esta no sea expresa³¹¹, debemos concluir que no es posible configurar bajo la excusa del carácter mercantil de los préstamos bancarios (como acabamos de ver, más que cuestionable)³¹², un contrato de carácter consensual.

Entonces ¿cuál es el valor de los acuerdos meramente consensuales documentados normalmente en pólizas intervenidas por corredor de comercio? ¿Se trata de contratos de préstamo consensuales (atípicos por tanto), o de meros precontratos? DÍEZ-PICAZO y GULLÓN se pronuncian del siguiente modo:

A nuestro juicio, es claro que los contratos de préstamo configurados como reales en el Código Civil, por virtud de la inercia de una tradición histórica, pueden ser configurados también como contratos consensuales y que, configurados como consensuales tales contratos, quedan con la emisión del consentimiento perfectos de manera que las entregas posteriores son actos de ejecución y no perfección, sin que pueda ni deba

³¹⁰ Véase *supra* pp. 140 y ss.

³¹¹ No cabe utilizar el art. 2 del Código de comercio para pretender derogar el sistema de fuentes constitucionalmente consagrado.

³¹² Véase *supra* pp. 134 y ss.

hablarse de un simple precontrato de préstamo que diera con la entrega lugar a un nuevo contrato de esta naturaleza. Lo que ocurre es que toda *la fase consensual que precede a la entrega* constituye una auténtica laguna legal por encontrarse huérfana de reglamentación. Estaríamos en presencia de un contrato consensual atípico, fundado en su obligatoriedad por el simple consentimiento³¹³.

No tenemos ningún reparo en admitir la validez de los referidos pactos consensuales, e incluso calificarlos de contratos de préstamo³¹⁴. Pero en ese caso las precisiones que se han hecho anteriormente deben ser referidas a esa "fase consensual que precede a la entrega", en la que, lógicamente, no puede surgir la obligación³¹⁵ de restitución. Éstos son los requisitos que deben observar los referidos pactos:

1. No sólo no se podrá exigir la restitución del capital con anterioridad a la entrega³¹⁶, sino que tampoco se podrán satisfacer intereses hasta que

³¹³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, Vol. II, p. 485.

³¹⁴ Aunque la conveniencia de esta terminología me resulta más dudosa.

³¹⁵ Entendida no como obligación natural o moral, sino en su sentido compulsivo de exigibilidad judicial.

³¹⁶ La restitución y la entrega deben producirse desde el acuerdo de voluntades (1258 Cc.): Nunca será exigible la restitución antes de la entrega (excepción de no cumplimiento ex art. 1124 Cc.), contando además con el apoyo de la configuración del préstamo en el Código Civil como un contrato real. Creemos que la reglamentación de "la fase consensual" puede incluir el abono de algún precio, pero nunca la restitución ni los intereses. Lo contrario sería empeorar la situación del prestatario para la fase "post-consensual", al adelantar los efectos de la entrega (obligación de restituir) sin contrapartida alguna para éste. Esto sólo sería admisible si entrega y restitución no fueran

aquella se produzca. De hacerse, sería contrario a la lógica del art. 1126 Cc., que permite recuperar los intereses (y no el capital) satisfechos pagados sin conocimiento de que la obligación estaba sometida a plazo (la entrega no puede considerarse condición suspensiva –y sí término-, por cuanto sería contrario al art. 1.256 Cc., pero también porque correría la misma suerte conforme al 1.115 Cc., esto es, en principio la condición se tendrá por no puesta, por aplicación de los arts. 1.284³¹⁷, 1.289³¹⁸ y 1.288³¹⁹ Cc.)³²⁰. Este requisito se puede convertir en impedimento de la formulación consensual, si se entiende que cualquier

las obligaciones principales de las partes, pero estando en tan íntima conexión con la causa del contrato de préstamo es esta la única interpretación que consideramos respetuosa con nuestras normas. Por todo ello, tampoco con esta construcción consensual se justifica la restitución anterior a la entrega.

³¹⁷ Anular la cláusula para que el contrato produzca efecto.

³¹⁸ Al ser un contrato oneroso nos debemos de inclinar por la nulidad de la cláusula para que el contrato produzca la mayor reciprocidad de intereses.

³¹⁹ Deberá primar el interés del prestatario cuando el prestamista sea el predisponente, lo que es habitual.

³²⁰ Consideramos que la entrega de capital deberá ser entendida como un término, o plazo. Ciertamente, en esta construcción consensual, no puede entenderse la entrega del capital como una condición, ya que en ese caso se dejaría al arbitrio del prestamista (entidad de crédito) el cumplimiento del contrato, contra la norma del art. 1256 Cc.³²⁰. Pensamos, por tanto, que debe de considerarse que se trata de un término, pero para eso debe de haber sido así estipulado, estableciendo una fecha cierta en la que deba producirse la entrega. Cuando no se haya estipulado término debe entenderse que el contrato obliga "desde entonces" (art. 1258 Cc.), desde el otorgamiento del consentimiento (de ahí que el prestatario tenga acción para exigir el cumplimiento).

contraprestación del prestatario³²¹ distinta de la restitución del capital se debe considerar intereses³²².

2. Se convertiría en un contrato bilateral, pero con especial dificultad para aplicar el 1124 cuando el prestatario pida no la resolución, sino el cumplimiento, por cuanto se podría interponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Creo que entonces habría que estar a si existen prestaciones accesorias a cargo del prestatario, distintas de los intereses en sentido estricto y de la devolución del capital, y si las ha cumplido.
3. En cuanto al sometimiento de la obligación a condición, debe señalarse que en aras de la protección del consumidor, interesa comprobar que se trata de verdaderas condiciones, esto es; que el resultado jurídico depende de un hecho incierto, lo que implica que esté fuera del ámbito

³²¹ Muchas son las prestaciones que como justificación de la restitución anterior a la entrega enumeran las entidades de crédito. Baste aquí señalar la necesidad de su control y la negativa a entender como prestaciones accesorias los costes de tasación del inmueble, por ejemplo, pues la entidad no lo efectúa como prestación hacia el cliente, sino para cubrir riesgos propios; o los gastos de apertura de cuenta, que no responden a ninguna actividad real.

³²² Con el argumento que aplicando lo que se ha dicho sobre la conexión de las prestaciones de entregar y restituir con la causa del contrato, y la delimitación legal de la figura, entiende que las cantidades satisfechas por el prestatario antes del término de entrega deben de encontrar justificación suficiente en las prestaciones accesorias (anteriores o posteriores, aquí no importa) del prestamista. (ya que nunca será contraprestación por la futura entrega, luego, no será restitución): La única justificación suficiente sería la entrega previa. De ahí que en buena lógica el Proyecto de Código Civil de 1851 estableciera en su artículo 1651, dentro del capítulo III (del simple préstamo, en el título XIII "del préstamo" que incluye como el actual código comodato y mutuo), lo siguiente: "Toda prestación pactada en favor del acreedor se reputará interés".

de control de los contratantes. Así no será una verdadera condición la que en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable haga depender el tipo aplicable de las variaciones de un índice de referencia que publica la propia entidad, otra de su grupo o, incluso un grupo de entidades sin más relación entre ellas que pertenecer al mismo sector económico³²³. De hacerse así, se dice, quedaría indeterminado el objeto del contrato, en contra de lo dispuesto en el art. 1261.2 y 1273 Cc., y por tanto pudiera ser considerado nulo. No lo creo así, no ya porque considere determinado el objeto del contrato, sino porque existe un regla contractual para poder determinarla "sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes". Cierto es que tal regla contractual de determinación del tipo de interés por referencia a otro que, de forma más o menos directa, está bajo el ámbito de influencia del prestamista debe ser considerado nulo, por aplicación del 1256 Cc. Pero la nulidad de dicho pacto no debe hacernos considerar que no existe un criterio para determinar la cuantía conforme al 1273. No debe extenderse la nulidad de dicha cláusula al resto del contrato, pues se causaría un mayor perjuicio al prestatario considerándolo nulo que reinterpreta el mismo, integrándolo, en lo que no esté estipulado, con las fuentes previstas en el 1258 Cc.

³²³ Salvo que pueda considerarse, lo que será difícil en estos supuestos, que se está sometiendo al arbitrio de un tercero, el *arbitrium boni vires* de nuestro Derecho histórico.

Sólo quiero dejar aquí claro que la restitución y el cobro de intereses sólo se justifican tras la entrega del capital prestado. La justificación de otras prestaciones que se impongan a cargo del prestatario sólo serán posibles cuando existan otras prestaciones a cargo del prestamista. Esto no quiere decir que haya que encontrar la causa de cada una de las individuales prestaciones de las partes en otras individuales prestaciones de la contraparte. *Ocurre así con entrega y restitución en el préstamo dada su especial regulación y, especialmente, su estrecha conexión con la causa de este contrato.* Las demás prestaciones deberán ser analizadas en el marco de las diversas figuras contractuales que configuran el préstamo bancario, lo cual excede con mucho de las pretensiones de este trabajo³²⁴. Este es un claro ejemplo de distribución del riesgo a través de la figura de la causa³²⁵.

I) La cuenta corriente bancaria

Una de las pocas características en la que la doctrina está de acuerdo con respecto a la cuenta corriente bancaria es su atipicidad. Efectivamente, estamos ante un contrato (cuando lo podemos calificar de tal) atípico. *Las distintas configuraciones jurídicas que se agrupan bajo este mismo nombre,*

³²⁴ Puede verse un esbozo de las mismas *infra* en I.D.3 Otros contratos vinculados pp. 232 y ss.

³²⁵ MORALES MORENO, Véase *supra* notas 3, p. 10; 75, p. 39; y 306, p. 151.

influye sin duda en la falta de unanimidad sobre los caracteres de este supuesto contrato³²⁶.

Se le suele enraizar con la cuenta corriente mercantil, sin duda por el empleo en ambas de un mismo sistema contable. Para que estemos ante un contrato de cuenta corriente mercantil es necesario la recíproca concesión de crédito, y así lo viene configurando una reiterada y uniforme

³²⁶ Muy ilustrativo sobre la multitud de configuraciones posibles que se deben de reconducir a los elementos básicos que la componen (que son tres: mandato; depósito, mutuo o cualquier figura financiera; y, garantía, en su caso) es la STS de 11 de marzo de 1992 (RJA. 2170), que se transcribe, marcando los diferentes contratos que se tratan de distinguir: "Que es doctrina de esta Sala la de que ha podido definir la doctrina el contrato de cuenta corriente como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquella cerrada en la fecha convenida, lo que tiene esenciales diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado, y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco (SS. 23-5-1946 (RJ 1946\570) y 7-3-1974 (RJ 1974\955)); y que ya la doctrina científica vienen distinguiendo, entre los variados tipos de depósitos bancarios, aquel que comporta para el banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que éste lo exija, operación esta que ha venido en denominarse en la técnica mercantil y bancaria, «depósito en cuenta corriente», dado que las relaciones del Banco con sus clientes se instrumentan y contabilizan en la forma expresada, dándose la circunstancia de que, cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza para disponer del objeto del depósito, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del depósito irregular, caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere, desde el momento de la constitución de aquél, la propiedad de las cosas depositadas, y, por eso, en esta clase de depósito de cuenta corriente, la concesión de crédito no es del Banco hacia el cliente, como ocurre en la simple «cuenta de crédito», sino del cliente hacia el Banco".

jurisprudencia, exigiéndole el mismo requisito a las cuentas corrientes bancarias. No obstante preferimos la siguiente definición:

Para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico, se precisa un pacto específico que excluya la disponibilidad aislada de los créditos [...]. La esencia del contrato se encuentra en una *recíproca concesión de crédito*, que se hacen los contratantes, al consentir en que se aplace la exigibilidad de los créditos aislados³²⁷.

Muy distintas son las situaciones en las que el empleo de la técnica contable de la cuenta corriente (la anotación de remesas en el debe o el haber) se limita a ese aspecto técnico-contable³²⁸. Entonces es el reflejo del contrato cuya contabilidad se realiza de dicha forma, pero la cuenta no genera un nuevo y único crédito, ni extingue los anotados compensándolos entre sí. Esto es lo que ocurre en el caso de los préstamos hipotecarios en *cuenta corriente*, en los que el préstamo genera la obligación de devolver, a cada devengo, principal e intereses, sin que las anotaciones en cuenta suponga modificación alguna en la referida obligación.

La cuenta corriente bancaria no es una modalidad de cuenta corriente mercantil. No es objeto de nuestra investigación señalar la naturaleza y régimen jurídico de la misma, pues en nuestro caso (préstamo hipotecario

³²⁷ GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 117-118. La cursiva es del autor, la negrita es mía.

³²⁸ Incluso GARRIGUES así lo señala en *Contratos bancarios*, p. 117: "La denominación «cuenta corriente» lleva en sí el germen de una enorme imprecisión, pues designa, a veces, un contrato específico que recibe también este mismo nombre y, a veces, una mera situación de contabilidad que no implica contrato especial alguno".

en "cuenta corriente") ni si quiera se trata de un contrato de cuenta corriente bancaria, sino de lo que GARRIGUES considera "una mera situación contable". Si estamos, sin embargo, ante una serie de pactos que merecen la consideración de contrato.

No voy a discutir la conveniencia de admitir la posibilidad de configurar un contrato de cuenta corriente bancario de naturaleza mercantil o civil en el que exista recíproca concesión de crédito³²⁹. Lo cierto es que esa no es la práctica bancaria³³⁰. Esta suele consistir en utilizar la técnica contable de cuenta corriente para la llevanza de los pagos de un concreto negocio. Así para cada nuevo negocio se abre una nueva cuenta corriente, abocada a arrojar saldos positivos o negativos exclusivamente, salvo en los depósitos en los que a la entidad de crédito le interesa reflejar ambos saldos, porque al negativo en contra del cliente acreditado le impone un interés mucho mayor. El criterio para distinguir cuando estamos, y cuando no, ante una cuenta corriente bancaria (en este último sentido práctico o probatorio), parece ser, para la jurisprudencia, no tanto la mutua concesión de crédito, sino la posibilidad del cliente de librar órdenes (de pago o cualesquiera

³²⁹ Si señalo no obstante que es extremadamente raro la recíproca concesión de crédito. Este supuesto sólo se dará cuando dos empresarios hacen algo para un tercero, pero en estos supuestos dado el desarrollo del Derecho societario, la cuenta corriente resulta una técnica abandonada.

³³⁰ Salvo lo que se dirá a continuación con respecto al depósito.

otras) contra la cuenta³³¹. Cuando no existe esta posibilidad (por ejemplo, en la cuenta en la que se abonan las mensualidades de un préstamo), estamos ante el uso de la cuenta corriente como mera técnica contable, aunque eso no quiere decir que no exista un contenido contractual, únicamente quiere decir que no es de aplicación (o no en todo su alcance) la elaboración jurisprudencial sobre el contrato de cuenta corriente bancaria.

La cuenta corriente bancaria, o es el contrato que acabamos de definir, o hay que reconducirla al mandato³³², manteniendo sus caracteres en ambos casos muy alejados del contrato de cuenta corriente mercantil. En este sentido se pronuncia, con toda claridad la STS de 19 de diciembre de 1995 cuando afirma:

³³¹ En realidad esas órdenes deben de ponerse en relación con el propio pacto de cuenta corriente, y no significar únicamente la flexibilización de la devolución del capital (esto es, que no se trate de una línea -o póliza- de crédito en cuenta corriente).

³³² Que será civil cuando no reúna los requisitos de la comisión mercantil del 244 del C. de co., en cuyo caso se regiría por sus normas. Lo normal en los negocios que estudiamos será que sea civil, hasta el punto de poder considerar casi de laboratorio la configuración del mismo como comisión mercantil, ya que 1) su objeto ha de ser un acto u operación de comercio, no una relación permanente (podrá serlo el préstamo concedido a una empresa para una compra mercantil, conforme al 311 C. de co., aunque aquí es más usual la apertura de crédito y las garantías no suelen ser reales, sino efectos cambiarios); 2) el contrato de realización de la comisión ha de ser mercantil (desde luego si la compraventa es de vivienda -salvo inversiones inmobiliarias- el préstamo y por ello el mandato serán civiles, y éste es el supuesto que nosotros estudiamos); y, 3) basta que sea comerciante el comisionista o el comitente (no todas las entidades de crédito son comerciantes -véase *supra* nota 286, p. 141-, y desde luego no es lo normal que lo sea el adquirente de vivienda). VICENT CHULIÀ, *Compendio*, p.296.

Dentro de los hoy llamados contratos «bancarios» [...] el contrato de cuenta corriente es en el Derecho español una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado «Servicio de Caja», encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión" (FJ TERCERO apartado 1º)³³³.

Dicho de otra forma: las demás figuras que se suelen encuadrar bajo este mismo nombre o no tienen relevancia jurídica alguna (no generan ningún tipo de obligaciones), o se trata de un mandato civil. En lo que sigue vamos a desarrollar estas ideas:

En primer lugar, no podemos coincidir con la doctrina mercantilista en mantener como criterio de general aplicación el carácter mercantil de los contratos de cuenta corriente bancaria³³⁴. Únicamente serán mercantiles

³³³ Del extracto realizado por mí, publicado en *ADC*, 1997, p. 1644. Criticable no obstante la excesiva óptica mercantilista de la Sentencia.

³³⁴ Defienden su carácter mercantil GARRIGUES, *Contratos bancarios*, pp. 117 y ss., donde a pesar de mantener la autonomía con respecto a la cuenta corriente mercantil, después reconduce su regulación a ésta y al mandato (p. 158); SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, p. 346, también parece encuadrarlo en la comisión mercantil, y le aplica el art. 250 del Ccom. sobre provisiones de fondos (p. 347). Más claro resulta URÍA, *Derecho mercantil*, p. 723: "Pero, no obstante la omisión legal [no está regulado en el Ccom.], nadie pone en duda el carácter mercantil de este contrato, tanto por su raíz histórica como por la finalidad que persigue". Debe señalarse no obstante que este autor no distingue entre cuenta corriente bancaria y mercantil, considerando que la bancaria consiste únicamente en aplicar al contrato que en cada momento se trate "los principios técnicos y contables de la cuenta corriente", aunque también hace notar, sin alterar esta definición, que "cierto sector doctrinal defiende hoy la sustantividad de la cuenta corriente bancaria frente a esos otros contratos" (p. 751 sobre el crédito en cuenta

aquellos que sean encuadrables en un *acto de comercio*. Lógicamente, no existe acto de comercio (entendido como lucro derivado de una actividad comercial, periódica o aislada)³³⁵ en la inmensa mayoría de los contratos denominados cuenta corriente bancaria³³⁶. Por ello no procede la aplicación

corriente, igualmente en la p. 766 sobre el depósito en cuenta corriente como modalidad del de uso). Ya nos hemos pronunciado en contra del carácter mercantil de las relaciones con la clientela, salvo que se realicen en el marco de una actividad de comercio (acto de comercio). En este sentido consideramos enriquecedora la negativa radical de URÍA, aunque ello no nos puede servir para evitar pronunciarnos sobre las características del contrato bancario que, sin duda, existe.

³³⁵ Véase para fundamentar este concepto de acto de comercio VICENT CHULIÁ, *Compendio*, p. 12

³³⁶ La mercantilidad del mismo se apoya en el concepto de "contrato de empresa" que pretende derivar del art. 2 del C de co.. En opinión de VICENT CHULIÁ, *Compendio*, p. 11, "la doctrina española reciente [GARRIGUES, URÍA, SÁNCHEZ CALERO, BROSETA, que cita luego] ha prescindido del C. de co. para formular un concepto más sociológico que legal de contrato mercantil [...]. De este modo se han podido calificar como tales las ventas para uso o consumo del comprador [...]. Pero el propio Código se encarga de demostrar que esta solución no es correcta [al considerar no mercantiles] la venta profesional para uso o consumo del comprador (art. 325 y 326); en el depósito de cosas no objeto del comercio, aunque el depositario sea comerciante (art. 303); en el préstamo profesional o concedido por un comerciante, cuyo destino no sea una actividad mercantil (art. 311); en la fianza, aunque el fiador sea comerciante, si el negocio afianzado es civil (art. 439)", y así sigue con otros ejemplos.

Esta definición más sociológica que legal de los contratos mercantiles tiene una mayor carencia técnica en los contratos bancarios. Así no es de extrañar que URÍA, *Derecho mercantil*, pp. 747 ss, señale que, la especial posición que los contratos bancarios ocupan en el sistema general de los contratos mercantiles no se debe únicamente a la importancia que las entidades bancarias tienen en la creación y distribución del crédito; sino muy especialmente a la necesidad de estos organismos, de calcular sus riesgos y responsabilidades, para lo cual necesitan dotar a sus múltiples operaciones de un contenido uniforme y predeterminado, con conocimiento exacto de sus últimas consecuencias

análoga del contrato de cuenta corriente mercantil³³⁷ y, mucho menos, la aplicación del régimen general de las obligaciones mercantiles.

El acercamiento de la cuenta corriente al mandato se aprecia claramente en su evolución histórica: el contrato de cuenta corriente surge de las órdenes de pago que cada vez más complejas el depositante giraba contra el banco depositario, apoyado pues en el depósito irregular o dinerario³³⁸:

jurídicas. Ello posibilita que las entidades de crédito no sólo distribuyan crédito, sino que lo creen, al otorgarlo por encima del montante de los depósitos recibidos.

De ahí que los contratos bancarios ofrezcan la doble característica de ser esencialmente de crédito y casi exclusivamente contratos-tipo.

Pero una cosa es admitir que las entidades de crédito necesiten determinar con precisión las consecuencias de los contratos que celebran, y otra que pueda determinar la legislación aplicable a los mismos. Por un lado deberán respetar como es lógico el derecho imperativo para cada tipo contractual, sin que la utilización de un término distinto al legal signifique que estemos ante un tipo contractual distinto; por otro, el empleo de modelos contractuales y de condiciones generales limita el alcance de la configuración de dichos contratos, según hemos visto en el capítulo I. Concluyendo, no es de recibo que se utilice el carácter mercantil de los contratos bancarios para justificar la huida del Derecho positivo, por muchos motivos sociológicos o económicos que se aleguen, si éstos no tienen su apoyo en Derecho. (Véase *supra* p. 13 especialmente su nota 13; p. 33; y, en general, el epígrafe B.- El Derecho como un conjunto coherente de normas, pp. 54 ss. sobre la desregulación, con nota conclusiva 116, p. 59).

³³⁷ Forma de abrir la puerta a la libérrima voluntad de las entidades de crédito, al tratarse de un contrato atípico y de adhesión.

³³⁸ Aquél en que siendo fungible el bien depositado, el depositante autoriza al depositario para disponer de él, con obligación de devolver un *tantumdem*. El 309 Ccom. especifica que en éste "cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado". (vid también 1768 C. c.)

El paso de la propiedad de los depósitos del depositante al depositario en estos contratos cobra especial importancia en caso de quiebra del depositario, ya que el objeto del depósito no podrá ser separado de la masa concursal en virtud 909 Ccom., teniendo el depositante que insinuarse en la quiebra por su derecho de crédito a la restitución del tantumdem.

La jurisprudencia suele caracterizarlo como contrato de préstamo. En la práctica los depósitos irregulares son casi siempre depósito bancarios de uso, en los que quizás "esté más presente que en los demás depósitos irregulares la finalidad de custodia... a través de la inexcusable necesidad de la entidad de crédito] de administrar su propio patrimonio, en forma que los depositantes puedan en todo momento disponer del tantumdem, protegido ello por medidas legales de defensa del ahorro e instituciones jurídico-políticas como los Bancos Centrales y los fondos de garantía.

Pero además los depósitos bancarios de uso son exclusivamente depósitos de numerario, ya que el depósito de uso de efectos o títulos de crédito (conocido en otra época) fue prohibido por L. 23.2.1940 sobre reapertura de las Bolsas de Comercio.

La disponibilidad se retribuye por la entidad de crédito al cliente en forma de intereses, que van en aumento en función de que el depósito sea a la vista, con preaviso, o a plazo fijo.

Los depósitos a la vista comportan para la entidad de crédito la obligación de devolver la suma depositada en el momento mismo en que se produzca la petición del depositante. El tipo genuino de estos depósitos es el depósito en cuenta corriente, así llamado porque se instrumenta y contabiliza en forma de cuenta corriente. Se trata de un contrato por lo general de tiempo indefinido y tácitamente renovable, que da lugar a liquidaciones periódicas (semestrales en la práctica bancaria española), y lleva aparejado un continuo servicio de caja (pagos y abonos).

Los depósitos con preaviso exigen para la retirada total o parcial de fondos hacer la petición al Banco con un determinado plazo que habrá de pactarse.

Por último (para terminar con los depósitos irregulares) los depósitos a plazo fijo sólo obligan al Banco a restituir la suma depositada al vencimiento del plazo pactado, lo que lo aproxima considerablemente al mutuo. Estas cantidades pueden ser acreditadas por los Bancos mediante certificados o resguardos, que son transmisibles por endoso.

URÍA, pp. 849 ss. y especialmente p. 852. (26ª ed.).

Es evidente que la cuenta corriente bancaria nació en el seno del depósito de dinero y como pacto accesorio suyo, destinado a facilitar la movilización del dinero depositado no sólo mediante restituciones parciales al depositante, sino mediante pagos que el Banco realizaba a favor de terceras personas. Aparece así el cheque como instrumento de pago en íntima relación con las operaciones bancarias de depósito. Más tarde, el mecanismo de la cuenta corriente se aplica también a la apertura de crédito³³⁹.

Estos pagos que "el Banco realizaba a favor de terceras personas" sólo se pueden entender en el marco de un acuerdo, de un mandato del cliente a la entidad de crédito para que gestione el dinero depositado.

Mas poco a poco, en la práctica, fue ganando sustantividad la cuenta corriente frente al depósito mismo, convirtiéndose de pacto accesorio en contrato principal. Frente al depósito en cuenta corriente se fue configurando en la técnica bancaria la cuenta corriente como contrato *de contenido más amplio (?)*³⁴⁰, pues mientras en aquél contrato la obligación del Banco se reduce a la de hacer pagos secundando las órdenes del

³³⁹ GARRIGUES, *Contratos bancarios*, pp. 120-121.

³⁴⁰ La cursiva y la indicación son nuestras, para señalar que muy dudoso nos parece afirmar que el contenido es más amplio. Es distinto. Como GARRIGUES acaba de señalar este pacto es accesorio de un negocio frente al que se convierte en principal. El depósito pasa a ser lo accesorio, hasta el punto de que se comienza a utilizar también la apertura de crédito en cuenta corriente bancaria. Se distancia así del depósito, para ser un contrato afín al mandato. El mandato viene a ser el contrato principal, y accesorio queda el depósito, junto al que surgen otras figuras contractuales de carácter crediticio.

cliente, en este otro *el banquero se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja*³⁴¹ en el sentido más amplio de esta expresión (pagos, cobros, liquidaciones, compensaciones de créditos y deudas, transferencias, etc.). Mientras en el depósito el banquero sólo se obliga a la restitución de los fondos mediante talones, cheques o en otra forma, en la cuenta corriente se obliga a hacer de su caja la caja propia del cliente³⁴².

Nos encontramos pues ante un mandato de naturaleza civil, que nada tiene que ver ya con el contrato de cuenta corriente mercantil. Deja por tanto de resultar fundamental, en contraste a lo que ocurre en las cuentas corrientes mercantiles (bancarias o no), la recíproca concesión de crédito.

No tenemos que justificar separación alguna con la reiteradísima jurisprudencia que viene exigiendo en los contratos de cuenta corriente bancaria esta recíproca concesión de crédito. Realmente estamos ante supuestos diferentes. Dado el alto grado de confusión existente por el uso de una misma terminología a muy distintos supuestos resulta conveniente distinguir al menos, para el alcance de nuestra investigación, tres empleos distintos. La cuenta corriente mercantil (única a la que se

³⁴¹ Todas las cursivas son nuestras. En efecto, la doctrina admite de forma prácticamente unánime "que la nota esencial de la cuenta corriente bancaria es el servicio de caja" (MOXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*, p. 25). Deducir de ahí que estamos ante un mandato no resulta muy complicado.

³⁴² GARRIGUES, *Contratos bancarios*, pp. 121-122.

refiere la legislación decimonónica)³⁴³; la cuenta corriente bancaria en sentido estricto (contrato híbrido entre la cuenta corriente mercantil y el mandato)³⁴⁴; y, la cuenta corriente bancaria en sentido amplio (entendida referida exclusivamente al mandato, que por ello llamaremos **mandato de cuenta corriente**)³⁴⁵.

Es esta última la que más nos interesa, pues sería la que, en todo caso, podemos considerar que se celebra en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios. La otra posibilidad sería negarle el carácter de contrato, y considerar que estamos ante una mera técnica contable, lo que consideramos insuficiente, pues junto a esa técnica existen una serie de pactos nada despreciables, siendo éstos, y no aquella, lo sustancial del negocio.

³⁴³ No regulado por el Ccom, que tan sólo alude a éste en algunos de sus preceptos (p.ej. 909.6), la jurisprudencia lo ha caracterizado como un contrato especial y *sui generis*, consensual, no formal y bilateral, caracterizado "por la existencia de un pacto que, a base de la recíproca concesión de crédito, aspira a mantener unido los elementos integrantes de la cuenta, sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinantes del saldo final" (STS 23.5.46), esto es, sin que los créditos anotados originen "concretas obligaciones de dar, hacer, o no hacer inmediatamente exigibles". Es también un contrato de tracto sucesivo cuyo objeto está constituido por los respectivos créditos o deudas que en la cuenta se anoten, residiendo su causa en la recíproca concesión de crédito (URÍA, *Derecho mercantil*, p. 738).

³⁴⁴ Permite al cuentacorrentista librar órdenes de pago contra la cuenta en virtud del mismo contrato de cuenta corriente.

³⁴⁵ Cuando permite librar órdenes de pago contra la cuenta es siempre en relación a otro contrato, al que la técnica contable de la cuenta corriente le sirve de base, junto al mandato que incorpora.

La jurisprudencia niega la condición de contrato de cuenta corriente bancaria a este último negocio (el mandato de cuenta corriente), lo que no quiere decir que no sean de aplicación gran parte de las normas (de origen principalmente jurisprudencial) de aquél contrato a este último. Ello es así porque es en los pactos de la cuenta corriente bancaria, en el mandato de ésta, de donde surge el mandato de cuenta corriente. Es decir, son aplicables al mandato de cuenta corriente algunos principios que rigen para los contratos de cuenta corriente, en la medida en la que éstos se apoyan en la especial confianza que genera el mandato común a ambos contratos.

Lo que debe subrayarse en este punto es que el contrato bancario que se celebra junto con los préstamos garantizados con hipoteca para la adquisición de vivienda, denominado de cuenta corriente, no se corresponde, por regla general, con lo que jurisprudencia y doctrina³⁴⁶ entienden por tal.

³⁴⁶ Siguiendo en todo a URÍA, debe distinguirse de figuras afines que usan también el sistema contable de la cuenta corriente, pero sin constituir contrato de este género: 1) *apertura de crédito en cuenta corriente*, en el que el crédito no es recíproco sino sólo de la entidad de crédito al cliente, justo lo contrario que ocurre en el siguiente supuesto; 2) *depósito en cuenta corriente*, en que el crédito es del cliente hacia la entidad de crédito.

La ejecución del contrato consiste en anotar en la cuenta los créditos que las partes tienen entre sí, o remesas (véase el final de esta nota sobre su concepto), no exigiéndolos en función de su destino sino para ser compensados unos con otros en el momento del cierre de la cuenta. Este se opera por compensación de forma global y unitaria, sin que para URÍA, contra el parecer de la doctrina tradicional y buena parte de la jurisprudencia, signifique ello que los créditos anotados queden convertidos en meros asientos contables: siguen siendo verdaderos créditos individualizados, si bien con exigibilidad aplazada hasta el momento de cierre de la cuenta, lo que da pie a este autor para afirmar que hasta ese momento subsisten las acciones y excepciones de las operaciones jurídicas de que traen origen dichos asientos

m) El préstamo bancario en cuenta corriente

Como acabamos de ver no le son aplicables las normas del préstamo mercantil (311 C. de co.), ni de la cuenta corriente mercantil, ni en general ninguna norma de carácter mercantil³⁴⁷. Nos encontramos ante un supuesto de carácter civil³⁴⁸. La doctrina jurisprudencial sobre la cuenta corriente

contables. Cerrar la cuenta es fijar el saldo correspondiente a un determinado momento: el de la extinción de la cuenta u otro anterior (el contrato de cuenta corriente se extingue por el transcurso del plazo de duración, si se pactó; por separación o denuncia unilateral de cualquiera de las partes; por mutuo disenso, y; por la quiebra de cualquiera de las partes, implicando el cierre definitivo de la cuenta y la fijación del saldo). La jurisprudencia ha señalado que la conformidad con el cierre convalida las partidas parciales, siendo verdadero título y causa de deber; si bien puede ser revisado por error, olvido, falsedad o duplicidad de las partidas. El saldo aprobado (suelen pactarse intereses, que tendrán carácter remuneratorios, como compensación al aplazamiento de los créditos, estándose a falta de pacto a lo que dispongan los usos -arts. 2 y 59 Ccom.-) constituye un crédito líquido que, si no es llevado por las partes a una nueva cuenta como primera partida, se somete a la exigibilidad de 10 días del art. 62 Ccom., o el que las partes establezcan.

Las remesas son prestaciones patrimoniales que, trayendo causa de relaciones jurídicas ajenas a la cuenta corriente, dan lugar a créditos que se anotan en ésta. Cuando consisten en la transferencia de un crédito contra tercero incorporado a un título de crédito o efecto mercantil, se entenderá realizada la anotación "salvo buen fin" o "salvo cobro". La eventual transmisión de la propiedad del efecto es ajena al contrato de cuenta corriente, y se producirá, en su caso, por consecuencia de la operación jurídica que da lugar a la remesa y de la subsiguiente tradición.

³⁴⁷ Véase *supra* nota 336.

³⁴⁸ La doctrina especializada (generalmente mercantilista) suele mostrarse contraria, y reivindicar el carácter mercantil. Muy claro, analizando el mismo supuesto que es objeto de este trabajo, se muestra ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario", en la obra dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo,

bancaria sólo le es aplicable en los casos en los que efectivamente estemos ante tal contrato, que son muy escasos (cuando el cliente pueda ordenar cargos en la cuenta, y no únicamente imposiciones para pago del préstamo). Por regla general esta doctrina sólo le será aplicable en la medida en la que refleja la posición de confianza y el especial grado de deber de la entidad hacia el cliente en virtud del mandato oneroso que éstos han establecido, y que hemos denominado mandato o encomienda de cuenta corriente.

Para la doctrina alemana (con sólido apoyo jurisprudencial) los contratos bancarios son contratos celebrados con consumidores, sometidos a la normativa de consumo, en la medida en la que son casi todos ellos contratos de prestación de servicios (Dienstleistung)³⁴⁹. Evidentemente no se

Crédito al consumo y transparencia bancaria, Madrid, Civitas, 1998, pp. 703 a 751, donde en la página 714 afirma "Los contratos que nos ocupan son bancarios, es decir, realizados por las antes mencionadas entidades de crédito" (sic) "en el desarrollo habitual y típico de su actividad. Como tales son contratos mercantiles, sin más que recordar la omnipresente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944". Todo el apoyo que en general utiliza esta línea de argumentación es la referida sentencia, de la que hay que hacer notar su carácter de preconstitucional (y por tanto, su no sometimiento a los criterios interpretativos de la Carta Magna). Además, una cosa es decir que los contratos bancarios son mercantiles, y otra cosa que el préstamo es un contrato bancario por el solo hecho de que lo celebran también entidades de crédito (y es que, lógicamente, y por llevar el argumento *ad absurdum*, que el contrato de suministro de energía eléctrica de una entidad de crédito, o de alquiler o compra de su sede o sucursal, sea civil o mercantil, no dependerá de que lo calificemos o no de bancario, sino en todo caso por encontrar acomodo en los criterios del art. 2 C. de co.). Véase *supra* pp. 134 ss. (especialmente notas 286 y ss.).

³⁴⁹ La jurisprudencia sentada por el BGH considera como tales los contratos bursátiles, no así los contratos de efectos cambiarios, exactamente igual que sucede entre nosotros.

trata de contratos mercantiles, a tenor de los §§ 343-372 HGB. Nuestro sistema es básicamente igual en lo siguiente: los contratos bancarios no son mercantiles por ser bancarios; serán mercantiles cuando concurren los requisitos del art. 311 del Ccom., que en ese sentido es ley especial con respecto al 2 (relac. 50 y 51) del mismo cuerpo legal. Son siempre mercantiles, ex art. 320 del Ccom. los contratos garantizados con efectos cambiarios (Wertpapiergeschäft), pero no lo son los bursátiles (Börsetermingeschäft)³⁵⁰. Esta es la norma en Alemania y nos parece que

Véase las dos notas siguientes. Para el Derecho alemán, con apoyo en el dictamen de GIULIANO y LAGARDE, pp. 55 ss.; KROEGER, p. 45 ss; REITHMANN-MARTINY, Rz. 533, p. 553. cit. por KNAUL, *Auswirkungen*, p. 272.

³⁵⁰ Claramente es así en Alemania: BGH, 15.06.1987, WM 1987, 1153 comentada por WELTER en *EwiR* § 764 BGB 1/87, 1083; BAUMBACH, DUDEN y HOPT, Anh. 7, I 10. Admito la posibilidad de otro criterio entre nosotros, pero me parece coherente la interpretación que exija en los contratos bursátiles los requisitos generales del Ccom. (acto de comercio, que lo será cuando estemos ante comerciantes con esa finalidad) como forma de proteger al pequeño inversor frente al grande y, especialmente, frente a los gestores de sus carteras, reconduciendo así los contratos bursátiles con particulares a un mandato (la interpretación sería del siguiente tenor: el art. 320 del Ccom. excluye las operaciones financieras "con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, hechos en documento público", que son siempre mercantiles, de forma análoga a lo que ocurre con el "Wertpapiergeschäft" (el concepto viene a ser el mismo que la legislación alemana, puesto que en nuestra opinión el art. 320 Ccom. no es aplicable a los contratos bursátiles, sino a los contratos de financiación con garantías que al ser negociadas en mercados secundarios implica que están representadas por títulos, luego de ahí su relación de equivalencia con el concepto alemán de Wertpapier y su distanciamiento de los Börsetermingeschäft, pues a pesar de ser garantías negociables en un mercado secundario de valores, esto no hace mercantil el contrato si se trata de una mero mandato para gestionarlas, con poder de disposición sobre las mismas). Tampoco me parece incorrecto el equiparar todos los contratos bursátiles, considerándolos mercantiles, aunque preferimos la primera fórmula.

entre nosotros debería defenderse la misma solución, que como acabamos de ver es la única que resulta acorde con nuestro sistema, al menos en lo que se refiere al préstamo bancario³⁵¹.

2. La hipoteca

n) Algunas cuestiones previas

Puede constatarse una separación manifiesta entre lo regulado por las leyes hipotecarias y la configuración ordinaria o usual de la *hipoteca bancaria*, que así la denominaré no por constituir un tipo legal, sino exclusivamente para hacer referencia a esa formulación impuesta por el día a día de las entidades de crédito. Si la misma se ajusta o no a un tipo o a una modalidad hipotecaria legalmente reconocida, es algo que en lo que sigue veremos.

La práctica judicial viene reconociendo su existencia, y la doctrina (aunque nunca de forma tácita) le da acomodo como tipo o modalidad hipotecaria no contemplado en la LH (partiendo, lógicamente, de la existencia de un *numerus apertus* de derechos reales en nuestro ordenamiento)³⁵²; pero que finalmente

³⁵¹ Así entiendo el 153 LH como una norma especial para permitir una ejecución que no permite excepciones de orden civil, sino únicamente mercantiles. Ello es así porque el 153 está pensado para negocios mercantiles, para el contrato de cuenta corriente mercantil (que siempre es de crédito, como veremos), y no para el muy distinto contrato (esta distinción es pacífica en la doctrina) de cuenta corriente bancaria. Véase *supra* pp. 134 ss. y 172 ss. De la misma forma entiendo el art. 320 del C. de co. comentado en la nota anterior. Véase sobre el abuso del 153 LH *infra* pp. 206 ss.

³⁵² ALBALADEJO, SANCHO REBULLIDA. Véase *supra* nota 165, p. 85. No se puede olvidar, sin embargo, que estamos ante derechos de garantía, y que el juego aquí de la

siempre terminan reconduciendo estas modalidades al supuesto del art. 153 LH³⁵³. Su justificación se apoya, a nuestro juicio, más en argumentos sociológicos (la necesidad para la banca, su idoneidad económica)³⁵⁴, que

autonomía de la voluntad, en cuanto que aquellos modifican la regla de la *par condicio creditorum*, está en éstos muy limitada (véase p. 91, y allí la nota 183).

³⁵³ Véase la explicación de FERNÁNDEZ COSTALES, p. 361 ss. Más correcto (al menos más respetuoso con las reglas del sistema) sería defender el encaje de la práctica (de la que aquí llamamos *hipoteca bancaria*) en las normas de la Ley Hipotecaria. De hecho es así como se suele configurar, pretendiendo reconducir la hipoteca en garantía de préstamos hipotecarios a la hipoteca en garantía de cuenta corriente. De lo dicho en los apartados anteriores se desprende que es muy distinta la devolución de un préstamo que la compensación (el cierre o liquidación de la cuenta) y posterior cobro de una cuenta corriente. Se pretende construir (o al menos legitimar, puesto que construida ya está) una auténtica hipoteca para uso bancario. En la práctica, sin necesidad de mayores construcciones doctrinales, se impone la referida hipoteca. Es de uso corriente. De esta imposición es de donde toman la fuerza las tesis que apoyan la referida construcción doctrinal: puesto que es un hecho, démosle un derecho. Ciertamente es loable el interés por reconducir la realidad a un marco legal, pero lo que no es correcto es que sea la ley la que tenga que adaptarse a los hechos. No creemos que se pueda hablar de una construcción doctrinal en sentido propio, sino de diversas afirmaciones que pretenden justificar la práctica bancaria (a veces con las mejores intenciones: controlarla). Véase la nota siguiente sobre la fundamentación sociológica de estas argumentaciones.

³⁵⁴ Suelen (explicado por FERNÁNDEZ COSTALES, pp. 363 ss.) en este sentido citar la Resolución de 16 de julio de nada menos que el año 1936, diciendo que ésta muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles (ya dijimos que éste no lo era) en atención "a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces a sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar una sensible reducción de la actividad industrial y daño grave de la economía nacional". Más o menos viene a decir que el principio de *numerus clausus* o la

jurídicos, al igual que pasara con el pretendido carácter consensual del préstamo o con la mercantilidad de los negocios que hemos venido estudiando.

El planteamiento, además, lo consideramos equivocado: Se ha discutido sobre la posibilidad de distintos tipos hipotecarios³⁶⁵. Creemos que sólo existe un único tipo de hipoteca, y algunos pactos que pueden ser incorporados al mismo³⁶⁶. Es decir, existen unos elementos definatorios de la hipoteca, que son regulados por nuestras normas, y exigidos por una reiterada jurisprudencia, y una sólida doctrina. Dentro de estas normas de carácter imperativo la ley permite el establecimiento de una serie de pactos (normas dispositivas), que son los que combinados unos con otros dan lugar a las diversas modalidades hipotecarias.

Para quienes mantienen la teoría del *numerus apertus* de derechos reales, la inadecuación de la hipoteca bancaria (su atipicidad, dirían algunos) a los moldes de la Ley Hipotecaria, no es suficiente para considerarla contraria a

configuración de las normas que rigen los derechos reales de garantía como normas de *ius cogens*, o bien el principio de especialidad o determinación (como luego veremos), no se aplican, porque entran en conflicto con el derecho de empresa, el derecho al trabajo y alteraría el orden económico establecido. Ciertamente, nos es difícil establecer la conexión entre una y otra cosa, y suponiendo que fuese cierto, nos resultaría violento forzar tanto las normas en cuestiones tan fundamentales. Para ello sólo contamos con la interpretación, probablemente se está yendo más allá de lo que ésta, en el mejor de los casos, nos permite.

³⁶⁵ Incluso la terminología que se utiliza para referirse a las distintas modalidades hipotecarias suele utilizar la palabra tipo, o tipología.

³⁶⁶ Véase DÍAZ FRAILE, GARCÍA-ARANGO, FERNÁNDEZ COSTALES...

Derecho. Considero, en contra, que incluso manteniendo la referida teoría, no tiene cabida en nuestro ordenamiento una hipoteca atípica³⁵⁷, por el carácter de *ius cogens* de las normas que rigen los derechos reales de garantía³⁵⁸.

Esta problemática doctrinal, más clara en la teoría que en la práctica diaria, traslada el interés práctico de la discusión a determinar si la que hemos denominado *hipoteca bancaria* cumple los requisitos que impone el ordenamiento a la hipoteca en general;³⁵⁹ sobre su sometimiento a término y

³⁵⁷ En realidad lo importante es determinar si la configuración que se pretende en la escritura de constitución de la hipoteca es respetuosa con la regulación de la misma y, de modificarla en algo, si encuentra justificación en los distintos pactos admitidos por la propia Ley Hipotecaria. Dichos pactos pueden desde luego combinarse entre sí para desarrollar diferentes figuras o modalidades hipotecarias, pero todas ellas reconducibles al tipo único de hipoteca con el que cuenta nuestro Derecho.

³⁵⁸ A favor ROMÁN GARCÍA, *La tipicidad en los derechos reales*, especialmente pp. 65 a 68. En contra, FERNÁNDEZ COSTALES, p. 362

³⁵⁹ Esos requisitos o elementos esenciales de la hipoteca, conforme con la definición que de ella da el 1876 Cc. (idéntico al 104 LH) y la mayor parte de la doctrina (Véase GORDILLO CAÑAS, Antonio, voz "hipoteca", *EJB*, pp. 3313 a 3317), son: Ser un derecho real (No obstante véase. CÁMARA, "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real", *RDP*, 1949, pp. 377 ss.; y VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, Madrid, 1973), lo que indica que ha de sujetar directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor (o su dueño). De carácter accesorio, porque lo sujeta "al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida". Así aparece recogida en el art. 1528 Cc. como uno de los posibles derechos accesorios de un derecho de crédito (véase nuestro enfoque crítico *infra* en I.A.1.u) La accesoriedad en nuestro Derecho positivo, pp. 278 ss.), y sus consecuencias para el tratamiento del rango hipotecario). Inmobiliario, al ser su objeto "los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase" -art. 1874 Cc., que viene a recoger el 106 LH- (no es objeto de este estudio la hipoteca mobiliaria, regulada por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento). No supone, a diferencia de la prenda, desplazamiento

condición³⁶⁰; regulación por condiciones generales de los contratos; y, la suficiente determinación (principio de especialidad) del alcance de la garantía real.

Esta determinación importa en cuanto afecte al acuerdo real, no a las obligaciones que surgen del contrato. Así, debemos señalar:

(1) La problemática del uso de cgc:

No cabe duda de la legitimidad del empleo de condiciones generales para facilitar la contratación masiva de las entidades de crédito. Distinto es que, en el tema que en los ocupa, se exceda la finalidad de garantía que es propia de la hipoteca y, sin estar legitimado por las necesidades del tráfico, se trate de obtener beneficios que la ley no otorga, o ampliar los que efectivamente concede. En el estudio de la fianza se suele decir que se pretende convertir al fiador "como deudor subsidiario en un codeudor principal"³⁶¹. Para la hipoteca cabe decir que, análogamente, se pretende convertir en instrumento de cumplimiento alternativo, cuando, al menos en

posesorio. Y puede, conforme al 1861, constituirse en garantía de "toda clase de obligaciones"; por lo que, al amparo de la libertad de pactos y de la teoría del *numerus apertus* de derechos reales (doctrina mayoritaria a pesar de las fundadas críticas que se le han hecho, *supra* nota 165, p. 85), puede constituirse una hipoteca en garantía de un préstamo bancario. Incluso puede, se dirá, constituir hipoteca en garantía no sólo de obligaciones puras, sino que esta puede también estar sometida a "condición suspensiva o resolutoria" (art. 1861 Cc).

³⁶⁰ Véase punto 1 de la nota anterior (nº 359).

³⁶¹ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Pactos en la Hipoteca inmobiliaria", en NIETO CAROL, U., y otros, *Tratado*, p. 123.

principio, su ejecución debe presuponer un incumplimiento previo de la obligación garantizada; incumplimiento que siempre debe ser fiscalizable por los Tribunales. No puede llegarse a la paradoja de que, por mantener que en la hipoteca se han de tener en cuenta los principios de orden público inmobiliario, se vulneren con ellos principios elementales de nuestro ordenamiento (buena fe, derecho a un juicio con todas las garantías, *par condicio*,...). En efecto, no deja de ser sorprendente, que las normas de la garantía, accesoria, se impongan sobre las del crédito, principal, contra la lógica expresada en el aforismo *accessorium principale sequitur*.

Consideramos que la solución a estos problemas está en entender que las condiciones generales no pueden suplir, en el ámbito de los derechos reales de garantía, el especial desenvolvimiento que la autonomía de la voluntad requiere para flexibilizar los tipos básicos, esto es, para consentir en constituir modalidades hipotecarias fuera de su ámbito lógico de aplicación. Dicho de otra forma: la limitación de la autonomía de la voluntad en la configuración de derechos reales de garantía, y la limitada expresión de ésta en los contratos de adhesión, impone que frente a la regulación contenida en este tipo de contratos (y en la medida en la que no sean cláusulas especialmente negociadas) se exija la aplicación rigurosa del principio del *numerus clausus*³⁶².

³⁶² Entendido este principio, no como determinación de si existe una lista abierta o cerrada de derechos reales, sino como forma de referirse a sus consecuencias, esto es, a la forma en la que deben de interpretarse los preceptos reguladores de los derechos reales.

Dado este escaso alcance de las cgc en el ámbito de los derechos reales, no es coherente plantearse su control por los registradores en los términos que impone la LCGC. Bastaría con analizar si, a los efectos de constituir un determinado derecho real, es suficiente la voluntad manifestada, haciendo constar por lo demás en la inscripción la condición de consumidor (en su caso), y el hecho de haber sido redactada la escritura que se califica conforme a cgc, para resolver, en línea de principio, los problemas que plantea el Registro con respecto a este sector de la contratación³⁶³.

Así por ejemplo el juego de los artículos 10.1.c.10ª LCU y 242 RH: la renuncia hecha en cgc al derecho reconocido en este último artículo (obligación de notificar al deudor la cesión del crédito), ¿supone la violación del primero? Consideramos que no es posible renunciar (no es válido) en cgc, y que por tanto no afecta al derecho real. La renuncia por tanto deberá hacerse en documento público con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, e inscribirse.

Otros ejemplos serían la fijación por el acreedor del domicilio del 130 LH y del tipo del que ha de partir la subasta, ¿suponen un límite al alcance del 131 LH?; o la determinación del incumplimiento realizada por el acreedor, excediendo los arts, 1129.3 Cc y 117 LH.

Creemos que esta interpretación es respetuosa con la ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación: La imposición (ex art.

³⁶³ Ello requiere la colaboración entre Registradores y Notarios, véase *supra* nota 162, p. 82.

258.2 LH, en la redacción dada por la LCGC) al Registrador de denegar la inscripción de las cláusulas nulas conforme al art. 10 bis LCU, existía sin duda antes de la referida norma (recuérdese el carácter reiterativo de la mayor parte de las disposiciones protectoras del consumidor), y debe ser interpretado en consonancia con el art. 18 LH. El legislador deberá calificar las cgc cuando afecten al derecho real que se inscribe, pero debe tenerse en cuenta que dicha calificación, cuando sea positiva, no podrá ser convalidante (art. 33 LH); y que tampoco será completa, pues las cgc son o no nulas en función del caso concreto y del desarrollo de la vida del negocio, y no sólo de modo absoluto. Una lectura que quiera ir más allá, sería perjudicial para el consumidor, y no parece ser ese el espíritu de la norma. Ciertamente las críticas a la falta de tecnicismo (por no hablar de su marcado carácter mercantil –como redactada por poderes fácticos...) de la mencionada Ley no se han hecho esperar³⁶⁴.

(2) El juego de la aplicación del principio de especialidad:

El principio de especialidad se concreta en el caso de la hipoteca en la **determinación de todos los extremos financieros** de la obligación garantizada (extensión en cuanto al crédito), por lo que se conoce también como principio de determinación, así como a aquellos relativos a la extensión del derecho real en relación al bien hipotecado. Por extremos

³⁶⁴ Puede verse, por todos, CLAVERÍA GOSALBEZ, "Una nueva necesidad : la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)", *ADC*, 1998, v. 51, nº 3, pp. 1301-1316.

financieros debe entenderse toda variable que influya en la determinación del precio del préstamo (arts. 114 LH y 220 RH). Sin embargo, veremos, este principio se aplica con gran laxitud, lo que lleva a PEÑA a afirmar que "incluso se admite una cierta indeterminación de la obligación (hipoteca de seguridad"³⁶⁵. Por extensión del derecho real "en si mismo considerado" entiendo (extensión en cuanto al bien en garantía) a las que se refieren los artículos 109 a 113 LH y 215 RH.

De especial trascendencia para nuestra investigación resulta el alcance de la hipoteca en lo que se refiere a la obligación garantizada³⁶⁶. Ello afecta a la limitación con respecto a los intereses (tanto los simples, los variables como los moratorios), costas, gastos, cláusulas de estabilización,... (arts. 12, 114, 115, 127, 135, 146 LH; 219.3 RH), aunque no nos puede hacer olvidar el papel que la hipoteca ocupa como garantía de una obligación, a la que no altera (arts. 1857 y 1911 Cc, y 105 LH). Trataremos no obstante en primer lugar la extensión de la misma en cuanto a los bien en garantía.

(a) *Extensión en cuanto al bien en garantía*

Me refiero con ello a las reglas contenidas en los artículos 109 a 113 de la LH. El principio general es el de que la hipoteca de la finca debe afectar también a sus partes integrantes y pertenencias (no debe olvidarse, aunque

³⁶⁵ PEÑA, *Derechos reales*, 1982, p. 426.

³⁶⁶ Puede verse sobre los sistemas alemán y francés STENZ, Peter M., *Der Haftungsverband der Hypothek im französischen und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung*, ed. Lang, Frankfurt am Main, 1993.

aquí por simplificar se haya obviado, que cuando la hipoteca recae sobre una pluralidad de bienes, debe expresarse "la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder", por lo demás el análisis para dicho supuesto de múltiples bienes afectados por la hipoteca sería el mismo que para un único inmueble). Existen no obstante una serie de excepciones en atención bien de la protección del deudor³⁶⁷, bien del tráfico:

(b) *Extensión en cuanto al crédito:*

Ciertamente, si en el estudio de la extensión en cuanto al bien hipotecado debemos concluir que la balanza se inclina del lado de proteger la realización del mayor valor posible apostando por su ampliación (esto es, se favorece al acreedor), en la extensión en cuanto al crédito ocurre lo contrario: se protege al deudor, aunque sólo sea como consecuencia del fin que persigue la norma, que no es otro que proteger la fluidez del tráfico inmobiliario. No debe olvidarse que nuestra Ley Hipotecaria está anclada en una sociedad en expansión industrial, cuyo lastre fundamental era la dificultad de realizar el valor de los terrenos, y de transmitir los mismos. Las hipotecas generales eran, junto con las manos muertas y otras reminiscencias feudales, lacras a erradicar. Por ello se exige de forma tan fervorosa que se determine con exactitud la cantidad de la que el bien debe responder.

El problema de la regulación que pasaremos a analizar en este apartado, es el de la **accesoriedad en relación con la reserva de rango**. Con ello

³⁶⁷ Véanse los arts. 110 a 113 LH.

queremos decir que si mantenemos crédito y garantía indisoluble y de todo punto unidos desde su constitución hasta su extinción, de tal forma que extinguido el crédito se extingue necesariamente la garantía, estamos dificultando la capacidad de maniobra del deudor a la hora de saldar sus deudas y pedir nuevos préstamos (o, en general, constituir un nuevo crédito) en condiciones justas conforme al mercado. Un ejemplo aclara lo que se dice: supongamos la existencia de dos hipotecas sobre un inmueble. Si el deudor paga la totalidad de la deuda garantizada con la hipoteca de primer rango, y esta se cancela "automáticamente", la segunda pasará a adquirir el rango de la anterior, cuando las condiciones del préstamo al que va asociada son más duras en atención a que se trataba (en el momento de su constitución) de una hipoteca de segundo rango. Si, por el contrario, suponemos la no cancelación inmediata de la primera garantía por la mera extinción del crédito al que garantiza, el deudor-propietario (o el mero propietario en su caso) podrá renegociar las condiciones de su segundo préstamo con el acreedor titular de la hipoteca de segundo rango, cancelando la misma; o suscribir un nuevo préstamo con la misma garantía (rango uno) con el objeto (p. ej.) de cancelar el crédito más gravoso pagándolo anticipadamente.

En efecto, aquel fervor, necesario en una época, puede ser dañino en otra y, aún con todas las prevenciones que deben hacerse a este criterio hermenéutico, no debe olvidarse que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con [...] la realidad social del

tiempo en que han de ser aplicadas". Y es que no existe, como veremos³⁶⁸, "según el sentido propio de sus palabras", disposición alguna que imponga esa unidad indisoluble entre crédito y garantía, esa accesoriedad extrema. Por el contrario considero que la misma se debe a la interpretación que se le dio en un tiempo, en que primaba la lucha contra la paralización de la riqueza inmobiliaria. La misma interpretación no encuentra justificación en la actualidad y, como acabamos de señalar, lleva aparejado importantes perjuicios tanto desde un enfoque de justicia, como desde un análisis meramente económico.

Dejemos de momento simplemente reseñado el problema de la accesoriedad entre crédito e hipoteca, y enumeremos las concreciones que el principio de determinación impone al crédito garantizado:

(i) Sobre el capital:

La hipoteca garantiza la restitución por el importe inscrito o, en su caso, hasta la cantidad máxima inscrita (art. 219 RH). Esto último es lo habitual, operando un sistema basado en el contrato de cuenta corriente para justificar el saldo deudor. Éste sistema justificará, como veremos que hablemos de un contrato atípico de hipoteca (o al menos distinto de su regulación típica)³⁶⁹.

³⁶⁸ *Infra* E.- ¿Abstracción versus accesoriedad?, pp. 241 ss.

³⁶⁹ Esto es, que no encaja en el supuesto del art. 153 LH al que pretende acogerse.

(ii) Sobre los intereses:

Garantiza la totalidad de los intereses, salvo en perjuicio de tercero (recuérdese que se trata de lo habitual en los casos en que el promotor-constructor financia con garantía hipotecaria la edificación del inmueble que posteriormente el comprador-consumidor adquiere, subrogándose en el préstamo hipotecario). En este caso la hipoteca se limita a "los intereses de los dos últimos años transcurridos y a la parte vencida de la anualidad corriente", salvo pacto, por el que puede ampliarse hasta cinco años (nuevamente ocurre que en la práctica se sustituye el derecho dispositivo por la regla unilateralmente predispuesta). Sin embargo este pacto (dado que se trata de contratos a largo plazo) puede estar justificado: dependerá del caso concreto.

(iii) Las costas:

Es el ejecutado quien debe correr con las costas (950 LECv), por lo que en principio la hipoteca no garantiza las mismas. Sin embargo cabe la ampliación de ésta a aquellas por convenio (art. 131.5º LH) hasta una cuantía máxima. Este pacto, incluido de ordinario en todas las escrituras de esta índole suscritas por las entidades de crédito, puede igualmente encontrar justificación en atención a las habituales subrogaciones, pero

debe someterse a los límites que impone la conexión con la compraventa, cuando proceda³⁷⁰.

(iv) Ampliación:

Conforme al art. 115 LH si la finca hipotecada pertenece al deudor, el acreedor podrá pedir que se amplíe la responsabilidad de la misma a intereses vencidos y no satisfechos que no estuviesen aún cubiertos, lo que no podrá perjudicar a inscripciones anteriores, aunque fueren posteriores a la constitución de hipoteca³⁷¹:

(c) Conclusión

Todas estas cuestiones tendrán interés como derecho material que puede ser alegado (su incumplimiento) ante una posible ejecución hipotecaria. Sin embargo, y sin perjuicio de que más adelante algo digamos al respecto, ahora nos interesa comprobar si la operación que venimos analizando (el préstamo

³⁷⁰ Cuando tal conexión exista, puede considerarse que las costas ha de satisfacerlas, al menos en determinados casos, no el comprador ejecutado, sino el vendedor (inicial prestatario). Véase *infra* pp. 300 ss. Ello es así porque no siempre se darán los requisitos para que opere con todas sus consecuencias la subrogación en el préstamo en los supuestos de compraventa de vivienda a un promotor. Cuando esto no ocurre y el consumidor adquirente, no obstante, satisficé la deuda ante la demanda ejecutiva del prestamista, estaríamos ante un pago por tercero, y lógico es pensar (art. 118 LH, véase *infra* pp. 269 ss.) que cabría repetir también por las costas de dicho procedimiento.

³⁷¹ Debe recordarse que el principio de determinación no permite englobar en una única cifra única la responsabilidad por estos tres conceptos (capital, intereses y costas), debiéndose precisar cada uno. Así las RDGRNot. 14.02 y 15.03.1935, entre otras, citadas por PEÑA *Derechos reales*, 1982, p. 436. Véase también la nota anterior.

con mandato de cuenta corriente) tiene cabida dentro del supuesto de hecho del artículo 153 LH al que siempre se reconduce (como vía para hacer factible el empleo del procedimiento ejecutivo del art. 131 del mismo cuerpo legal)³⁷², o si, de ser negativa la respuesta, éste puede aplicarse analógicamente. Adelanto la solución negativa a las dos preguntas, lo que nos sitúa en la obligación de, si cumple las exigencias mínimas de toda hipoteca³⁷³, encuadrar los pactos especiales entre los que permite la legislación hipotecaria, o considerarlo de otra forma nulos (en cuanto a su alcance real).

Como señala la profesora YSÀS SOLANES³⁷⁴,

desde 1861 hasta la fecha ha pasado mucho tiempo, y en aquel momento el crédito territorial estaba en una fase poco desarrollada y debía primarse su implantación por lo que de positivo tenía [...]; sin embargo, se han producido cambios importantes, en especial en lo que respecta al tipo de contratación. El préstamo con garantía hipotecaria se ha convertido en una de las bases

³⁷² Véase pp. 195 y 196, y 137 s.

³⁷³ Determinación del bien dado en garantía, de la obligación garantizada, el importe máximo de responsabilidad, la voluntad clara del propietario de gravar el bien otorgada en documento público, y la inscripción.

³⁷⁴ YSÀS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, p. 187. En la idea de una nueva lectura de los preceptos registrales FUERTES, M., *Urbanismo y publicidad registral*, Ed. Centro de Estudios Registrales de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 1995; ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen, "El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral", *RCDI*, 1993, nº 618, pp. 1421-1486; DÍAZ FRAILE, Juan María, "La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión.", *RCDI*, 1996, nº 632, pp. 527 a 561.

del sector económico de la construcción y de otra parte el prestatario es un usuario del servicio que contrata bajo condiciones generales [...]. De ahí que la normativa hipotecaria deba contemplarse en el contexto de todo el ordenamiento, parte del cual ya intenta paliar los desequilibrios de la contratación (LCU), y no sólo partiendo de la letra de la LH, el RH y el CC.

o) El artículo 153 LH

Respetando los elementos esenciales de la hipoteca³⁷⁵, la ley permite igualmente el establecimiento de distintos pactos, que, dentro del tipo legal único, configura distintas modalidades hipotecarias. De las varias clasificaciones que suele hacerse de los tipos de hipoteca (de capital y de renta; voluntarias y legales; de tráfico, de seguridad, y de máximo), nos interesa para este estudio la última de las clasificaciones: La de tráfico, u ordinaria, asegura una obligación preexistente y determinada en su cuantía; la de seguridad, o excepcional, garantiza una obligación de existencia incierta o de cuantía indeterminada; y, por último, la de máximo, que asegura una deuda indeterminada en su cuantía (luego se trata de un tipo o subespecie de la hipoteca de seguridad), pero sólo hasta una cifra determinada al momento de la constitución. Por tanto, conforme a nuestro Derecho, sólo son posibles las hipotecas de tráfico u ordinaria (que contrariamente a su nombre, son poco habituales) y las de seguridad, o excepcionales (que son, también pese a su nombre, las más utilizadas), bien asegurando una obligación de existencia

³⁷⁵ Véase *supra* nota 359 en la p. 178, y lo que en esas páginas se dice.

incierto (p.ej. la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, del art. 142 LH), bien como hipoteca de máximo (p.ej. la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, del art. 153 LH). Es ésta última la más usada por las entidades de crédito.

La hipoteca de máximo no está recogida como tal en la Ley Hipotecaria, pero se admite con apoyo en su art. 153, que permite una modalidad de hipoteca de máximo. Admitido lo más (hipoteca de máximo con pacto de liquidación en cuenta corriente), se debe admitir lo menos (tan sólo la hipoteca de máximo, como mecanismo para dar cumplimiento al principio de determinación, sin pacto de liquidación en cuenta corriente). Dentro de la hipoteca de máximo caben, por tanto, distintos tipos de pactos, siendo el más usual el del art. 153 LH³⁷⁶, inserto en todas las hipotecas concertadas por entidades de crédito en garantía de los préstamos que otorgan a la compra de viviendas (y en general a prácticamente todas las operaciones que realizan), por lo que en ocasiones se confunde hipoteca en garantía en cuenta corriente de crédito, con hipoteca bancaria y con hipoteca de máximo. Conviene por tanto precisar³⁷⁷:

Hipoteca de máximo es aquella en la que la determinación de la responsabilidad de la finca que exigen los artículos 9, 12 y, especialmente, el 119 LH se establece con la fijación de una cantidad máxima, debiéndose

³⁷⁶ Ya que facilita la ejecución de los créditos así garantizados (véase *infra* el capítulo 0.- La protección jurídica del prestatario adquirente de viviendas ante el ejercicio de la acción hipotecaria, pp. 389 ss., especialmente el epígrafe I.H.3, pp. 400 ss.).

³⁷⁷ Lo que se hace a meros efectos expositivos o didácticos. Sobre el valor de las modalidades o tipologías hipotecarias véase *supra* nota 357, p. 178.

estar, sin embargo, a efectos de su ejecución, a lo que resulte de la liquidación de la obligación garantizada. No se trata de un pacto recogido expresamente en la LH, pero en nada se opone a lo que esta imperativamente determina, teniendo perfecta cabida en los artículos mencionados, como ha señalado reiterada jurisprudencia³⁷⁸. La LH expresamente reconoce la posibilidad de este pacto al regular la hipoteca en garantía de cuenta corriente (153 LH) como subgénero de esta modalidad hipotecaria.

Hipoteca bancaria: Hipoteca de máximo que, aunque con la intención de recoger el pacto del art. 153 LH, no reúne los requisitos exigidos por el mismo³⁷⁹. Es decir, se trata de una hipoteca que cabe dentro del concepto de hipoteca de máximo, pero no dentro del más estrecho concepto de hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente³⁸⁰ (ni tampoco en garantía de cuenta corriente bancaria³⁸¹) regulado por el 153 LH, por lo que no le son de aplicación sus consecuencias (especialmente en orden a la forma de ejecución). Recuérdese que la Ley Hipotecaria debe ser interpretada conforme

³⁷⁸ Véase *infra* bajo I.D.2(4)(a) Análisis de la jurisprudencia, p. 210.

³⁷⁹ Para llegar a ello basta con aplicar los conceptos de cuenta corriente y préstamo (frente a crédito) que hemos perfilado más arriba en I.D.1 El préstamo bancario instrumentado en cuenta corriente, pp. 132 ss.

³⁸⁰ O cuenta corriente de crédito, en la dicción de la ley.

³⁸¹ Que podría mantenerse que se encuentra contemplada en el párrafo 5º del referido artículo.

"a todo el ordenamiento"³⁸², y especialmente conforme a la nueva visión protectora de los consumidores. De ahí que no puedan admitirse los pactos del art. 153 en un contrato de adhesión³⁸³.

Hipoteca en garantía en cuenta corriente de crédito³⁸⁴: Regulada en el referido artículo 153 de la Ley Hipotecaria, se trata de una hipoteca de máximo³⁸⁵ con una especial preferencia para el cobro, tanto por la liquidación preferente (casi unilateral) del crédito garantizado (por el saldo fehaciente que arroje la cuenta), como por la especialidad de la ejecución que se establece (las del art. 129 LH; esto es, acceso al procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, o

³⁸² Véanse las palabras de la Prof. YSÁS SOLANES, *supra* nota 374, p. 189, y los autores que allí se citan.

³⁸³ Véase la distinta manifestación de la autonomía de la voluntad en contratos de adhesión y en contratos negociados, y compárese con la necesidad del despliegue de la voluntad configuradora en el ámbito de los derechos reales (al menos en el de los derechos reales de garantía), *supra* pp. 47 a 50.

³⁸⁴ Nótese que la cuenta corriente *de crédito* viene a ser en un principio la cuenta corriente *mercantil*. Por eso se la trata de dotar de un sistema de ejecución propio de su carácter mercantil. Desde un primer momento los bancos comienzan a utilizar ambos contratos, pero aún no para la financiación de vivienda, sino como créditos industriales. El encaje de la figura posterior y como hemos visto distinta (cuenta corriente bancaria, véase *supra* pp. 159 y ss.) se realiza de forma forzada y como evolución práctica que la letra de la ley nunca ha terminado de recoger. Además, ya hemos señalado la distinción entre este contrato (propios de la apertura de crédito y del depósito) y el que hemos denominado mandato de cuenta corriente (vinculado a un préstamo). Sobre la evolución histórica véase, brevemente, *infra* la referencia de la nota 394 y el texto en el que se cita, p. 197.

³⁸⁵ Así señala DE LA RICA, "Comentarios", p. LXXXI, que "las hipotecas de máximo, incluidas en el grupo de las de seguridad ... encuentran su expresión más característica en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito".

al extrajudicial si se pactó). Si la referencia de la ley a la cuenta corriente hay que entenderla hecha a la cuenta corriente mercantil o a la bancaria (nunca a la que hemos denominado mandato de cuenta corriente), es algo que discutiremos en lo que sigue. Adelantemos que entendemos que se refiere a la primera, pero que es aplicable analógicamente a la segunda, siempre que encuentre acomodo en la *ratio* del precepto (cuenta corriente entendida como forma de compensar créditos³⁸⁶, carácter mercantil de los mismos y, en principio, abierta para una multitud de cargos -línea de crédito- y no para un préstamo simple -una única disposición-).

Por tanto, concluimos, la hipoteca bancaria³⁸⁷ no es reconducible al art. 153 LH. Algunos autores afirman que se enmarcaría dentro de la modalidad de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulada en los artículos 142 y 143 LH³⁸⁸.

³⁸⁶ Por tanto, y en contra de cierta jurisprudencia, entendemos que no será sólo exigible para hablar de cuenta corriente en este sentido, que se admitan al cuantacorrentista emitir órdenes de cargo y abono, sino que estos cargos no signifiquen la flexibilización de la devolución del capital del préstamo, sino que sean fruto del contrato de cuenta corriente. Véase p. 170.

³⁸⁷ Recuérdese que nos referimos a las constituidas en garantía de préstamos con "mandato en cuenta corriente", las más habituales en la práctica en operaciones de adquisición de viviendas.

³⁸⁸ FERNÁNDEZ COSTALES, p. 376 (quien lo afirma para los contratos en garantía de crédito simple, al que cabría asimilar el préstamo -o, mejor, aquél a éste-); y, lógicamente, las obras editadas entre 1909 y 1936, por lo que me consta, con unanimidad (véanse las páginas que siguen, y especialmente las referencias de MORELL en notas 392 y 393, así como las posturas de ARAGONÉS Y CARSI, JERÓNIMO GONZÁLEZ, LÓPEZ DE HARO y VALLÉS Y PUJALS, *infra* pp. 421 a 429).

Veamos los argumentos con los que contamos:

(3) Exégesis del artículo 153 LH:

La Ley Hipotecaria no contempló en sus orígenes la que hoy es (al menos aparentemente, por lo que a continuación se dirá) la modalidad hipotecaria más utilizada en la práctica, la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito. En un principio se caracterizó como un verdadero tipo o modalidad de hipoteca³⁸⁹, hoy negado por la más reciente doctrina³⁹⁰ y por la última jurisprudencia registral³⁹¹, que consideran la previsión del artículo 153 LH como un pacto que puede confluir con otros de los previstos por la legislación hipotecaria, sin que por ello estemos ante un tipo o modelo de hipoteca, que es único.

Su introducción en nuestro ordenamiento se realiza en 1909. Sin embargo, no es hasta la aclaratoria Resolución de 16 de junio de 1936, que su empleo en la práctica se consolida. El problema consistía y aún hoy se sigue

³⁸⁹ En este sentido se pronunciaron, entre otras, las Resoluciones de 21 de marzo de 1917 y de 16 de julio de 1936. Entre los autores cabe destacar la clasificación de la tipología hipotecaria realizada por ROCA, que cataloga esta entre las de seguridad, como un subtipo de la hipoteca de máximo. Véase *supra* nota 164, p. 84.

³⁹⁰ Significativo el título de la obra de 1948 de DE LA RICA, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*. Hoy no se le da tanta importancia a dichas distinciones: así PEÑA considera arbitrarios los criterios de clasificación de las hipotecas (*Derechos reales*, II, p. 117), mientras que GARCÍA ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, entre otros a los que nos sumamos, consideran que no existen distintos tipos hipotecarios, sino pactos que permiten modular un tipo único.

³⁹¹ Resoluciones de 23.12.87, 26.11.90; 4.10.91. *Vide infra*.

planteando, en cómo acreditar el crédito de tal forma que sin lesionar los legítimos derechos del deudor posibilite la ejecución de la garantía hipotecaria por los procedimientos privilegiados del 131 LH o del juicio ejecutivo ordinario. No debe confundirse con el cumplimiento del principio de determinación o especialidad, sino con las exigencias que debe reunir todo título ejecutivo.

Con anterioridad a la reforma de 1909, las soluciones pasaban por el artículo 142 (de entonces) a cuyo tenor, como recoge MORELL Y TERRY³⁹², "la hipoteca podría garantizar toda clase de obligaciones, aún las futuras y condicionales, y prácticamente se han inscrito", continúa diciendo, "con anterioridad a la reforma hipotecaria hipotecas en garantía de cuentas corrientes, hipotecas que vienen a asegurar el cumplimiento de una obligación futura, o, si se quiere, condicional".

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes parecía presentar en la legislación anterior [a 1909] una grave dificultad derivada del artículo 143 de la ley. Considerando que dichas hipotecas garantizaban obligaciones condicionales o futuras, era necesario hacer constar en el Registro si había de perjudicar a tercero el cumplimiento de la condición o la realidad y alcance de la obligación futura, acreditándose, por lo menos, la liquidación, en virtud de un nuevo documento público. La práctica, sin embargo, saltaba este inconveniente mediante la fijación de la cantidad máxima de que había

³⁹² MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Vol. 4, p. 249, ed. Reus, 2ª ed., Madrid, 1930.

de responder la hipoteca, considerándose pura en si misma la obligación, aunque su importe pudiera no llegar a ese maximum, resultado que, después de todo, *puede también producirse en las hipotecas por razón de préstamo* cuando se entregan a cuenta cantidades parciales que disminuyen el importe de la obligación.³⁹³

El artículo 153 LH, era muy claro su ámbito de aplicación sólo a las primeras, y no a las segundas; sólo al contrato de cuenta corriente mercantil, que posteriormente se ampliará al contrato de cuenta corriente bancaria, y no al contrato de préstamo que en ningún momento ha gozado *ex lege* del beneficio del mencionado artículo, beneficio con el que, huelga decirlo, si ha contado *de facto*. Quiero resaltar de este texto, la distinción clara entre "hipotecas en garantía de cuentas corrientes" e "hipotecas por razón de préstamo". Cuando surge la banca como institución el crédito es aún un crédito industrial. La banca recogerá la inversión individual para sacarle partido con los préstamos para actividades comerciales. Pero en este primer momento (en el que el acceso a la vivienda se hace fundamentalmente a través del ahorro privado y la autoconstrucción) no existe aún la idea del préstamo bancario "al consumo". Por eso los mecanismos regulados tienen un marcado carácter mercantil. Se equipara así en los orígenes la cuenta corriente de crédito de la Ley Hipotecaria, con la cuenta corriente mercantil recogida en el Código de comercio³⁹⁴.

³⁹³ MORELL Y TERRY, *Comentarios*, p. 250.

³⁹⁴ En los primeros albores del capitalismo el único crédito que podría denominarse al consumo era el que otorgaban algunos comerciantes a sus clientes fijos ("¿me fías?") que

La ley de 21 de abril de 1909, precursora del definitivo texto de dicho año³⁹⁵, tras regular (en su art. 3) el procedimiento ejecutivo que ha devenido en nuestro actual (hasta la LECn) art. 131 LH, en atención a la falta de cumplimiento del principio de especialidad (no obstante la validez de dichas hipotecas, como luego se pronunciará la jurisprudencia registral), exceptuará su ejecución por la vía sumaria del artículo 3 (actual 131), disponiendo:

Artículo 4:

El procedimiento sumario que establece el artículo precedente no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos:

[...] ³⁹⁶

encaja sin más dentro de la compraventa, en el que el cumplimiento de las prestaciones no ha de ser simultáneo (compraventa a plazos). El crédito es básicamente industrial. En este sentido MARÍN, *Vinculación contractual*, pp. 13 y 14, con citas de PIEPOLI, G., // *credito al consumo*, Nápoles, Jovene Napoli, 1976, p. 12 (en la nota 12); y HÖRTER, K., *Der finanzierte Abzahlungskauf. Geschäftsformen und Rechtsfragen der bankmäßigen Teilzahlungsfinanzierung*, Bad Homburg, 1969, p. 15 (en la nota 14).

³⁹⁵ En su disposición adicional sexta autorizaba al Gobierno a realizar la elaboración de una ley de acuerdo a los criterios que ésta contenía, lo que se lleva a efecto el mismo año, por Ley de 16 de diciembre de 1909. La primera contiene las nuevas normas, mientras que la segunda es el texto articulado que dicta el Gobierno en cumplimiento de aquella.

³⁹⁶ 1º procedimiento Criminal; 2º tercera de dominio, y; 3º por haber sido cancelada la hipoteca.

4° Cuando la hipoteca esté constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto de la que resulte de la presentada por el actor.

[...]

En el caso tercero y en el cuarto, el Juez convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

Será apelable en ambos efectos este auto cuando ordenare la suspensión

Nótese que el Auto que recaiga (por ejemplo, inadmitiendo lo exceptuado por el deudor) sería apelable en ambos efectos, es decir, no sólo devolutivo sino también suspensivo³⁹⁷. El legislador quiere, sin duda, favorecer la circulación del valor de la propiedad inmueble³⁹⁸ como medio de fomentar el comercio, por lo que, además, permite la ejecución de las hipotecas en garantías de cuentas corrientes, mecanismo en boga en los ámbitos comerciales de la época, que permitía agilizar los pagos, al liquidarse conjunta y regularmente los habidos en un determinado periodo de tiempo entre dos partes con frecuentes relaciones comerciales. Sin embargo, habilita en garantía del deudor el recurso en ambos efectos. En realidad lo

³⁹⁷ Realmente, sólo es pensable el efecto suspensivo en el caso de que el Juez no admita las excepciones interpuestas por el deudor, por lo que evidentemente el legislador pensaba, al disponer ambos efectos, en la protección del deudor.

³⁹⁸ por lo que instaura el mecanismo del 131 LH

dispone así en beneficio del procedimiento, y, por tanto, de la posibilidad de arbitrar un sistema eficaz y rápido de ejecución hipotecaria que, si no tiene las debidas garantías, no podrá ser un procedimiento duradero.

El privilegio radica, por tanto, no sólo en el mecanismo de ejecución que habilita, sino también en permitir la ejecución misma de un título que, en principio, requiere su previa liquidación, y para el cual, de mediar controversia, el juicio declarativo ordinario sería la única vía de cobro.

Se trata de una regulación mercantil, para un contrato mercantil que, sin duda, estaba a disposición de la banca³⁹⁹ (la cuenta corriente mercantil), y que posteriormente la propia práctica bancaria dejará de celebrar, como se ha visto⁴⁰⁰, negándose a perder, sin embargo, las preferencias ejecutivas de aquél (y en general, los caracteres mercantiles del mismo).

Por ello resulta más que dudosa la aplicación analógica del artículo 153 LH a otros tipos de créditos, como el derivado de un préstamo⁴⁰¹. Nótese que es

³⁹⁹ De hecho no tenemos noticia jurídica de la nueva formulación (cuenta corriente bancaria) hasta la resolución DGRNot de 16 de junio de 1936. Todas las referencias anteriores son reconducibles a la cuenta corriente mercantil o de crédito (por aquél entonces sin distinción teórica ni práctica alguna). Es con esta resolución (hasta donde he podido comprobar) con la que se dota de carta de naturaleza a la cuenta corriente bancaria diferenciada de la cuenta corriente mercantil, que se pasa a equiparar (eso se pretende al menos) a la cuenta corriente de crédito, cambiando por tanto el sentido que esta última acepción tenía (la identidad entre crédito y mercantil, frente a ahorro y civil).

⁴⁰⁰ Dando entrada a la cuenta corriente bancaria y al mandato de cuenta corriente. Sobre esta evolución véase *supra* pp. 168 ss.

⁴⁰¹ Véase *supra* p. 197 el texto de MORELL transcrito, en el que el que marca la diferencia entre cuenta corriente (de crédito) y préstamo, entre la hipoteca del art. 153 y la de

exclusivamente aplicable al contrato de cuenta corriente, que permite una fácil prueba en contra de la liquidación unilateral del acreedor: la libreta hipotecaria⁴⁰². Ella por sí sola tiene virtualidad para evitar el procedimiento ejecutivo.

Así puede decirse que si es cierto que la rápida ejecución es vista por el legislador como una necesidad para el tráfico, lógico es pensar que pretendan garantizar el recto funcionamiento de los mecanismos de ejecución, dejando fuera de él abusos de los que podría devenir su fracaso.

Precisamente ante ese abuso nos encontramos hoy en día, motivo que tal vez haya tenido parcialmente en cuenta el legislador, al derogar el artículo 131 LH, dándole una significativa nueva redacción, en la línea que señalamos (precepto mercantil), en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁴⁰³.

(a) *La innovadora legislación de 1909*

La definitiva Ley de 1909 lo expresará en los siguientes términos:

Artículo 153:

Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos, determinándose en la escritura la cuantía máxima de que responda la finca hipotecada, no

máximo, que es ajena a este artículo (nótese que dice que "no llegar a ese maximum [...] puede también producirse en las hipotecas por razón de préstamo").

⁴⁰² Véase *infra* el texto de la exposición de motivos de la Ley de reforma de 1944, transcrito en la p. 204.

⁴⁰³ Disposición Final décima de la LECn. Véase *infra* en I.D.2(4) El abuso del art. 153 LH en el marco normativo actual, pp. 206 ss..

pudiendo abrirse aquella por un plazo mayor de tres años; pero podrá esta prorrogarse por plazos que no excedan del tiempo indicado y mediante escritura, por convenio entre acreedor y deudor.

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiera reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada⁴⁰⁴ con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3ª del art. 131, tendrá que acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada en la forma convenida en la escritura de constitución de la hipoteca.

Si en la escritura no aparece pacto sobre esto, será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor, de la libreta que a continuación se dice⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Las negritas son más: nótese que no se hace referencia a préstamos (expresiones "créditos" y "en línea parte que no exceda de la cantidad asegurada"), y que el destino tampoco es la adquisición privada de inmuebles (se limita a un plazo máximo de tres años, prorrogables por ese mismo tiempo). La limitación de los tres años fue corregida de inmediato de forma irregular por el Reglamento Hipotecario (véase p. 427).

⁴⁰⁵ Estas libretas, que impiden la domiciliación de los cobros, permitirían hoy día ejecutar las hipotecas de préstamos para adquisición de vivienda (si bien con los límites que se señalarán con respecto al procedimiento ejecutivo). En esta línea, es deseable *de lege ferenda* que se permita una prueba acorde a nuestros tiempos y tan fiable como esta libreta. Puede ser una buena indicación el camino emprendido por el RDL 14/99 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE del 18). La LECn debía haber recogido un mecanismo similar, en lugar de mantener la regulación de la libreta (art. 695.2º). Esta contabilidad informatizada podría ser gestionada por un tercero (preferentemente un organismo público, o, en su defecto, con supervisión pública).

Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, cuando no se haya pactado otra cosa en la escritura, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados, uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga⁴⁰⁶, en los cuales, al tiempo de todo cobro ó entrega, se hará constar, con la aprobación y firma de ambos interesados cada uno de los asientos de la cuenta corriente.

El artículo 129, al que como vemos se remitía –igual que lo hace ahora- el 153, se regulaba con el mismo tenor literal con el que lo conocemos actualmente, pero sin el párrafo segundo; esto es, no contemplaba la posibilidad de un procedimiento extrajudicial de ejecución, que es introducido por la reforma de 1944. Durante su tramitación recibió abundantes enmiendas (tres, que son bastantes para las recibidas por el resto de los artículos –el 153 se aprobó sin discusión, a pesar de sus numerosas modificaciones). Pasemos pues a analizar dicha modificación.

(b) La reforma de 1944

Señala DE LA RICA que la reforma modifica el texto del artículo 153 que analizamos “en tres extremos de interés”:

- a) “No señala tope o límite de plazo, dejando en libertad a las partes para determinarlo, imponiéndoles solamente la obligación de hacer constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta”. Califica la modificación de “necesaria.

⁴⁰⁶ Esta claro que el legislador sólo piensa en el deudor propietario, no en los casos en los que el deudor no sea propietario.

Carecía de fundamento [la regulación anterior y, además], ya el Reglamento, en el art. 205, había establecido idéntica norma”;

- b) Impone la libreta, sin posibilidad de pactar otra forma de acreditar el saldo, salvo
- c) “en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, [léase, entidades de crédito] a los efectos de proceder ejecutivamente [y ...] siempre que se notifique judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, y éste no hubiere alegado en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad”.

Para el citado autor

Esta modificación es digna de todo elogio, ya que la forma de proceder de esos Bancos y entidades, el valor jurídico de sus libros comerciales y, por regla general, la escrupulosidad contable con que llevan las cuentas de sus clientes, aconseja exceptuarlos de la necesidad de las libretas y conceder en principio fe y valor a los asientos de sus libros de contabilidad⁴⁰⁷.

Parece evidente lo alejado que se encuentra este autor de las nuevas corrientes protectoras del consumidor⁴⁰⁸. Lo que tal vez pudo ser una

⁴⁰⁷ RICA Y ARENAL, “Comentarios”, p. LXXXI y ss. (la cita es de la p. XII)

⁴⁰⁸ Así GÓMEZ DE LIAÑO, R., *Ejecución de créditos derivados de contratos bancarios*, Ed. Forum, 1998, pp. 109 s., señala, comentando la reforma urgente de la LEC realizada por la Ley 34/1984 que “la finalidad de dicha reforma [...] era fundamentalmente conseguir una mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes en un intento de fortalecer las garantías del deudor en aras de evitar, que la determinación de la deuda líquida exigible, quedara en manos de la entidad acreedora, situación que [...] era y sigue siendo la habitual, puesto que el control que realizaba el fedatario respecto a la corrección

afirmación que motivaba y legitimaba una práctica en los años cuarenta (y que sin duda está en el espíritu de la Resolución DGRNot de 16 de junio citada)⁴⁰⁹, no es trasladable a la actualidad. No parece que el fin de los libros comerciales sea dar fe de la actividad de dos partes, sino un mecanismo de control de la actividad de la empresa. Además, tampoco refleja suficientemente las particulares operaciones con un determinado cliente, por lo que no podría ser un mecanismo eficaz de fe frente a éste (suponiendo que se garantizase la forma de entrada de sus asientos).

Es de destacar la exposición de motivos de la ley de reforma, de 30 de diciembre, que dice:

La hipoteca en garantía de cuenta corriente se modifica únicamente en lo imprescindible, para resolver las dificultades que el uso ha puesto de relieve. El artículo 153 de la Ley permitía fijar libremente la forma de acreditar el saldo, y, con carácter subsidiario estableció

de la liquidación practicada por la entidad, era en realidad nulo si tenemos en cuenta que su actuación consistía simple y llanamente en constatar la identidad del saldo de la certificación con el que aparecía en los libros de contabilidad de la entidad [en opinión que recoge de DURÁN BRUJAS, "Notas sobre la modificación del párrafo cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto", *BIMJ*, 1458, 1987, p. 115", donde señala que "Al sólo fin de evitar el llevar los libros al juzgado o que el órgano judicial tuviera que desplazarse a verificarlo"]. [...] El hecho de que constate que los saldos coinciden, sin haber realizado ninguna comprobación respecto a la forma en la que se practicó la liquidación, no acredita que la misma se haya realizado correctamente y por consiguiente tampoco, la exactitud del crédito".

⁴⁰⁹ Por la que se extiende el pacto de liquidación del art. 153 LH (cuenta corriente de crédito) a todas las hipotecas de máximo. Véase *supra* p. 196 y notas 354, p. 176; y 399, p. 200.

la llamada *libreta hipotecaria*. Pero la autonomía contractual ideó unas fórmulas, que la Dirección General hubo de recusar. De hecho, la primacía fue para las libretas, con lo que el crédito referido perdió su peculiar *agilidad mercantil*⁴¹⁰.

A concordar las exigencias de la vida moderna con los derechos del deudor obedece la forma que se reglamenta. Se suprime la desmesurada libertad de estipulación y se señalan dos procedimientos para acreditar el saldo: uno, cristalizado en la libreta hipotecaria, y otro, de índole potestativa, que únicamente podrá pactarse cuando el acreedor sea una entidad bancaria o establecimiento de crédito.

En realidad esta reforma peca de seguir poniendo en un mismo plano lo que es mercantil con la contratación en masa y los contratos de adhesión (que tanto puede darse en la práctica civil como en la mercantil). No obstante, pone de manifiesto, una vez más, el origen eminentemente mercantil del precepto.

(4) El abuso del art. 153 LH en el marco normativo actual

CHICO ORTIZ⁴¹¹, al amparo de la Resolución de 5 de marzo de 1929, considera que para el cumplimiento del principio hipotecario de especialidad, es necesario que queden perfectamente definidos cuatro elementos:

⁴¹⁰ Las cursivas son nuestras.

⁴¹¹ En *Estudios*, pp. 1534 a 1537.

garantía real, contenido de la hipoteca, título ejecutivo, y procedimiento de ejecución y cancelación.

Importa reseñar que, a diferencia de la hipoteca de tráfico, que se define suficientemente con los dos primeros elementos, ésta requiere otros dos, por lo que todo lo que se puede obtener del registro es la existencia de un gravamen por un importe cierto, pero no indica nada de la existencia ni exigibilidad de la obligación que garantiza. Ello no nos va a hacer negar la accesoriadad de la hipoteca, pero si nos exigirá redefinirla⁴¹².

Analicemos cómo se concreta este artículo en la práctica para el caso del negocio objeto de nuestro trabajo (hipoteca *en garantía de un préstamo* concedido por una entidad de crédito a un particular para la adquisición de una vivienda, o en el que éste se ha subrogado como parte del precio de dicha adquisición): La entidad de crédito, una vez que resulta exigible e impagado el crédito, notifica al deudor⁴¹³ (normalmente por conducto notarial y haciendo intervenir la liquidación por corredor de comercio) el importe de la deuda que se reclama y se va a proceder a ejecutar, conminándole al pago. Si persiste impagada, procede directamente a la ejecución de la misma por la vía del art. 131 LH (o, de no haberse pactado, lo que es raro, del ejecutivo ordinario), al amparo del art. 153 LH. Estos artículos exigen que el título por el que se despache ejecución sea ejecutivo

⁴¹² *Vide infra* epígrafe I.E.- ¿Abstracción versus accesoriadad?, pp. 241 ss. y especialmente a partir de la p. 278.

⁴¹³ Habiendo hecho intervenir previamente a un corredor de comercio en la firma de la póliza de préstamo, de todo punto improcedente y, desde luego, innecesaria.

y que en él conste una cuantía líquida, y no puede ser la escritura de constitución de la hipoteca por cuanto sólo cumple el primero de los requisitos (ser ejecutiva). Por eso las entidades de crédito hacen intervenir la liquidación del saldo por corredor de comercio (lo que sólo sería procedente, conforme al párrafo 1º del art. 93 Ccom., si estuviésemos ante un acto de comercio, que no es el caso)⁴¹⁴, y siendo éste título suficiente según el 1429 LECv, sigue la ejecución. Lógicamente este título sólo será suficiente si está intervenido por el corredor de comercio en ejercicio de sus competencias.

Lo que no se observa en este punto es que el referido artículo permite la ejecución de *crédito en cuenta corriente*; esto es, de deudas exigibles como resultado de la liquidación de un contrato de cuenta corriente. No se refiere dicho artículo a la ejecución de importes resultantes del contrato de préstamo, sino exclusivamente del contrato de cuenta corriente. Veámoslo: La diferencia fundamental entre la apertura de crédito (con liquidación en cuenta corriente) y la concesión de préstamo (con contabilidad en cuenta corriente) estriba en que el primero posibilita múltiples disposiciones y reintegros; mientras que el segundo sólo permite una única disposición (o,

⁴¹⁴ Sobre el particular, en contra, BROSETA PONT, "Problemática actual de la intervención de los fedatarios mercantiles", *II Seminario de estudios sobre la fe pública mercantil*, Madrid, 1983, pp. 115 ss. y RODRÍGUEZ ADRADOS, *La fe pública en el ámbito mercantil. Competencias de los notarios y de los agentes mediadores colegiados*, Madrid, 1986; a favor, VICENT CHULIÁ, *Compendio*, p. 353 (ed. 1982) y MARTÍNEZ GIL, "El derecho mercantil y la fe pública", *RDN*, abril-junio, 1985, pp. 215 ss. Véase *supra* nota 272, p. 135, y en páginas subsiguientes a ésta.

en su caso, un número determinado de disposiciones de dinerario prestado⁴¹⁵) por el total de la cuantía concedida.

Actualmente ambos contratos son gestionados mediante la técnica contable de la cuenta corriente. No estamos ante el contrato de cuenta corriente, sino ante una mera técnica contable con el mismo nombre. Como hemos visto, no coinciden los sujetos habituales, ni la concesión mutua de crédito, ni la llevanza de dos libros, ni su intervención por corredor de comercio, que es en definitiva lo que justifica que el artículo 153 LH permita la ejecución directa del saldo resultante de la liquidación de la misma⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Tal es el caso de los contratos de préstamo para la construcción de vivienda, en los que la entrega de las cantidades concedidas se realiza de forma paulatina, "contra certificación de obra".

⁴¹⁶ La distinción que hasta aquí hemos hecho entre crédito (o línea o póliza de crédito) y préstamo (o póliza de préstamo), no hace en puridad referencia a contratos distintos, sino a dos modalidades de configurar el contrato de préstamo. En realidad esta distinción tiene su origen en los esfuerzos que venimos denominando "huida del derecho civil". Lo que ocurre, como creo que se está demostrando, es que nuestras normas más tradicionales necesitan ser adaptadas a un tráfico comercial para el que no fueron pensadas (contratación en masa y contratos de adhesión). Esta adaptación, que viene realizándose desde la década de los treinta, ha originado un primer movimiento hacia figuras mercantiles, y el reforzamiento de la falsa distinción entre un derecho de obligaciones mercantil y otro civil. Cuando el art. 153 de la Ley Hipotecaria habla de "crédito", lo que quiere decir es préstamo mercantil. Parece que el préstamo civil (y la contratación en masa), sólo tiene cabida mediante el empleo de la libreta hipotecaria (a modo de excepción de la regla general), y por extensión analógica que hacemos en la actualidad, no porque la Ley lo pensara así. Ciertamente, contratos de adhesión pueden serlo tanto los civiles como los mercantiles, y que cgc existen en ambos sectores de la contratación. Es por ello importante *de lege ferenda* la regulación uniforme del Derecho de obligaciones, estableciendo las especialidades del Derecho mercantil con claridad.

Veamos como interpreta la jurisprudencia, en los pocos casos en que la cuestión ha sido soslayadamente planteada, el referido artículo 153 LH:

(a) *Análisis de la jurisprudencia*

(i) La jurisprudencia moderna (de 1936 a nuestros días)

No es preciso indagar mucho para encontrar jurisprudencia que mantiene la corrección del despacho de ejecución de préstamos hipotecarios cuando éstos se ejecutan por la vía del art. 153 LH. Así, por citar dos de las más recientes, la de 14 de julio de 1998, o la de 6 de marzo de 1995. Esta última afirma, entre otras cosas, lo siguiente:

Y decae porque ya se ha reiterado que el pacto de determinación del saldo, conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, es válido. Y en el caso de autos, ejercitó el deudor, según dice la sentencia, la oposición al saldo por la vía incidental que el propio precepto establece.

Que este cauce del 153 es apto, y aplicable a las hipotecas de máximo es criterio reiterado y conocido, y como la hipoteca de autos ha sido calificada así por la Audiencia, a la que le corresponde calificar los contratos, decae también el motivo ocho, en que se denuncia la infracción del citado artículo.

Por su parte la STS de 22 de julio de 1994 indica:

El Auto incidental dictado en procedimiento del artículo 131 de la LH decretando la suspensión del procedimiento básico por no estar acreditada la existencia del saldo ni su cuantía [...] goza de la misma naturaleza que [el

procedimiento] principal de que depende, es decir, la de no producir excepción de cosa juzgada, [por lo que no procede frente a él el recurso de casación].

Y la de 21 de febrero de 1985 califica el procedimiento del 131 LH como "el más característico de los procedimientos de ejecución hipotecaria" (considerando primero), tras lo cual (considerando tercero), manifiesta que

...tanto el número cuarto del artículo ciento treinta y dos invocado como el ciento cincuenta y tres, párrafo quinto, permiten que en las pólizas de crédito se convenga que el saldo a los efectos del proceso de ejecución pueda acreditarse mediante certificación de la Entidad acreedora, como asimismo lo autoriza la Orden Ministerial de veintiuno de diciembre de mil novecientos cincuenta para tales contratos concertados por Bancos y Cajas de Ahorros, intervenidos por fedatarios mercantiles, y en el caso actual ese presupuesto ha sido observado según lo acredita la constancia que figura al folio catorce, como también se realizó el requerimiento de pago al deudor [que era lo que realmente objetaba la recurrente que no se había cumplido], en el primero de cuyos «términos» se contiene, todo lo somero que se quiera, «un extracto de cuenta» que en principio da cumplimiento a lo ordenado en el citado artículo ciento cincuenta y tres de la Ley Hipotecaria, sin que la entidad requerida haya hecho oposición alguno sobre error o falsedad «dentro de los ocho días siguientes» como el precepto impone, por lo cual es manifiesto que cualesquiera agravios que pueda invocar la parte ejecutada tienen su cauce idóneo en el juicio declarativo, conforme a lo ordenado en el artículo ciento treinta y dos y en debida acomodación a lo que constituye la finalidad

característica del procedimiento judicial sumario del artículo ciento treinta y uno, medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto.

Es de señalar que el motivo sólo debe contestar a si se ha cumplido o no con el requisito de la comunicación de un extracto de la cuenta, por lo que a parte de la afirmación de que por muy "somero" que éste sea se cumple si se presenta y la parte no lo impugna, lo demás debe tomarse como *obiter dicta* que es. En cuanto al carácter mínimo del extracto, consideramos (en contra) que éste debe reunir unos requisitos objetivos mínimos, frente a esta Sentencia, que parece contentarse con cualquier documento en el que conste el importe líquido, siempre que no se impugne. Puede verse con mejor fundamento las siguientes resoluciones⁴¹⁷:

Jurisprudencia menor:

- Res. de la DGRNot de 16 de febrero de 1990.

Se deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario, por las siguientes razones (lo que sigue es la redacción hecha por el Registrador en defensa de su calificación, pues la DGRNot se limita a corroborarla)⁴¹⁸:

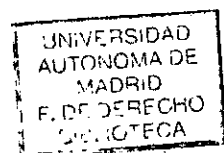
⁴¹⁷ Especialmente, SAP Málaga, de 26 de mayo de 1994; RDGRNot, de 16 de febrero de 1990; SAP Toledo, de 24 de abril y 13 de mayo de 1996; y SAP Ciudad Real, de 8 de febrero de 1994.

⁴¹⁸ "La Dirección General acordó confirmar el defecto primero, razones 7.ª y 8.ª (letras a y b) y el defecto tercero, en cuanto no está debidamente acreditado el cambio de

Porque la frase «que no podrá sobrepasar, en perjuicio de terceros» [...], es improcedente, pues a efectos de la responsabilidad hipotecaria a que se refiere el pacto de «constitución de hipoteca», no cabe, respecto a la cuantía máxima del porcentaje, diferenciar entre partes y terceros, al tratarse [...] de una hipoteca de seguridad o de máximo, por ser «indudable que respecto a la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar un cifra máxima de responsabilidad», según reconoce reciente jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien que se den los datos matemáticos que permitan calcular dicha cifra máxima de responsabilidad, según jurisprudencia de esa misma Dirección General [Fundamento 7º].

La posibilidad de acreditar el saldo exigible, para proceder ejecutivamente, por medio de certificación de la Entidad acreedora, está previsto por la legislación hipotecaria, artículo 153 de la Ley, que puede pactarse para el supuesto de hipoteca constituida en garantía del saldo de cuentas corrientes de crédito, regulándose por lo establecido en el citado artículo 153. Pero en los supuestos del artículo 245 del Reglamento Hipotecario, para que pueda aplicarse dicha certificación debe pactarse dicho procedimiento y además se deben hacer constar determinados requisitos en la escritura «siempre que se consignen en la escritura los demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del

denominación de la Sociedad acreedora, revocando la nota y auto en cuanto a los demás extremos recurridos" (RJA 1990\730).



artículo 153 de la Ley». Es decir, «para proceder a la ejecución, se notificará, judicial o notarialmente, al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes error o falsedad». En la escritura para nada se consignan dichos requisitos, ni se establece notificación al deudor, ni siquiera se admite la posibilidad de alegar error o falsedad, pues dice bastando para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y del acta notarial que incorpore el certificado expedido por el Banco [Fundamento 8º letra a)].

Siendo una hipoteca, conforme hemos dicho de seguridad o de máximo, según reiterada Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede irse directamente a la ejecución, pues será preciso determinar previamente la cuantía de los intereses, que pueden ir como en toda hipoteca de máximo, de cero hasta el tope pactado y siendo necesario que se haga tal determinación concediendo al deudor la posibilidad por entender que es errónea o falsa de oponerse a la liquidación practicada, posibilidad que no existe en el procedimiento pactado. [Fundamento 8º letra b)].

- Res. de la DGRNot. De 18 de mayo de 1992:

Señala cómo ha de entenderse el término a que se puede someter la hipoteca conforme al párrafo primero del art. 153, diciendo que:

al vencimiento del plazo o, en su caso, de la prórroga, puede el acreedor no reintegrado de su crédito utilizar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho y, por

ello, si se procediera a cancelar la hipoteca al transcurrir dicho plazo -por estimarlo de caducidad-, quedaría sin poderlos ejercer el acreedor que dispone de un plazo de veinte años hasta tanto no prescriba la acción hipotecaria -art. 128 de la Ley- (quinto fundamento de derecho)

- Res. de la DGRNot. de 23 de diciembre de 1987:

Se trata de una hipoteca unilateral de máximo. La DGRNot considera que no estamos ante el supuesto del 153 LH, al no garantizarse la obligación que resulte de una "cuenta corriente de crédito, pues se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de ella" por lo que se incumplen "los principios de accesoriedad y especialidad". Deniega la inscripción.

- Auto de la AP Castellón de 25 de abril de 1998:

Impugnación extemporánea de la notificación del extracto de la cuenta. No obstante, *obiter dicta*, este Auto resulta interesante porque mantiene que un extracto (el requerido para practicar la liquidación) que sea incompleto o parcial es "erróneo *ex art. 153 LH*".

- Sentencia de la AP de Toledo (sección 2ª) de 24 de abril de 1996:

Los hechos de esta Sentencia se recogen en su FJ primero:

[En la demanda] se suplicaba la nulidad del Juicio ejecutivo sumario [ex art. 131 LH] en el que era parte actora la «Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha» y parte ejecutada [...] don Alfredo V. G. y su esposa [...]. Como defectos causantes de la nulidad del procedimiento, la parte actora alegaba [entre otros que se omiten] los siguientes: no se aportaron junto con la demanda los efectos a los que correspondían las

cantidades exigidas en la demanda, a pesar de tratarse de una hipoteca de máximo, impidiendo totalmente discutir si efectivamente esos efectos estaban o no bien cargados; y contra la providencia de admisión del juicio ejecutivo sumario hipotecario, los ejecutados interpusieron recurso de reposición, que no fue admitido a trámite por el Juez de instancia, ocasionando indefensión a los ejecutados.

El fallo se realiza en atención al siguiente razonamiento, contenido en su FJ séptimo:

Interpuesta la demanda del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el requerimiento de pago se llevó a cabo de modo judicial, al amparo de la regla 4.^a de dicho precepto, pero no consta que notificara a los deudores el extracto de la cuenta, lo que impidió a los ejecutados hacer valer el derecho que les reconoce el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, esto es, alegar, dentro de los ocho días siguientes a la notificación, error o falsedad en la liquidación y cierre de cuenta unilateralmente practicada por la Caja ejecutante. La Sala estima que ese derecho reconocido a los ejecutantes reviste carácter esencial, por lo que su omisión supone un desconocimiento del derecho de defensa de los demandados lesivo del derecho fundamental a no padecer indefensión, por lo que debe prosperar la demanda de nulidad formulada por los apelantes. Ciertamente, la diligencia pericial acordada por la Sala para mejor proveer demostró que la liquidación estaba correctamente practicada por la entidad financiera, pero también lo es que la Caja debió respetar escrupulosamente la exigencia de notificación impuesta por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, dada

la especialísima naturaleza de la hipoteca de máximo, y al no hacerlo así infringió un trámite esencial determinante de la nulidad del juicio ejecutivo sumario hipotecario.

No obstante, son de interés y conviene dejar ya citados, los siguientes extremos, que se extractan, con referencia al Fundamento Jurídico en que se encuentra:

SEGUNDO.- Según tuvo oportunidad de señalar la antigua Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 marzo 1917, una de las características principales de la hipoteca de máximo, merced a las cuales esta figura se diferencia inequívocamente de las hipotecas ordinarias, radica en que el procedimiento para exigir el pago o el cumplimiento, y hasta que la hipoteca de máximo se transforme en ordinaria, requiere desenvolvimientos distintos a los del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y concordantes, dada la incertidumbre de la existencia total o parcial de la deuda, y las múltiples excepciones que admite al efecto el Derecho Civil en contraposición a los rígidos preceptos de las hipotecas ordinarias, aspecto éste de la particularidad del juicio ejecutivo hipotecario en el que insistió igualmente la Resolución de 5 marzo 1929, al afirmar que, «en cuanto al título para la ejecución de la hipoteca de máximo, éste no es por sí solo la escritura de constitución, toda vez que no acredita de un modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda». Con más claridad si cabe, la Resolución de 16 marzo de ese mismo año 1929 sostuvo que «la diferencia esencial entre ambas hipotecas se encuentra en que así como la

ordinaria extiende la autenticidad o publicidad inmobiliaria desde el derecho real a la obligación asegurada con él, en la de máximo se garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre la finca, de importe cierto, pero sin indicar nada sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca, de suerte que, mientras que el acreedor que tiene a su favor una hipoteca corriente puede apoyar el procedimiento ejecutivo en las declaraciones del Registro sobre la existencia, importe, exigibilidad y vencimiento del crédito asegurado, la persona que sólo tiene garantizado su derecho por una hipoteca de máximo, ha de suministrar en su día la prueba de todas esas particularidades, para hacer efectiva la seguridad o garantía inscrita» (téngase en cuenta, sin embargo, que esta resolución fue dictada antes de la reforma operada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria en 1994, lo que, según se verá después, es de importancia a los efectos de esta litis).

[...]De los dos procedimientos de liquidación de la cuenta corriente que conoce el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, interesa a los efectos de esta apelación la que específicamente se prevé para cuando se trate de cuentas corrientes abiertas «por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas», en cuyo caso «podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo deudor pueda acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora». [...] Ese artículo 153 de la Ley Hipotecaria se desarrolla por el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, según el cual «[...] podrá pactarse [...] siempre que se consignen en la escritura

los demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley».

TERCERO.-Como uno de los motivos de la solicitada nulidad del juicio ejecutivo sumario hipotecario, la parte apelante aludió a la inadecuación del procedimiento, ya que, a su juicio, la ejecución no podía tramitarse por el cauce del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sino que era menester acudir al juicio ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta alegación, formulada en esos términos, no puede ser acogida, por varias razones. En primer lugar, porque la propia Ley Hipotecaria permite que el impago del crédito concedido por el acreedor abra a éste la puerta del juicio ejecutivo sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria [...] apartado segundo del artículo 153 [...]. Pero es que además, se convino que «la Caja podrá utilizar para hacer efectivos sus derechos el procedimiento ejecutivo ordinario, el judicial sumario hipotecario o el ejecutivo extrajudicial», previsión que, si puede ser discutible en algún aspecto (así, en concreto, por lo que se refiere al juicio ejecutivo extrajudicial, dado que un relevante sector de la doctrina científica hipotecaria niega la posibilidad de acudir a él cuando se trata de ejecutar una hipoteca de máximo), no lo es en cuanto menciona el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

- Sentencia de la AP de Toledo (sección 1ª) de 13 de mayo de 1996:

Los hechos para el entendimiento esta resolución se resumen en su FJ primero:

La demanda rectora de esta litis tiene por objeto la declaración de nulidad de [un] proceso de ejecución hipotecario instado por el Banco acreedor, ahora recurrido, lo que se fundamenta en el incumplimiento por éste de lo previsto en el artículo 153, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria, dado que, a tenor de lo afirmado por los actores, tratándose la ejecutada de una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito⁴¹⁹,

⁴¹⁹ Sigue diciendo este FJ que: "La oposición de la entidad ejecutante, acogida en la sentencia de instancia, parte de que la deuda que dio motivo al ejercicio de la acción hipotecaria no dimanó de cuenta corriente alguna concertada con los ejecutados, sino de otras operaciones bancarias de distinto carácter, como la concesión de un préstamo y de un crédito, cuya ejecución no precisa el cumplimiento del trámite prevenido en el precitado artículo 153. En apoyo de esta tesis se aduce que la cuenta en la que se materializaron las operaciones de las que provino la deuda gozaba de la naturaleza de «cuenta de crédito» y no de «cuenta corriente de crédito», así como que pese a preverse en la escritura de constitución de la hipoteca la apertura de una cuenta denominada «de riesgos» que sí dispondría de la naturaleza de la última citada, esta apertura, potestativa para el Banco, no llegó a realizarse". Esta cuestión, se resuelve en el FJ segundo en los siguientes términos: "En el presente caso, [...] las obligaciones garantizadas consistían en las deudas futuras contraídas por la sociedad «Vicesa» en «una línea de operaciones de riesgo futuras» concedida por el Banco, y que comprendía expresamente, según la segunda estipulación de dicha escritura: «los saldos deudores o descubiertos que en lo sucesivo registren las cuentas de préstamo, créditos, o cuentas corrientes ordinarias (...)» (apartado A), así como el saldo de una «cuenta de crédito simple, denominada de riesgos», para cuya liquidación se procedería por la acreedora «de la forma prevista en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 242 y 244 de su Reglamento» (apartado D). Y para la ejecución de la hipoteca se convino por los contratantes en la estipulación duodécima, reproducida en la demanda de ejecución: «expresamente convienen las partes que a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo de las respectivas obligaciones y especialmente el de la cuenta de crédito descrita en la cláusula general segunda, letra D) se acredite mediante acta notarial que incorpore certificación de la entidad acreedora conforme a los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento». Así pues, la hipoteca garantizaba no sólo el resultado de las operaciones de crédito y préstamo, sino también los descubiertos en cuentas corrientes ordinarias y en el de la cuenta de riesgos,

debió darse traslado a los deudores del extracto de la cuenta para que en término legal pudieran hacer uso de su derecho a alegar error o falsedad, omisión que les ha producido la consiguiente indefensión.

La aplicación analógica del art. 153 LH queda justificada en el FJ tercero de la Sentencia: "se admitió al acreditado amortizaciones parciales del crédito mediante reembolsos, lo que exige la misma actividad liquidadora para determinar el importe de la obligación asegurada con la hipoteca que si se tratara de una genuina cuenta corriente de crédito". Hecho esto es cuando entra en el estudio del requerimiento de pago y la notificación del extracto (de la liquidación):

...tanto por haberse acordado explícitamente por los contratantes como por la naturaleza de la relación

por lo que haciendo abstracción de las operaciones bancarias que tuvieron ocasión de realizarse durante la vigencia del contrato, objetivamente la garantía real estaba comprendida en el supuesto del artículo 153. Por otra parte, el sometimiento a este precepto no deriva exclusivamente de la aplicación de la Ley, sino que fue acordado por los contratantes explícitamente y en términos inequívocos a los efectos de ejecución, sin distinguir entre la causa de la deuda, y para determinar el saldo de todas las obligaciones, cualquiera que fuera su origen, aunque se hiciera mención especial a la «cuenta de riesgos». Ante la claridad de la redacción de esta cláusula duodécima del contrato, resulta evidente a juicio de la Sala la obligación asumida por el Banco de someterse a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley para la ejecución de la garantía, obligación descrita en términos tan generales que impedía la discriminación entre la causa de las deudas que ahora pretende hacer valer la parte apelada". Lo que finalmente se plasma en el FJ tercero: "según la doctrina más autorizada la distinción entre la apertura de crédito y el crédito en cuenta corriente consiste fundamentalmente en que mientras en la primera el acreditado dispone del derecho de disponer, aunque sea de manera fraccionada, del importe del crédito, en la segunda goza además de la facultad de realizar reembolsos, totales o parciales, durante la vida del contrato".

jurídica de la que dimana la obligación que origina la ejecución, ésta hubo de haberse sustanciado con sujeción a lo previsto en el tan citado párrafo cuarto del artículo 153, notificando judicial y notarialmente a los deudores un extracto de la cuenta para que pudieran alegar en el término fijado en la ley error o falsedad. La omisión de esta formalidad conlleva una defectuosa tramitación de la ejecución⁴²⁰ [...].

El requerimiento de pago regulado en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 131 en modo alguno es equiparable a la notificación del extracto prevista en el artículo 153, dada la diversa naturaleza jurídica y efectos de ambos actos y la necesidad, en la última, de que se informe a los deudores del motivo de la notificación y los derechos ejercitables.

No ha de olvidarse que la extraordinaria fuerza ejecutiva de los títulos hipotecarios provoca en la vía de apremio una correlativa disminución de los medios defensivos del ejecutado que exige, a fin de no menoscabar aún más sus escasas facultades de oposición, un escrupuloso cumplimiento de las formalidades tendentes al ejercicio de sus derechos y una interpretación de las normas favorable a dicho ejercicio. La falta de notificación del extracto de la cuenta privó a los demandados de alegar

⁴²⁰ Sobre ello, continúa la Sentencia diciendo que " al reservar [el art. 132 LH] para el juicio ordinario posterior cualquier defensa del demandado salvo las taxativamente previstas, impide la articulación de esta excepción en el mismo proceso de ejecución, por lo que el silencio de los ahora demandantes y recurrentes al recibir el requerimiento previsto en el artículo 131 no puede interpretarse como una tácita aceptación del trámite elegido por el ejecutante ni como una convalidación de sus eventuales defectos, ni, mucho menos, como una conformidad con el saldo que arrojaban las cuentas".

en momento hábil el error o la falsedad, lo que se traduce en la merma de uno de los derechos reconocidos en la Ley con la consiguiente indefensión.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de las actuaciones del procedimiento de ejecución hipotecario, retrotrayendo las mismas al momento en que se cometió la omisión de referencia, a fin de que se dé cumplimiento a la notificación a los deudores del extracto de las cuentas de las que deriva la obligación garantizada.

- Auto de la AP de Zaragoza de 5 de abril de 1995:

Considera que "la excepción de error esencial (?) en el cálculo y forma de los intereses no puede alegarse en el proceso de ejecución con causas de oposición tasadas". En realidad se trata de un problema de imputación de pagos que el Tribunal no acoge porque no le es alegado por la parte, indicando "que debió de haber actuado conforme al 1172.2º Cc." Cuando la entidad de crédito imputó el ingreso a otra cuenta corriente y no a la de débito.

- Sentencia de la AP de Málaga de 26 de mayo de 1994:

Considera que el extracto de cuenta está incompleto, y, recogiendo la doctrina sentada por la DGRNot en su Res. De 16 de febrero de 1990, afirma que en cumplimiento del art. 24.1 CE los Jueces y Tribunales habrán de revisar con especial detenimiento los extractos en los que las entidades de crédito practiquen las liquidaciones, exigiendo claridad y concreción. Porque "extracto no es sinónimo de laconismo ni de ocultación". Esta Sentencia viene a marcar dos límites, uno negativo y otro positivo. El

negativo al decir que ha de ser tachada de falta de concreción y claridad el extracto cuyos conceptos sean abstractos o ininteligibles, o sin detalle de las respectivas partidas ("extracto ininteligible en sus conceptos, pues recoge la cantidad" adeudada "en tres únicas partidas, a saber «devolución efectos impagados», «efectos financieros» y «liquidación de la cuenta»"). Más importante es la determinación de requisitos positivos: así la Sentencia echa de menos que se hubiera especificado en el extracto "la naturaleza de los documentos", "de los efectos", "su fecha", "librado [y] librador" o "referencia [...] que los identifique", "el periodo al que afecta la liquidación" y "el interés aplicado". Creo que pueden considerarse, si no una lista imprescindible, sí orientativa del contenido de un extracto.

- Auto de la AP de Ciudad Real de 8 de febrero de 1994:

Este Auto resuelve el del Juzgado de primera Instancia que, en un procedimiento del 131 LH, mandaba seguir el procedimiento ante la alegación de error por el ejecutado. Debe también señalarse lo siguiente:

Seguido procedimiento judicial sumario para efectividad del crédito garantizado por hipoteca [...], se alegó, por la deudora la existencia de error en la liquidación del crédito aportado por la acreedora, lo que dio lugar a la tramitación de la comparecencia prevenida en los arts. 132.4.º y 153 de la Ley Hipotecaria, viniendo justificada la apertura de este trámite por la especial característica del crédito asegurado, en el que se pactó un interés variable, así como una liquidación previa, en la forma prevista en el art. 1435 de la LECiv, por lo que entendió esta Sala se daba identidad de razón con el supuesto expresamente contemplado en aquellos artículos para las

hipotecas constituidas en garantía de cuenta corriente, pues tanto ésta como la de interés variable presentan una característica fundamental común, cual es la necesidad de determinar o liquidar el saldo de lo debido.

La fundamentación del fallo se recoge en el FJ tercero, donde señala:

...es claro que lo que la Ley Hipotecaria pretende cuando se alega error en la determinación del saldo, es la fijación de la cuantía, por medio de auto judicial, por la que deba seguirse la ejecución. Con fin didáctico, podría afirmarse que este procedimiento impugnatorio tiene una finalidad muy parecida a los de liquidación de sentencias ilíquidas⁴²¹ (arts. 928 y ss. de la LECiv), pues lo que se pretende, no es en ningún caso la ineficacia, o nulidad del título, sino la determinación de una concreta cuantía ejecutiva. Así pues, como correctamente razonó el auto impugnado, no es admisible que, aprovechando la impugnación de los arts. 132.4.º y 153 de la Ley Hipotecaria, se ataque el título de ejecución ni la aptitud del procedimiento de realización de los bienes. Por ello, el suplico de la oposición concretado en la suspensión de

⁴²¹ En el FJ segundo ya explicaba la naturaleza del procedimiento del art. 131 LH: "Seguido procedimiento judicial sumario para efectividad del crédito garantizado por hipoteca [...], se alegó, por la deudora la existencia de error en la liquidación del crédito aportado por la acreedora, lo que dio lugar a la tramitación de la comparecencia prevenida en los arts. 132.4.º y 153 de la Ley Hipotecaria, viniendo justificada la apertura de este trámite por la especial característica del crédito asegurado, en el que se pactó un interés variable, así como una liquidación previa, en la forma prevista en el art. 1435 de la LECiv, por lo que entendió esta Sala se daba identidad de razón con el supuesto expresamente contemplado en aquellos artículos para las hipotecas constituidas en garantía de cuenta corriente, pues tanto ésta como la de interés variable presentan una característica fundamental común, cual es la necesidad de determinar o liquidar el saldo de lo debido"

las subastas y la remisión a la actora a juicio ordinario, es radicalmente inadmisibile.

En cuanto al alcance (y forma) de la impugnación de la liquidación considera, a pesar de la necesidad de liquidez para despachar ejecución que anteriormente había indicado, lo siguiente, en su FJ cuarto:

...los distintos errores [en la determinación del saldo] en ningún supuesto pueden determinar el sobreseimiento del apremio, sino en su caso, excluir aquellas partidas que no resulten debidas, o mejor, que no se ajusten en la liquidación a las bases pactadas. [...] la deudora debió aportar cuál era la liquidación a su juicio correcta, pues el incidente opositorio tiene un ámbito limitado a la comparación de las liquidaciones respectivas de acreedor y deudor. [...] Por todo ello, a los efectos de este proceso, ha de reputarse eficaz la liquidación, sin perjuicio de las acciones que pueda emprender la deudora o el titular de los bienes hipotecados, que requieren la prosecución de un juicio ordinario, so pena de desnaturalizar la esencia de este procedimiento⁴²², sobre el que, en buena parte, se basa la circulación crediticia.

⁴²² La Audiencia entiende que estamos ante contratos mercantiles, y así, en este mismo FJ dice: "no se infringe la norma que exige el pacto expreso de anatocismo para que éste opere (art. 317 del Código de Comercio), que la recurrente opone para que las comisiones no sean productoras de intereses, y ello porque la comisión no es interés, sino retribución por otro concepto, constituyendo una deuda con entidad propia que al no ser satisfecha devenga el interés pactado, ya sea remuneratorio ya sea de demora; y si se equipararan, como lo hace la deudora, al interés, habrían de estimarse incluidas en el pacto expreso de anatocismo"

(ii) El cambio jurisprudencial en
torno al art. 153 LH.

- STS de 14 de febrero de 1930 (Gacetas de 29.02 y 01.03.1932):

Si bien el contrato de cuenta corriente, tan usual hoy en el comercio, al no estar definido en el Código mercantil de la Península, se presta a varias interpretaciones que la jurisprudencia, verdadera fuente supletoria, trata de uniformar, estas vacilaciones y dudas han desaparecido en la zona española de Marruecos, donde su Código de comercio ha fijado las varias modalidades de tal convenio, siendo una de ella la cuenta corriente de Caja, definida en los artículos 412 y siguientes del mismo Cuerpo Legal.

- STS de 3 de diciembre de 1930 (Gaceta de 11.10.1932):

La liquidación final de la cuenta corriente a la que se dio conformidad, es verdadero título y causa de deber, cualquiera que sea el origen de las partidas de cargo y data, que no puede ser tomado en consideración, según las sentencias de 21 de Noviembre de 1896, 24 de Mayo de 1928 y 13 de Abril de 1929.

- STS de 29 de abril de 1936:

Cualquiera que sea la modalidad de las *operaciones mercantiles* incluídas en el concepto genérico de contratos de cuentas corrientes, siempre se percibe que su cierre o liquidación no es más que la fijación del balance de las partidas inscritas en los libros que, compensados, constituyen el saldo con la suma excedente, y que *acordes las partes con el saldo o probado éste por el deudor*, le es exigible, sin que quepa

revisar la operación más que por error, falsedad o duplicidad de las partidas, pues que ello imprime carácter a tal clase de operaciones, que sin éstos efectos autorizarían la falacia privándolos de virtualidad.

Se observa (además del carácter mercantil que aún mantenía en 1936 la cuenta corriente, como resultado de su origen histórico) la necesidad de permitir siempre la oposición, si quiera sea por "error, falsedad, y duplicidad de las partidas", a pesar de necesitarse el concurso de las dos partes para la práctica de la liquidación, o la prueba fehaciente por el deudor. Esto es, que en la cuenta corriente las dos partes tienen un papel activo, que aquí comienza a perder una de ellas. Está comenzando el fenómeno de la contratación en masa.

La interpretación actualmente unánime de permitir el pacto de liquidación del art. 153 LH para las hipotecas en garantía de préstamos (para cualquier hipoteca que se haya configurado como de máximo), aunque comienza matizadamente con las SSTS de 29.01.1934 (Gaceta de 29.05.1935), 21.06.1935 (Gacetas de 10 y 11.10), y 08.01.1936 (Gaceta de 05.06.1936), no verá su definición actual hasta las Resoluciones de la DGRNot de 16 de junio de 1936 (son dos casi idénticas), incorporada por la STS de 12 de junio de 1942, y repetida incansablemente por toda la jurisprudencia posterior:

- Resolución de 16 de junio de 1936:

Las hipotecas de máximo regidas por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, si bien suponen un gravamen actual sobre las fincas afectadas, nada indican sobre la

existencia de la obligación afianzada ni acerca de su importe y exigibilidad.

No ha de estimarse obstáculo para reputar la hipoteca de maximum incluída entre las que aseguran obligaciones futuras el hecho de que se haya pactado que el importe de la obligación se determinará en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la entidad bancaria acreedora; característica que aproxima tal hipoteca a la de cuenta corriente de crédito, de la que se diferencia por la distinta naturaleza de las operaciones que se garantizan, representadas por efectos en circulación, y a las que se aconsejan [asemejan], porque en ambas la acción hipotecaria sólo podrá ejercitarse respecto del saldo deudor en un momento determinado.

Como consecuencia de las diferencias existentes entre la hipoteca de máximo y la constituida en garantía de cuentas corrientes de crédito, ha de estimarse inaplicable a la hipoteca de máximo que se establezca en garantía de negocios mercantiles la limitación en cuanto al tiempo establecida en el art. 153 de la ley para la que asegura cuentas corrientes de crédito; y en cambio, por ser idéntica la posición de ambas en lo relativo a la significación del saldo, no hay inconveniente en admitir la aplicabilidad del expresado artículo en lo que a este particular se refiere.

Ya se ha dicho que desde luego que hay inconveniente, aunque en aquél entonces la Resolución no lo pudiera tener en cuenta, la extensión de esta interpretación a negocios realizados mediante cgc no es de recibo. Hay que tener en cuenta que la Resolución está pensando en "hipoteca de máximo que se establezca en garantía de negocios mercantiles". Debo advertir que

no considero que el criterio determinante para extender o no analógicamente el ámbito de aplicación del art. 153 sea si las obligaciones que la hipoteca garantiza son mercantiles o civiles: lo determinante es que exista o no negociación en la configuración del contrato real de hipoteca⁴²³.

La aplicación del art. 153 a las hipotecas en garantía de préstamo simple (con contabilidad en cuenta corriente, esto es, a lo que hemos denominado mandato de cuenta corriente), se confirma después de la guerra, STS 12.6.1942 y Resolución de 5.2.1945. Esta última afirma que la reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria, ha sido realizada en el sentido que apuntara la Resolución de 16 de junio de 1936, con lo que se abandona la línea interpretativa anterior. Ya se ha visto el alcance de la referida reforma⁴²⁴.

*(b) Conclusiones provisionales sobre la
jurisprudencia analizada*

Sin perjuicio de que luego citemos la jurisprudencia que hemos referido en las páginas anteriores, procede aquí sacar tres grandes conclusiones, que posteriormente serán desarrolladas:

1. A pesar de que existe una clara línea jurisprudencial que mantiene que para que en el ámbito bancario podamos hablar de cuenta corriente es

⁴²³ Sin embargo, desde un punto de vista histórico, las cgc y a la contratación en masa en general se ha venido relacionando con la desigualdad en las posiciones de las partes, que impedía la negociación, por lo que se han excluido, por regla general, de las relaciones mercantiles. Hoy ya parece que la doctrina dominante ha renunciado a estas simplistas afirmaciones.

⁴²⁴ *Supra* pp. 203 ss.

necesario que sus titulares puedan librar contra ésta órdenes de cargo y/o abono⁴²⁵, esta afirmación no se extrapola al artículo 153 LH, considerando que para su cumplimiento es suficiente que se trate de hipoteca de máximo (últimas y claras las SSTS de 6 de marzo de 1995 y 14 de julio de 1998), considerando como tal aquella en que la responsabilidad hipotecaria viene fijada en función de un importe máximo.

2. Frente a las Sentencias formalistas, que exigían para la liquidación de las deudas garantizadas con hipoteca de máximo la sola comunicación de un extracto "todo lo somero que se quiera" (STS de 21 de febrero de 1985), parece imponerse la exigencia de que el mismo permita la perfecta identificación de las partidas de cargo y abono⁴²⁶ (SAP Málaga de 24 de mayo de 1994, AAP Pontevedra de 13 de octubre de 1995, y

⁴²⁵ Se trata de jurisprudencia vacilante en la concreción de qué tipo de órdenes son las indicadoras de una cuenta corriente (bancaria) en sentido propio. Considero más apropiado referirse a cuenta corriente de crédito, en el sentido del art. 153 LH cuando exista pacto de no exigibilidad de los concretos créditos aisladamente, sino únicamente del resultado que arroje la cuenta a su liquidación y cierre, que se practicará cuando se hubiere pactado (se podrían pactar liquidaciones parciales coincidentes con el devengo de las cuotas mensuales del préstamo, pero faltaría la idea de la compensación de distintas partidas en la cuenta, además de violentar excesivamente la letra de la ley en perjuicio del consumidor). Esta no exigibilidad es incompatible con el vencimiento anticipado por resultar impagada una partida. Véanse *supra* la nota 386, p. 194, y lo que en dicha página se dice; y las notas 331, 344 y 345.

⁴²⁶ Se habla de cargo y abono porque la Sentencia parte de calificar su supuesto de hecho como verdaderas cuentas corrientes.

SAP de Toledo de 24.04.96⁴²⁷), lo que encaja con la exigencia de probar el saldo cuando no haya acuerdo entre las partes, mantenido por la STS de 29 de abril de 1936.

3. Antes de 1936 la liquidación que abría la vía ejecutiva no se permitía para otro tipo de hipotecas de máximo que no fueran las que garantizaban cuentas corrientes de crédito. En concreto, los préstamos hipotecarios con devoluciones parciales sometidas a plazo (dentro de los que cabría hoy englobar los préstamos para adquisición de vivienda) se reconducían al art. 142 LH. Los negocios garantizados con hipoteca se veían, por regla general, como negocios sometidos a la disciplina mercantil y, particularmente, la cuenta corriente de crédito.

3. Otros contratos vinculados

Los contratos que se han tratado anteriormente, préstamo, mandato de cuenta corriente, y garantía hipotecaria, se suelen estudiar desde la óptica de la configuración de un único contrato mixto o complejo, con aplicación de la normativa que corresponda a uno u otro, y con el peso centrado en la regulación de la hipoteca.

⁴²⁷ Esta última únicamente indicativa, en cuanto que alude, *obiter dicta* para manifestar que la liquidación había sido suficiente, a que estaba contenida en "once folios", FJ séptimo, para señalar que no basta con que se liquide bien y con detalle, sino que es necesario comunicarlo para permitir la oposición (también cabría decir que sin un mínimo grado de detalle este derecho a oponerse se desvirtúa, que es la línea que mantienen las otras resoluciones citadas).

No nos merece ningún reproche estas afirmaciones, pero sí el que, partiendo de tan claros principios, se confunda lo que es el contrato, de los derechos y obligaciones que genera. Así surgirá un derecho de crédito, que se rige fundamentalmente por las normas del préstamo, y un derecho real de garantía que se rige igualmente por sus normas propias, tanto para su constitución, como transmisión y ejecución⁴²⁸.

Frente a este fenómeno de unificación de distintas figuras para constituir otra nueva, se profundiza en la línea de los contratos vinculados o conexos como vía de protección de los consumidores (referencia hecha a la compraventa o contratos de servicio y el contrato de financiación que a éstos se vincula).

Este es el prisma con el que debemos observar otros contratos y relaciones jurídicas que pueden concurrir en la construcción, promoción, financiación y venta de una vivienda. Con afán de reducir el estudio a sus aspectos más relevantes, trataré únicamente la vinculación entre compraventa y préstamo, y analizaré las repercusiones de la misma en el plano inmobiliario (como afecta a la hipoteca). Debo señalar, sin embargo, que en la práctica, la protección del consumidor puede exigir poner de manifiesto otro tipo de vinculaciones. En lo que sigue, y a efectos meramente ejemplificativos, se citan las más usuales.

⁴²⁸ Sobre esto profundizaremos, al afirmar la vigencia entre nosotros del *Trennungsprinzip*, o principio de separación de los efectos reales y meramente obligatorios del negocio, y su distinta regulación (véase *infra* los epígrafes I.E.- ¿Abstracción versus accesoriadad?, pp. 241 ss., y 3.- Conclusiones, pp. 287 ss., especialmente la p. 289)

p) Construcción, promoción y venta de viviendas

En la venta de viviendas de nueva construcción, y conforme a la ley 57/68⁴²⁹, se obliga al promotor, cuando aquella se realiza antes de la construcción de la vivienda (es decir, sobre plano), a garantizar las cantidades entregadas por el comprador (aval bancario o seguro de caución) al vendedor, lo que aquél deberá efectuar en una cuenta especial abierta en una entidad bancaria, de la que sólo podrá disponerse para hacer frente a los cargos de la construcción. En la apertura de estas cuentas, la entidad de crédito, "bajo su responsabilidad"⁴³⁰, deberá comprobar y exigir el aval o seguro de caución. Puede desprenderse de aquí que, cuando se cobren las cantidades producto de una compraventa de viviendas inserta en una promoción inmobiliaria (para lo que considero que basta que se trate de un empresario inmobiliario) a través de una entidad de crédito, ésta se hace responsable de la correcta asignación de los recursos a la finalidad de la compraventa.

Dicha vinculación, cuando el vendedor sea un empresario inmobiliario, puede realizarse siempre que, además, la entidad de crédito ofrezca la financiación bien para la construcción o rehabilitación⁴³¹, en la que debe

⁴²⁹ Por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

⁴³⁰ Art. 1, apartado 2º de la ley 57/68, de 27 de julio.

⁴³¹ La nueva ley de ordenación de la edificación sujeta la rehabilitación a este mismo régimen (art. 2.b).

subrogarse el comprador individual; bien para la compra por éste, ofreciendo una línea de financiación previamente pactada con la vendedora. En el primer supuesto, además de ser recogido en la ley 57/68 (por analogía para el supuesto de la rehabilitación), es un caso típico y claro de la regla general en la que un tercero responde de la confianza que genera en otra persona a la que induce a contratar. Se trata de una manifestación del principio de buena fe por la vía de integración del contrato (1258 Cc.)⁴³². Los particulares compran a la vendedora porque la entidad de crédito ha analizado un proyecto de edificación o rehabilitación, ha valorado el resultado y ha otorgado financiación que garantiza con el valor de las obras que se efectuarán acorde a dicho proyecto. En la práctica son las entidades de crédito la mejor garantía para el comprador, y éstas se prestan a servir a dicha función (y no sólo a cubrir sus propios riesgos) con el fin de ganar nuevos clientes. Es decir, la entidad de crédito protege su interés propio al infundir confianza a los compradores y es por ello que debe responder frente a éstos.

⁴³² Nótese que no estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, por cuanto el prestamista obtiene un beneficio (contractual: realiza un contrato de préstamo), y por cuanto el contrato que consigue celebrar está estrechamente relacionado con la compraventa (tanto por destinarse el dinero al pago de la misma, como por destinarse el objeto comprado a servir de garantía a la restitución del numerario prestado). Véase *supra* nota 225, p. 111 e *infra* p. 237.

Aclarado este punto, se observa que dicha regla puede extenderse más allá de los supuestos contemplados por la norma del art. 1.2 de la ley del 68⁴³³, y en concreto, puede afirmarse que las entidades de crédito responderán del buen fin de la operación de compra, lo que incluye los vicios jurídicos (o falta de adecuación del título); y, con respecto a los vicios materiales (falta de adecuación de la cosa) de la edificación, aquellos de los que de acuerdo con la protección de sus propios intereses deba velar (efectividad de la construcción y de un mínimo de adecuación de la misma al proyecto, al menos para garantizar la viabilidad de la cédula de habitabilidad, requisito imprescindible para el futuro tráfico económico de lo construido). Lo contrario supondría justificar una actuación fraudulenta de la entidad de crédito.

La entidad de crédito no podrá oponer (como argumento para no responder) que su actuación se ha ajustado a todos los criterios de las buenas prácticas bancarias, pues éstos le son debidos, y es precisamente en esta obligación en la que se basa la confianza de los compradores, lo que no sería suficiente para vincular a la prestamista si no fuera porque fomenta esta confianza para captar clientes con la operación de venta financiada y, a estos efectos, es indiferente que la financiación sea de vivienda en construcción o sobre plano, o de vivienda construida.

⁴³³ Obsérvese que esta Ley no exige que la entidad financie, sino únicamente que tramite los cobros de la compraventa, haciéndola responder por su conocimiento de la existencia de un riesgo no asegurado.

Debe señalarse también el Real Decreto 515/89, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. En éste tienen cabida normas de carácter administrativo (que son las más), junto a otras claramente civiles. Con respecto a las exigencias que imponen las primeras (deberes de información), se hace responsable de sus infracciones, a "quienes por acción u omisión hubieren participado en las mismas" (art. 9 del R.D. 1945/83 relac. Art. 11.2 R.D. 515/89), y, considerándolo un supuesto de responsabilidad civil⁴³⁴, agregar a la obligación de reparar el daño una sanción administrativa. Por tanto se está regulando un supuesto de

⁴³⁴ Dicha responsabilidad, que no puede considerarse administrativa, sino simple responsabilidad, esto es, responsabilidad civil (en este sentido la STS de 6.6.88 declaró nulo el apartado 6 del art. 9 del R.D. 1945/83, que consideraba independiente de toda responsabilidad civil o penal la administrativa que imponía. Esta Sentencia fue reflejada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de febrero de 1989), se exigirá siempre que el producto compraventa-con-financiación "no se ajuste a las disposiciones vigentes" (norma 3.1.2 R.D. 1945/83), o cuando no se facilite la información obligatoria (norma 3.3.6). Las primera de las infracciones referidas podrá ser calificada como falta grave conforme a la norma 7.1.2, o muy grave (8.1.2 y 8.1.3). No desconozco que las sanciones asociadas a las referidas faltas, supone extender la cuantía de la responsabilidad, tradicionalmente limitada a reparar el daño causado y por tanto al valor de éste, hasta un quíntuplo del valor del producto objeto de la infracción (no del daño, que se protege por las normas del Código Civil). Es decir, se trata de una pena asociada a la responsabilidad civil. Obviamente, se están objetivizando situaciones en las que se supone que se ha causado un daño. Se trata de una presunción que considero *iuris et de iure*, por cuanto pretende sancionar una práctica incorrecta por la vía de asociar una pena a la responsabilidad. Por tanto, aunque el Tribunal considerase que no existe un daño reparable, ha de imponer la sanción, pues el daño es el hecho de haber privado al consumidor del derecho de información, o haberlo puesto en una situación de riesgo que el ordenamiento pretende evitar.

responsabilidad contractual, vinculando a la misma a sujetos que pueden en principio parecer ajenos al contrato y que, sin embargo, intervienen en la causación del resultado no querido por la norma. Es de señalar que esta responsabilidad obliga no sólo a reparar el daño causado, sino incluso a responder por meras situaciones de riesgo que el ordenamiento no desea, aún cuando no llegara a producirse el daño material.

Sin embargo, el ámbito objetivo de responsabilidad no es idéntico para financiador-entidad-de-crédito y para promotor (o, en su caso, promotor-constructor). El primero responderá de las cantidades entregadas como consecuencia del contrato de compraventa (no sólo del precio, lo que permite extender el concepto también a la amortización del préstamo hipotecario y a sus intereses), incrementadas en un 6% anual. Las segundas responden, además, de todos los daños y perjuicios que se ocasionen. Extender la responsabilidad de las entidades de crédito más allá puede ser posible en ciertos supuestos (protección de la confianza), pero no se puede establecer un criterio general: Más allá de esta cobertura (cantidades entregadas más el 6%, entendidas las primeras en sentido amplio), el supuesto es idéntico al de la responsabilidad por las cartas de patrocinio (también llamadas de confort)⁴³⁵.

⁴³⁵ Véase DE CASTRO, José Luis, *Las cartas de patrocinio*, Ed. Concejo General del Poder Judicial (serie Cuadernos del CGPJ, nº 50), 1994, especialmente pp. 160 ss. Véase también la STS de 16 de diciembre de 1985, cuyo FJ tercero, para un caso en el que no existe mayor vinculación que la "carta de confort" entre quien reclama el cumplimiento de la obligación y el emisor de la carta al que se le exige, señala: "No existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo

q) Contrato de seguro

Es habitual que, al contraer un préstamo hipotecario, el prestatario se obligue a suscribir determinados seguros sobre el inmueble y sobre su propia persona. Este reforzamiento de la seguridad del prestamista no se justifica de por sí, y sólo cuando se inserte en una operación compleja en la que pueda hablarse de distribución del riesgo entre distintos empresarios puede resultar la suscripción del mismo obligatorio para el prestatario. En

financiero con una fuerza vinculante fundada en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1255 del Código Civil y sus concordantes sobre los efectos de la relación obligatoria, pero las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil, pues no hay contrato, o acudiendo a los usos normativos -que tendrían que ser probados- por la vía del artículo 2.º de aquel Cuerpo legal; sin olvidar, por otra parte, que según indica asimismo la doctrina científica, a no ser que el objeto social de la entidad conste expresamente la posibilidad de afianzar o que el Consejo de Administración tenga conferida en los Estatutos tal facultad, habrá de ser la Junta General de accionistas de la Sociedad el órgano que debe autorizar el afianzamiento". Nótese que en los supuestos que analizamos existe siempre, a diferencia del supuesto de la Sentencia, una relación contractual entre el emisor de la carta y el receptor de la misma (lo que hará que el principio de buena fe despliegue sus efectos en la integración de dicho contrato, y de ahí la vinculación). Puede verse en este sentido la STS de 13.12.1993, que obliga por la emisión de meras cartas en las que se trata de demostrar una solvencia frente al temor del receptor de incumplimiento de un contrato de un tercero (con respecto al emisor), "es palmario que se está en presencia de un contrato como sostiene la doctrina emanada de la S. 14-11-1988 de esta Sala" (FJ. sexto). Se observa que esta jurisprudencia trata de aproximarse a la figura de la fianza, como tipo contractual por el que se hace responder a un tercero por los incumplimientos de otro, obligado principal, pero contiene suficientes elementos como para poder apoyar la tesis de la responsabilidad por los actos propios (creación de una apariencia para que se confíe en ella y se contrate) basada en el principio de la buena fe (art. 7.1 relac. 1258 Cc.).

estos supuestos debe señalarse con total claridad dicha obligación, ofreciendo una determinada póliza con una entidad aseguradora⁴³⁶, de la que se haga constar en los mismos términos los aspectos económicos. Lo contrario supondría ocultar el precio del producto. Como práctica considero que debe ser la entidad de crédito la que tome el seguro en beneficio del propietario del inmueble dado en garantía, por el tiempo que aquella subsista, repercutiéndolo en el precio de sus préstamos.

Las entidades de crédito suelen justificar la imposición de suscribir una póliza de seguro al prestatario en que les viene impuesto por el Banco de España⁴³⁷. Ya vimos como dicha normativa no puede ser echa valer frente al usuario de banca, vinculando exclusivamente a la entidad⁴³⁸. La nueva LOE, aunque no hace referencia a la operación de financiación, y sólo

⁴³⁶ Desde luego, de forma facultativa para el prestatario la suscripción de la misma; la modificación de sus condiciones con la misma entidad, o la contratación de otra para análogos riesgos con una aseguradora distinta.

⁴³⁷ En realidad todo cuanto podrían decir es que encuentra amparo en sus Circulares. En efecto, la Circular 8/90 establece en el apartado 11 (introducido por la Circular 13/93) de su norma sexta que "las entidades de crédito harán constar en los contratos de las operaciones citadas en el tercer guión de la letra b) del apartado 1 de la presente norma" (que se refiere a operaciones de préstamo o crédito) una serie de circunstancias, entre las que la Circular 3/96 ha introducido una letra c), obligando a que conste "la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular". Nótese que la necesidad se dice "en su caso", esto es, en caso de imponer la constitución, deberán especificarlo. Mantener que la Circular obliga a contraer dichos seguros, como hace la banca, supone concederle unos efectos (civiles), que no tiene.

⁴³⁸ Véase *supra* I.A.1.i) Legislación sectorial bancaria, pp. 92 ss.

indirectamente a la compraventa (art. 19), parece avalar esta tesis al imponer los seguros al empresario.

r) Pactos de colaboración

Me refiero a los contratos de colaboración que pudieran existir (cualquiera que sea la forma que éstos adopten -comisión, representación,-) entre el vendedor y el prestamista, y entre éstos dos y los posibles intermediarios (carretaje, mediación,...). Así no debe olvidarse la función de los Agentes de la Propiedad Inmueble, que reciben mandatos de vendedores y compradores, a los que por ello les deben un especial deber de diligencia (basado en la confianza depositada), frente al *dolus bonus* que se le debe permitir frente a las otras partes con las que se relacionan. En este sentido se pronuncia, la reciente STS de 10 de octubre de 1999, que considera que existirá responsabilidad contractual cuando el mediador incurra en negligencia, entendida como no observancia de la *lex artis* de su profesión o de los términos del contrato (y cuando incurra en dolo, desde luego).

E. ¿ABSTRACCIÓN VERSUS ACCESORIEDAD?

Los dos términos que encabezan este epígrafe, abstracción y accesoriidad, son utilizados en los más variados contextos, y en numerosas ocasiones con el común propósito de huir del derecho aplicable. Frente a esto es necesario reaccionar, con un enfoque técnico que lejos de complicar más la cuestión, debe intentar aportar claridad, simplificando en la medida de lo

posible, y distinguiendo las distintas acepciones que estos dos términos soportan, según el ámbito del derecho en el que se empleen.

Procede por tanto en primer lugar delimitar, aunque anticipemos ciertas cuestiones, los diversos significados de estos términos, dada la relevancia que tiene para nuestro estudio, pues de ello depende el tratamiento del rango registral, de las cgc frente al Registro, y la determinación del procedimiento de ejecución apropiado.

Así en los derechos reales y en Alemania, se habla de abstracción para señalar que la validez y eficacia del acuerdo real es independiente de la del negocio obligacional en el que se inserta; mientras que, entre nosotros, sólo es aplicable al ámbito de los negocios jurídicos, y no de los derechos reales, y para indicar que la validez de éstos no depende de la licitud y existencia de su causa, si bien el mantenimiento de dicha figura en nuestro ordenamiento tropieza con la idea de la necesidad de la causa para la validez de los contratos⁴³⁹, ex art. 1261.3º, por lo que suele reconducirse al ámbito procesal. La accesoriedad, por su parte, es sólo predicable con respecto a las garantías (o casi exclusivamente respecto de ellas)⁴⁴⁰, pues para señalar que los derechos reales están sometidos al título del que traen

⁴³⁹ Y la aplicación de esta norma a la teoría general de las obligaciones. Tal vez debería mantenerse para ciertos sectores del tráfico (p.ej. contratos bursátiles) la existencia de abstracción propia.

⁴⁴⁰ Así también, a las partes, principales o accesorias, de algunos bienes.

causa⁴¹ basta con decir que no seguimos el principio alemán de la abstracción. Si se dijese de los derechos reales que son accesorios, porque no seguimos el principio alemán de abstracción real, está claro que se utilizaría el término en sentido distinto a cuando se predica la accesoriedad con respecto a la hipoteca.

Por ello, quienes defienden en nuestros días la accesoriedad a ultranza del derecho real de hipoteca con respecto al crédito que garantiza, cometen el mismo error que aquellos que admiten la existencia de negocios abstractos en nuestro Derecho de obligaciones, o en nuestros derechos reales⁴². Y es que para defender esa accesoriedad (que en breve definiremos) necesitan partir (normalmente sin darse cuenta de ello) de un concepto procesal de la misma, sin duda por el entendimiento entre nosotros de la abstracción

⁴¹ Salvo los efectos de la fe pública registral con respecto al tercero o terceros de buena fe. Véase *supra* pp. 65 ss.

⁴² El principio de abstracción significa, para la doctrina alemana, que la validez del acuerdo real no puede ser afectada por la del negocio "causal". Pero lo que quieren decir con ello (Kausalgeschäft) no es lo que nosotros entendemos por "negocio causal", sino más bien quieren decir "negocio obligacional", enfrentado a negocio con efectos reales. Es decir, no quieren indicar que la validez del negocio real no dependa de la licitud de su causa, sino que no depende del negocio obligacional que lo motiva. En estos términos es claro que se enfrenta a nuestro sistema (arts., por citar los dos más característicos, 609 Cc., 33 LH). Concluyendo: en nuestro ordenamiento no tiene cabida el principio de abstracción tal y como lo enuncia la doctrina alemana (por todos, SCHWAB-PRÜTTING, *Sachenrecht*, § 4.II.1 y 2, pp. 9 y 10), ni ellos conocen la teoría de la causa como la entendemos nosotros. La abstracción alemana hace referencia a la causa entendida como causa de la atribución patrimonial, mientras que nuestra causa debe entenderse con diversas acepciones (siguiendo a DIEZ-PICAZO, como causa de la atribución patrimonial, causa de la obligación, y causa del negocio, y con respecto a esta última debe distinguirse la causa típica de la causa próxima o motivos incorporados a la causa).

como una cuestión en último término de carácter procesal. Así se dirá que la accesoriedad implica reconocer una serie de excepciones a la ejecución (todas aquellas oponibles en virtud del crédito garantizado), mientras que la abstracción implica la ejecución separada de la hipoteca, con independencia de la existencia o no real del crédito, o la suerte que este haya corrido.

Puede decirse que ningún sistema es totalmente abstracto ni totalmente accesorio. Un sistema abstracto puede conducir a soluciones injustas, y requiere ciertas normas correctoras de posibles abusos, que a su vez limitan la abstracción. Un sistema excesivamente causalista, por su parte, puede dar al traste con la necesidad del tráfico de disponer de un sistema de ejecución suficientemente veloz, y puede encarecer excesivamente las transacciones (necesitan mayor información para ser seguras), lo que se limita con la protección de la buena fe.

Para analizar estas cuestiones he considerado útil acercarme primeramente al derecho comparado, a fin de adquirir un concepto técnico de qué podemos entender por *accesoriedad* y por *abstracción*. La evolución del derecho alemán será en ese sentido referencia obligada. En segundo lugar, valoraremos la propia evolución de nuestro sistema, para en último y tercer lugar analizar nuestro ordenamiento vigente.

1. Breve referencia al derecho alemán

También en derecho alemán pueden considerarse de *ius cogens* las normas reguladoras de la hipoteca⁴⁴³ que funden en un mismo ordenamiento la tradición romana (garantías accesorias) y germánica (garantías abstractas o autónomas). La tradición romana se encuentra en la *Sicherungshypothek*, la germana en la *Grundschild*, y finalmente existe un tipo mixto denominado *Verkehrshypothek*⁴⁴⁴.

⁴⁴³ STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*, p. 379 afirma que el legislador del BGB quiso imponer con tal carácter las normas de los parágrafos 1113 al 1190 que regulan la hipoteca, y así "mit einem oft zwingenden engen Normengeflecht den Spielraum kautelarjuristischer Gestaltung stark einschränkte".

⁴⁴⁴ Así describe las garantías reales alemanas STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*, p. 379, que las equipara a las suizas: *Grundpfandverschreibung* (arts. 824 ss. ZGB), la accesoria; *Gült*, la no accesoria, regulada junto con la anterior; y la *Schuldbrief*, con abstracción real y responsabilidad personal, arts. 842 ss ZGB (no equiparable por tanto este último a la *Verkehrshypothek*). Se trata, desde luego, de una simplificación: en realidad, y a modo de esquema, pueden señalarse dos tipos básicos: la *Hypothek* accesoria y la *Grundschild* no accesoria. Dentro de la primera se distingue la *Verkehrshypothek* (o hipoteca de tráfico), de la que se predica una accesoriidad suave o con excepciones; y la *Sicherungshypothek* (o hipoteca de seguridad), que requiere pacto expreso y en la que la accesoriidad se exige de forma radical, a pesar de que tampoco impide la adquisición de buena fe. A su vez, dentro de esta última cabe distinguir la hipoteca de máximo, o *Höchstbetragshypothek*, § 1190 BGB; la *Vbauhandwerkehrhypothek*, § 648 BGB. Dentro de la de máximo, cabe una variedad que es la hipoteca en cuenta corriente de crédito (*Kontokorrent-Kredit*), a modo de la de nuestro art. 153 LH, aunque sin una regulación especial. Así WOLF, *Sachenrecht*, § 727, 11ª ed., Beck, Munich, 1993, p. 380 señala que „Bei ihr wird ein Höchstbetrag vereinbart, innerhalb dessen eine Forderung aus laufender Geschäftsbeziehung, insbesondere ein Kontokorrent- Kredit, in seiner jeweiligen Höhe gesichert wird“.

La existencia de estas tres modalidades de garantías reales, con la posibilidad de utilizar cualquiera de estos institutos, convierten el derecho alemán en un buen banco de pruebas ante las nuevas necesidades en el campo de las garantías reales, especialmente de cara a la armonización europea⁴⁴⁵. En éste se viene observando una fuerte tendencia a utilizar la garantía real abstracta (*Grundschild*), frente a la accesorial (hipoteca)⁴⁴⁶. Ello no extraña a nadie, ya que es más barata y sencilla. En efecto, debido a su independencia con respecto a la obligación garantizada, hay menos inscripciones registrales que con la hipoteca, ya que las modificaciones personales (persona del deudor o del acreedor, cuantía debida, refinanciación,...) no llegan al registro, al permanecer estables los aspectos jurídico-reales de la relación. Es decir, se trata de una institución que se adapta mejor a las exigencias del tráfico, por la facilidad para su realización y refinanciación.

En las últimas décadas se ha reforzado la posición del acreedor real (*Sicherungsnehmer*), perfeccionando el carácter abstracto de estos institutos (facilidad de ejecución y de refinanciación) y limitando el campo de actuación de la accesoriedad, que permite interponer excepciones que no gustan a la banca (*Sicherungsabrede*). La evolución ha sido como sigue⁴⁴⁷:

⁴⁴⁵ STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*, p. 379, apdo. II.2.

⁴⁴⁶ Por todos, MITTEIS, LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 9ª ed., 1981, capítulo 36.

⁴⁴⁷ BLAUROCK, Uwe, *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, Kommunikationsforum, 3 Ed., Colonia, 1990.

Los contratos de adhesión de la banca recogen todos la imputación de los pagos de devolución del préstamo a la obligación garantizada, y no a la *Grundschild*, por lo que la reintegración de la garantía al patrimonio del deudor se realiza únicamente cuando éste se ha liberado totalmente de su deuda. Además es frecuente asegurar personalmente la obligación que ya ha sido garantizada de forma real⁴⁴⁸, así como la realización del pacto de mejora de rango (*Rangverbesserung*) al amparo del § 1179 BGB⁴⁴⁹. Éste último termina significando no sólo que el deudor una vez satisfecha la deuda de rango preferente renuncia en favor del acreedor de inferior rango a ejercitar la acción para recuperarlo (*Rückgewähranspruch*), sino que la garantía de rango superior pasa a servir de sobregarantía al acreedor de rango inferior⁴⁵⁰. Frente a esto el acreedor privilegiado establece generalmente una "cláusula de blindaje" que consiste en considerar inseparable (del derecho de propiedad) la referida acción. Hasta aquí vemos

HENSELER, Walter, *Kreditsicherungsrecht*, ed. Bank-Verlag, Colonia, 1980.

⁴⁴⁸ STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*, p. 381 considera que con la combinación de ambas garantías se crea de hecho un nuevo instituto jurídico con abstracción real y responsabilidad personal, similar al *Schuldbrief* suizo.

⁴⁴⁹ Debe señalarse que todas las hipotecas de seguridad (como la de máximo en sus diversas modalidades, entre las que a nosotros nos interesa la comparable a la de nuestro art. 153 LH) no tienen acceso a la acción de rescate del rango preferente, según § 932 ZPO: "Ein Anspruch nach § 1179 a oder § 1179 b des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht dem Gläubiger oder im Grundbuch eingetragenen Gläubiger der Sicherungshypothek nicht zu".

⁴⁵⁰ BAUR, STÜRNER, *Sachenrecht*, 16ª ed., 1992, § 46 IV 4a

que el sistema alemán, en la práctica más extendida, configura las garantías reales de forma muy similar a la configuración más habitual entre nuestra banca.

Además, se establecen otra serie de pactos que convierten, por la vía de hecho, a la *Grundschild* en una suerte de transmisión en garantía (*Sicherungsübereinigung*⁴⁵¹). También entre nosotros podemos comparar la hipoteca a una transmisión en garantía, lo que nos permite observar cómo la proximidad de ambos institutos en la práctica, avala la conexión que luego formularemos entre compraventa y préstamo para su financiación⁴⁵².

Estos pactos establecen lo que el propietario tiene que hacer y lo que tiene prohibido con la supuesta excusa de mantener el valor de la garantía y cargarle los gravámenes que son de cuenta del acreedor (autorización y derecho de dirección de las obras de mejora o renovación del inmueble; prohibición de cambiar el uso o destino del mismo; sometimiento a

⁴⁵¹ Las críticas a la configuración que aquí describimos le vienen, por un lado, de la semejanza con este instituto, por lo que bien pudiera decirse que se acerca a ella en fraude de ley; y, por otro, de la incorporación con ella del *mortgage* norteamericano violando la prohibición de la fiducia sobre inmuebles.

⁴⁵² Véase *infra* el epígrafe F.- Los criterios de conexión en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, pp. 295 ss. Ya se apuntaron algunas situaciones de conexión en pp. 232 ss. Esta vinculación que aquí se señala se apoya en la posibilidad de entender que cuando el promotor construye con dinero propio y, antes de la venta, solicita un préstamo hipotecario, previendo la subrogación de los futuros adquirentes, esa hipoteca se aproxima mucho a una transmisión en garantía, en cuanto que el importe entregado por la entidad de crédito prestamista al promotor vendedor puede considerarse precio de la compraventa (o, normalmente, una parte de éste). Véase *supra* nota 295, p 147, y las que aquélla cita.

autorización de la enajenación, a la que en ocasiones se acompaña de la obligación de que el adquirente se subroge en la responsabilidad personal). Estos pactos⁴⁵³ son, conforme al derecho alemán, de naturaleza personal, pero con la amenaza de ejercitar su derecho a resolver por incumplimiento acreedor (*Kündigungsrecht bei Verstößen*), el acreedor tiene poder suficiente para hacer respetarlos (en España accederían al Registro al considerarse que afectan al derecho de propiedad). Con dicha configuración el acreedor dispone de la posibilidad de ejecutar la deuda (§§ 1147 y 1148 BGB) tanto con los procedimientos propios de las garantías reales (§§ 794 Abs. 1 n° 5 y 800 ZPO) como de los derechos de crédito puramente personales (§ 794 Abs, 1 n° 5 ZPO), y tanto contra el propietario como contra el deudor.

La admisión de la figura descrita no es aún pacífica en Alemania. La jurisprudencia la acoge con mucha reticencia (BGH *NJW*, 1984, 169, 171; *NJW-RR*, 1990, 455; 1990, 588, 589)⁴⁵⁴ pareciendo más proclive a admitirla cuando el deudor es propietario del bien dado en garantía, que cuando son personas distintas. En este caso se ampara en el § 3 AGBG (*Überraschendeklauseln*)⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Encuentran su apoyo en los §§ 1133 a 1135, aunque se mantienen en el límite de lo permitido por el 1136 BGB.

⁴⁵⁴ Que mantienen la duda sobre la sobregarantía por liberación parcial, (*Übersicherungs nach Teilrückzahlung*). STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*, nota 7.

⁴⁵⁵ La hipoteca que se constituye "por defecto" es en Alemania la *Verkehrshipothek*, requiriendo la *Sicherungshipothek*, pacto especial. Estos pactos especiales necesitan

También entre nosotros pueden identificarse instituciones análogas a las que sirven de base a la doctrina alemana para construir estas elaboraciones, si bien partiendo de un ordenamiento que sólo conoce la hipoteca, pero de la que admite modalidades que vienen a modificar en gran medida el tipo básico de la misma. Así la *Sicherungshypothek* se podría reconducir a la hipoteca de máximo, como forma habitual de aquella; la *Grundschuld* en parte a la hipoteca de propietario y a la hipoteca en garantía de letras de cambio⁴⁵⁶; y, la *Verkehrshypothek* a la hipoteca de tráfico u ordinaria. Observamos pues que o bien nuestro ordenamiento permite los negocios abstractos (afirmación que no considero posible en el ámbito civil), o la abstracción de la garantía real no es tan determinante en relación con la determinación de la deuda garantizada y de los procedimientos ejecutivos como suele afirmarse.

Nuestro registro resulta, como vamos a ver, más estricto (o cerrado) que el alemán en cuanto a la ductilidad para configurar diversas garantías reales. Ello no por los principios que lo rigen, pues nuestras normas son más flexibles en este sentido, e incluso resulta discutido si estamos ante un *numerus clausus* o *apertus* de derechos reales (cosa impensable, al menos

controlarlos por las exigencias del principio de abstracción. Cuando no se despliega la voluntad configuradora en el negocio real, cabe controlar su licitud, a pesar del *Trennungs-* y del *Abstraktionsprinzip* a través de la normativa reguladora de las cgc. No parece por tanto que deba de existir reticencia para aplicar del mismo modo entre nosotros el control de las cgc en sede registral.

⁴⁵⁶ Así lo entiendo con DE LA RICA, véase *infra* p. 268.

en los mismos términos, en Alemania). El sistema alemán resulta más maleable en este ámbito de las garantías reales porque a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, no cuenta con un único tipo de garantía real inmobiliaria (la hipoteca), sino de dos claramente diferenciados, con muchas posibilidades legales de configuración cada uno.

2. El principio de abstracción en el ordenamiento español

Suele entenderse, en el ámbito de los derechos de garantía, el principio de abstracción como antagónico del principio de accesoriedad. Sin embargo en este epígrafe vamos a concluir que en la hipoteca conviven abstracción y accesoriedad en perfecta sintonía. Esto sólo es posible por los diversos conceptos de abstracción que no pocas veces se utilizan confusamente.

El origen del negocio abstracto suele situarse en: la pandectística alemana⁴⁶⁷. De esta suerte se plasma en el Código Civil alemán, que no

⁴⁶⁷ La procedencia del negocio abstracto debería ser irrelevante para cualquier estudio moderno del mismo, si no fuese porque una lectura histórica señala errores interpretativos, que pueden ser tenidos en cuenta para relativizar la solidez de ciertas tesis. En efecto, parece apuntarse por algunos historiadores del Derecho privado, que la no inclusión de la causa en el BGB no se produjo como consecuencia de incorporar el negocio abstracto, sino porque su ordenamiento no la necesitaba en ese momento histórico. Frente al rigorismo de la *vestimenta pactorum* (s.XII), esto es, la necesidad de que el nudo pacto encuentre anclaje en los negocios típicos romanos, a modo de *vestimenta*, los juristas medievales buscarán la flexibilización del sistema por la vía de las excepciones o interpretaciones romanas (se llegan a computar hasta 67), incluso se llega a hablar de causa puntualmente, pero no se formulará en términos modernos hasta BALDO (s. XIV), quien considerará que la voluntad lo puede todo, y la causa funciona como criterio de control de aquella (BARTON, John, *Towards a general law of contract*, Duncker und Humblot, Berlín, 1990). Esta idea de causa liberadora de la autonomía de la voluntad de su viejo corsé de la *vestimenta pactorum*, se utilizará en adelante la lucha

reconoce la causa como requisito de validez de los contratos, por lo que necesita corregir sus abusos otorgando la acción de enriquecimiento injusto (§ 812 BGB).

En el Derecho alemán la abstracción vino en primer lugar referida a la promesa de deuda (*Schuldversprechung*) y al reconocimiento de deuda (*Schuldannerkenung*, §§ 780 y 782)⁴⁵⁸. Como vemos, no se trata de derechos de garantía, ni se refieren exclusivamente a aspectos procesales como ocurrirá entre nosotros.

En efecto, en el terreno de las garantías, se dice, entre nosotros, que la garantía abstracta vive *independiente de la causa* que la origina, mientras que la accesoria sigue la suerte del negocio que le sirve de base o soporte. Se confunde así la necesidad de un crédito para ejecutar la garantía, con la de la licitud y existencia de la causa del negocio.

entre el poder real y el religioso (*causa canonica*), como forma para controlar la acomodación de los pactos a uno u otro ordenamiento. Por ello en los países donde esta pugna no se producía, una vez que vence el modelo consensual, no requieren de la causa para mantener el sistema (BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, en pp. 203 ss trata la causa en la escuela ibérica del s. XVI). Es en el ordenamiento anglosajón en el que, la idea del escrupuloso respeto a los pactos, conlleva el nacimiento de los negocios abstractos (BARTON). Véase el trabajo de Fernando MARTÍNEZ, aún inédito a la hora de cerrar esta investigación, sobre la causa en la historia del Derecho privado hispano. Esta visión desconecta el surgimiento de la abstracción de la idea de causa; señala una vía intermedia (*usus modernus*) por la que los alemanes controlarán la licitud de los pactos sin necesidad de esta idea; y, transmite la idea de causa de la segunda escolástica española a Groccio, y a través de éste a Domat, de donde la volvemos a retomar (WIEACKER, Franz).

⁴⁵⁸ Así lo señala DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pp. 289 ss., especialmente el § 358.

La abstracción significa la autonomía del negocio jurídico abstracto *respecto de su causa*. Por ello suele rodearse de garantías que aseguren la adecuación del negocio a la voluntad de las partes, garantías que se plasman en el carácter formal de estos negocios. No obstante, si es verdad que los negocios abstractos necesitan una forma *ad solemnitatem*, no quiere decir que todos los negocios en los que la ley exija el cumplimiento de determinada forma sean abstractos. Es esta una frecuente confusión⁴⁵⁹.

La doctrina mayoritaria considera que el derecho de obligaciones español desconoce los negocios abstractos⁴⁶⁰, considerando que la abstracción sólo opera en un plano exclusivamente procesal. De esta suerte la abstracción (tal como la entendemos entre nosotros) obliga a traspasar los elementos

⁴⁵⁹ Como nos advierte DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 290, § 352.

⁴⁶⁰ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 297, § 362, "en el ámbito del Derecho civil de obligaciones, el sistema del Código civil también impide la recepción del negocio abstracto", negando que pueda aducirse a favor el art. 1255 Cc., "ya que el precepto expresamente limita la libertad de contratar", prohibiendo que los pactos sean "contrarios a las leyes", "y éstas [...] dicen «que no hay contrato» si este no tiene causa (art. 1261)". En el art. 1901 "taumatúrgicamente, la carencia de causa se convierte en un tipo de causa suficiente". Igualmente aduce los arts. 1262 y 1275 Cc. Últimamente, CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis Humberto, *La causa del contrato*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 233: "niego que este artículo [el 1277 Cc.] se refiera al negocio abstracto, e incluso que dicha figura encuentre acogida en el Derecho español [...] En ese pasaje la ley *minus dixit quam voluit*", siendo insuficiente "tanto respecto de la legitimación como respecto de la carga de la prueba". "El problema de la causa no es un problema de interés privado", por ello, "cualquier interesado en hacer valer esa nulidad puede invocarla, y a cualquier interesado incumbe probar la ausencia o la ilicitud de la causa".

esenciales del *negocio causal* (principal) al negocio abstracto, para que no necesite *para su ejecución* del negocio que le ha servido de base⁴⁹¹.

Por ello no resulta contradictorio afirmar que la hipoteca (accesoria por definición mayoritaria) resulta en ocasiones claramente abstracta (en este sentido procesal del término) con respecto al crédito que garantiza en fase de ejecución. La diferencia entre uno y otro concepto de abstracción es patente: mientras la abstracción propiamente dicha significa que la carencia o vicio de la causa es irrelevante con respecto a la validez o no del negocio jurídico realizado; la abstracción procesal supone que los derechos emanados de un negocio que se predica abstracto, se podrán reclamar judicialmente por vía ejecutiva, al amparo del carácter formal del negocio, que sólo podrá en un ulterior procedimiento declarativo ser atacado por motivos basados en la ilicitud o inexistencia de su causa.

La inexistencia de abstracción dota a nuestro sistema de un mayor control de la justicia del negocio (conveniencia social imbuida en la causa), mientras que la seguridad del tráfico se garantiza con la protección del tercero de buena fe.

No resulta por tanto correcto hablar de abstracción para referirse a lo que son supuestos de inoponibilidad a terceros:

Los autores que todavía sostienen la existencia de negocios abstractos en el Derecho español lo hacen -

⁴⁹¹ En realidad, el verdadero negocio abstracto no necesita tener base alguna. Se basta a sí mismo, y se apoya en el carácter formal del negocio.

quizás siguiendo el mal ejemplo de Capitant⁴⁶² por entender que ella se demuestra por lo dispuesto en el artículo 1.277. Lo que supone una indebida confusión entre lo que es el negocio abstracto y lo que se ha llamado "la abstracción procesal" en la moderna doctrina italiana⁴⁶³.

La confusión se origina al intentar explicar la abstracción en el estrecho campo de las garantías: así se dirá que mientras la garantía abstracta no permite, en principio, excepciones referidas al negocio garantizado (nótese que ya tenemos dos negocios, cuando lo correcto sería hablar de excepciones basadas en la causa del negocio), la exigibilidad de la garantía accesoria puede verse frenada por excepciones relativas a la obligación garantizada. De esta suerte la hipoteca es, desde luego, accesoria, pero también (en este sentido procesal, cuya terminología inmediatamente abandonaremos), abstracta.

Si algo apota este (falso) concepto de abstracción, es poner de manifiesto el significado último de la accesoriedad, una accesoriedad también procesal. Esta nos lleva a afirmar que una vez extinguido el crédito por pago solutorio se extingue la garantía hipotecaria. Pues bien, aunque no es este el lugar

⁴⁶² Nos remite este autor a la traducción española del que cita, pp. 347, 379. "Doctrina que puede tacharse de minoritaria en la doctrina francesa", con apoyo de RIPERT, BOULANGER, II, § 305, p. 123. MARTY, RAYNAUD, II, § 193, P. 174. Comp. §§ 290-293. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 291, nota 24.

⁴⁶³ Muy recientemente puede verse: NATUCCI, Alessandro, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, 1992. La cita es de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 291, § 354.

para desarrollarlo, nosotros entendemos que el pago de la deuda es causa para la transmisión del derecho real de hipoteca del acreedor al deudor. Y esta causa tiene su justificación económica en el valor económico que el rango registral tiene para los derechos de garantía, que debe desde luego favorecer al deudor (lo que además está en la *ratio* de la LsubPH).

La hipoteca es una garantía real que como todas es accesoria, si se entiende con ello que es un negocio causal, no abstracto, esto es, en el sentido de que depende de la validez, existencia y licitud de la causa que la motiva. Distinto es decir que no quepa en el ordenamiento español una hipoteca que no garantice obligación alguna⁴⁴⁴. Lo que la hipoteca necesita para ser accesoria es una causa, no la posibilidad de su ejecución.

La abstracción se entiende en Alemania también como independencia de los efectos reales de un negocio

s) Justificación histórica

Ya vimos que en nuestra tradición jurídica se configura la hipoteca con naturaleza accesoria, esto es: la inscripción constitutiva (aumento del formalismo: requiere una forma *ad solemnitatem*) no significa una correlativa disminución del causalismo, como en el derecho alemán. La inscripción es un mero elemento de publicidad que provoca la eficacia

⁴⁴⁴ El 1857 Cc. sólo exige "que se constituya *para* asegurar el cumplimiento de una obligación principal" (que se constituya para), lo que desde luego posibilita que esa obligación principal sea futura o condicional (1861 Cc.), y ampliando éste último sentido, incluso incierta.

frente a terceros de la hipoteca, esto es, que la convierte en derecho real (puesto que sin eficacia frente a tercero no se justifica la excepción de la regla de la *par conditium creditorum* y por tanto la existencia misma de la hipoteca) exigible *erga omnes*.

Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda existir la hipoteca de propietario, o la hipoteca en garantía de títulos valores, transmisibles por simple endoso y en los que *no consta* la causa que motiva su otorgamiento ni sus sucesivas transmisiones. Ello no indica ningún carácter abstracto, sino únicamente que la causa no ha de ser expresa. La validez del negocio sigue dependiendo, entre otros factores, de la licitud y existencia de su causa, aunque ello se presuma.

En la baja edad media, el redescubrimiento de los textos clásicos, el aumento de la utilización de la moneda, y el surgimiento de las ciudades como centros comerciales en torno a ferias, entre otros motivos, permitirá la elaboración (o el rescate) de un cuerpo jurídico que permita una nueva (al menos teórica) movilización de la propiedad⁴⁶⁵.

Pero frente a la facultad de enajenar del propietario, la nobleza, asustada, defenderá la recíproca facultad de vincular. Surge así el concepto de mayorazgo, que desvirtuará el espíritu del recientemente incorporado derecho romano.

Estas propiedades vinculadas (que son la mayor parte del territorio), se definirán por las notas de irresponsabilidad frente a los acreedores, inconfiscabilidad (hasta el siglo XIX, en que los monarcas empiezan a tener suficiente poder como para investirse de la facultas expropriandi), e imprescriptibilidad (con la que se evita la adquisición ad usucapionem, que había sido el medio altomedieval para adaptar las situaciones jurídicas a las realidades de hecho)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Así Bártolo nos dará la siguiente definición de propiedad: *Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur*, mientras que Baldo marca la idea de la *potestas alienandi* como característica inherente a la misma. Vuelve con ello la idea de contrato transmisivo, que irá perdiendo con el tiempo su formalismo clásico.

⁴⁶⁶ Véase *supra* nota 457, p. 251.

En relación con los préstamos, el sentimiento religioso que domina a toda la sociedad (y aunque hasta entonces la propia iglesia percibiese intereses) hace ver con malos ojos el lucro producido por prestar algo a alguien: la idea de fraternidad⁴⁶⁷ repudia a la de ayudar a cambio de un beneficio, lo que llegará a considerarse pecado mortal por atentar contra el séptimo mandamiento. Entre nosotros, tal prohibición se introducirá a mediados del siglo XIII, con la recepción de las Decretales de Gregorio IX⁴⁶⁸, antes de la cual todo lo más que existía era la imposición de determinada tasa máxima (según el modelo justiniano), que siguió existiendo para los judíos hasta su expulsión.

Así el mutuo se configurará como contrato con causa gratuita, "acto de bondad que tiene su recompensa en la devolución" de lo prestado, en el que está "la virtud de la generosidad antes que la obligación del derecho"⁴⁶⁹. Sólo pueden admitirse los intereses compensatorios, bien por un lucro que se ha dejado de recibir, bien por un daño producido, que actúa como módulo entre el valor de las dos prestaciones (un inter-est) con la finalidad de equilibrarlas. Esta excepción esconde en el fondo una lucha inestable entre moral y economía, que habrá de ponerse de relieve con el posterior auge de la burguesía.

⁴⁶⁷ Véase sobre este asunto CLAVERO, Bartolomé, Usura. Del uso económico de la religión en la historia, Madrid, 1984

⁴⁶⁸ CLAVERO, op. cit., p. 40

⁴⁶⁹ CLAVERO, Antidora (Antropología católica de la economía moderna), Milán, 1991, p.64

Esta lucha se produce también entre el Derecho del monarca y el de la iglesia, tratando ambos de imponer el suyo por distintos mecanismos, entre ellos controlando la adecuación de los contratos a través de la figura de la causa (en el caso de la iglesia, y por desarrollo entre nosotros de la segunda escolástica, a través de los institutos de la *denuntiatio evangelica* y de la *aequitas canonica*)⁴⁷⁰. En España esta pugna no se manifestó con violencia, sino únicamente se incorporaron estos mecanismos al derecho regio.

La falta de este enfrentamiento es lo que abonará el terreno en la Alemania protestante (junto a otros factores) para la buena acogida de los nuevos negocios abstractos (tenidos por herencia del pasado, aunque en realidad son elaboración o invento de los pandectistas). Éstos permitían no tener que declarar los motivos del negocio, lo que posibilitaba eludir los controles a la usura que acabamos de señalar⁴⁷¹. Era necesario una justificación. Sin embargo nunca triunfó entre nosotros teoría alguna que defendiese el carácter abstracto de negocio jurídico alguno (lo que no quiere decir que no hayan existido, y puedan admitirse limitadamente hoy en día). La justificación había que buscarla por otros derroteros, que enraizan con la tradición que a continuación se describe.

En la anticresis, la posibilidad de que el acreedor haga suyos los frutos (con un lucro evidente), se justificó apoyándose en la *ratione incertitudinis*, en la incertidumbre de (en una sociedad agraria como la de entonces) su producción. Se lucha contra el *pignus mortuo* (o *antichresis propria*), la prenda ha de ser viva, de tal forma que si el acreedor

⁴⁷⁰ BIROCCHI, pp. 203 ss.

⁴⁷¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 293 y 294.

pignoraticio usa la cosa, el valor de tal uso se descuenta de la cuantía de la deuda. Por otro lado, se elaboran complicadas construcciones contractuales (la mayoría basadas en el arrendamiento) para introducir el cobro de intereses por la vía del negocio simulado (en las que se basan en el arrendamiento, la renta esconde los intereses, mientras que el término del arrendamiento, el plazo para la devolución del principal).

De espaldas a todas estas doctrinas (que a su vez hacen oídos sordos del problema) la práctica mercantil verá surgir, amparada en los usos de comercio, distintos instrumentos para esconder los intereses. Así la letra de cambio, como instrumento de cambio trayecticio, permitía compensar al banquero por el riesgo soportado por el transporte. De igual forma en el préstamo a la gruesa éstos se justifican por considerarse que es la remuneración del riesgo propio de la navegación marítima que, debiendo correrlo el prestatario, lo corre el prestamista. También son frecuentes fórmulas societarias y contratos mixtos con predominio del de seguro⁴⁷².

Finalmente, y como consecuencia de la tensión moral/necesidad-económica, los franciscanos promoverán la creación de los primeros montes de piedad, fondos de capital procedentes de ofrendas y limosnas, destinados a la concesión de préstamos en las que el deudor sólo se obliga a devolver (además del capital) los gastos que el propio préstamo produce. Serán el antecedente directo de la moderna banca.

Pero no se piense que el hecho de que las garantías reales sean muy poco usadas (ni siquiera la hipoteca general), por los problemas obvios que su ejecución encerraba, quiere decir que el valor de la propiedad inmueble se queda fuera del comercio. Muy al contrario: a través de la figura jurídica del censo reservativo (art. 1607 Cc.) el valor de la propiedad (representado en una pensión periódica que grava la misma) entra en el mercado. Y, como

⁴⁷² RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p. 55

era frecuente en la época, se usó para encubrir préstamos remunerados⁴⁷³, práctica de la que (al parecer) surgió el también usado censo consignativo⁴⁷⁴ (art. 1606 Cc.), figuras ambas ajenas al Derecho romano, y que parecen tener su origen en la época feudal, cuando por vía práctica la iglesia comenzará a exigir una suma periódica, o *pensio*, por una relación de patronato con un señor feudal, o como señal de sumisión (*signum subiectionis*)⁴⁷⁵. Esta figura, de apenas interés para los primeros glosadores, va a experimentar un enorme auge a partir del siglo XV.

Conviene dejar claro que el censo al que hacemos referencia, está claramente diferenciado de la enfiteusis (y de explicarlo se encargaron los juristas de la época): en la regulación clásica del censo consignativo no existe derecho de laudemio en favor del censalista, ni derecho alguno de adquisición preferente, ni a favor de éste ni del censatario.

En definitiva: el censo se viene a configurar como la única forma de, en una economía monetarista, aplicar el capital con cierta rentabilidad (adquisición de censos); además, en caso de que los señores feudales (laicos o

⁴⁷³ El sr. A, que quiere prestar dinero a B, con un interés no confesable, adquiere simuladamente una finca de B y, posteriormente, se la vuelve a ceder, a cambio de una pensión anual sobre la misma (cuyo importe, sumado al de las futuras pensiones, es el que encierra el rédito del capital) (BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, I, Padua, 1937, p. 129; CLAVERO, op. cit., p. 45), en RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p. 62

Así MONTANARI, "Rendita (dir.interm)", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milán, 1988, p. 829

⁴⁷⁵ RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p. 64

eclesiásticos) necesitasen numerario siempre pueden enajenar sus censos, haciendo que los comerciantes y financieros (al adquirirlos) se conviertan en nuevos defensores del sistema señorial de la propiedad vinculada, ya que pasarán a ser los nuevos perceptores de renta (que quedará vinculada ahora a su familia).

Este instituto es además utilizable por la propiedad libre, con lo que se fomenta el sistema señorial. Esta era la forma de manifestación de la garantía real inmobiliaria en la baja edad media, garantía que llegó a funcionar incorporada a un título (tanto en escritura pública como en documento privado, éste último adoptando la forma de cédula, póliza, o billete)⁴⁷⁶.

La lucha descrita se traducirá entre nosotros en el conocido movimiento liberal desamortizador⁴⁷⁷, que acabará con la vinculación de la tierra, y paralelamente con el censo, del que comienza a destacar la obligación personal, acabando el censalista por ser considerado un mero acreedor, pudiéndose siempre exigir el canon anual, y se acabará hablando de los intereses del capital⁴⁷⁸. Incluso el Estado (la Real Hacienda) venderá censos sobre sus bienes. Con este nuevo molde, ya no se ajusta a la función de garantía que el tráfico demanda.

476 RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p. 84

477 Piénsese, entre otros ejemplos de su intensidad, en la instrucción de Floridablanca en 1777, el Informe sobre la reforma agraria de Jovellanos, la Real Cédula de 24 de septiembre de 1798 (en la que se recoge el denominado empréstito patriótico).

478 RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p. 93

Es por ello que va ganando terreno la hipoteca, hasta su consagración en la Ley Hipotecaria de 1861: Se hará habitual la constitución de hipotecas generales (sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor), que en un primer momento deberá constar en documento público o ser confesada por el deudor, acabando por entenderse incluida en todo acto o contrato. Ya no delinque (estelionato) el que habiendo hipotecado todo su patrimonio con carácter general, constituye una nueva garantía sobre un bien en particular.

Teóricamente sigue siendo la hipoteca un contrato consensual, pero en la práctica el efecto contra tercero que sólo tiene cuando se documenta en escritura pública hará que esta forma sea casi considerada ad solemnitatem. El tercer poseedor, y el propietario que constituye hipoteca para garantizar la deuda de otro, podrán seguir oponiendo la excepción de excusión, cosa que no era posible en el censo. En cuanto a la acción hipotecaria, no queda claro si se trata de una acción real o personal. Así POTHIER dice que cuando se ejerce frente al deudor que a la vez es propietario del bien gravado, ésta es al mismo tiempo personal y real⁴⁷⁹.

Con el advenimiento del liberalismo la propiedad inmueble termina por desvincularse definitivamente (1836); surge entonces un nuevo problema, y es que muchas de estas propiedades pasan a incorporarse al patrimonio de entidades corporativas (las más bajo el control de la iglesia), cuyo estatuto

479 POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, p. 454, en RUBIO GARRIDO, T., *La propiedad*, p.100, nota 188.

jurídico les prohíbe enajenar (de ahí que se conozcan como "manos muertas"), dando lugar a que el Estado tenga que utilizar su capacidad expropiatoria para reincorporar dichos bienes al mercado: se trata del proceso desamortizador.

Se rehuye de la enfiteusis, utilizándose el contrato de arrendamiento, fácilmente adaptable a la dinámica de las relaciones crediticias⁴⁸⁰.

Paralelamente se rechaza el censo consignativo, buscándose ya desde entonces y hasta nuestros días la hipoteca. Esta búsqueda comienza tíbicamente y cargada de problemas. A modo de ejemplo:

- 1) la publicidad registral apenas si había comenzado a tener efectos, manteniéndose ocultas la mayoría de las cargas sobre la propiedad (el conocido, también con terminología de la época, como sistema de cargas tácitas), algunas de ellas herencia aún del sistema de privilegios nobiliarios de la edad media;

- 2) el sistema judicial era muy complicado, interminable, e inseguro, no dejando la ejecución hipotecaria de sufrir esta influencia, y;

- 3) no estaba aún claro el carácter formal o no de la hipoteca, ni el papel que con respecto a ella jugaba, no ya la inscripción, muy poco eficaz por lo que se acaba de exponer, sino incluso la propia escritura pública. Por estas razones no existía un número muy elevado de garantías hipotecarias, como prueba de ello baste señalar que no se

480 Así en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 1813, y posteriormente en el proyecto de Código Civil isabelino. Con más moderación, en el Código Civil de 1889.

creó ninguna entidad crediticia cuyo objeto fuese el crédito territorial, a pesar de existir amparo legal para ello en el artículo 7.4 de la Ley de 28 de enero de 1856 sobre sociedades anónimas (que vino a permitir que los bancos "prestasen sobre fincas")⁴⁸¹.

En el proyecto de Código Civil de 1836 la hipoteca parece constituirse para BALLARÍN HERNÁNDEZ no como un derecho real, sino como una "modalidad de la acción personal derivada de la obligación garantizada, que podía alcanzar oponibilidad frente a terceros"⁴⁸². Se separa no obstante del Derecho de obligaciones, al excluir (art. 2.030), por primera vez en nuestra historia, la prisión por deudas para las aseguradas con hipoteca.

Vemos pues como el origen del censo explica que, al pasar de éste a la hipoteca, se sigue interpretando accesoria lo que lo era en origen⁴⁸³, y que se niegue la hipoteca de propietario, a pesar de que tanto una como otra se defenderán por las posiciones científicas más avanzadas durante la codificación:

Es frecuente dividir en dos fases la gestación de nuestra legislación hipotecaria. Una primera, en la que la finalidad que se persigue es la protección de los acreedores hipotecarios; y una segunda en la que se

⁴⁸¹ Véase DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 237.

⁴⁸² BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, *La hipoteca (génesis de su estructura y función)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1980, pp. 75 ss.

⁴⁸³ Véase CLAVERO, "Enfiteusis: ¿Qué hay en un nombre?", *AHD*.

constituye un verdadero registro de la propiedad, aún con herencias de la primera fase, que es donde se consagran los principios del sistema registral, en la que se tiene también en cuenta la protección del mercado inmobiliario y de los adquirentes del dominio de bienes inmuebles⁴⁸⁴ (el punto de inflexión entre una y otra fase lo sitúa este autor en la Ley Hipotecaria de 1909)⁴⁸⁵.

No es de extrañar por tanto que en primer lugar se pensara en una rápida ejecución, y sólo posteriormente en la protección de otros derechos. De hecho el sistema de ejecución de la ley de 1861 es muy básico, probablemente como reflejo de esta visión de inmediatez y falta de oponibilidad. La ley de 1909 introduce un sistema de ejecución más elaborado, en el que se contemplan las normas de oposición, y se establece, para seguir permitiendo la ejecución eficaz en *relaciones comerciales* que así lo exigen⁴⁸⁶, el sistema del artículo 131 LH, para aquellas hipotecas que garanticen una cuantía determinada (hipoteca ordinaria o de tráfico).

Para los tratadistas de la época la hipoteca es ya un derecho accesorio, con todas las notas con la que se entiende actualmente (probablemente por la proximidad histórica con la figura del censo enfiteúutico y el juego de la idea

⁴⁸⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, en la introducción al estudio *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo I, Vol. I, p. 26, Centro de Estudios Registrales, ed. Editorial Castalia, Valencia, 1990.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁸⁶ Véase *supra* notas 384 en p. 193, y 394 en p. 197.

del negocio causal), y eso a pesar de que la regulación permitía, como permite actualmente, otras lecturas que nos resultan más coherentes. Así MORREL Y TERRY⁴⁸⁷:

La hipoteca es un derecho real de naturaleza accesoria que asegura el cumplimiento de una obligación; la obligación puede ser personalísima, pero en tal caso la hipoteca o carece de toda eficacia respecto a tercero, o en realidad asegura determinada responsabilidad para el caso de incumplimiento. De todos modos la obligación no ha de transmitirse, sino el derecho de exigir su cumplimiento o la indemnización procedente si no se cumple por el obligado ni puede ser cumplida por un tercero, y ese derecho puede ser transmitido por regla general. No será transmisible, por ejemplo, el derecho de exigir alimentos un padre a su hijo, el retracto legal, etc.; pero éstos son casos excepcionales.

La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, la prenda, la hipoteca etc. El cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito, a no cederse como dudoso, y aunque en general no responde de la solvencia del deudor, mientras no se estipule expresamente...

Según el artículo 150 de la ley, confirmado por el 1.878 del Código Civil, el crédito hipotecario puede cederse o enajenarse a un tercero en todo o en parte.

Se entiende, en vista de este artículo y del 152: a) que se cede la hipoteca en cuanto de ella resulta o puede resultar un crédito o una responsabilidad determinada; b) que ha de tratarse de créditos asegurados con hipoteca voluntaria; y c) que se comprenden en el precepto toda clase de transmisiones, pero siempre que se verifiquen a favor de tercero, excluyéndose, por tanto, las que se realicen por herencia y las hechas a favor

⁴⁸⁷ MORREL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. 4, 2ª ed., Reus, Madrid, 1930, pp. 130 ss. (no es cita textual, se trata de un resumen).

del mismo deudor, pero comprendiéndose las ventas, permutas, adjudicaciones en pago, legados, etc.

Finalmente la ley de 1941 y su texto refundido de 1944 intenta alejarse de lo que entiende son fórmulas abstractas⁴⁸⁸.

En efecto, la Ley Hipotecaria de 1944 rechazaba en su preámbulo la existencia en nuestra legislación tanto de la hipoteca de propietario como de la deuda territorial independiente. Sin embargo, el párrafo 2º del art. 138 (todo él introducido por la reforma) introduce a juicio de DE LA RICA⁴⁸⁹ la figura más parecida a esta última (a la *Grundschild* alemana) que existe en nuestro ordenamiento. Ello porque se liga una responsabilidad a una concreta garantía exclusivamente (rompiendo el 1911 Cc.), y diferenciándose de aquella en que ésta es accesoria.

El legislador de 1944 resulta incongruente, por cuanto considera en la E. de M. que se elimina la posibilidad de entender la existencia de la hipoteca de propietario en nuestro ordenamiento, al mismo tiempo que introduce un art. 118 que no viene a decir mucho más de lo que ya contenían los artículos 1203 y 1205 Cc., y que además contempla supuestos de ejecución sin crédito, que pasamos a estudiar.

⁴⁸⁸ Probablemente por la confusión a la que hemos hecho alusión más arriba, y a las críticas al negocio abstracto, impulsadas por la aparición en 1937 del libro de HECK sobre el negocio real abstracto. Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 295, § 361.

⁴⁸⁹ RICA Y ARENAL, Ramón de la, "Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944", *RCDI*, 1945, reproducido en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo III, pp. VII a CLXVI, el argumento es de la página CXXV (nota al pie nº 107).

**t) Una aproximación (negativa) al concepto de
accesoriedad. El art. 118 LH**

Esto parece avalar la tesis que mantenemos: Cuando se ejecuta una segunda hipoteca, la banca (o en su caso el rematante, léase subastero, que será lo normal, o cualquier tercero) juega con el peligroso malentendido que consiste en adjudicarse el bien por una cantidad ridícula, alegando que están obligados a pagar las cargas preferentes. Sin embargo con posterioridad, exigen su pago (por ejemplo, una hipoteca de primer rango) al deudor principal. Aquí mantengo que el deudor principal, desde luego que sigue teniendo que pagar sus deudas, y responde no sólo con la garantía real, sino también (aunque en segundo lugar) con todo su patrimonio (salvo el pacto del 138). Lo que ocurre es que, si éste paga la deuda, se subroga en los términos que indica el 118 LH, es decir, recupera para sí la hipoteca. Lo mismo debe ocurrir si no existe otra hipoteca que se ha ejecutado primeramente, puesto que el 118 no es más que la concreción particular de un principio general. Por tanto, **al extinguirse la deuda principal, la hipoteca se trasladará a aquél que la constituyó, salvo que haya transmitido este derecho junto al de propiedad.** Esto lo hará cuando el comprador no descuenta el importe de la hipoteca del precio de la venta, pagando el valor total del inmueble. Entonces adquirirá éste la totalidad del valor del inmueble (tanto la desprendida de él mediante la hipoteca, como la que subsiste en el derecho de propiedad). Adquiere por tanto el lado activo (sometido a condición: satisfacción del crédito) de la hipoteca.

Para comprender esto debemos distinguir lo siguiente: Para el propietario que constituye la hipoteca surgen dos relaciones con la cosa: 1) una deuda, que se materializa en la obligación de satisfacer el crédito permitiendo la ejecución del bien, que puede evitar con el pago del mismo hasta el importe de la garantía hipotecaria, y; 2) un crédito frente al deudor garantizado y cuantos se subroguen en su posición en el futuro por el importe garantizado (no se olvide que tanto la deuda como el crédito del que hablamos son reales, no se mueven en el plano de los derechos de obligaciones, a salvo las posibles acciones por enriquecimiento injusto que puedan justificar)⁴⁹⁰, por cuanto ha puesto en circulación dicha cantidad para garantizar una operación de éstos. Estas dos posiciones pueden ser desde luego objeto de tráfico jurídico, y lo son diariamente. Son el reflejo que el lado pasivo de la hipoteca, en el primer supuesto, y el activo, en el segundo, tienen sobre la posición del propietario-deudor hipotecario (pues son posiciones que pueden separarse procesalmente, como demuestra el art. 118 LH).

Se dirige contra el comprador, no porque se subroga en el crédito del que él es el único deudor (nótese que el comprador no puede constituirse en deudor, sin pacto, en los términos del 1911), como parece indicar la dicción del artículo que estamos analizando. Se dirige contra éste porque recupera la hipoteca, recupera el crédito, y como el comprador no lo adquirió al comprar la propiedad, debe adquirirlo ahora, o soportar la ejecución.

A mi juicio de aquí se desprenden dos importantes consecuencias:

⁴⁹⁰ Véase el ejemplo que se pone más abajo, al comentar la RDGRNot de 2.12.1999.

1. La pretendida accesoriedad de la hipoteca no puede defenderse a ultranza, por cuanto caben hipotecas abstractas (aunque sean excepcionales), esto es, que se ejecutan con independencia del crédito garantizado:

A) Supuesto de hecho: La RDGRNot de 2 de diciembre de 1999 estudia un supuesto de denegación de una solicitud en la que se pedía la práctica de nota de pago y subrogación al margen de la inscripción de hipoteca, por haber sido satisfecha la deuda por el deudor hipotecario, existiendo una anotación de embargo (inscrito con posterioridad a la hipoteca) y habiendo recaído en el correspondiente procedimiento ejecutivo (de embargo) Auto de Adjudicación (dice el solicitante: en realidad parece que se había celebrado la subasta, pero que no había recaído aún el referido Auto). El solicitante aduce, entre otros fundamentos, los artículos 118.2 LH y 231 RH.

B) La Resolución admite que para que se transmita la obligación personal es necesario que deudor y comprador así lo pacten, y lo acepte el acreedor (arts. 118.1 LH y 1205 Cc.). Tratándose de enajenaciones forzosas⁴⁹¹ dichos pactos no son posibles⁴⁹² y, por tanto "el deudor seguirá estando

⁴⁹¹ El centro directivo entiende que la norma del art. 118.2 opera "también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a la venta, como son el remate y la adjudicación en pago" (Fundamento de Derecho tercero).

⁴⁹² Si, ciertamente, puede entenderse que, como regla general, se produce la liquidación de cargas, lo que desde luego queda claro para el caso de la ejecución de embargo en el

sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada", incluso aunque el comprador "hubiere descontado [o retenido] del precio el importe de la obligación garantizada"⁴⁹³ (en realidad, mantengo, se refiere al importe que se haya descontado, no al de la obligación ni al de la garantía, salvo en los supuestos de enajenación forzosa, en que habremos de estar a este último)⁴⁹⁴.

C) La Dirección General considera que "no procede la subrogación prevista en el artículo 118.II de la Ley Hipotecaria, porque la deuda y, consiguientemente la hipoteca habían dejado de existir *antes de producirse el remate*". Esto es, admite (implícitamente) el razonamiento del Registrador en defensa de su nota, que añade lo que es consecuencia lógica de este razonamiento⁴⁹⁵, que "el rematante o adjudicatario en la subasta se subroga en la obligación garantizada [sic]

art. 666 LECn. Pero no puede entenderse que existe subrogación en la deuda, por lo que estamos claramente en el supuesto del 118.2 LH.

⁴⁹³ Fundamento de Derecho segundo.

⁴⁹⁴ Aquí cabe pensar, con fundamento a mi juicio, que la solución que se dé dependerá de si lo que se descuenta es el importe pendiente de pago, o el importe garantizado con la garantía real. El artículo 666 LECn se inclina decididamente por esta última opción: "el importe de todas las cargas y derechos anteriores al crédito por el que se hubiera despachado ejecución, que consten en la certificación registral de dominio y cargas". Es claro que, con respecto a las cargas se refiere a su importe, y no al de los créditos que garanticen, y con respecto a los derechos (p.ej. usufructo), el valor de los mismos. Por si fuera poco, por los medios de conocimiento (la certificación de cargas) parece difícil seguir manteniendo que se refiere al importe del crédito.

⁴⁹⁵ Nótese la cursiva del texto transcrito, que es nuestra. La cita es del cuarto Fundamento de Derecho.

con cargas o gravámenes anteriores o preferentes al que apoya la ejecución, de modo que, tras el remate, el primitivo deudor (al igual que el vendedor en el caso del artículo 118.2) no tiene ya la condición de deudor obligado al pago [sic] y, si tras dicho remate el deudor originario paga [lógicamente considera que paga una deuda ajena], no se produce la extinción del vínculo obligatorio, sino la modificación de éste, por subrogación activa, originándose la situación prevista en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria, y 1210.3º y 1212 del Código civil)⁴⁹⁶.

D) Caben, por tanto, hipotecas abstractas, tanto cuando no necesitan de un crédito para ser ejecutadas⁴⁹⁷; como como hipotecas en garantía de

⁴⁹⁶ Y sigue diciendo que "En cambio, con relación al tercer poseedor de los bienes hipotecados no es necesario esperar al remate para que el efecto subrogatorio tenga lugar, pues éste no es deudor, y si paga al acreedor el pago no extingue el crédito sino que lo modifica al quedar subrogado dicho tercer poseedor en el crédito y garantía del que ha cobrado (artículo 1212 del Código Civil), ya que él tenía interés en el cumplimiento de la obligación (artículo 1210.3º del Código Civil)". No parece tener sentido alguno esta postura, pues llega a una enorme dificultad para cancelar la hipoteca, sin que pueda ser útil dicha situación para nadie. Esto es, la propiedad tiene menos valor, pero éste no beneficia a nadie, a pesar de que debe ser reintegrado en el valor de la propiedad, y beneficiar a su propietario. Se mantiene por tanto la garantía (por cierto, como hipoteca de propietario, que era lo que queríamos demostrar), pero sin que sea muy oportuna su ejecución (a instancia del propietario, que perdería el bien). En cuanto al ejercicio del derecho de crédito, podrá oponérsele que debe de ejecutar primero la garantía y, además, que no tiene derecho a él, porque se lo descontó de la compra y, por tanto, defender lo contrario produciría un enriquecimiento injusto. Podría mantenerse que en este supuesto se extingue la garantía (o mejor, que la recupera el propietario, subrogación activa), pero si se afirma que se mantiene, será una hipoteca de propietario.

⁴⁹⁷ En realidad existe un crédito, lógicamente, pero éste no se vincula a la garantía, sino que está representado por ella. No es un crédito en el sentido que le da el derecho de obligaciones. Es un crédito real.

negocios jurídicos abstractos que, transmitirán la abstracción a la garantía⁴⁹⁸.

2. Existen situaciones en nuestro ordenamiento que permiten la existencia de la hipoteca de propietario:

E) Como se ha dicho (*supra* A) el rematante no adquiere la obligación de satisfacer la deuda al acreedor, sino la posibilidad de hacerlo (tiene un interés legítimo para ello, y al tratarse *habitualmente* de deudas de dinero el acreedor estará obligado a aceptar el pago)⁴⁹⁹. Pero el obligado al cumplimiento (no necesariamente al pago) sigue siendo el deudor, y tanto éste como el acreedor pueden tener un interés legítimo en el cumplimiento. La tesis que propugna la Dirección General está basada en el incumplimiento del obligado principal, contra el principio *pacta sunt servanda*, y no puede servir como regla aplicable a una generalidad de

⁴⁹⁸ Por ejemplo, en la letra de cambio, apoyada en realidad en la literosuficiencia de ésta. Ciertamente, en ninguno de los dos supuestos estamos hablando de abstracción en el sentido del *Abstraktionsprinzip* del derecho alemán, de aplicación al ámbito de los derechos reales. Véase *supra* pp. 245 ss.. Estamos hablando de garantía abstracta en el sentido que se utiliza entre nosotros: la abstracción procesal, como afirma DE CASTRO. Véase *supra* nota 460, p. 253.

⁴⁹⁹ No ocurriría así si se tratase de una obligación de hacer asumida *intuito personae*, que podría en buena técnica garantizarse con hipoteca (puesto que es susceptible de valoración económica). En este supuesto el complicado sistema que suele organizarse con el único fin, a nuestro juicio, de observar un purismo extremo en lo que concierne al carácter supuestamente accesorio de la hipoteca, admitiendo sin embargo un multitud de excepciones. En contra creemos que el principio de accesoriedad de la hipoteca (mantenido sobre la base de los arts. 1857.1º y 1873 Cc.) es algo que debe de entenderse relativamente.

supuestos (parte de una posible consecuencia de la transmisión del bien, como es la posibilidad de pago por el tercero; para extraer de ahí la regla general, el tercero está obligado al pago⁵⁰⁰).

- F) Cuando el deudor cumple la obligación, adquiere (incluso la Dirección General lo admite, aunque exige, en el supuesto que analizamos, que se haya producido el remate) la garantía hipotecaria contra el comprador que descontó el precio. Esto es incongruente con las siguientes afirmaciones de la Dirección General, incluso en la misma Resolución:
- a) la Resolución mantiene que, cumplida la obligación que garantizaba la hipoteca, esta se extingue en virtud del principio de accesoriedad;
 - b) el comprador, que según la inteligencia de la Resolución comentada adquiere la obligación de pago del crédito⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Aunque, si no lo hace, no ha incumplido obligación alguna. Se dirá que la obligación de pagar al acreedor, pero que adquiera tal obligación se requiere pacto expreso (con independencia de la aceptación del acreedor, que sólo es necesaria para la subrogación, esto es, no para obligar al comprador sino para desvincular al vendedor): el mero descuento no es justificación para considerar implícito dicho pacto. Desde luego la referido tesis no soluciona el problema de una venta en la que expresamente se recoja que será de cuenta del vendedor el pago de la obligación por él asumida frente al acreedor hipotecario (por ejemplo, el montaje de unas instalaciones industriales de alta tecnología, que supone publicidad para el deudor obligado, y para cuya realización solicitó el crédito hipotecario sobre terrenos de su propiedad, que luego enajena).

⁵⁰¹ Se nos dirá que adquiere la obligación de pago (aunque, curiosamente, sin que exista asunción de deuda); y que, al no cumplir con su obligación, responde y tendrá el deudor que paga acción ejecutiva contra él. Pero ya entonces el crédito que se ejecuta no es el mismo que el garantizado. Se ejecuta por el importe de la responsabilidad hipotecaria, sin necesidad de liquidación alguna en ningún caso, ni siquiera en el supuesto de que se trate de una hipoteca de máximo (se descuenta por el importe de la garantía, de la responsabilidad hipotecaria: véase *supra* nota 494). No se ejecuta un crédito. El

- G) Podemos observar que la *ratio* del precepto es impedir el enriquecimiento injusto que origina el descuento, respecto al precio de la compraventa, de la cantidad garantizada. Hacerlo depender, como hace el alto centro directivo, de que se haya producido o no el remate, es alejarlo de su requisito único, que es que se haya producido el descuento. Además, dicha interpretación se realiza no sólo contra la lógica, sino contra la letra del art. 231 RH, como reconoce el motivo 4º de la nota de calificación que la Dirección confirma: la "interpretación literal del artículo 231 del Reglamento Hipotecario podría ofrecer cobertura a la pretensión del presentante". A nuestro juicio, esta cobertura es clara, por cuanto subordina la subrogación únicamente a que no haya "sido cancelada en el Registro la garantía real".
- H) Si cabe que el deudor cumpla, como está obligado, antes de producirse el remate, por cuanto es lo que se deduce de la *ratio* del art. 118.2 LH y de la interpretación literal⁵⁰² del art. 231 RH, y en estos casos adquiere la posibilidad de dirigirse por la acción real hipotecaria contra el rematante (o adquirente) posterior una vez que haya adquirido, es claro que en el *interin* ha existido (o mejor, subsistido) una hipoteca de propietario.

argumento que parece seguir la Dirección General explica el porqué de la responsabilidad del rematante, pero no su funcionamiento.

⁵⁰² Y no sólo de la literal, sino también de la interpretación integradora, dotando al sistema, a mi juicio, de mayor coherencia de lo que lo hace la interpretación del alto centro directivo, que precisa atender a excepciones para su comprensión, y que no es capaz de explicar todos los supuestos que pueden plantearse, sino únicamente aquellos que presuponen el incumplimiento del deudor.

No se trata de meras excepciones, sino de una visión integradora. Visión esta que se inscribe en la línea de la LsubPH, que a éstos efectos consideramos concreción, y no excepción, del art. 1211 Cc., como su E. de M. corrobora⁵⁰³.

Es preferible para el tráfico, por cuanto facilita la circulación de las garantías, al tiempo que mejora la posición del deudor, por lo que supone de recuperar sus hipotecas y, con ello, la posibilidad de negociar la mejora de las condiciones de los créditos cubiertos con garantías de inferior rango.

Actualmente la discusión parece versar sobre el carácter accesorio (entendido como causal) de la hipoteca en los sistemas latinos, frente al abstracto de los sistemas germanos. La discusión no tiene un correcto enfoque, pues este último se gestó como "un sistema similar al que años

⁵⁰³ Se expresa en estos términos: «Esta Ley viene además a cumplir con el mandato parlamentario que en su moción del 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, instaba al Gobierno a habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor.

Esta situación, [sigue diciendo] históricamente reiterada, puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1211 del Código Civil, que la configura como un acto potestativo -voluntario- del deudor. No obstante, la concisa normativa de dicho precepto no resulta suficiente para resolver la problemática que plantea esta institución, cuando el primer acreedor y el que se subroga con algunas de las entidades financieras a las que se refiere la Ley de Mercado Hipotecario. Resulta por ello procedente establecer una regulación específica del referido supuesto (acotado por el artículo 1), que facilite su desarrollo y abarate su coste».

después se denominará *latino*⁵⁰⁴, sistema de publicidad incompleta, en el que la inscripción era indispensable únicamente para la constitución de hipoteca, siendo con respecto a la propiedad y otros derechos reales únicamente útil para hacerlos oponible a terceros.

El carácter accesorio estricto de nuestra hipoteca, así como el no haber incorporado el principio de abstracción real alemán, se debe en buena parte al control de la causa de inspiración, entre nosotros, canónica (segunda escolástica), que propone a su vez el censo como forma de justificar (de esconder más bien) el cobro de intereses.

Ya vimos como la inscripción constitutiva no es reflejo en nuestro ordenamiento de una hipoteca abstracta, sino requisito indispensable para considerarla oponible frente a terceros⁵⁰⁵. Ahora además vemos que originariamente nuestro sistema y el denominado sistema germánico no sólo no están lejos, sino que parten de una misma base.

u) La accesoriedad en nuestro Derecho positivo

Sin duda es esta de la accesoriedad una de las características más importantes de la hipoteca, no obstante, matizar qué se entiende con ello es una de las cuestiones más polémicas sobre los rasgos de esta institución. Ya se ha señalado más arriba la sorpresa con la que se constata que siendo

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁰⁵ Lo que tratándose de un derecho real la convierte en requisito constitutivo (nótese que los derechos reales requieren cierta publicidad, que normalmente se realiza con la posesión, lo que no es posible en el caso de los derechos de garantía sin desplazamiento).

la hipoteca lo accesorio, imponga algunas de sus normas al crédito. Si esto fuese así, no cabría hablar entonces de crédito (préstamo) e hipoteca, como de dos institutos que dan forma a una operación jurídica, sino de un único contrato, cual es el complejo constituido por los créditos hipotecarios (préstamos hipotecarios), como afirma LALAGUNA⁵⁰⁶ al defender la autonomía del crédito hipotecario como institución sometida a sus reglas especiales, que no son ni las propias de la hipoteca, ni exclusivamente las del contrato de préstamo.

Frente a la tesis sentada por ROCA SASTRE ya en la 1ª edición de su *Derecho hipotecario*⁵⁰⁷, LALAGUNA⁵⁰⁸ afirma:

Se han mantenido durante los últimos años opiniones que reflejan la idea de que la accesoriedad de la hipoteca tiene un alcance relativo. Sin desconocer el carácter accesorio de la hipoteca, se han venido a formular estas dos proposiciones: a) el nexo entre hipoteca y crédito no es una mera yuxtaposición de un derecho real y un derecho personal sino una situación de interdependencia, por cuya virtud se modifica el régimen del crédito como

506 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, "El derecho real de hipoteca y el crédito garantizado", en NIETO CAROL, U., y otros, op. cit., pp. 32 ss. Y anteriormente en "Los créditos hipotecarios", en Estudio homenaje al Profesor De Castro, II, Madrid, 1976, pp. 83 ss.

507 Tomo. III, Barcelona, 1942.

508 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, "El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, volumen 2, pp. 19 a 111 (la cita es de la p. 26).

derecho personal, en cuanto se producen efectos distintos de los que son propios o típicos de un crédito ordinario o común; b) desde el momento en que un derecho de crédito, de carácter *puramente* personal, se garantiza con hipoteca, el crédito, sin perder su naturaleza de derecho personal, será no *puramente* personal sino hipotecario: en consecuencia, determinados aspectos del crédito garantizado con hipoteca se regularán no sólo por el Derecho de obligaciones sino también por el Derecho de cosas⁵⁰⁹.

Compartimos el carácter relativo de la accesoriedad, lo que es casi tan aceptado como el propio carácter accesorio de la hipoteca. Pero eso no hace más que trasladar la cuestión sobre la accesoriedad a qué debemos entender por el carácter relativamente accesorio de la hipoteca. Ello nos puede llevar a atemperar algunas afirmaciones que suelen hacerse (especialmente con relación al rango de la hipoteca)⁵¹⁰. Lo que no podemos

⁵⁰⁹ En el mismo sentido ALMOGUERA GÓMEZ, "La protección", p. 715 "La incorporación del derecho real de hipoteca al contrato bancario de préstamo ocasiona modificaciones sustanciales en el régimen propio de éste al permitir al acreedor hipotecario desenvolverse en el ámbito de los derechos reales", lo que le lleva a hablar de "yuxtaposición entre un derecho personal de crédito y otro real de garantía".

⁵¹⁰ Así la Sentencia de la AP Navarra de 22 de mayo de 1998 considera que la hipoteca de máximo mantiene el rango a pesar "de su conversión en hipoteca ordinaria al no tratarse de nueva hipoteca", afirmación que no debería encontrar demasiada oposición doctrinal. Si se permite el paso de una hipoteca no ejecutiva (como lo es esta de máximo en tanto no se liquide la deuda) a otra (ordinaria) para la que la certificación registral debiera de ser título suficiente de ejecución, no parece que exista especial problema en admitir que la hipoteca pueda volver a su estado de latencia una vez satisfecho el crédito que garantizaba, hasta tanto el propietario solicite su cancelación, o vuelva a ponerla en

compartir es que esta relatividad nos conduzca sin más a establecer entre la hipoteca y el crédito garantizado (en nuestro caso el préstamo) otro tipo de relaciones distintas a las establecidas legalmente (que finalmente harán que el préstamo se regule por normas hipotecarias, sin otra justificación que una supuesta dependencia, curiosamente en sentido inverso al que se declara, de la hipoteca con respecto al préstamo).

En este sentido, la tesis propuesta por LALAGUNA tiene la virtud de señalar la accesoriidad (de la hipoteca) como criterio de conexión de ambos contratos, pero olvida que detrás de ésta está la común causa de ambos contratos. Mantiene por el contrario una relación teóricamente dominada por el binomio principal-accesorio. Este es el concepto de accesorio que se aplica a los bienes (*accessorium principale sequitur o accessorium cedit principali*) y según el cual éstos se dividen en accesorios y principales⁵¹¹. Su ámbito de aplicación es exclusivo de los derechos reales, para establecer que una cosa (accesoria) que es producida o unida a otra (principal) pertenece al propietario de esta última. Dicho concepto de accesorio (frente a principal) es de elaboración romana⁵¹², y ya vimos que la accesoriidad (causal) a la que nos referimos se opone a la abstracción, como elaboración

circulación garantizando con ella un nuevo crédito (eso sí, hasta el mismo tope máximo de responsabilidad hipotecaria que garantizaba el anterior).

⁵¹¹ Y también a los derechos en cuanto que pueden ser tratados como bienes inmateriales.

⁵¹² Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. III, pp. 243 y 244.

del pandectismo alemán⁵¹³. Nada tiene esto que ver con la causa en los contratos. Esta es una frecuente confusión, que lleva a extraer una relación de dependencia en lo que debe ser una relación de interdependencia o coordinación.

Cuando se dice que la hipoteca es accesoria, y se identifica la obligación garantizada como causa de la misma, se confunde accesoriadad con abstracción real, y ésta con la abstracción negocial (además de confundir causa y motivos). La hipoteca, como derecho real, no es ni deja de ser abstracto o causal. Simplemente se encuentra sometido a las vicisitudes del título, del que sí se puede hablar de causa.

El contrato de hipoteca depende (como todo negocio jurídico en nuestro ordenamiento) de la validez de su causa; es decir, es causal. Esta causa suele guardar a su vez una estrechísima relación con la de otro contrato (en nuestro caso el préstamo), relación que suele denominarse de accesoriadad. Para evitar confusiones creo más apropiado decir que la relación entre préstamo e hipoteca es una relación de conexión o vinculación, lo que encuentra apoyo en la terminología del Código Civil⁵¹⁴, y es la que la doctrina utiliza para referirse a este tipo de relaciones en las que la **conurrencia de motivos de varios negocios se hace relevante para la validez de la causa de cada uno de ellos**. El motivo común es en nuestro

⁵¹³ Ya se dijo (*supra* nota 457) que hay quien coloca el origen en el derecho anglosajón, y que de ahí lo toman los alemanes.

⁵¹⁴ De "derecho anexo" lo califica el 1212 Cc, luego son derechos anexionados, conectados o, mejor, conexos.

caso disponer de recursos económicos para un tercer negocio⁵¹⁵. Visto así, esta relación no es un requisito para la existencia de ninguno de los dos negocios (contrato de hipoteca y contrato garantizado): es un plus que, cuando concurre, afecta decisivamente a los criterios de validez y al alcance de ambos. Esto explica⁵¹⁶ la inversión en ocasiones de la relación de dependencia, haciendo depender el crédito del contrato de hipoteca.

El tercer contrato, aquél para el que el préstamo se concede (la compraventa), puede llegar incluso a formar parte de esta misma relación de conexión, cuando la existencia de un negocio no se entienda sin el otro, pues todos juntos sirven a un propósito único. En esta relación no están los distintos negocios en un mismo plano, pues el grado de dependencia con respecto a la finalidad propuesta no es el mismo en todos los casos. No estamos pues ante un contrato mixto que por la concurrencia de varios negocios típicos de lugar a un nuevo negocio atípico: no se puede hablar de un negocio unitario desde el punto de vista jurídico⁵¹⁷. Cada negocio se

⁵¹⁵ Los dos (préstamo e hipoteca) se incluyen en el clásico *do ut des*, y ambos son también onerosos, pero mientras uno cumple una función de garantía el otro tiene una función financiera. Ciertamente andan solapadas, pero no pueden confundirse.

⁵¹⁶ Parcialmente, pues como vimos, también influye la aplicación de las normas del Derecho de obligaciones contenidas en la LH.

⁵¹⁷ No es que considere de todo punto incorrecto este planteamiento: desde luego que los tipos contractuales que concurren no se presentan puros en la práctica, y que en parte se ven influidos por las figuras contractuales que se le yuxtaponen. Sin embargo, aunque siendo éste un criterio útil para interpretar el contrato, deben primar, en atención al principio de la protección del consumidor, los criterios de conexión, que contemplan la

regula por las normas propias de su tipo contractual. Distinto es que la validez y el cumplimiento de cada uno de ellos pueda afectar a la de los demás, cuestión que será tratada en el siguiente epígrafe⁵¹⁸.

La accesoriidad entendida como dependencia de la hipoteca respecto de la relación obligatoria que garantiza tropiezo en primer lugar con el juego de la buena fe del tercero amparado en la publicidad registral, que reconoce el art. 144 LH, y que implica (en la terminología que aquí se critica) que el derecho accesorio viva, en cierta medida, desligado del principal. En segundo, y en sintonía con la protección del tercero de buena fe (sintonía no explicable desde esta óptica), tropiezo también con el principio de protección del consumidor, y con la inversión práctica de esta relación de dependencia. La dificultad de aplicar este concepto de accesoriidad se aprecia en todos los momentos de la vida de la relación negocial:

En la transmisión:

Por cuanto limita la transmisión del crédito, al imponerle los requisitos de la transmisión de los derechos reales. Podría, sin embargo, cederse el crédito sin transmitir la hipoteca, que no por ello se extingue, pues requiere para ello de la inscripción de cancelación. Por último, la hipoteca se transmitirá al transmitir el crédito cuando ésta vaya incorporada a un título. Todos estos supuestos no se pueden explicar muy bien desde una lectura extrema de la

misma relación no desde el plano de excepcionar normas dispositivas, sino de controlar la modificación del reparto de riesgos que estas disponen.

⁵¹⁸ Véase *infra* I.F Los criterios de conexión en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, p. 295.

accesoriedad de la hipoteca, que suponía, hasta la LsubPH, la necesidad de cancelar la hipoteca y volver a constituir otra (ante la negativa de permitir la subrogación de un nuevo acreedor sin el consentimiento del primitivo).

Es posible, consecuentemente, la existencia de la garantía cuando el crédito ya se ha extinguido, pero no así la ejecución de una garantía sin que al mismo tiempo se ejercite el cumplimiento forzoso de un crédito líquido. La hipoteca puede incluso adquirirse de un *non dominus*, el crédito no se puede adquirir de quien no es acreedor.

La constitución:

Un crédito se genera como resultado de un negocio jurídico, que puede incluso ser la mera declaración de voluntad dirigida a hacerse fiador de la deuda de otro, o reconocer una deuda cuya exigibilidad había prescrito. Por el contrario la constitución de la hipoteca está rodeada de mayores formalismos, entre los que cabe destacar la inscripción en el Registro, lo que la somete a los principios propios de los derechos reales. El juicio de adecuación a estos principios se realiza con la calificación registral que, si es contrario (denegación de la inscripción) implica la inexistencia de la garantía real, sin que para nada afecte al derecho de crédito. Por otro lado, la constitución de una hipoteca sin la preexistencia del crédito que se garantiza (p.ej., un crédito futuro)⁵¹⁹, no implica la nulidad de la garantía. Parece pues que no existe relación de dependencia entre el préstamo y la

⁵¹⁹ Si consideramos el préstamo un contrato de perfección real, podremos incluir en este supuesto el caso de préstamo garantizado con hipoteca en el que aún no se ha producido la entrega del bien prestado al prestatario.

hipoteca, al menos entendida como requisito necesario, en ninguno de los dos sentidos.

La extinción del préstamo por pago solutorio:

El pago produce la extinción de la deuda, y la adquisición de la hipoteca por el propietario. Por ello la doctrina mayoritaria, aplicando analógicamente la extinción por consolidación en la servidumbre y en el usufructo, consideran que la hipoteca debe considerarse extinguida por dicho motivo. No observan sin embargo dos cuestiones:

1. No es cierto que al pago de la deuda el propietario adquiera la hipoteca. Cuando deudor hipotecario y personal no coinciden, el pago realizado por el segundo no extingue necesariamente la relación entre éstos, a no ser que así se haya pactado (art. 118.2 LH analógicamente).

2. Aún coincidiendo las figuras de deudor y propietario en una misma persona, debemos cuestionarnos a quien debe beneficiar el pago. En efecto, la hipoteca permite poner en circulación el valor de un bien inmueble. Históricamente esto resulta fácilmente contrastable, y económicamente es algo evidente. Dicho valor se detrae por tanto de la propiedad. Sin embargo, bien visto, no se detrae sino que se materializa. La propiedad sigue teniendo el mismo valor, sólo que éste se encuentra representado por la hipoteca. Para reintegrar este valor a la propiedad, hay que permitir que la hipoteca no se extinga necesariamente por consolidación, pues puede ser legítimo que, pudiendo existir distintos derechos sobre un mismo bien, éstos entren en conflicto, y la extinción de la hipoteca beneficie a quien debería sufrirla como carga.

Supondría preferir frente al derecho del propietario, el del acreedor con garantía hipotecaria de rango inferior a la que garantiza un crédito que se extinga por pago solutorio; el del comprador que descuenta el precio sin subrogarse en la deuda, o el del rematante que adquiere una hipoteca de inferior rango: la extinción del derecho de garantía beneficia, respectivamente, al acreedor posterior (al crédito que se extingue)⁵²⁰, al comprador⁵²¹, y al rematante⁵²².

3. Conclusiones

La primera pregunta que debemos contestar al abordar el problema de la accesoriedad de la hipoteca, es lo qué ésta significa. Por su descripción sintética tomaremos a PEÑA⁵²³ como referente de lo que se suele entender por accesoriedad en la hipoteca:

⁵²⁰ Mejorará automáticamente su posición, sin mejorar al deudor por ello, cuando los intereses del crédito han sido calculados teniendo en cuenta el "peor" rango de la garantía.

⁵²¹ Véase el supuesto del art. 118 LH en pp. 269 ss. En muchas ocasiones el descuento no es explícito, ni por el valor de la garantía, sino que simplemente se ha tenido en cuenta para valorar el bien.

⁵²² Si el deudor paga la deuda garantizada con hipoteca de primer rango, antes del remate de la de segundo rango (caso de la RDGRNot de 2.12.99, comentado *supra* pp. 269 ss.).

⁵²³ *Derechos reales. Derecho hipotecario*, § 38, B, p. 113, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

1. La hipoteca, "como en general los derechos de garantía, nace y subsiste para servir a otro derecho principal (cfr. Arts. 1857.1º y 1876 Cc., 104 LH y otros muchos preceptos)".

No cabe duda alguna de la veracidad de dicha afirmación. Pero de ella no debe deducirse, como se acostumbra, la interdicción de garantías abstractas (aunque después se censuren por otros criterios, dada la

inexistencia de abstracción que se viene predicando rigiendo en nuestro ordenamiento). Ello nos permitirá mantener, en la medida en la que se admita la abstracción entre nosotros (esto es, si quiera como

abstracción procesal), que existen supuestos de hipotecas abstractas en nuestro Derecho.

PEÑA habla de "servir a otro derecho principal", pero los artículos que cita sólo exigen que asegure "el cumplimiento de una obligación", y no un derecho, que parece poner el negocio de

garantía en contacto más con el negocio del cual surge la obligación, que garantiza, que con esta última. En realidad la hipoteca garantiza

el cumplimiento de concretas prestaciones de dar (y de dar una concreta suma de dinero), u otras cualesquiera prestaciones por su valor económico.

En Derecho alemán, junto a la garantía accesoria, la hipoteca (§1113 BGB), que garantiza un crédito (*Forderung*), se encuentra la

Grundschild, o deuda territorial, de carácter no-accesorio⁵²⁴ (§ 1191 BGB), que garantiza concretas prestaciones⁵²⁵ (*Leistungen*, § 1191(2)). Nuestro Código sin embargo no distingue entre garantías reales inmobiliarias accesorias y no-accesorias, pero parece permitir situaciones en las que bien pudiera afirmarse el carácter no-accesorio de la garantía hipotecaria.

2. Si el crédito es nulo o se extingue, también será nula o quedará extinguida la hipoteca

No cabe duda de la exactitud de la referida afirmación, pero ello no implica que no pueda existir una carga real sin referencia a un crédito concreto. Lógicamente, en última instancia la causa (como causa de la atribución patrimonial) se podrá hacer valer (bien por la vía del enriquecimiento injusto, como en el ordenamiento alemán), bien por la vía de la nulidad del título en que se funda la constitución o transmisión del derecho real de hipoteca.

⁵²⁴ Ya vimos que en derecho alemán accesoriadad no es antónimo de abstracción, y que de esta suerte tanto la *Grundschild* como la *Hypothek* tiene carácter abstracto (unidad e inscripción, §§ 873 y 1192, con la particularidad de la *Briefübergabe* del § 1117 BGB), mientras que la accesoriadad se predica sólo de la segunda.

⁵²⁵ El número 1 del referido párrafo no habla de prestaciones, sino que se limita a reconocer la posibilidad de gravar un bien con la carga de pagar una suma de dinero: es su apartado 2 el que dice que la referida carga podrá también comprender intereses y otras prestaciones accesorias (*und anderen Nebenleistungen*).

3. Quien es titular del crédito es titular de la hipoteca. Sólo puede ser enajenada la hipoteca con el crédito mismo y se transmite cuando se transmita el crédito (cfr. Arts. 1528 y 1212 Cc., 149 LH).

Los referidos artículos regulan una hipoteca que, en efecto, es accesoria, porque garantiza un concreto crédito. Pero dicha accesoriadad, por permitir la vida independiente del crédito sin mutar en absoluto el derecho de hipoteca, debe entenderse matizada, y deben de admitirse situaciones en las que dicho principio no opera.

Entendemos por accesoriadad que se requiere la subsistencia de un crédito para poder ejecutar la garantía. Siguiendo el esquema de PEÑA, pero no sus ideas, podemos decir que la accesoriadad es el hecho de que la garantía nace para garantizar un crédito, no pudiendo exigirse su ejecución sin la subsistencia y validez de aquél, o de un nuevo crédito que ha ocupado por acuerdo entre acreedor y deudor hipotecario (o acto unilateral del propietario cuando recupere la garantía) la posición del crédito primitivo. Si el crédito es nulo o se extingue, la hipoteca pasará al propietario, o, en su caso, al deudor⁵²⁶. Quien es titular del crédito es titular de la hipoteca, pero el crédito puede transmitirse sin aquella. En dicho supuesto la garantía retorna igualmente al propietario (o al deudor). Sólo puede ser enajenada la

⁵²⁶ En principio al propietario, salvo que se hubiere pactado otra cosa (véase nota 260, p. 128). Salvo que resulte que el crédito garantido sea la causa próxima del contrato de hipoteca, en cuyo caso la falta de abstracción de nuestro sistema real conllevará la nulidad del derecho real de hipoteca, pero eso no se deriva del carácter accesorio de la garantía. La opción que se propone es la que se mantiene en Alemania para el derecho real de hipoteca, sin que este deje por ello de calificarse como accesorio.

hipoteca con el crédito mismo, o junto con el derecho de propiedad, y se transmite cuando se transmita cualquiera de ellos.

La relación de accesoriad es una relación de vinculación entre dos contratos, uno con meros efectos obligacionales (crédito) y otro con efectos reales (contrato de hipoteca). Se trata por tanto de un contrato complejo, que toma la regulación de uno y otro. Uno de ellos es siempre el contrato de garantía real, pero el otro no queda determinado, pudiendo consistir en contratos a su vez mixtos o complejos. Es por ello que la relación de accesoriad no conlleva siempre las mismas consecuencias. La intensidad de la accesoriad puede ser pactada por las partes (en realidad lo que importa es la voluntad del titular registral) al constituir la hipoteca. Se incluye y se explica, por tanto, como un elemento más de la vinculación entre el contrato del que surge la obligación garantizada, y el contrato de hipoteca.

Los derechos reales se rigen por las normas del Derecho inmobiliario, o inmobiliario registral, y los derechos de crédito, por las normas de los derechos de crédito. Las obligaciones garantizadas y el contrato de hipoteca, no se regulan por las normas que rigen los derechos reales (principio de separación, *Trennungsprinzip*). Otra cosa es que entre ambos contratos existan criterios de conexión que hagan depender la validez de uno de la del otro, y que a su vez la falta del *Abstraktionsprinzip* en nuestro

ordenamiento⁵²⁷ implique la decisiva influencia del título obligacional en el derecho real.

De esta suerte no operará igual la garantía hipotecaria ofrecida a título gratuito entre familiares o amigos en garantía de negocios ajenos, en las que su constitución interesa al propietario únicamente para garantizar esa obligación. Extinguida la misma, la causa que motivó (causa concreta) el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca desaparece, y por tanto deberá cancelarse la hipoteca⁵²⁸. Esta interpretación parece más respetuosa con la opinión mayoritaria. Sin embargo soy de la opinión que es preciso estar a criterios generales y, si la hipoteca existe hasta que no se inscribe su cancelación (cfr. arts. 122, 124 LH y 231 RH), lo que procedería es, a elección del propietario, la inscripción de cancelación o la constancia, por nota marginal, del pago y subrogación.

Por otro lado, es perfectamente claro que, a una empresa o a un adquirente de vivienda, que hipotecan en garantía de un crédito, les puede interesar el mantenimiento del derecho real una vez extinguido aquél, o la subrogación de un nuevo acreedor antes de dicha extinción. La posibilidad de subrogar al acreedor por imposición del deudor se venía cuestionando en la doctrina hasta la entrada en vigor de la LsubPH, diciéndose que requería la cancelación de la hipoteca y constitución de una nueva, por lo que

⁵²⁷ O, si se prefiere, la vigencia de la Teoría del título y el modo.

⁵²⁸ Debe decirse que para ello es requisito que dicha causa próxima, o concreta, se haga constar en la escritura de constitución y, a mi juicio, debería de acceder al Registro.

resultaba caro y complicado. El derecho de subrogación en esta ley se concede, sin embargo, al deudor, sin requerir que sea propietario. Si ligamos esto al supuesto anterior, entenderemos por qué la ley limita la modificación a la mejora de las condiciones del tipo de interés (la accesoriedad cuando el deudor no es propietario, y en la ley no se exige, es en principio mayor que cuando no lo es)⁵²⁹.

Tampoco operará igual la hipoteca en garantía de un crédito entre dos empresarios constituida con el fin de subrogar a un tercero, que será cliente de ambos.

Por todo ello, difiero de la doctrina dominante, que considera que el crédito hipotecario es un híbrido que se escapa tanto a las normas de los derechos de crédito como a las de los derechos reales⁵³⁰, para venir a regirse por una selección de unas u otras normas, en las cuales no hay acuerdo en dicha corriente, mayoritaria, de opinión.

Existen abundantes normas que tratan de concretar estos principios que, como hemos vistos, no necesitan más apoyo que la regulación básica recogida en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria (esto es, reiteran, concretan la regulación general en un concreto supuesto). Esta nueva normativa persigue, según declara, proteger al cliente bancario, al adquirente, o, sin más, al consumidor. Por ello debe tenerse presente que

⁵²⁹ Esto es, cuando no es propietario sería preciso estar a la escritura de constitución de hipoteca para apreciar si la hipoteca es gratuita u onerosa.

⁵³⁰ *Supra* notas 506 y 509.

es una normativa de mínimos: no serían de aplicación en la medida en la que resultaran contrarias a (o más perjudiciales que) la regulación que hemos visto se contiene en la Ley Hipotecaria y el Código Civil. Excepción hecha de aquellas que, no resultando más perjudiciales, no supongan más que el desarrollo de otras normas de rango legal, posteriores a los citados cuerpos legales. Lo que vengo a mantener y en adelante desarrollaré, es que las disposiciones sectoriales bancarias que pretenden de una manera tosca proteger al consumidor en éste ámbito de la contratación, no son más que la aplicación concreta de normas de rango legal, como la LCU y la LCD, y que en la medida en la que es así deben modificar la interpretación de la legislación hipotecaria. No obstante sería deseable, para una mayor claridad, no obligando al intérprete a discernir cuando una norma sectorial es desarrollo de las leyes protectoras del consumidor, y cuando no, en cuyo caso habrá de respetar el contenido de la regulación hipotecaria, sería deseable, decía, la regulación de la materia por ley, habilitando, en su caso, a los ministerios competentes para su desarrollo, de forma más coherente a como lo hace el actual art. 48.2 LDIEC⁵³¹.

En concreto, la interpretación que se propone de la accesoriadad relativa (admitiendo incluso supuestos no-accesorios, que no por ello abstractos) y la no existencia de abstracción real (aunque pudiera existir cierta abstracción negocial para algunos créditos mercantiles, pero en ningún caso en el sector de la contratación que estudiamos), favorece al consumidor,

⁵³¹ Sobre todo ello véase más adelante.

protege sus derechos económicos, y está en sintonía con estas nuevas normas, sin necesidad de forzar las más tradicionales.

F. LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

1. Introducción

v) Planteamiento socioeconómico:

LÓPEZ FRÍAS señala que "puede encarecer el crédito inmobiliario⁵³² o bien disminuir su oferta por parte de las entidades financieras si se hace recaer indirectamente sobre el prestamista el incumplimiento del vendedor, o si se

⁵³² Uno de los motivos que se alega es que no podría repercutirse parte de su coste en otros mercados, dado que dejaría de ser idóneo para el mismo. En este sentido se señala que los bancos ceden sus créditos (operaciones activas) garantizadas con hipoteca (en realidad no es el crédito mismo lo que se transmite, sino unas participaciones del mismo que emite la entidad crediticia) a una entidad sin personalidad jurídica denominada Fondo de Titulación Hipotecaria, que emite valores que a su vez son atendidos con los rendimientos de esas cesiones. Estos valores (bonos de titulación hipotecaria) se negocian en un mercado secundario, y dada la importancia de éste para la economía, la pregunta será: ¿necesita el mercado secundario de créditos hipotecarios, para un correcto y competitivo funcionamiento, imponer alguna forma o contenido a los contratos de crédito que celebran los bancos con sus clientes? En caso afirmativo ¿qué parámetro debe seguirse para medir hasta qué punto ha de influir uno en el otro? ¿en qué medida influye? En caso de desproporcionalidad ¿qué medidas se pueden proponer? (ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "Régimen de la cesión masiva de créditos hipotecarios (la titulación hipotecaria)", en la obra colectiva, dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, volumen 2, pp. 489-560, en especial pp. 489-502).

proclama la dependencia del préstamo respecto de la validez de la compraventa⁵³³. Sin considerar falsa esta afirmación, debe de tomarse con cautela⁵³⁴. El precio y el volumen de oferta del mercado hipotecario no guardan relación inversa con las normas más o menos protectoras del deudor o, en nuestro caso, del consumidor adquirente de vivienda. Al contrario, podría argumentarse que la clarificación de sus derechos y de los mecanismos de ejecución hipotecaria, pueden abaratar sus costes y sus precios. Las consecuencias de dicha vinculación dependerá de cómo se articule la satisfacción del interés del acreedor en ver satisfecho su crédito en un plazo razonable, con la protección de los legítimos intereses del adquirente. Las sin duda oportunas valoraciones económicas, deben de hacerse valorando todos los elementos que intervienen en el precio del producto, y en ningún caso pueden tomarse como único criterio para

⁵³³ LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, nota 97, p. 102, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1994. Véase en contra la nota *supra* 20. El derecho necesita certeza, y ésta no es una cuestión tan relacionada con el contenido de la norma como con la técnica legislativa y, lógicamente de hermenéutica jurídica, que cobra mayor importancia cuanto peor sea la técnica legislativa.

⁵³⁴ Véase el pronunciamiento contrario de DE LA RICA (*infra* p. 435) sobre el problema que, como veremos, late detrás de esta afirmación: la adecuación de un procedimiento especial cuya habilitación se produce en función de un pacto previo entre los futuros ejecutante y ejecutado, a una sociedad en la que la contratación en masa, las condiciones generales de la contratación, y la respuesta del legislador como expresión de la voluntad democrática en defensa de los consumidores son realidades cotidianas. El autor citado únicamente nos advierte de la amenaza que supone la ejecución basada en el pacto: favorecer la usura y limitar (al contrario de lo que aquí afirma LÓPEZ FRÍAS) el crédito territorial.

extraer conclusiones sobre la conveniencia de una protección del consumidor de créditos hipotecarios⁵³⁵.

El legislador es consciente de los riesgos de ciertas políticas públicas como las de protección del consumidor (como bien advierte la ciencia de la legislación): la pérdida de competitividad del mercado interior. Por eso estas medidas tienen que desplazarse hacia foros internacionales, quedando en alguna medida pequeño incluso el que supone la Unión Europea. Se trata de evitar el *dumping* social⁵³⁶.

w) Una visión histórica (de derecho comparado)

Pero nuestro papel aquí es analizar cuales son hoy en día las normas jurídicas que puede hacer valer el adquirente de vivienda frente al prestamista que financia la compra, por motivos basados en el contrato de compraventa. Dicho de otra forma, cuáles son los criterios que permiten establecer una relación suficiente entre la compraventa y el préstamo como.

⁵³⁵ Sobre este concepto véase más abajo el epígrafe II.1.A. Un tratamiento del problema de los distintos criterios para evaluar la conveniencia de una norma (vigente o proyectada), se puede ver *supra* en la nota 19, p. 17.

⁵³⁶ Sobre el tema puede verse la obra de DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho: Exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema*, 1995, nº 125, pp. 5 ss. Véase también GUTIÉRREZ SOLSONA, Fernando, *Medidas antidumping, instrumento del neoproteccionismo*, Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Economicas y Empresariales, Madrid, 1994, y, aplicando lo dicho con motivo de la protección del entorno a la de los consumidores y usuarios; RODRÍGUEZ CARMONA, Antonio, *El dumping ecológico : el papel de las medidas comerciales*, Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Economicas y Empresariales, 1994. Las deficiencias que desde este ámbito de la Teoría del Derecho se señalan, se recogen en *infra* II.C...

para hacer oponibles las circunstancias de aquella a este último. Una buena forma de análisis es ir a buscar en los orígenes de la financiación de la compraventa (de bienes de consumo duraderos) por un tercero.

Si bien parece cierto que el origen de la financiación por un tercero responde a la imposibilidad de los vendedores de consentir el aplazamiento de los pagos, no es menos cierto que esto es sólo una explicación histórica, y no sirve para justificar su desarrollo actual⁵³⁷, que se apoya fundamentalmente en el interés de éstos, que pueden realizar las mismas operaciones sin comprometer capital propio⁵³⁸. El primer desarrollo práctico de esta fórmula de financiación se lleva a cabo en Estados Unidos y normalmente a través del *Instalment Sale Method*, más usado que el *Instalment Loan Method*. En aquél el vendedor llega a un acuerdo marco con el financiador por el cual éste viene obligado a subrogarse en las ventas que el primero realice. Para ello el vendedor realiza una compraventa a plazos, obligando al comprador a formalizar en títulos ejecutivos (*promissory notes*) los pagos aplazados y a permitir la subrogación del vendedor (*assignment*). Los títulos son además garantizados con la

⁵³⁷ Cosa de la que no parece percatarse MARÍN, *Vinculación contractual*, p.18, que lo explica exclusivamente en términos históricos (corroborándolo el planteamiento de la nota 41, p 20).

⁵³⁸ Desde luego en el caso que nos ocupa de las constructoras y promotoras, pero también en otros terrenos, como por ejemplo las concesionarias de automóviles, que tienen sus propias financieras (luego desde luego que pueden aplazar los pagos de la compraventa, pero prefieren la financiación, porque desde luego supone un lucro mucho mayor, además de limitar las posibles excepciones al pago al contrato financiero, alejándolo de la compraventa).

hipoteca del bien vendido (normalmente un bien mueble: *chattel mortgage*). De esta forma la abstracción del título ejecutivo se extendía a la ejecución de la garantía, a la que no le eran oponibles las vicisitudes de la compraventa. Pero a principios de siglo se comienza a preferir la realización de compraventas sujetas a condición (*conditional sales*) a la constitución de garantías reales. Eso mejoraba la posición del vendedor pero, sobretudo, evitaba la aplicación de las normas de control de la usura. Se hace por ello necesario someter la venta (además de su nuevo carácter condicional) al pacto de no poder oponer al subrogado (la financiera) acciones ni excepciones derivadas de la compraventa (*waiver of defense clauses*).

Observamos por tanto que entre la entidad financiera y el comprador no existe negocio jurídico alguno. La financiera se escuda además, en el carácter abstracto de las *promissory notes*. La jurisprudencia ha ido por ello procurando evitar la inoponibilidad de la acción ejecutiva que llevan aparejada estos títulos⁵³⁹, lo que construye por la vía de exigir buena fe en la tenencia de los mismos. Pero la buena fe no es criterio suficiente, ya que dado que esta se entiende en sentido subjetivo, a la financiera le basta con declarar su desconocimiento. Por ello la jurisprudencia ha buscado un criterio para destruir dicha buena fe, considerando que, cuando existe una conexión próxima (*close connection*) entre vendedor y financiera, esta no

⁵³⁹ Desde los casos *Buffalo Industrial Bank v. De Marzio* (1937) y *Commercial Credit v. Childs*. Cits. Por MARÍN, *Vinculación contractual*, p. 25, notas 48 y 49.

podrá alegar la buena fe (que es definida como desconocimiento de la relación originaria: *without notice*)⁵⁴⁰.

Como puede apreciarse "ya desde sus orígenes, el problema de la inoponibilidad al prestamista de las excepciones derivadas de la compraventa se presenta estrechamente unido a la cuestión de la abstracción"⁵⁴¹, mientras que la vinculación a fórmulas jurídicas que lleven aparejada ejecución debe de analizarse en conexión con el carácter mercantil de las mismas.

2. La vinculación en el Derecho español vigente:

La responsabilidad del prestamista como consecuencia de las vicisitudes del contrato de compraventa, encuentra en nuestro ordenamiento tres distintos fundamentos: la responsabilidad por los actos propios, la teoría del levantamiento del velo, y la vinculación causal. Sólo este último responde a los criterios de conexión contractual propiamente dichos y de los que venimos hablando, pero por su importancia para la protección del adquirente de vivienda los recojo también a continuación:

x) La doctrina del levantamiento del velo

El supuesto de hecho típico se produce cuando la entidad de crédito financia la construcción de viviendas que construye y vende una

⁵⁴⁰ MARÍN, *Vinculación contractual*, pp. 21 ss.

⁵⁴¹ MARÍN, *Vinculación contractual*, p. 24.

constructora de su mismo grupo empresarial. En muchas ocasiones, y para evitar la responsabilidad decenal⁶⁴², constituyen empresas para realizar una o varias promociones, extinguiéndola posteriormente.

En estos supuestos es de aplicación la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, apoyada en que ambas personas jurídicas tienen los mismos intereses (caja común), impidiéndoles actuar como terceros en los negocios jurídicos de uno y otro. Además, le es aplicable lo que se dirá en el siguiente epígrafe. El tercero responde, en definitiva, por existir confusión de identidades.

La STS de 6 de junio de 1992 la recoge en los siguientes términos:

Dice la S. 28-5-1984 (RJ 1984\2800) y con ella toda la jurisprudencia posterior representada, entre otras, por las SS. 27-11-1985 (RJ 1985\5904) 16-7-1987 (RJ 1987\5795) 29 abril y 13 mayo 1988 (RJ 1988\4306) 3 y 20 junio 1991 (RJ 1991\4411 y RJ 1991\4526) que «desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) (arts. 1 y

⁶⁴² Nótese que el párrafo 2º del art. 1591 Cc., de tan difícil aplicación, podría avalar la idea de que, cuando se esté ante un contrato con condiciones generales celebrado por consumidores, el plazo de responsabilidad podría extenderse, al menos frente a determinados supuestos de ruina (los que sean debidos conforme a las exigencias de la *lex artis*, ya que debería de considerar que la regulación del párrafo 1º del artículo se integra ahora en el contrato), a quince años, puesto que se deroga la necesidad de pacto especial, para ser integrado el contrato por las exigencias de la buena fe ex art. 1258 Cc. Esto es, cuando el titular de la acción sea un consumidor se podría decir que la acción decenal es "quincenal".

9.3). Se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "sustratum" personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico"). (FJ tercero).

y) La responsabilidad por los actos propios y la integración del contrato

Conforme a este criterio la prestamista debe responder por la confianza que infunde al comprador para celebrar el contrato, máxime cuando lo hace en provecho propio, y contrayendo con éste una relación basada en el mandato⁵⁴³: debe considerarse que no pueden desconocer los detalles de los negocios para cuya realización colabora, financia y de los que se lucra, aunque no forme parte formalmente de los mismos. La prestamista debe

⁵⁴³ En general, la responsabilidad por los actos propios se predica para fundamentar la responsabilidad extracontractual, usándose, en las relaciones contractuales, la derivada de las exigencias de la buena fe en vía de integración del contrato. Véase *supra* pp. 232 a 241. Con respecto al mandato, *supra* pp. 159 a 175.

soportar las consecuencias de su aceptación sin que se le permita alegar su desconocimiento⁵⁴⁴.

La misma resolución que acabamos de comentar (STS de 6 de junio de 1992) añade:

Como dice la S. de 21-5-1982, reiterada por la de 21-9-1987, el principio de buena fe» como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa la fijación de su significado y alcance y en este sentido ya la Sentencia de esta Sala de 29-1-1965 establece una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, «en términos generales», a admitir contradicen dicho principio, concretando que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equivoco para beneficiarse intencionalmente de

⁵⁴⁴ Exigencia de la buena fe en la integración del contrato. Es de aplicación aquí las observaciones realizadas por MORALES, "El dolo", pp.631 ss., sobre el deber de informar; y 635 a 653, en las que analizando es supuesto del art. 1486 Cc., distingue el dolo de la culpa lata, considerando esta última suficiente para que operen las acciones edilicias, esto es, considera que "El supuesto de responsabilidad, tal como queda históricamente configurado, traspasa los límites del dolo en sentido estricto y toma en cuenta la omisión de determinados deberes mínimos de conducta exigibles al vendedor en las circunstancias en que se celebra el contrato. La mala fe podría aquí ser equiparada al dolo sólo si concebimos a éste, en un sentido amplio, como criterio de imputación de responsabilidad basado en la infracción de esos deberes mínimos de rectitud y diligencia [buena fe] que en cada circunstancia pueden exigirse a la conducta de las personas". Sobre el particular nos resume (pp. 626 a 628) las posiciones doctrinales, señalando un primera posición que exige el dolo en el art. 1486 II Cc.(MANRESA, BADENES, DÍEZ-PICAZO), frente a otros que, primeramente por considerar que existen supuestos en los que el dolo se presume (MUCIUS SCAEVOLA y actualmente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*, I, 2, p 240), y posteriormente por exigir un deber de conocimiento por razón de la pericia profesional (ROJO, GARCÍA CANTERO, BERCOVITZ), ensancharán el ámbito de aplicación de las acciones edilicias.

su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho contra anterior conducta en la que hizo confiar a otro -prohibición de ir entre los actos propios-, y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo -retraso desleal-, vulnerando tanto la contradicción con los actos propios; como el retraso desleal, las normas éticas que deben conformar el ejercicio del Derecho, las que lejos de carecer de trascendencia determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el párr. 1.º del art. 7.º del Código Civil». (FJ tercero).

z) La vinculación causal

Debe señalarse nuevamente, que se trata de normas que necesitan su integración con otras normas en cada caso concreto en el que se pretendan aplicar, y ello no sólo por no regular el fenómeno de forma completa, sino también y especialmente por tratarse de normas protectoras de los consumidores y, por tanto, de normas que fijan niveles mínimos de protección. En este sentido y además de las normas generales, existen una serie de disposiciones que requieren extraer de ellas unos principios generales. Son la Ley 28/98 de Venta a Plazos de Bienes Muebles; la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que en su art. 44 vincula el

desistimiento del contrato de compraventa⁵⁴⁵ a la resolución⁵⁴⁶ del préstamo; la Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles, que en su art. 12 faculta a resolver el préstamo siempre que se hubiera indicado su finalidad, y entre vendedor y prestamista exista un acuerdo previo; y, por supuesto, los artículos 14 y 15 LCC. A la hora de extraer de ellas principios que puedan resultar de general aplicación resultará igualmente muy importante el tratamiento jurisprudencial de la cuestión, con el que cerraremos el epígrafe:

(1) La LCC

El primer problema que parece plantear la aplicación de la LCC a la situación contractual objeto de nuestro estudio, es la limitación que realiza de su ámbito de aplicación la norma c) de su artículo 2, que excluye de éste a "los créditos en cuenta corriente, concedidos por una entidad de crédito, que no constituyan cuentas de tarjeta de crédito". Considero que la *ratio* del precepto es dejar fuera del ámbito de aplicación situaciones que supongan una "línea de crédito"⁵⁴⁷, salvo la que se destina directamente al consumo

⁵⁴⁵ Para el que no es necesario expresar motivos, bastando efectuarlo en el plazo de 7 días.

⁵⁴⁶ La Directiva comunitaria (97/7/CE) habla (art. 6.4) de resolución de la compraventa y rescisión del crédito. El legislador nacional, al igual que hiciera en la LCC, prefiere los términos desistimiento y resolución. Es evidente que no se usan con carácter técnico.

⁵⁴⁷ De ahí que sólo imponga la aplicación de su art. 19, referido a anticipos en descubierto, que convierte al depósito (cuenta corriente), por la vía de hecho, en una línea de crédito.

(tarjetas de crédito). Por tanto es de aplicación aquí lo que se dijo sobre la distinción entre cuenta corriente bancaria y mandato de cuenta corriente⁵⁴⁸.

Un segundo problema en orden a la aplicación de la ley es la claridad del art. 2.2, que impone que "las disposiciones de los artículos 6 a 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria". Los arts. 14 y 15 LCC establecen distintos criterios de conexión, con distintas consecuencias. Al supuesto que venimos analizando sólo le es de directa aplicación el art. 15, sin embargo debe tenerse en cuenta que los criterios de conexión causal no se encuentran en la norma de estos artículos, sino que éstos son reflejo o concreción puntual del causalismo que preside nuestro Derecho de obligaciones. La limitación por tanto es mero resultado de la transposición de la Directiva 87/102, sin embargo, no es coherente con nuestro ordenamiento, ni correcto desde el punto de vista del ordenamiento comunitario, ni constitucional (arts. 51 relac. 9.2, y 14 CE), empeorar la posición del consumidor. Esto es, la ley no limita la conexión en los créditos garantizados con garantía hipotecaria, sino que simplemente dicha conexión ya está contemplada por nuestro ordenamiento (a través de las normas de control de la causa en los contratos).

En efecto, las soluciones de los arts. 14 y 15 no son más que una lectura de la teoría de la incorporación de los motivos a la causa que viene desarrollando nuestra doctrina y jurisprudencia. En concreto, el art. 15

⁵⁴⁸ *Supra* pp. 172 ss.

requiere para apreciar dicha conexión, la concurrencia de cinco circunstancias, que se pueden resumir en las dos primeras⁶⁴⁹:

- a) "Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un *empresario distinto* del proveedor de aquéllos".
- b) "Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un *acuerdo previo, concertado en exclusiva*, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste".

Al menos en dichos supuestos debemos considerar (si admitimos, como hacemos, la aplicación de la LCC a la financiación para la adquisición de viviendas, mediante préstamo con mandato de cuenta corriente,

⁶⁴⁹ Son las otras tres:

"c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente", lo cual resulta obvio; "d) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato", esto es, que exista un incumplimiento, lo que también es evidente que será necesario, una causa en la que basar la excepción, pero no es un criterio de vinculación; y "e) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho", lo que resulta exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, pero que sólo tiene sentido cuando sea el comprador el que haya solicitado el préstamo (supuesto que regula la ley), no cuando se subroga en otro concedido al vendedor, pues en estos casos se debe de entender implícita la voluntad del prestamista de hacerse directamente responsable, por cuanto consciente en permitir la subrogación con efectos extintivos respecto a la responsabilidad del prestatario-vendedor (art. 120 Cc., véase por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 843 ss.).

garantizado con garantía hipotecaria) que el adquirente de vivienda, normalmente subrogado en el préstamo, "además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito" (art. 15.1)

Las consecuencias reguladas en la ley, como la restitución de las cantidades prestadas para el caso de nulidad o resolución de la compraventa (art. 9) no pueden ser las mismas en compraventas de útiles de consumo, que en compraventa de inmuebles. Pero ello no quiere decir que no se estén aplicando los mismos principios generales del derecho civil: únicamente la ley considera habitual la resolución en el supuesto de los bienes de consumo, y el cumplimiento (que no regula), en el de la compraventa de bienes inmuebles.

(2) La extensión del ámbito de aplicación de los criterios de conexión de la LCC. La Ley 42/98 reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles

Este argumento (aplicación de los principios referidos a la compraventa de bienes inmuebles) se ha visto reforzado por la aprobación de la Ley 42/98 que regula los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles o, como suele denominarse, la multipropiedad. Ésta, en el ordinal I de su E. de M. señala:

Como disposición complementaria de las facultades de desistimiento y de resolución, la Directiva establece que,

para el caso de que la adquisición se haya financiado con un préstamo del vendedor o de un tercero, previo acuerdo celebrado entre el tercero y el vendedor, el ejercicio de la facultad de desistimiento o de resolución implicará, igualmente, la resolución del préstamo

A lo que da cumplimiento el artículo

Artículo 12. Régimen de préstamos a la adquisición.

Los préstamos concedidos al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él quedarán resueltos cuando el primero desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10⁵⁶⁰.

No podrán incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al adquirente para el caso de desistimiento o resolución.

⁵⁶⁰ Éste regula el desistimiento, que la E.M. de la ley justifica en el convencimiento de "la propia Unión Europea [...] de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una **normativa de carácter excepcional** y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable." Este carácter excepcional debemos entenderlo exclusivamente con respecto a las medidas que la Directiva impone, y en concreto a la de establecer "en favor del adquirente, un derecho de desistimiento unilateral durante los diez días siguientes a la celebración del contrato. La Directiva, en su traducción al español, lo llama «derecho de resolución», y añade la caracterización *ad nutum* para indicar que el mismo se ejerce sin necesidad de alegar ningún motivo o razón. Sin embargo, precisamente porque no es necesario alegar ningún motivo, y no lo es porque no es necesario que exista, al ser una facultad que se concede al adquirente por el mero hecho de serlo y que puede ejercitar libremente sin necesidad de que concurra ninguna condición ulterior, parece más ajustado denominarlo facultad de «desistimiento», que es expresión que acentúa ese carácter unilateral e incondicionado" (texto de la exposición de motivos de la ley).

Si el adquirente se hubiera subrogado en un préstamo concedido al transmitente, ejercitado el desistimiento o resolución, subsistirá el préstamo a cargo de éste.

Parece claro que el derecho reconocido en el artículo 10 de la ley es de exclusiva aplicación a los préstamos para la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos sobre inmuebles. Pero lo excepcional de tal medida (derecho de desistimiento)⁵⁵¹ es perfectamente compatible con el hecho de que la vinculación entre préstamo y compraventa responda a principios generales, como acabamos de ver⁵⁵². De hecho se trata de una concreción de éste. Siguiendo con la E. de M., ésta reconoce que "la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido". Es decir, no es que exista un vacío legal en materia de protección al consumidor

⁵⁵¹ Como indica la exposición de motivos (véase *supra* nota 550).

⁵⁵² Así lo reconoce la propia exposición de motivos de la ley cuando en su apartado I alega que es preocupación de la Unión Europea "la gran cantidad de abusos que se han dado en este sector: desde la «propuesta de Resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad», que fue presentada al Parlamento Europeo el 17 de octubre de 1986, hasta la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 (LCEur 1994\3610), «relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido». Pero no limita el problema a la llamada "multipropiedad" sino que admite que "hitos importantes en ese camino fueron las Resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 y de 11 de junio de 1991. También cabe citar la Resolución de 14 de septiembre de 1989 (LCEur 1989\3240), que se enmarca en el campo de las adquisiciones inmobiliarias transfronterizas". Es decir, reconoce que la ley sólo aborda un problema (de especial preocupación dentro de la UE) que se enmarca en otro de mayor calado que es la armonización de la normativa protectora de los consumidores en la medida en que afecte a derechos reales.

adquirente de un derecho real⁵⁵³, sino que en relación a la adquisición de la denominada "multipropiedad" el consumidor resultaba especialmente desprotegido.

(3) La Ley 57/68, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

La Ley, en su art. 1º, dispone:

Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1ª Garantizar las devoluciones de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

⁵⁵³ Existencia de diversas regulaciones en la que los referidos principios tendrán distinto engarce en el Derecho inmobiliario, pero son una realidad.

2ª Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos *la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.*

Observamos por tanto que las entidades de crédito quedan personalmente obligadas a responder (luego veremos frente a qué contingencias y hasta qué límite de responsabilidad) cuando no se hayan constituido los avales obligatorios, o los seguros correspondientes. No depende del nivel de diligencia de la entidad, sino que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva.

Para que la entidad de crédito quede obligada se requiere:

- **Que realice gestiones de cobro del precio de la compraventa.** Esto es, creo que puede ampliarse el requisito de la necesaria apertura de una cuenta corriente especial. Lo contrario significaría la inaplicación de la norma, dejando en voluntad del obligado a su cumplimiento (la entidad de crédito) el someterse a la misma. Así mantengo que el precepto debe cubrir todos aquellos supuestos en los que las entidades de crédito tramitan el cobro del precio de las referidas compraventas (viviendas en construcción), con independencia de que en efecto se cree o no una cuenta especial. Para ello basta la domiciliación bancaria de los cobros

(la entidad gira los mismos contra la cuenta corriente del comprador, esté esta en la misma o en otra entidad), el abono directo en una cuenta corriente de la vendedora (supuesto típico de la norma que comentamos), el descuento de efectos mercantiles domiciliados en una cuenta de la vendedora, o cualquier otro mecanismo de gestión de cobros.

- **Que conozca el motivo del cobro de las cantidades.** Basta que conozcan que las cantidades que maneja son producto de la compraventa y deben tener, conforme a la buena fe, su aplicación en la construcción del inmueble. La cuestión, como ahora veremos, no implica controlar el destino de un bien por lo demás fungible (o genérico), sino asegurar que la obra se lleva a cabo.

Desde esta perspectiva, parece lógico pensar que cuando la entidad de crédito concede un préstamo o una línea de crédito, por un importe (o en su caso, hasta un máximo) muy superior al coste de la construcción, no está financiando sólo la construcción, sino también la posterior compra⁵⁵⁴, por la

⁵⁵⁴ Esto se observa no sólo de la indagación en las prácticas bancarias y de la construcción, sino que tiene reflejo en las cifras macroeconómicas que publica el Instituto Nacional de Estadística. Véase en este sentido el anexo K, pp. 534 ss. de este trabajo, donde se observa que las entidades de crédito conceden el mismo importe (importe medio por vivienda) a la financiación de vivienda construida que de vivienda en construcción (las diferencias son insignificantes en su cuantía, siendo unos meses superiores una y otros meses la otra). En particular ofrecen, en ambos casos, hasta el 80% del valor construido del bien. Ello nos hace pensar que cuando se pide un préstamo para la construcción se suele incluir en él el coste de aplazar los pagos de la compraventa, que se realiza por la técnica de la subrogación del comprador en la deuda producto de la operación financiera. Véase *infra* en este mismo epígrafe.

vía de subrogar posteriormente al comprador en el crédito. A estos fines las entidades de crédito van entregando las cantidades pactadas según se va construyendo: la entidad de crédito no entrega nuevas cantidades del crédito concedido, hasta tanto no se termina la fase correspondiente de la construcción, y se prueba con la presentación a la entidad de la correspondiente certificación de obra. Al finalizar ésta, la entidad entrega en todo caso el total del crédito solicitado al constructor, a fin de poder proceder a la división de los créditos, preparando la subrogación de los futuros compradores.

Entre nosotros el asegurar un préstamo con hipoteca no parece que tenga a primera vista nada que ver con la vinculación de la financiación a un negocio abstracto, dado el carácter accesorio de la hipoteca. Sin embargo, sí que parece tener más que ver con el carácter mercantil de los mecanismos de ejecución (que en puridad es, como hemos visto, lo que entre nosotros se suele entender por abstracción, limitación de excepciones, "abstracción procesal").

(4) Jurisprudencia

La vinculación o conexión (como posibilidad de utilizar las acciones y excepciones del primer contrato frente a quien es parte sólo en el segundo) existe desde luego siempre que haya un acuerdo previo entre prestamista y vendedor, acuerdo que puede ser una simple práctica. Ello puede ocurrir por la aplicación de la teoría de la conexión causal en los contratos (SSAP de Granada de 22 de octubre de 1994 y 27 de enero de 1997; Gerona, de 8

de julio de 1995; y Castellón, de 4 de junio de 1997)⁵⁵⁵, reforzada ahora por la *ratio* de los artículos 14 y 15 de la LCC.

- STS de 5 de abril de 1991 (ponente: D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade)⁵⁵⁶:

⁵⁵⁵ Sentencias que se fundamentan en la existencia de "un acuerdo de colaboración entre el vendedor y la entidad financiera", que además los contratos (préstamo y venta) se redactan en un mismo documento (Granada); o porque "se está actuando sobre la base de una acuerdo entre vendedor y financiador" (Gerona); o "de un acuerdo previo entre financiador y vendedor" (Castellón). Otro criterio es la entrega directa del capital del financiador al vendedor (SAP de Ciudad Real, de 14 de julio de 1995). Citadas por MARÍN, *Vinculación contractual*, p. 142.

⁵⁵⁶ El Sr. H. compra a una mercantil un apartamento en un complejo hotelero (apartamento), por precio de 3.100.000 ptas. de las que entrega 310.000 en cheque que es cobrado por la vendedora; 919.000 lo retiene, subrogándose en la responsabilidad hipotecaria; y además acepta 140 letras domiciliadas en la Caja de Ahorros S. por un importe de 26.728 ptas. cada una. Problemas económicos de la mercantil hacen que la Caja de Ahorros pacte con ésta la cesión en pago de determinadas fincas, entre las que se encontraba el inmueble dedicado a hotel que, para su transmisión se divide, privando al comprador "de la participación de estos elementos comunes, que antes le eran anejos, y que resultan necesarios para su utilización". Éste interpone demanda contra el vendedor y la entidad, solicitando la resolución de la compraventa. El vendedor no contesta a la demanda, y la entidad de crédito solicita "la condena del Sr. H. al pago de las letras de cambio no satisfechas, los gastos de protesto de las mismas, el resto de la hipoteca pendiente que pesa sobre el apartamento, y los intereses legales de tales cantidades ". El Tribunal de instancia resuelve la compraventa, ordenando la "devolución del apartamento objeto del contrato, y recíprocamente las cantidades totales percibidas por el vendedor, compensando los intereses del precio, con la posesión del inmueble; declarar la vigencia de la hipoteca que pesa sobre el apartamento, pero sin que tenga obligación el comprador de pagar, a título personal, cantidad alguna que traiga su origen del contrato resuelto; y denegar, a la Caja de Ahorros exigibilidad de las letras de cambio, aún en su poder, y procedentes de parte del precio". Esta resolución es confirmada íntegramente en apelación.

En su FJ segundo señala:

Efectivamente los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos, y el juzgador de instancia lo ha tenido primordialmente presente, dedicando el primer pronunciamiento de su resolución, a declarar resuelto el contrato básico de compraventa, celebrado entre el demandante y una de las entidades demandadas, acordando seguidamente la devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses; pronunciamiento que no vincula a la Caja de Ahorros recurrente, ni por tanto la considera obligada, en este punto, de un modo directo; pero no puede desconocerse, precisamente a virtud de esa regla interpretativa del art. 1257 del Código Civil, que a la Caja de Ahorros recurrente sí le vincula y afecta el total contenido de la escritura pública que suscribió con fecha 25 de marzo de 1983, negocio jurídico complejo, que ha sido la causa de la resolución contractual básica contenida en la sentencia impugnada. Para resarcirse la entidad crediticia que recurre de las importantísimas deudas que con ella tenía contraídas D. Jesús G. y G. llega a un acuerdo con el mismo, cediéndole éste, en virtud de la citada escritura de 25-3-1983, un conjunto de fincas, cuyas titularidades figuraban a nombre de una serie de sociedades representadas por el citado Sr. G. Entre las fincas cedidas figura el edificio «Faro de Castilla», del que formaba parte el apartamento vendido al Sr. H., y al efectuarse en el instrumento público que comentamos, la división horizontal del apart-hotel, es cuando se priva al demandante de participación en los elementos comunes y servicios, que le eran indispensables para el uso y disfrute de su propiedad.

La Caja de Ahorros *conoce* perfectamente la naturaleza y las vicisitudes del contrato de compraventa resuelto, incluso *se beneficia del incumplimiento* que ha sido la causa de su resolución, así: aparece como la entidad titular de la hipoteca, en la cual se subroga el comprador; es la tenedora de las letras representativas del precio pendiente; y es, pasado el tiempo, la cesionaria que recibe un complejo hotelero, con todos los elementos y servicios del mismo, *dejando aislado y prácticamente inservible al apartamento que aquí se cuestiona*. Según esto, su concepto de tercero cambiario, respecto a las letras en su poder, e incluso de acreedor hipotecario, respecto al crédito pendiente, no puede quedar desvinculado del contrato o negocio causal subyacente, ya que conocía y ha intervenido directamente en las vicisitudes de ese contrato, participando y beneficiándose de las circunstancias que produjeron el detrimento del deudor; hechos que justifican plenamente las declaraciones contenidas en la sentencia recurrida, como son: *mantener la vigencia de la hipoteca* que pesa sobre el inmueble, *pero liberando al comprador de cualquier pago de la misma a título personal*, y denegar a la Caja de Ahorros demandada la solicitada exigibilidad de las letras de cambio en su poder; y ello sin perjuicio de las acciones que

Confirma la sentencia de instancia en la que se condena a la "devolución del apartamento objeto del contrato, y recíprocamente las cantidades totales percibidas por el vendedor, compensando los intereses del precio, con la posesión del inmueble; declarar la vigencia de la hipoteca que pesa sobre el apartamento, pero sin que tenga obligación el comprador de pagar, a título personal, cantidad alguna que traiga su origen del contrato resuelto" y corroborándola el TS afirma que "La Caja de Ahorros conoce perfectamente la naturaleza y las vicisitudes del contrato de compraventa resuelto, incluso se beneficia del incumplimiento que ha sido la causa de su resolución, así: aparece como la entidad titular de la hipoteca, en la cual se subroga el comprador; es la tenedora de las letras representativas del precio pendiente; y es, pasado el tiempo, la cesionaria que recibe un complejo hotelero, con todos los elementos y servicios del mismo, dejando aislado y prácticamente inservible al apartamento que aquí se cuestiona. Según esto, su concepto de tercero cambiario, respecto a las letras en su poder, e incluso de acreedor hipotecario, respecto al crédito pendiente, no puede quedar desvinculado del contrato o negocio causal subyacente, ya que conocía y ha intervenido directamente en las vicisitudes de ese contrato, participando y beneficiándose de las circunstancias que produjeron el detrimento del deudor; hechos que justifican plenamente las declaraciones contenidas en la sentencia recurrida, como son: mantener la vigencia de la

puedan corresponderle respecto a la entidad vendedora del apartamento -Sentencias de 18-3-1960; 18-12-1964; 17-1-1970; 22-5-1970; 4-2-1988 y 25-10-1989-

hipoteca que pesa sobre el inmueble, pero liberando al comprador de cualquier pago de la misma a título personal”.

- STS de 24 de junio de 1996:

En esta Sentencia, que hemos desarrollado anteriormente⁵⁵⁷, el fallo del TS se fundamenta en la obligación de la encargada de la oficina de sellado de boletos de bonoloto no cumple el reglamento (y por ello, parece, el TS considera que surge frente al usuario responsabilidad civil) y la finalidad de la compraventa (posibilidad de obtener el premio) se frustra. Entiende por tanto el alto Tribunal, que del incumplimiento de la normativa reglamentaria, en la medida en la que es requisito para conseguir el fin propuesto con el contrato, deriva la “responsabilidad civil [del] receptor del boleto, [...] que lo ha de conservar con observancia plena de las condiciones reglamentarias para hacerle apto a participar en el sorteo y darle el destino previsto contractualmente, con lo que de esta manera se ha constituido en responsable frente [a su cliente]” (FJ tercero).

- STS de 4 de diciembre de 1997:

El Sr. DT. se dirige a un concesionario de Renault para la compra de un vehículo industrial. La concesionaria le recomienda uno sugiriéndole financiarlo con leasing. La entidad Renault Leasing compra a la concesionaria el vehículo y se lo arrienda al Sr. DT. Resultando inservible para el uso declarado el Sr. DT demanda la resolución de los contratos de arrendamiento y compraventa. La finalidad que da sentido a ambos.

⁵⁵⁷ Véase *supra* p. 111.

negocios es la transmisión de la propiedad a DT a cambio de los pagos que éste se compromete a realizar (la causa es la recíproca prestación de la otra parte). Tratándose de una única causa (tanto la compraventa como el arrendamiento se celebran con la intención de servir al uso y posterior adquisición -opcional- del vehículo por DT), el vicio de esta afecta a ambos contratos, y no sólo a aquél en el que quien la sufrió fue parte.

En concreto su FJ quinto señala:

Está fuera de duda que debido a la complejidad jurídica que caracteriza al contrato de arrendamiento financiero, ello origina no sólo vínculos obligacionales directos entre sus respectivos suscriptores, arrendador y arrendatario, sino también entre éstos y la persona o entidad que, en concepto de vendedor, suministre el material sobre el que recae la operación de «leasing», puesto que el arrendador actúa como comprador de dicho material y es el arrendatario quien lo elige, precisamente, del vendedor, relación ésta que, dentro de la mecánica compleja del «leasing», es la que aparece como inicial, sobre todo, en aquellos casos (los más generales) en que es el propio vendedor quien pone en contacto al futuro adquirente (arrendatario) con el arrendador, siendo así lo acontecido en el caso que nos ocupa, y, desde luego, en el actual contrato de «leasing» no cabe olvidar que en el inciso final de la primera de sus condiciones generales se establece que «Renault Leasing, de España, SA», en su condición de propietario del material arrendado, subroga al arrendatario en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor y, en consecuencia, el arrendatario liberará a «Renault Leasing de España, SA» de

toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad del material arrendado». Las precedentes consideraciones permiten entender -reiterando y dando por reproducidas las formuladas en las sentencias recaídas en primera y segunda instancia- que el actor señor T. se encontraba facultado y legitimado para instar la resolución del contrato de compraventa suscrito entre «Eslauto, SA» y «Renault Leasing España, SA», por lo que no es posible atribuir a la Sala «a quo» infracción, en ningún aspecto, de los artículos 1901, 1124, 1205 y 1257 del Código Civil y de la disposición adicional 7.^a.1 de la Ley 29 julio 1988. E, igualmente, no existió infracción alguna de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias citadas en el motivo, toda vez que -como se recoge en la sentencia recurrida, en coincidencia con la de instancia- la prueba practicada acreditó la inidoneidad del vehículo para circular, produciéndose así la frustración del contrato, y la responsabilidad de ello corresponde a la mercantil vendedora, «Eslauto, SA», extendiéndose, como es lógico, a las consecuencias que se derivaron de la transformación llevada a cabo en el vehículo, pues, también, quedó acreditado que ello se practicó en virtud del común acuerdo de voluntades existente entre el señor T. y los responsables de las oficinas «Eslauto, SA», por todo lo cual, es de concluir que el motivo ahora analizado ha de correr la suerte del anterior: su inviabilidad.

- STS de 30 de julio de 1998:

Se trata de un contrato de leasing o arrendamiento financiero, en el que el arrendatario pretende alegar simulación relativa, pretendiendo que se le

apliquen las normas de la compraventa a plazos. Interesan los argumentos de esta Sentencia por las diferencias que señala entre una y otra figura contractual. Veremos que el supuesto que venimos estudiando se ajusta bastante al molde del leasing (las diferencias fundamentales son la aquí exclusiva aplicación a bienes muebles, y la inexistencia de opción en nuestro instituto):

La Ley 26/1988, de 29 julio (RCL 1988\1656 y RCL 1989\1782), de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece en su disposición adicional séptima, apartado 1, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario. Carente este contrato de una regulación jurídico-privada, la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 10 abril 1981 y 18 noviembre 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio «ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de

compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley 17 julio 1965 (RCL 1965\1313 y NDL 30354), habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley 17 julio 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno». (FJ segundo).

- Otras Sentencias:

Otras resoluciones investiga la relación entre los dos contratos no en términos de acuerdo previo entre las partes, sino de buena fe en el ejercicio de los derechos, desarrollando el 7.1 Cc. en lo que se ha llamado "el

levantamiento del velo" ⁵⁵⁸. Dicha elaboración jurisprudencial no es sólo aplicable a los supuestos de participación de sociedades o igualdad en la identidad de unos de las partes de ambos contratos. Como plasmación del principio general de buena fe, que prohíbe el ejercicio antisocial de los derechos.

La cuestión no es baladí⁵⁵⁹, pues aunque dichos pronunciamientos hayan sido criticados no sin razón (así el del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla en el caso que llevó a elevar una cuestión prejudicial al TJCE conocido como el caso *El Corte Inglés*), por cuanto no resuelven suficientemente el problema, siendo mejor encuadrarlo en la teoría de la causa; también es cierto que pone de relieve que la teoría del levantamiento del velo tiene algo más que decir en este ámbito. En concreto, no es ya la referida teoría, sino su apoyo en la buena fe, lo que nos debe dar pie a pensar que no la identidad de sujetos, sino el mutuo conocimiento de las actividades respectivas es lo que fundamenta la conexión, por la vía de negarle la cualidad de tercero⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ En su FJ 5º justifica el ejercicio de la acción de resolución de la compraventa a instancia del arrendador, y sin que el vendedor intervenga en ello para nada.

⁵⁵⁹ Piénsese en la relevancia de la buena fe en el ámbito registral ¿será tercero del art. 34 LH el prestamista acreedor hipotecario frente a la resolución de la compraventa? ¿Significará ello la cancelación de la garantía real posterior? Véase *infra*, en el capítulo III.

⁵⁶⁰ No deja de ser cierto que en éstos suele existir una conexión causal, pero no resulta difícil pensar en el abuso del derecho (crear una apariencia para inducir a realizar el contrato del que el inductor es mero financiador), que nos lleva a la teoría de los actos propios, nuevamente en el ámbito de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

- STJCE de 7 de marzo de 1996:

Extractando los razonamientos de la Sentencia dicen:

1. Mediante resolución de 30 de junio de 1994, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de julio siguiente, el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 129 A del Tratado CE y 11 de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO 1987, L 42, p. 48; en lo sucesivo, "Directiva").

2. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre una sociedad financiadora, Financiera El Corte Inglés y la Sra. Blázquez Rivero, debido a que esta última dejó de abonar los plazos del préstamo a la sociedad financiadora.

3. La Sra. Blázquez Rivero celebró con la agencia de viajes El Corte Inglés, S.A., un contrato de viaje turístico para cuyo abono parcial concertó un crédito con la sociedad financiadora. Esta última tiene en exclusiva la atribución de los préstamos concedidos a los clientes de la agencia de viajes en virtud de un acuerdo existente entre las dos sociedades.

4. La Sra. Blázquez Rivero, que reprocha a la agencia de viajes determinados defectos en el cumplimiento de sus obligaciones, planteó contra ella una serie de reclamaciones. Al no obtener satisfacción, la Sra. Blázquez Rivero dejó de abonar los plazos del préstamo a

la sociedad financiadora, que presentó entonces ante los Juzgados de Primera Instancia de Sevilla una demanda judicial en reclamación de la cantidad dejada de abonar.

5. Ante el órgano jurisdiccional nacional, la Sra. Blázquez Rivero opuso a la sociedad financiadora el incumplimiento del contrato de viaje, aunque sin efectuar ninguna distinción entre dicha sociedad y la agencia de viajes, dadas las estrechas relaciones existentes entre ambas.

6. El órgano jurisdiccional de remisión consideró que el apartado 2 del artículo 11 de la Directiva permitía a la consumidora entablar una acción judicial contra la sociedad financiadora. [...]

9. Aunque consideraba que el apartado 2 del artículo 11 era suficientemente claro, preciso e incondicional para ser invocado ante él, el órgano jurisdiccional nacional suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la siguiente cuestión: "¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (87/102/CEE), no transpuesta al Derecho nacional por el Estado español, para el caso de que un consumidor oponga frente a la reclamación del financiador los defectos del servicio prestado por el proveedor con el que tal financiador tenía suscrito un acuerdo de financiación exclusiva a sus clientes?"

16. En cuanto a la jurisprudencia relativa a la invocabilidad de las Directivas frente a órganos estatales, se basa en el carácter obligatorio de las Directivas, que

sólo existe respecto de los Estados miembros destinatarios, y tiene por objeto evitar que un Estado pueda sacar ventajas de haber infringido el Derecho comunitario (véase la sentencia Marshall I, antes citada, apartados 48 y 49).

18. El artículo 129 A del Tratado no puede modificar esta jurisprudencia, ni siquiera respecto de las Directivas relativas a la protección de los consumidores.

21. Por consiguiente, el consumidor no puede basar en la propia Directiva una acción dirigida contra un concedente de crédito, persona privada, a causa de incumplimientos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios e invocar este derecho ante un órgano jurisdiccional nacional.

22. Por lo demás, en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva por vía interpretativa, debe recordarse que, según la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 39, el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido (sentencia Faccini Dori, antes citada, apartado 27).

23. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder que, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro de los plazos señalados, el consumidor, incluso habida cuenta del artículo 129 A del Tratado, no puede basar en la propia Directiva una acción dirigida contra un concedente de crédito, persona privada, a causa de defectos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios por parte del proveedor o del prestador con el que dicho concedente de crédito ha celebrado un acuerdo de financiación exclusiva e invocar este derecho ante un órgano jurisdiccional nacional.

(a) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Interesa analizar la Res. DGRNot de 7 de julio de 1998. Los antecedentes de hecho son los siguientes: Representados por su madre, dos menores compran por mitad y partes indivisas una casa por el precio de 5.000.000 de pesetas. Para atender al pago de la compra la madre, en representación de sus hijos y en la misma escritura pública, toma la misma cantidad a préstamo, garantizándolo con hipoteca sobre la propia finca comprada, que se tasa en 12.060.000 pesetas, pactándose que el destino de la finca adquirida generará los ingresos adecuados para afrontar el pago de los vencimientos de los intereses y por restitución del principal de dicho préstamo. El Registrador de la Propiedad realiza la siguiente calificación: "Inscrito el precedente documento tan sólo en cuanto a la compraventa [...]. En cuanto al derecho de hipoteca se suspende su inscripción por

observar el defecto subsanable de no acreditarse la pertinente autorización judicial a que se refiere el artículo 166 del Código Civil". El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo alegando que la escritura calificada contiene dos contratos recíprocamente vinculados que responden a una sola operación, y que aunque no pierden su tipificación, su vinculación recíproca genera un negocio nuevo y diverso: la adquisición por compra financiada con préstamo hipotecario. El artículo 166 del Código Civil restringe la legitimación del progenitor administrador para varios contratos de sustancia dispositiva, pero no para tomar dinero a préstamo. En este caso, el préstamo revierte en utilidad de los hijos, en cuanto sirve para pagar el precio; y la hipoteca no se constituye como gravamen de un bien que con anterioridad fuera de los hijos, sino que grava el bien inmueble simultáneamente a la adquisición y a causa de la adquisición. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que la escritura pública contiene dos negocios jurídicos distintos, y que el artículo 166 del Código Civil exige la previa autorización judicial para enajenar o gravar los inmuebles sujetos a patria potestad sin distinguir entre negocios simples o complejos: sólo la autoridad judicial puede apreciar la causa de utilidad o necesidad. El Presidente del TSJ-Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en el artículo 166 del Código Civil. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que en este caso elemento fáctico es un negocio o contrato complejo o coligado resultante de la integración sustancial de dos contratos típicos tratándose doctrinalmente como un supuesto singular del negocio

atípico al que se le atribuye entidad diversa de los negocios múltiples y de los mixtos. Resaltó además su semejanza con el caso de "adquisición financiada con gravamen" de un bien con carácter ganancial por el marido gestor (durante el período entre 1958 hasta 1981), ya que en ambos casos se trata de una adquisición financiada mediante un gravamen según un negocio unitario atípico en el que concurren las características de un contrato conexo o coligado.

De esta Resolución parece que puede extraerse como doctrina que, cuando el negocio concluido entra en la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, no puede escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sin que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos.

Atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del artículo 166 del Código Civil, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes". Es de resaltar que entre préstamo y compraventa la DGRNot se decantó por la compraventa. ¿Es este un criterio de general aplicación, o responde a las circunstancias del caso? Se tuvieron en cuenta las Resoluciones de 2 julio 1931 y 13 mayo y 4 noviembre 1968.

3. Principales consecuencias derivadas de la conexión causal

Hemos catalogado en tres las fuentes de conexión contractual. Las dos primeras, basadas en la teoría de la personalidad jurídica la una, y en la integración de los pactos conforme al ordenamiento la otra, son compartidas en términos equiparables por todos los ordenamientos europeos. Sin embargo, en los sistemas causalistas como el nuestro, se suele desviar la atención en el estudio de la conexión entre contratos a la teoría de la causa (tercera de las fuentes que hemos enumerado).

Así entre nosotros, la especial atención a la causa de los contratos como criterio de su validez, y aún más, de validez de la distribución de riesgos del negocio que estos establecen, posee una *vis atractiva* sobre el criterio de conexión basado en la integración del contrato, haciendo que lo que en otros ordenamientos resuelven por vía de integración contractual, nosotros lo estudiemos en sede de causa próxima o propósito práctico. De esta forma nos será más fácil fundamentar algunas de las consecuencias de dicha conexión. Debe no obstante tenerse en cuenta (si quiera sea para encontrar concomitancias con otros ordenamientos europeos en el creciente proceso de integración de nuestros ordenamientos), que la teoría de la causa, aún siendo fundamental en nuestro ordenamiento, no es de todo punto necesaria para resolver el problema de la conexión entre contratos. Aunque en lo que siga vuelva a incidir en la conexión causal, en ocasiones bastaría hablar de integración de la voluntad de las partes. Esto ocurrirá más en las consecuencias con respecto al préstamo (excepciones basadas

en el propio préstamo, en su celebración con la finalidad de comprar), que en la posibilidad de utilizar contra el prestamista acciones y excepciones propias de la compraventa (donde entra más en juego la teoría de la causa). Lo que sigue no son más que algunos apuntes sobre lo que deben ser las consecuencias de la conexión. Afecta a cuestiones muy delicadas que requerirían un estudio en profundidad. Así, entre otras cuestiones, cabe destacar que incide en la determinación de los hechos que suponen un incumplimiento, así como en su imputación; en la modificación de las excepciones frente a la acción de incumplimiento; en la posibilidad de utilizar el art. 1124 Cc, al convertir la compleja relación en bilateral y sinalagmática, frente al simple préstamo, del que se suele afirmar la imposibilidad de aplicarle el referido artículo, debido a su carácter unilateral. Como se observa, el sistema viene adaptándose desde hace tiempo a la contratación en masa y a la aparición en el tráfico del consumidor. Tímidamente los Tribunales van aceptando la matización o derogación parcial, o total, de ciertas reglas generales, en el sector de la contratación que podríamos denominar "de consumo". Existen abundantes medidas legislativas que pretenden impulsar estas interpretaciones. Las aplicaciones más relevantes de éstas, al amparo de la idea de la conexión causal, y por lo que respecta a la protección de los intereses de los prestatarios adquirentes de vivienda con garantía hipotecaria, son las que a continuación se enumeran:

aa) La compra a plazo (y el vencimiento anticipado)

Desde un punto de vista económico la situación del comprador en una compraventa con pagos aplazados y otra en la que exista un único pago al contado al que el comprador hace frente con la concesión de un préstamo, es idéntica. En ambos casos ha de pagar una cuantía periódica, sin que parezca relevante la persona a la que deba satisfacerse. Por otro lado, la realización de dos contratos en lugar de uno, coloca en principio en peor situación al adquirente. Parece razonable, y así lo consideró la jurisprudencia y doctrina alemana a partir de los años treinta, que de esta equivalencia económica se ha de extraer otra jurídica y que así, la interposición de un tercero que conoce el negocio que vendedor y comprador van a celebrar no puede ser motivo para reducir la protección que el adquirente tendría en una venta a plazos.

Son tres los supuestos en los que el comprador-prestatario se encuentra en peor situación que el comprador a plazos: el retraso en el pago (incumplimiento del propio comprador); incumplimiento del vendedor; y, la nulidad de la compraventa. Por ello conviene distinguir cada uno de estos supuestos, ya que el tratamiento del vencimiento anticipado no ha de ser el mismo en todos ellos:

(1) El incumplimiento del comprador. Excepciones
esgrimibles frente a la resolución por incumplimiento del
prestatario.

De cara a pedir el cumplimiento de la obligación vencida no parece, en principio, de aplicación el art. 1124 Cc., puesto que no estamos ante un contrato bilateral (el préstamo), según señalamos. Su no aplicación se justificaría en que se trata de un negocio de crédito (el préstamo), ya que si se apreciara la conexión no habría problemas en aplicar este artículo a la compraventa. En contra de esta tesis, CLEMENTE MEORO, a pesar de considerar el préstamo un contrato real y unilateral, admite la aplicación del art. 1124, por cuanto su requisito de aplicabilidad no es la bilateralidad, sino su carácter oneroso, que lo entiende sinalagmático, en el sentido de que el contrato supone una reciprocidad de intereses⁵⁶¹, lo que resulta acertado⁵⁶². En consecuencia, no tanto por tratarse de negocios vinculados (puesto que lo que realmente se pide es la resolución del préstamo exclusivamente, y no de todo el negocio), sino más bien por existir una reciprocidad de intereses, resulta de aplicación al préstamo la resolución ex art. 1124 Cc.

⁵⁶¹ Véase *supra* nota 316 p. 155.

⁵⁶² La jurisprudencia se muestra desconocedora de esta tesis (explícitamente STS 22.12.97 y las que cita, RdPat, I, p. 364), no obstante no ser contradictorias, como lo parecen apuntar las SSTs 16.12.1930, 11.3.1988, 26.5.1988 y 31.1.1995, citadas por el autor, todas ellas referidas a donaciones modales.

Desde luego que la vinculación con la compraventa genera una serie de particularidades en la forma y alcance de la referida resolución, por cuanto la subrogación del comprador en el préstamo, frente a la entidad de crédito, tiene enervados algunos de sus efectos, ya que al tratarse de un único negocio, la denominada subrogación se convierte en la realización de los efectos del negocio, pudiendo considerarse, desde el punto de vista de esta compleja operación, actos previos preparatorios los que realizan constructor-vendedor y prestamista-entidad de crédito:

En primer lugar, leyendo el referido artículo a la luz de la jurisprudencia⁵⁶³, y junto con el 1504 Cc. y el 127 LH, parece que al menos habría de darse un

⁵⁶³ En este sentido, la STS de 11 de junio de 1991, que en lo que se transcribirá corrobora una reiterada línea jurisprudencial (SSTS de 24 de junio y 31 de octubre de 1968; 3 de junio de 1970; 10 de noviembre de 1982; 7 de febrero, 7 de marzo y 5 de mayo de 1983, entre otras), afirma que: "los arts. 1124 y 1504 del C. Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general para toda clase de obligaciones recíprocas contenida en el primero, hace aplicación de modo específico y concreto en el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, de forma que, declarada la resolución, se ha de volver a un estado jurídico preexistente, retornando al estado anterior, con reintegro por cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, o lo que es lo mismo, los efectos se producen «ex tunc», sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria (ver art. 1124, párrafo último)". Son sus antecedentes de hecho, los siguientes: "D. Jaime H. G. O., titular registral de una finca con viviendas e instalaciones agrícolas y ganaderas la vendió, por documento privado de 6 de octubre de 1981, a D. Julian V. G., pactándose expresamente que el impago de cualquiera de los plazos estipulados determinaría la resolución de la compraventa, con retención por el vendedor, en concepto de indemnización, de lo que hubiere percibido, y sin que pudiera el comprador, hasta el total pago, arrendar, subarrendar, vender ni ceder la finca; al no abonarse la última letra el 30 de septiembre de 1984, por importe de 2.240.000 pts., el comprador fue demandado de conciliación, en cuyo acto quedó requerido dando por

nuevo plazo al deudor, requiriéndolo notarial o judicialmente (aunque parece que este último será menos problemático para el acreedor, porque inicia el proceso y porque no podrá considerarse insuficiente el plazo concedido). Este nuevo término se nos hace escaso si se aplica analógicamente el artículo 10 de la ley 28/98⁶⁶⁴ (dos plazos).

En segundo lugar, debe considerarse que la entidad de crédito puede ser, en determinados casos, tercero conforme al 1295 Cc., ya que conoce que no todos los incumplimientos del prestatario (subrogación sin efectos para quienes han sido parte del negocio complejo) son igualmente incumplimientos del comprador. Dicho de otra forma, sólo será de aplicación el art. 1124 Cc. en la medida en que el impago del precio no tenga una justificación en las normas reguladoras de la compraventa. Se requiere por tanto, junto a la falta de pago, que el adquirente subrogado en el préstamo no pueda eximir su cumplimiento conforme al art. 1502 Cc y, en general, a la *exceptio non adimpleti contractus* (e incluso cabría pensar que aún puede cumplir en los términos establecidos en el art. 1504 Cc.).

resuelta la compraventa, conforme al art. 1504 del C. Civil, y reconoció el mencionado documento privado, manifestando no poder entregar la finca por hallarse ocupada por D. Manuel G. R., quien, demandado al igual que el comprador (éste en rebeldía desde la primera instancia), alegó haberla comprado al Sr. V. en virtud del documento privado de 3 de septiembre de 1982, pero ni aportó tal documento, ni justificó dicho extremo por otros medios, constando sólo su posesión. El Juzgado declaró resuelto el contrato, decretó se le entregase la finca al actor, moderó la indemnización establecida contractualmente y condenó a los demandados a que dejaran la finca libre y desocupada de enseres y moradores. Apeló D. Manuel G. R., pero la Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado".

⁶⁶⁴ LVPBM, equiparable al anterior artículo 11 de la LVP

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la resolución por el prestamista tendrá como consecuencia habitual una resolución parcial (desde la óptica del complejo negocio realizado significa únicamente que no se aplaza el precio de la venta)⁵⁶⁵, motivo que justifica el vencimiento anticipado de los pagos, sin necesidad por ello de restitución con efectos *ex tunc*. Se trata de resolver los efectos dañinos del incumplimiento, que únicamente repercuten ya sobre el prestamista. Se viene manteniendo el carácter *ex nunc* en los contratos de tracto sucesivo, manteniendo que "dan origen a una serie de prestaciones y atribuciones que, estando en relación de conexión, pueden económica y jurídicamente separarse de las prestaciones precedentes o sucesivas. Cada par de prestaciones tiene autonomía económica y jurídica"⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Obligar al vendedor a asumir esta obligación no resulta acorde con la distribución de riesgos que el negocio produce, salvo cuando éste haya vendido sin respetar las condiciones que pactara con la prestamista en orden a exigir determinado perfil, avales u otro tipo de garantías o aseguramientos. En general, la responsabilidad del vendedor con respecto al prestamista se encuadra aquí también en la figura del mandato, de cuyos especiales exigencias conforme a la buena fe ya hablamos *supra* pp. 241 s.

⁵⁶⁶ Así lo explica CLEMENTE, *La facultad de resolver*, p. 503, recogiendo con ello el sentir de numerosos autores, que cita en la nota 104 de dicha página. Por todos ellos, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, p. 133; MONTÉS PENADÉS, V., "De las obligaciones puras y de las condicionales", en ALBALADEJO (director), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, XV, 2, Madrid, 1989, p. 1247; PANTALEÓN PRIETO, F., "Resolución por incumplimiento e indemnización", *ADC*, 42, 4, 1989, pp. 1143 ss., p. 1154; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 724.

Pues bien, en el supuesto que analizamos, a pesar de tratarse de un contrato que da origen a prestaciones de tracto sucesivo, no puede apreciarse la referida conexión entre las obligaciones de las partes. Como señala el Prof. DÍEZ-PICAZO, sostener que la resolución conlleva en todo caso sólo efectos *ex nunc* "no cuadra bien con el sistema general de nuestro Código, en el cual, la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios en virtud de la sentencia o de la decisión de resolver. [Por tanto], en términos generales, la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios puede aplicarse cuando se trate de obligaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos, pero que no puede aplicarse cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas"⁵⁶⁷. Por ello debe considerarse que no proceden los efectos retroactivos que para la resolución predica la doctrina dominante y una reiterada jurisprudencia⁵⁶⁸, apoyándose en la remisión del art. 1124 al 1295 Cc., entre otros motivos⁵⁶⁹, remisión que únicamente debe de entenderse hecha "a los meros efectos de dejar clara

⁵⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 724, transcrito parcialmente por CLEMENTE, *La facultad de resolver*, p. 502.

⁵⁶⁸ SSTS de 14.11.1962, 21.11.1963, 14.03.1964, 16.10.1967, 31.05.1985, 28.11.1985, y 17.06.1986, cit. por CLEMENTE, *La facultad de resolver*, pp. 496 y 497, donde en la nota 89 cita otras resoluciones.

⁵⁶⁹ Véanse estas otras razones para fundamentar dicho carácter retroactivo, en el resumen que de ellas hace CLEMENTE, *La facultad de resolver*, pp. 498 a 500. Contra el argumento del art. 1120 Cc., señala DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 726 que se refiere a la condición suspensiva, no a la resolutoria del 1123, que es donde, de incardinarse entre las condiciones, habría que reconducir el art. 1124 Cc.

[...] la no protección, pese haber adquirido del entonces verdadero dueño, del tercero que, en el momento de contratar, conocía que su causante había cometido ya un incumplimiento capaz de provocar la resolución del contrato anterior por el que adquirió la propiedad del bien mueble en cuestión"⁵⁷⁰.

De ahí que, la participación de la prestamista en la fijación de las condiciones financieras de la venta, así como su conocimiento de todos los extremos en los que el adquirente se subrogará⁵⁷¹, deben de equipararse, cuando se trate de cgc abusivas, a la regla del art. 1295 Cc: No en vano acepta la subrogación del comprador en el préstamo (arts. 1205 Cc. y 118 LH), en los términos que ya hubiera previsto con el constructor-prestatario original, con lo que se produce un fenómeno (por lo que se refiere al crédito de la compraventa) más parecido a la cesión de créditos (el convenio es previo e impuesto al comprador en cgc), que a la subrogación del comprador, repetimos, prevista y regulada incluso antes de que la venta llegue a producirse, e antes también de que exista comprador alguno.

⁵⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Resolución por incumplimiento e indemnización", *ADC*, 42, 4, 1989, pp. 1143 ss., quien siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA, *CCJC*, 11, 1986, pp. 3872 ss., se muestra contrario al efecto *ex tunc* de la resolución, que, además, plantea problemas en orden a la determinación de la restitución de frutos, intereses, mejoras o deterioros, así como a la eficacia o no de los actos de administración y disposición, señala (la cita es de la p. 1154).

⁵⁷¹ O, en su caso, aunque no exista subrogación, solicitará el préstamo en "condiciones especiales " para la promoción inmobiliaria en cuestión.

(2) El incumplimiento del vendedor. La suspensión del pago del precio y las acciones edilicias

El ejercicio de estas acciones presuponen la entrega de la cosa, puesto que de lo contrario la conexión causal conllevaría la posibilidad de considerar nulo el contrato, por cuanto no es apto para los fines propuestos por las partes: la adquisición de una concreta vivienda, cuestión que analizamos en otra parte.

(a) *La retención del precio*

El problema⁵⁷² en este caso es cómo (y en qué medida) son eficaces frente al prestamista los medios de defensa con que cuenta el comprador.

El primero de ellos es la suspensión (o retención) de los pagos⁵⁷³ periódicos, frente a la que en caso de exigirlos el vendedor se podría oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Ésta, aunque cuestionable a la luz de los criterios de conexión, no es oponible al prestamista, pero acabamos de ver que éste sólo podrá reclamar los plazos vencidos. Los intereses que genere el incumplimiento del comprador, cuando realmente estén justificados por un

⁵⁷² En la jurisprudencia existen pocos supuestos de devolución del préstamo por incumplimiento del vendedor (no obstante un ejemplo de este tipo de incumplimientos es la STS de 17-10-1997).

⁵⁷³ En la terminología del art. 1.502 Cc., sería más correcto hablar de retención del pago o cancelación de los pagos. En adelante usaremos la expresión derecho de retención (en lugar de suspensión, por considerar que se presta a menos confusión con la suspensión de pagos, o de cancelación, más frecuente en la práctica económica) por su contenido equivalente a los arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.747, 1.780 y 1.866.

incumplimiento previo del vendedor, parece que sí se le podrán exigir. Esto será así siempre que admitamos que el incumplimiento del vendedor justifica el del comprador. Nótese que el comprador experimenta un daño contractual que el vendedor debe indemnizarle.

La justificación de rehusar el pago de los plazos sólo será eficaz frente al prestamista cuando podamos establecer conexión suficiente entre el préstamo y la compraventa. La letra e) del número 1 del artículo 15 LCC, obliga además a reclamar al vendedor, por lo que la suspensión sin más de los pagos no parece muy justificada⁵⁷⁴. Sin embargo nada obsta que la referida reclamación se formule simultáneamente⁵⁷⁵ a comprador y

⁵⁷⁴ Nótese que el artículo 15 es de aplicación directa (no analógica) a nuestro supuesto de hecho. Puede no obstante mantenerse la justificación de no pagar en el contenido mínimo de las normas protectoras del consumidor (art. 3 de la misma ley, como concreción de principio de Derecho constitucional y comunitario).

⁵⁷⁵ MARÍN, *Vinculación contractual*, p. 163 parece interpretar que la reclamación debe realizarse *previamente contra el propio vendedor*. Pero parece lógico que baste la reclamación al vendedor para ejercitar acciones fundadas en la compraventa contra el prestamista, pero cuando se trate de ejercitar derechos (si se entiende que existe el derecho a no pagar cuando falta la entrega del bien comprado, debiendo haber sido esta inmediata y el pago diferido), parece lógico que existe (requisito de la buena fe a la hora de ejercitar todo derecho, art. 7.1 Cc.) obligación de comunicar previamente al prestamista dicho ejercicio, por lo que una mejor protección del consumidor debe hacernos interpretar (lo que cabe dentro de la norma) que es posible y deseable el simultáneo requerimiento al prestamista. Si no se hace así no queda limitado el número de acciones que el consumidor puede interponer, pero sí su comportamiento con respecto a quien no ha incumplido, salvo los casos en los que el prestamista "no pudiera desconocer" el vicio que afecta a la compraventa.

prestamista, advirtiéndole que retendrá los pagos⁵⁷⁶ en caso de no ser atendidas sus peticiones⁵⁷⁷.

Los requisitos de aplicación del art. 1502 son⁵⁷⁸:

1. La celebración de un contrato de compraventa:

Aparentemente el contrato realizado es un contrato de préstamo, por lo que no cabría la suspensión del 1502. Sin embargo, no es difícil aplicar las normas de la compraventa, si aplicamos la teoría de la conexión del negocio, para entender que se trata de una figura compleja, en la que las normas básicas deben ser las de la compraventa, ya que la voluntad concurrente de las partes es la transmisión de un bien al adquirente, para lo cual ponen en marcha una serie de instrumentos, todos ellos orientados a posibilitar dicha transmisión.

En efecto, es en la regulación de la compraventa donde se debe de buscar la distribución de riesgos que el ordenamiento impone a la referida

⁵⁷⁶ Véase *supra* nota 573, en la p. 315, y la remisión que allí se hace.

⁵⁷⁷ El requerimiento deberá hacerse "por cualquier medio acreditado en derecho". Cuando sea posible lo más rápido y barato para el consumidor será utilizar el formulario de la entidad de crédito para registrar órdenes de domiciliaciones y cargos (con copia sellada), ordenando en ellos que no carguen nuevos recibos, y citando los motivos o, en su caso, haciendo constar que se entrega nota aparte con los mismos. También podrá utilizar el servicio de burofax de Correos, solicitando quede constancia del contenido del fax transmitido. El TS viene admitiendo la validez de dicha prueba, y no parece que la norma exija mayores formalidades.

⁵⁷⁸ BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Monografías, 108, Valencia, 1999, pp. 117 ss.

operación. Se acaban de analizar los criterios determinantes de tal conexión, por lo que a estas explicaciones nos remitimos⁵⁷⁹.

2. Que el precio, al menos en parte, aún no haya sido abonado:

Los mismos criterios de conexión que permiten hablar de compraventa, fundamentan considerar precio las cuotas que el adquirente satisface al prestamista. Por precio hay que entender todas las cantidades debidas por razón del aplazamiento de los pagos, esto es, por la financiación (amortización de capital, intereses y cualquier otro gasto debido, arts. 1501.1º Cc.).

A esto debe añadirse que la entidad de crédito actúa aquí a modo de mandatario del comprador (de hecho el contrato de préstamo "en cuenta corriente", como vimos, se reconduce a la institución del mandato)⁵⁸⁰, lo que hace que hasta que éste pueda darle las órdenes que estime oportunas, debiendo acatarlas.

3. Que la cosa ya se haya entregado, como mero requisito lógico, pues de otra forma coincidiría con la aplicación de la excepción de no cumplimiento.

4. Existencia de perturbaciones en la posesión o dominio o temor de sufrirlas:

⁵⁷⁹ Véase *supra* pp. 295 ss. así como las pp. 232 ss.

⁵⁸⁰ *Supra* pp. 172 ss.

De no existir conexión causal, el comprador debe satisfacer los vencimientos parciales del préstamo hipotecario, solicitando judicialmente del vendedor, conforme al 1502 Cc., que afiance la devolución de dichos pagos⁵⁸¹. El comprador podrá solicitar la resolución de la compraventa ex artículo 1503 párrafo 1º Cc., con la obligación del vendedor de subrogarse en la obligación personal frente al prestamista (lógicamente la garantía real seguirá gravando la propiedad)⁵⁸². Este supuesto, lo analizamos a continuación separadamente.

(b) *Acciones edilicias*

Podrían aplicarse las acciones edilicias del art. 1486 que en nuestro supuesto sólo se puede referir a la *quanti minoris*, por lo que el comprador-prestatario tendrá derecho a la devolución de una parte del precio pagado. Ello puede fundarse en que la reducción del precio de la compraventa debe de afectar a la reducción del montante financiado, conforme a lo establecido en la letra e) del art. 15.1 LCC, que como vimos es criterio coincidente con otras normas (como la LATBI)⁵⁸³. Es además de señalar, que

⁵⁸¹ La jurisprudencia que interpreta el 1502 es claramente restrictiva, debiendo notificarse el incumplimiento con anterioridad al impago (SSTS 20 julio 1991 [RJ 1991\5404], 30 enero 1992 [RJ 1992\532], 4 junio 1992 [RJ 1992\4998] y 22 noviembre 1995 [RJ 1995\8432]).

⁵⁸² Ello sólo en los supuestos contemplados en el art. 12 de la ley 42/98. En los demás, en los que tal conexión no exista, se debe considerar resuelto el préstamo, con obligación del vendedor de satisfacer todos los gastos que ocasione, pudiendo descontar, eso sí, el valor de la ocupación del inmueble.

⁵⁸³ Véase *supra* pp. 304 ss.

la finalidad de la acción estimatoria, o *quanti minoris*, es la de obtener un reajuste en el equilibrio de las contraprestaciones de las partes⁵⁸⁴, finalidad que igualmente persigue la LCGC y, en general, toda la normativa protectora de consumidores.

En general, en lo tocante a las normas reguladoras de la evicción, debe tenerse en cuenta que conforme a los arts. 19 y 67 LCCH, y 12 Directiva 87/102, el prestamista no es un tercero con respecto a la compraventa en los casos contemplados por estos artículos, ni en las relaciones causales en el Derecho civil general.⁵⁸⁵

(3) Resolución, nulidad o cualquier forma de ineficacia de la compraventa:

Se trata de un fenómeno no recogido de forma unitaria en nuestra legislación. La consecuencia inmediata de la nulidad o resolución de la compraventa es la consecuente innecesariedad del préstamo y, conforme a los criterios de conexión establecidos en la LCC (que como vimos debe entenderse entre nosotros como aplicación de la teoría de la causa y, en esa medida, del propósito práctico o causa próxima) la posibilidad de resolver el préstamo o, en su caso, tramitar conjuntamente con la declaración de nulidad de la compraventa la del préstamo. La nulidad de

⁵⁸⁴ Véase MORALES MORENO, A.M., "Art. 1486", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia.

⁵⁸⁵ ALFARO, EJB, voz "crédito al consumo"

aquella debe conllevar la del préstamo, pues su propósito práctico era servir de instrumento (aplazamiento de los pagos para el comprador y cobro inmediato para el vendedor) al referido negocio.

El problema se plantea aquí en relación con la reintegración de las cosas. El prestamista podrá exigir del constructor, en su caso, la reintegración del capital prestado, pero esta reintegración no podrá exigírsela al adquirente, ya que, como ha quedado dicho, la subrogación opera como consecuencia de un pacto anterior entre prestamista y constructor (prestatario-vendedor) antes incluso de la realización de la venta. Esto es, supone la cesión de un crédito (el de la compraventa) para compensar la deuda que surge del préstamo. La subrogación requiere un especial consentimiento del nuevo deudor y, paralelamente, una causa por la que opere la subrogación, que en este caso deja de existir junto con la nulidad o resolución de la compraventa.

bb) El préstamo. El propósito práctico

(4) Incumplimiento del prestatario. El vencimiento anticipado y la regla del art. 1129 Cc.

Nos interesa tratar aquí el incumplimiento del comprador-prestatario en la medida en la que lleva aparejado el vencimiento anticipado de todos los plazos pendientes.

El establecimiento de un término se presume que se realiza, conforme al art. 1127 Cc., en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que de su tenor o de otras circunstancias resultara haberse establecido en favor de uno u otro.

Por tanto, el vencimiento anticipado de todos los plazos sólo podrá defenderse, por impago de uno sólo, si se considera que el plazo se ha establecido en favor del acreedor. Es evidente que en el préstamo para la adquisición de viviendas los distintos términos en los que van venciendo la obligación de restituir el capital con sus intereses (que se ha desglosado en múltiples obligaciones cada una con un vencimiento distinto) han sido fijados, al menos, en beneficio del prestatario, por lo que no puede en principio admitirse el vencimiento anticipado a instancia del prestamista. Ello es especialmente cierto cuando se haya pactado una comisión por cancelación anticipada, lo que resulta frecuente. Tratándose de contratos de consumo, podría incluso ponerse en duda la vigencia de la presunción que establece el art. 1127 Cc.⁵⁸⁶. Las excepciones a la aplicación de esta

⁵⁸⁶ Obsérvese que la abundancia de normas en este sentido permiten avalar la tesis de la existencia de un nuevo principio en el ámbito de los contratos de consumo. Así, el art. 9.3 LVBMP establece que "en cualquier momento de vigencia del contrato, el comprador podrá pagar anticipadamente, de forma total o parcial, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido, sin que en ningún caso puedan exigírsele intereses no devengados"; el art. 10 LCC, "El consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido", limitando la "compensación" al empresario si se pactó al 1,5 'o 3 % según se trate de interés variable o no; D.A. primera, 2ª LCU, en la redacción dada por la LCGC establece la prohibición de resolución anticipada, si bien la subordina a que al consumidor se le otorgue la misma posibilidad. Frente a estas excepciones a la regla del art. 1127 Cc., en el ámbito de los negocios cambiarios el principio es el de ahondar en esta línea tradicional de nuestro Código (art. 46 LCCH).

norma se encuentran contempladas en el artículo 1129 del mismo cuerpo legal⁶⁹⁷. Éstas son:

- 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, *salvo que garantice la deuda*: Lógicamente, tratándose de una deuda garantizada con hipoteca, resulta exceptuado este primer motivo (que además requiere la insolvencia, no el incumplimiento);
- 2º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido: Esto es únicamente predicable de la constitución de la hipoteca. Se trata de un supuesto de difícil virtualidad práctica en nuestro caso, ya que la perfección del préstamo sólo se lleva a efecto con posterioridad al otorgamiento de las escrituras de compraventa e hipoteca. No pueden incluirse aquí otro tipo de obligaciones como la de suscribir seguros, no sólo por no tratarse de garantías en sentido técnico sino, especialmente, porque la *ratio* de la norma es que existan garantías suficientes, siéndolo la garantía hipotecaria.
- 3º Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras: Ésta sería la única posibilidad de admitir el

⁶⁹⁷ Cuyas reglas pueden a su vez exceptuarse, en el sentido de que no vencen anticipadamente los términos pactados aunque se incurra en los supuestos del referido artículo. Este pacto, lógicamente, debe de tener una causa que lo legitime, como puede ser el hecho de conocer el acreedor la inmediata posibilidad de insolvencia del deudor, pero su confianza en su recuperación económica, o cuando el referido contrato pretenda precisamente hacer frente a esa previsible falta de liquidez, y se pacte expresamente.

vencimiento anticipado⁵⁸⁸. No obstante nótese lo extraño que será que el valor de una vivienda disminuya por actos del comprador.

Por tanto tenemos, como criterio general, un ámbito muy reducido para el vencimiento anticipado en las obligaciones garantizadas con hipoteca. A esto debe añadirse la posibilidad, en nuestro supuesto de adquisición de vivienda, de aplicar los principios del derecho de consumo. La aplicación de las normas particulares choca, en el caso del art. 10 LCC, con la limitación de su ámbito de aplicación por los arts. 2.1.a) (contratos superiores a tres millones de pesetas) y 2.2 (contratos de crédito garantizados con garantía hipotecaria).

Hasta aquí hemos contemplado el funcionamiento del vencimiento anticipado en préstamo no vinculado a la compraventa, esto es, no incorporado al complejo contrato de compraventa financiada con préstamo que se garantiza con hipoteca.

Sin embargo, en los supuestos en los que exista vinculación contractual, se podrá aplicar el párrafo primero del art. 1503, de tal suerte que para instar la resolución del contrato (vencimiento anticipado) se requeriría que el prestamista tuviera el fundado temor a perder el inmueble y el precio que en

⁵⁸⁸ Y aún con la posible interpretación en contra de considerar que para que la regla del apdo. 3º del art. 1129 Cc. entre en juego, se necesita el previo ejercicio por el acreedor de la acción de devastación, pues existiendo un mecanismo para defender su derecho (de garantía) y no habiéndose incumplido (el pago del crédito garantizado), resulta excesivo cargar a otro la tutela del propio derecho.

dicho artículo se le exige al vendedor. En nuestro supuesto, a perder la garantía.

(5) El incumplimiento del prestamista

Es en este supuesto cuando tiene relevancia la regulación contenida en las Circulares del BdE, por cuanto debe de considerarse que, por vía de integración contractual, estas forman parte del contrato. Evidentemente, siempre que sean conformes al Derecho civil, tanto imperativo como dispositivo, y en este último caso, salvo a su vez que se haya incorporado por pacto al contrato:

(6) Normativa sectorial bancaria. El principio de transparencia

Las normas sectoriales de la contratación bancaria, y en concreto de los créditos hipotecarios, son, además de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), básicamente las siguientes:

La OM de 17 de enero de 1981⁵⁸⁹ inicia la liberalización de los tipos de interés, hasta la fecha centralizado por el Banco de España, con la intención de dar a nuestro sistema financiero "la máxima libertad, flexibilidad y transparencia", según declara, aunque con el ánimo fundamental de modernizar el mismo, haciéndolo

⁵⁸⁹ BOE de 19 de enero de 1981.

competitivo frente a la europeización económica entonces proyectada.

La OM de 3 de marzo de 1987⁵⁹⁰ viene a disminuir el control que la anterior no había eliminado sobre operaciones pasivas a la vista o a corto plazo, y sobre algunas comisiones. En contrapartida exige unos requisitos de transparencia en las operaciones de las entidades financieras, y crea el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, regulado por la Circular del Banco de España 24/1987, de 21 de julio⁵⁹¹.

Los contenidos mínimos de la información que las entidades financieras están obligadas a poner a disposición de sus clientes, así como las condiciones en las que la misma ha de ser proporcionada, se recogen en la OM de 12 de diciembre de 1989⁵⁹², desarrollada por la Circular 8/1990⁵⁹³, de 7 de septiembre.

⁵⁹⁰ BOE de 5 de marzo de 1987, desarrollada por la Circular del Banco de España 15/1987, de 7 de mayo (BOE de 18 de mayo de 1987), a su vez modificada por la Circular 11/1988, de 22 de julio (BOE del 23) y finalmente derogada por la 15/1988, de 5 de diciembre (BOE del 15).

⁵⁹¹ BOE de 10 de agosto de 1987, modificada por la OM de 12 de diciembre de 1989 y por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre.

⁵⁹² BOE de 19 de diciembre de 1989.

⁵⁹³ BOE de 20 de septiembre de 1990.

La OM de 5 de mayo de 1994⁵⁹⁴ sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, será de aplicación a los créditos iguales o inferiores a los 25.000.000 de pesetas, siempre que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda⁵⁹⁵. Esta norma, por ser fundamental en la materia que nos ocupa, será objeto de un tratamiento separado.

La Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, que modifica la 8/1990, viene a desarrollar la OM de 5 de mayo, y junto con la anterior pasamos a tratarla:

La evolución de esta normativa puede resumirse como sigue:

La regulación de esta materia es cuestión delicada, pues afecta como vimos a intereses vitales fundamentales de los ciudadanos, reconocidos por el ordenamiento como derechos constitucionales de los mismos⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ BOE de 11 de mayo de 1994, RCL Aranzadi 1994, 1322. A su vez esta Orden ha sido modificada, para ampliar su ámbito de aplicación que ahora no sólo incluye a las entidades de crédito, sino también a las "aseguradoras y otras entidades financieras" (siempre que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda), por la de 27 de octubre de 1995, del Ministerio de la Presidencia, BOE de 1 de noviembre, RCL Aranzadi 1995, 3009.

⁵⁹⁵ Obsérvese que no hace referencia sólo a las adquisiciones de viviendas, puesto que no se aplica en función del destino del préstamo, sino del carácter de la garantía. Vid. A este respecto supra el epígrafe "El consumidor de préstamos hipotecarios".

⁵⁹⁶ Vid. Supra el epígrafe "1.2.- Cuestiones sociológicas", especialmente su apartado C sobre el acceso a una vivienda digna en relación con la protección de los consumidores, arts. 47 y 51 CE.

Su regulación básica se encuentra en la Ley general para la defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), y en la Ley de Competencia Desleal (LCD). Las normas sectoriales de la contratación bancaria, y en concreto de los créditos hipotecarios, son, además de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), básicamente las siguientes:

La OM de 17 de enero de 1981⁶⁹⁷ inicia la liberalización de los tipos de interés, hasta la fecha centralizado por el Banco de España, con la intención de dar a nuestro sistema financiero "la máxima libertad, flexibilidad y transparencia", según declara, aunque con el ánimo fundamental de modernizar el mismo, haciéndolo competitivo frente a la europeización económica entonces proyectada.

La OM de 3 de marzo de 1987⁶⁹⁸ viene a disminuir el control que la anterior no había eliminado sobre operaciones pasivas a la vista o a corto plazo, y sobre algunas comisiones. En contrapartida exige unos requisitos de transparencia en las operaciones de las entidades financieras, y crea el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

⁶⁹⁷ BOE de 19 de enero de 1981.

⁶⁹⁸ BOE de 5 de marzo de 1987, desarrollada por la Circular del Banco de España 15/1987, de 7 de mayo (BOE de 18 de mayo de 1987), a su vez modificada por la Circular 11/1988, de 22 de julio (BOE del 23) y finalmente derogada por la 15/1988, de 5 de diciembre (BOE del 15).

Este servicio de reclamaciones está regulado por la Circular del Banco de España 24/1987, de 21 de julio⁵⁹⁹, que instituye...

Los contenidos mínimos de la información que las entidades financieras están obligadas a poner a disposición de sus clientes, así como las condiciones en las que la misma ha de ser proporcionada, se recogen en la OM de 12 de diciembre de 1989⁶⁰⁰, desarrollada por la Circular 8/1990⁶⁰¹, de 7 de septiembre (recuérdese, esta última, exclusivamente con valor de control administrativo⁶⁰² frente a las entidades de crédito, nunca determinante de la validez de los negocios jurídicos que aquella realice con sus clientes).

La OM de 5 de mayo de 1994⁶⁰³ sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, será de aplicación a los créditos iguales o inferiores a los 25.000.000 de pesetas, siempre que el prestatario

⁵⁹⁹ BOE de 10 de agosto de 1987, modificada por la OM de 12 de diciembre de 1989 y por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre..

⁶⁰⁰ BOE de 19 de diciembre de 1989.

⁶⁰¹ BOE de 20 de septiembre de 1990.

⁶⁰² Y sometida aquí también al juicio previo de legalidad, y especialmente a las normas que desarrollan el derecho a la libertad de empresa. Difícilmente podrá sostenerse que lo que una ley hace dispositivo para las partes en atención a un derecho reconocido constitucionalmente, pueda ser prohibido por un reglamento (cosa distinta es que el reglamento arbitre la forma de ejercer esa potestad dispositivamente habilitada por la ley).

⁶⁰³ BOE de 11 de mayo de 1994, RCL Aranzadi 1994, 1322. A su vez esta Orden ha sido modificada, para ampliar su ámbito de aplicación que ahora no sólo incluye a las entidades de crédito, sino también a las "aseguradoras y otras entidades financieras" (siempre que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda), por la de 27 de octubre de 1995, del Ministerio de la Presidencia, BOE de 1 de noviembre, RCL Aranzadi 1995, 3009.

sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda⁶⁰⁴. Esta norma, por ser fundamental en la materia que nos ocupa, será objeto de un tratamiento separado.

La Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, que modifica la 8/1990, viene a desarrollar la OM de 5 de mayo.

Olvidemos por un momento las circulares mencionadas, pues nada pueden añadir a la regulación contractual, que es la que nos interesa. Del mismo modo debemos obviar las dos O.M. dictadas sin la habilitación suficiente (son previas a la entrada en vigor de la LDIEC), la de 17 de enero de 1981 y la de 3 de marzo de 1987 (la LDIEC es de 29 de julio del 88). Pasamos en lo que sigue a analizar el contenido de las Ordenes del Ministerio de Economía de 12 de diciembre del 89, 5 de mayo del 94, y 27 de octubre del 95:

O.M. Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito:

En las operaciones objeto de nuestro estudio "los tipos de interés serán los que libremente se pacten"⁶⁰⁵, no obstante se obliga a las entidades de

⁶⁰⁴ Obsérvese que no hace referencia sólo a las adquisiciones de viviendas, puesto que no se aplica en función del destino del préstamo, sino del carácter de la garantía. Vid. A este respecto supra el epígrafe "El consumidor de préstamos hipotecarios".

⁶⁰⁵ Según dispone el art. 1. de la O.M. de 12 de diciembre de 1989, que sólo limita las percepciones en los casos del artículo 2, que transcribo, haciendo la observación de que en nuestro caso sólo estarían sujetos por el párrafo segundo del artículo transcrito las

crédito⁶⁰⁶ a anunciar su tipo de interés preferencial, así como los tipos máximos para descubiertos en cuenta corriente y excedidos en cuenta de crédito "que serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuviesen fijados contractualmente tipos inferiores". Esto es, se prohíbe fijar contractualmente un tipo superior a aquél anunciado, cierto que únicamente aplicable a los descubiertos o excedidos. Además se establece que dichos tipos, así como todos aquellos que las entidades de crédito utilicen en su publicidad, deberán expresarse "en términos de coste efectivo equivalente de una operación con intereses anuales postpagables".

operaciones de financiación de vivienda de protección oficial, recordando que se encuentra regulado "por sus normas específicas". El texto es como sigue:

Las percepciones por tipo de interés y comisiones de las inversiones computables en el coeficiente de inversión establecido por la Ley 13/1985 de 25 de mayo, así como las operaciones de crédito a la exportación efectuadas por el Banco Exterior de España con fondos oficiales suministrados con ese fin, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto 321/1987, de 27 de febrero, por el que se regula el coeficiente de inversión obligatorio de las Entidades de depósito; del mismo modo, los créditos excepcionales a que se refiere el artículo 37 de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial, se someterán a las normas específicas que regulen su concesión.

Las percepciones por operaciones crediticias con subvención de tipos de interés o por créditos de política económica en los que el tipo de interés se fije por las autoridades económicas se regularán por sus normas específicas.

⁶⁰⁶ La O.M. de 12.12.89 sólo se refiere a las entidades de depósito y a las entidades oficiales de crédito, referencia que hace extensible la O.M. de 05.05.94 a todas las entidades de crédito en virtud del número 5 de su artículo 2, en relación con la modificación introducida por la norma primera O.M de 27 de octubre de 1995, al considerar aplicable "en lo no previsto para los créditos hipotecarios en la presente Orden [(aplicable según la O.M. 5.5.94 a entidades de crédito, aseguradoras y demás entidades financieras)...] lo dispuesto en la [de...] 12 de diciembre de 1989".

Aunque tal afirmación podría deducirse sin mayor problema de las normas del Código Civil (p.ej. de los arts. 1261.2º, 1124, o de la teoría del enriquecimiento injusto), la norma quinta de la O.M. 12.12.89 establece en su párrafo tercero que "las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos"⁶⁰⁷.

Desde un punto de vista formal se obliga a la redacción por escrito del contrato, en la medida en la que se exige a las entidades de crédito que entreguen al prestatario una copia del mismo firmada "por persona con poder para obligar a la entidad". Se debe entregar también una copia de las reglas sobre fecha de valoración, así como sobre las tarifas de comisiones y gastos repercutibles de aplicación a la operación concertada. Además, se fija un contenido mínimo para estos contratos, que deberán establecer:

1)El tipo de interés nominal (indicando la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses y la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados); **2)las comisiones y gastos repercutibles** que sean de aplicación (con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, no siendo admisibles las remisiones genéricas a las tarifas de entrega obligada); **3)los derechos** que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado; **4)los derechos del cliente en cuanto a posible reembolso**

⁶⁰⁷ No en vano nuestro Derecho exige una causa para todo desplazamiento patrimonial. En este sentido DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Civitas, 1985, p. 77

anticipado de la operación⁶⁰⁸; 5) a efectos informativos, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de interés efectivo anual postpagable, expresando la fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia (nótese que no obliga a utilizar el TAE)⁶⁰⁹. 6) en el caso de pretender la entidad de crédito evitarse la obligación de informar de las liquidaciones parciales a que viene obligada por el apartado 1 de la norma octava de la orden de 12.12.89 (cosa que sólo podrá hacer "en los casos en que la operación de lugar exclusivamente a pagos periódicos prefijados"), deberá incluir en el contrato una tabla de todos los pagos o amortizaciones, con sus fechas.

Se habilita al Banco de España para ejercer las acciones a que hace referencia el título IV de la Ley 34/1988⁶¹⁰, de 11 de noviembre.

⁶⁰⁸ La legalidad de este precepto puede cuestionarse, por cuanto la no inclusión en el contrato del referido derecho y/o su forma de ejercicio no puede considerarse equivalente al pacto de excluir tal beneficio. Las normas legales sobre el tiempo de la prestación no pueden ser derogadas por este precepto. Debe de tenerse esto en cuenta a la hora de interpretar el mismo.

⁶⁰⁹ El hecho de que el carácter de citar la referida equivalencia sea exclusivamente informativo debe cuestionarse. En primer lugar porque el hecho de informar de ello implica su incorporación a la oferta, y esta es vinculante en el sentido que le dan las normas con rango legal que luego veremos.

⁶¹⁰ La Ley General de Publicidad. Se refiere a las acciones de cesación y rectificación. De acuerdo con su artículo 25.1, pueden interponer estas acciones, entre otras personas y organismos, "los órganos administrativos competentes".

O.M. de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios:

A dicha regulación vino a sumarse la O.M. de 5 de mayo de 1994, cuya exposición de motivos es bastante clara en cuanto a sus pretensiones y contenido:

La presente Orden, que complementa la de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, hace uso de la mencionada habilitación en relación con los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, operación financiera típica generalmente asociada a la adquisición del inmueble.

Dada su finalidad tuitiva, la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas.

La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad a la que se refiere el artículo 1.1, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades

de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda.

La aplicación de la orden se sujeta a los siguientes requisitos:

a.- Que el prestamista sea una entidad de crédito, una aseguradora, o cualquier otra entidad financiera.

b.- "Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda". Nótese que no se hace referencia ni a la finalidad del

préstamo⁶¹¹ (esto es, a la adquisición de la vivienda); ni se exige que se trate de la vivienda habitual, como hacen otras normas de promoción del acceso a la vivienda. Parece que aquí se protege al consumidor en la medida en la que ofrece como garantía un bien con un especial valor social, protegido constitucionalmente. Podría haberse limitado a la vivienda habitual, en tanto que garantía, o a la adquisición de la misma, o una conjunción de ambos criterios (préstamos para la adquisición de la primera vivienda garantizados con hipoteca, haciendo recaer la hipoteca sobre el bien adquirido o no, opción esta última por la que nos decantamos⁶¹²).

⁶¹¹ Una interpretación contraria puede verse en ANDREU MARTÍ, María del Mar, "La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario", *RDBB*, nº 57, enero-marzo 1995, pp. 103 a 117. La autora considera que se exige "que el inmueble se adquiera para ser destinado a vivienda", y encuadra "este supuesto en el ámbito de la adquisición de inmuebles" (p. 108). En el sentido que proponemos, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, p. 157.

⁶¹² *De lege ferenda* debe mantenerse que esta es la opción que parece más congruente con la indicación constitucional, que viene referida a "disfrutar de una vivienda digna y adecuada". Por ello me parece correcta la opción que la Orden realiza por proteger en la medida en la que se hipoteque una vivienda (debería ser la primera vivienda, pues la Constitución lo que protege es el disfrute de "una vivienda digna", tratando de impedir la especulación, art. 47), una vez adquirido individualmente dicho derecho, y no la adquisición de la vivienda, que es un objetivo que sólo se protege en la medida en que haya sido conseguido (lo cual no quita para que deba orientar la política social y económica). Desde este segundo punto de vista, debe de señalarse que, *de lege ferenda*, también la adquisición de la primera vivienda ha de merecer protección. Si esto se hiciera, no cabe duda que habría que extender la aplicación de estas normas a todas las adquisiciones de primera vivienda, con independencia de el bien que haya sido dado en garantía.

c.- "Que el prestatario sea persona física". No se relaciona con ninguna noción de consumidor, y desde luego no con el concepto de "destinatario final"¹³. De hecho abarca sin lugar a dudas al empresario individual.

d.- "Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25.000.000 de pesetas, o su equivalente en divisas". Parece una cuantía razonable si lo que se pretende es proteger al consumidor de viviendas. Ahora bien, al no hacerse mención alguna al contrato de compraventa, cae dentro del ámbito de protección la adquisición de una vivienda de vacaciones cuyo precio sea muy superior a 25 millones de pesetas (pongamos a modo de ejemplo 50), pero de los cuales sólo 25 se financian con un crédito hipotecario, y los otros con otros préstamos, otras fórmulas de financiación, o en efectivo. Al no establecer la norma ninguna vinculación con el contrato traslativo¹⁴, no se puede excluir del ámbito de aplicación de la misma ninguna operación en atención a éste, sino exclusivamente por referencia a la cuantía del préstamo (hipotecario, según cabe interpretar del conjunto de la Orden).

Con la actual norma, por tanto, parece que queda protegido el empresario individual que solicita un préstamo para destinarlo a su industria y lo garantiza con una vivienda (que podría ser propiedad de una sociedad, o ser una de sus viviendas de recreo). Queda sin embargo desprotegido quien, para la adquisición de su primera vivienda, solicita un crédito que garantiza su

¹³ Igualmente en contra ANDREU MARTÍ, M^a del Mar, *opus cit.*, pág 108

¹⁴ Así en un supuesto mixto de permuta con compraventa es fácil que el valor del bien supere con creces los 25 millones, cuando la operación crediticia, sin embargo, está dentro de ese límite.

padre con hipoteca sobre su taller de reparación de vehículos. Sin duda existen elementos para evitar estos criterios tan burdos, pero que son los que resultan de la letra de la norma. Más fácil resultará ampliar su ámbito de actuación que limitarlo, pero al ampliarlo estaremos utilizando un criterio interpretativo (el de utilizar como referente el destino del préstamo concedido⁶¹⁵) que dejaría fuera de la norma el supuesto primero (el del empresario individual), y no parece procedente limitar el alcance de la misma a negocios jurídicos que la interpretación literal incluye.

Se aplicará a los préstamos con garantías hipotecarias sobre viviendas que radiquen en territorio español, cualquiera que sea el lugar de realización del contrato y con independencia del domicilio dentro o fuera de España del prestamista. La letra de la Orden parece extender el ámbito de aplicación a los contratos celebrados en España con garantía hipotecaria sobre viviendas sitas

⁶¹⁵ Esto además habría que ponerlo en relación con el valor de la declaración del destino que se le va a dar al crédito concedido, cuyo incumplimiento suele ser considerado en los modelos contractuales de las entidades de crédito como causa para solicitar el vencimiento anticipado (por incumplimiento). Ya indicaré más adelante mi opinión contraria a esta práctica. Aquí interesa dejar resaltado que si se hace depender la protección del destino del préstamo, éste deberá hacer referencia a su destino real, no al declarado. Surge entonces la pregunta de si es ello motivo para obligar al prestatario a comunicar al prestamista el destino del mismo, y si se estima positivo, preguntarse por las consecuencias de su incumplimiento. No debe de olvidarse que los contratos son de adhesión, y que las declaraciones del prestatario sólo trascienden al contrato (a pesar de la intervención notarial) cuando el prestamista así lo quiere, dada la posición de fuerza que éste tiene (si no acepta, no hay préstamo, y tendrá que negociar con otra entidad en unas condiciones muy parecidas). ¿Puede en ese contexto obligarse al prestatario a formular algún tipo de declaración? A mi juicio, si no se articula el mecanismo para que la misma pueda realizarse libremente, no. Me remito en esto a lo que expondré más adelante.

fuera de España. En la medida en la que la norma no regule cuestiones relativas a los derechos reales, sino que se limite a la parte personal del crédito hipotecario, puede considerarse compatible con el Derecho comunitario. Las disposiciones que supongan modificación de aquél régimen no podrán extenderse a este último grupo de operaciones.

A pesar de que la norma segunda de la orden, bajo la rúbrica "naturaleza de la siguiente Orden", indica que el incumplimiento de la misma conllevará la oportuna sanción (administrativa) para las entidades de crédito, sin que haga referencia a ninguna sanción en el orden civil, debe entenderse que el hecho de dictarse la misma en uso de la habilitación conferida por el número 2 del art. 48 LDIEC, y no por su número 1, implica la intención de producir efectos civiles.

El prestamista deberá "obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo" se adjunta en un ANEXO que acompaña a la disposición. La O.M. dispone que dicho contenido tendrá "carácter orientativo", salvo lo dispuesto en su art. 4.1 sobre gastos suplidos y en la O.M. de 12.12.89 en cuanto al pago de comisiones. No podemos considerar legal dicho carácter orientativo, por cuanto es contrario al artículo 8.1 LCU⁶¹⁶, y en sintonía con el buen criterio del número 2 del art. 3 del R.D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la

⁶¹⁶ Sobre la aplicabilidad de esta norma a los contratos de crédito hipotecario para la adquisición de vivienda celebrados entre una entidad de crédito y el prestatario-adquirente, véase *supra* el epígrafe correspondiente.

información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas⁶¹⁷.

El contrato podrá concretar dicho contenido mínimo incorporado al folleto informativo, pero nunca podrá excluir las condiciones anunciadas en aquél en perjuicio del consumidor⁶¹⁸. Por ello interesa reseñar el contenido dispuesto en dicho anexo:

1. Identificación del préstamo: Su denominación comercial, la cuantía máxima del préstamo respecto al valor de tasación del inmueble hipotecado, y la "moneda del préstamo (sólo si no fuera la peseta)". Nótese que en esta materia las normas de transición al Euro son de preferente aplicación.
2. Plazo del préstamo: Plazo total; plazo de carencia de amortización del principal; periodicidad de los pagos, y; sistema de amortización.

⁶¹⁷ En los casos en que el adquirente se subroga en un préstamo hipotecario contraído por el constructor o promotor, será de aplicación a éste la norma del apdo. A del art. 10 R.D. 515/1989, que para la compraventa exige un determinado contenido mínimo referido a las condiciones financieras. Se aplica en relacc. Con el apdo. 3 del art. 1 O.M. de 5.5.94. Sobre estos criterios de conexión véase *supra* el epígrafe correspondiente.

⁶¹⁸ Lo contrario sería, además, de difícil armonización con las normas protectoras de los consumidores (a modo de ejemplo, con el art. 8.3 de la LGP 26/84, que la propia O.M. recuerda debe tenerse en cuenta: "sin perjuicio de lo dispuesto en" él, párrafo 2 del apdo. 3 del art. 3). Además, se puede llegar a la misma conclusión con las normas generales del Código Civil: Toda la información previa debe de entenderse como parte de la oferta (1262 Cc.), según las normas de integración del contrato previstas en el art. 1258 del mismo cuerpo legal: los contratos, una vez perfeccionados "por el concurso de la oferta y [...] la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato" (1262), "obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (1258). No parece conforme con la buena fe anunciar unas condiciones únicamente para atraer al cliente, sin que resulten después incorporadas al contrato.

3. Tipo de interés: Modalidad del tipo de interés (fijo o variable); tipo de interés aplicable⁶¹⁹; índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable⁶²⁰; plazo de revisión del tipo de interés⁶²¹.
4. Comisiones⁶²²: Comisión de apertura; comisión por amortización o cancelación anticipada⁶²³; otras.
5. Gastos a cargo del prestatario: Este apartado no sólo no innova nada con referencia a la normativa existente (salvo el deber de comunicar los impuestos y aranceles aplicables), y en especial a la Orden 12.12.89, de que es de aplicación "en lo no previsto para los préstamos hipotecarios en la presente Orden", sino que introduce un alto grado de confusión. A continuación se enumeran sus subapartados, para demostrar que la única afirmación que se puede sacar de él con carácter vinculante es que deben expresarse los gastos a cargo del prestatario, afirmación redundante e innecesaria pues puede extraerse de la legislación civil existente en el momento. Hubiese sido deseable la existencia de la

⁶¹⁹ "(indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual, en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable)"

⁶²⁰ "(identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible)"

⁶²¹ "(primera revisión y periodicidad de sucesivas revisiones)"

⁶²² "(indíquense aquellas que resulten aplicables, señalando respecto a ellas, en todo caso, las máximas comunicadas al Banco de España y, optativamente, las mínimas previsibles)"

⁶²³ "Cantidad que, en caso de amortización anticipada, deberá satisfacer el prestatario a la entidad prestamista, distinguiendo, en su caso, entre amortización parcial y total"

prohibición de las cláusulas sorprendidas en la nueva LCGC, aún cuando se puede considerar que al ser contrarias a la buena fe y causar un detrimento en las posiciones de las partes, son abusivas, por lo que bien pudiera ser incorporada como concepto útil por la jurisprudencia. Además, cabe considerar que puede esperarse de buena fe el prestatario que los gastos con los que deba correr sean los habituales, y cabe igualmente remitirse a este listado como gastos habituales. Estos son:

- a. "Servicios que concertarán o prestarán directamente las entidades a las que se refiere el artículo 1.1. Indíquense los conceptos aplicables (por ejemplo, tasación) y, cuando sea obligatorio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Orden, las tarifas aplicables".
 - i) En primer lugar, la norma no sólo no dice nada nuevo con respecto al art. 5 de la Orden de 12.12.89, sino que parece contrario al mismo, y como ya se dijo⁶²⁴, aquél es expresión de lo ya dispuesto en la ley y éste, por tanto, es contrario a aquella;
 - ii) En segundo lugar, al citar como ejemplo la tasación, parece legitimar la imposición del pago de este servicio al prestatario, lo que parece contrario a la LCU y a la nueva LCGC. Debe tenerse en cuenta que cada parte debe correr con sus riesgos, y que la tasación supone la cobertura de un riesgo

⁶²⁴ Véase *supra*, en la p. 356, la nota 607.

para la entidad de crédito, luego es ésta la que debe abonar el coste de la misma.

- b. "forma en que dichos gastos «suplidos» se cobrarán o repercutirán al cliente, señalando expresamente los gastos que serán a cargo del solicitante del préstamo aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse".

El apartado 1.b) del artículo 10 LCU exige como requisito del contrato la entrega "en su caso, de presupuesto debidamente explicado". EL 13.1.b) de la misma norma dispone que "deberán incorporar [...] al menos [...] precio completo o presupuesto". Luego siendo el presupuesto un derecho del consumidor, no parece que pueda ser repercutible el costo de realización del mismo.

- c. "servicios que deberá obligatoriamente contratar y abonar directamente el cliente, indicando los conceptos aplicables (por ejemplo, seguro de daños) y, con carácter meramente orientativo, su cuantía"

Debe considerarse subsumible en el número 24 de la lista ejemplificativa que incorpora la disposición adicional "cláusulas abusivas" de la LCU en la redacción dada por la LCGC.

- d. impuestos y Aranceles (indíquense los conceptos aplicables y, de forma aproximada para cada uno de ellos, su base imponible y el tipo porcentual aplicable).

La norma de 12.12.89 tan sólo exigía que contaran "los impuestos retenidos" en las liquidaciones que obliga a realizar periódicamente, o, en el contrato cuando la entidad de crédito, consistiendo la devolución de todas las cuantías en una cuota fija, opte por incorporar una tabla de las mismas con sus fechas en el contrato.

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

Lo anteriormente dicho para negar el carácter meramente orientativo de las otras informaciones que integran el contenido mínimo del folleto informativo, debe darse por reproducido aquí⁶²⁵.

El artículo 4 regula la forma en la que el prestamista puede repercutir en el cliente "la tasación u otro servicio que considere necesario"⁶²⁶. Ahora bien, la exclusión que realiza el párrafo tercero del apdo. 1 de este artículo de los contratos sometidos a

⁶²⁵ Véase *supra* p. 363, y en especial la nota 618.

⁶²⁶ Juicio de necesidad que podrá ser desde luego cuestionado por el Juez y que se atenderá siempre para poder repercutirlo al cliente a las normas del 1158 tercero, y de los artículos 1888 y siguientes Cc, especialmente el 1893 primero. Esto es, debe de existir un interés directo del prestatario en el servicio prestado para que surja en este la obligación de "indemnizar [...] los gastos necesarios y útiles [...] y los perjuicios" debidamente justificados. El interés del prestamista excluye la posibilidad de repetir el precio del servicio no pactado y hace surgir la posibilidad de considerar abusivo el pacto que haga correr al prestatario con la totalidad del coste del servicio. Véase *supra* nota 607.

la LCU, debe entenderse referida a todo el articulado del reglamento que sea contrario a la referida ley⁶²⁷ y, desde luego, a todo el artículo 4. Por tanto, dicho artículo 4 será sólo de aplicación a las relaciones que caigan fuera del ámbito de aplicación de la LCU, y sólo será válido en la medida en la que respete la LCGC y el servicio sea útil al prestamista conforme a los arts. 1158 y 1893 Cc.⁶²⁸.

El prestatario "efectuadas [...] las oportunas comprobaciones⁶²⁹" vendrá obligado "a efectuar una oferta vinculante", "firmada por representante de la entidad"⁶³⁰ y con una validez, en principio⁶³¹, "no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega", "o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo" (art. 5). Es por tanto, como es congruente con el principio de autonomía de la voluntad y con el derecho a la libertad de empresa, libre de

⁶²⁷ Y ello no en virtud del abundante uso en la Orden de la fórmula "sin perjuicio de lo dispuesto" en la norma con rango de ley, que nos induce a sospechar su falta de adecuación a la misma, sino en virtud de la aplicación preferente de aquella sobre ésta. Sobre ello puede verse *supra* el epígrafe correspondiente.

⁶²⁸ Véase en este mismo párrafo la nota 626.

⁶²⁹ Sobre la aptitud del bien para servir de garantía real al préstamo que se solicita, y sobre la capacidad financiera del prestatario.

⁶³⁰ Entiendo que se refiere a "persona con poder para obligar a la entidad", en el sentido del artículo séptimo, 1 de la Orden de 12.12.89.

⁶³¹ Se exceptúan los casos debidos a "circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad". En realidad debe de estarse al régimen del 1262 y concordantes Cc.

contratar o no, pero en caso afirmativo deberá proporcionar con la debida antelación (mínimo de diez días, aunque el prestatario puede decidir aceptar antes) una oferta vinculante por escrito. Ésta, al igual que el folleto informativo, está sujeta a un contenido mínimo, recogido en el ANEXO II (sobre "cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden"). El mismo anexo sirve de contenido mínimo al contrato (art. 6.1), en lógica consecuencia con el carácter vinculante de la oferta del art. 5. En garantía de la conformidad del contrato con dicha oferta "el prestatario tendrá derecho⁶³² a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento" (art. 7.2, aunque el prestatario puede renunciar al mismo ante el Notario si el otorgamiento se realiza en el despacho de éste). Además, el Notario deberá "comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual" y "que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las

⁶³² Y ha de ser advertido del mismo en la copia de la oferta vinculante (art. 5.2).

cláusulas financieras"⁶³³. Una vez que haya comprobado esto, la única función del Notario es, según la Orden, "advertir de ello al prestatario".

El listado se divide en cláusulas generales para todos los préstamos hipotecarios (con numeración normal), y en cláusulas especiales para ciertas variedades de los mismos (numeración "ordinal-bis"). Todas ellas son de obligada inclusión (las últimas, lógicamente, sólo cuando se pacte el tipo negocial al que van referidas), "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1.3⁶³⁴ de la Orden para los contratos suscritos por constructores o promotores inmobiliarios"⁶³⁵.

(a) *El principio de transparencia en la contratación bancaria:*

Este principio, conocido en la doctrina alemana como *Transparenzgebot*⁶³⁶, viene a aplicarse a la contratación bancaria por virtud de las dos normas

⁶³³ El apartado 3 del art. 7 regula con mucho más detalle las concretas comprobaciones que debe efectuar el Notario para las distintas modalidades de préstamos hipotecarios, todas ellas subsumibles en el criterio general expuesto.

⁶³⁴ El texto de la Orden dice 3.1 y, aunque no ha sido corregido, es evidente que se refiere sin embargo al 1.3.

⁶³⁵ Véase *supra* la nota 617, en la p. 364.

⁶³⁶ Sobre el mismo vid. CAMPENHAUSEN, Blathasar Von, *De las Transparenzgebot als Pflicht zur Aufklärung vor Vertragsschluss*, VVF, Munich, 1994, especialmente pp. 21 y 52; KOLLER, Ingo, "De las Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", en *Fs. für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, BAUER, Berlín, 1990, pp. 667 a 686; WESTERMANN, Harm Peter, en *Fs. Steindorf*, op. Cit., pp. 817 a 832; BRANDNER, Hans Erich, "Transparenzgebot als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze", en *Fs. Für Horst Locher zum 65 Geburtstag*, Werner, Düsseldorf, 1990, pp. 317 a 324. Entre nosotros, GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de*

citadas. Introducido por primera vez (tímidamente) por la Circular 13/81, más buscando la competitividad de nuestro sistema financiero que la protección de los consumidores. Así, mientras liberaliza los tipos de interés, comisiones y dividendos bancarios, retiene algunos controles, como por ejemplo sobre los tipos de operaciones pasivas a la vista y a corto plazo, porque los mismos evitaban el encarecimiento descontrolado de los costes de las entidades. Con el mismo propósito, y desarrollando la O.M. de 3 de marzo de 1987, se dictan las circulares 15/87, 24/87, 11/88, y 15/88 que deroga las anteriores salvo la 24/87 que regula el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Otro contenido de las Circulares no tiene mayor repercusión en el orden civil que la de se deriva de considerarlo parte de la *lex artis* de la profesión, con lo que ello podría considerarse incumplimiento (como en el caso de la *responsabilidad de los médicos*), si se interpreta que la obligación asumida en el contrato es una obligación de medios y no de resultado. Esto es, que una vez entregado el capital, la obligación principal de la entidad de crédito consiste en poner los medios adecuados para el efectivo abono de las cuotas (así, por ejemplo, gestionar diligentemente el cobro de un efecto girado a favor de la cuenta, como medio de pago; o informar al cliente periódicamente del cumplimiento de la obligación, conforme al principio de *transparencia en la contratación bancaria*). Esta interpretación debe de

información, La Ley, Madrid, 1994; y MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el artículo 8º de la LGCU).

vencer en cada caso concreto el demostrar que el cumplimiento de la normativa sectorial refleja el nivel de exigencia debido en ese sector del tráfico.

No puede aceptarse que estas normas reglamentarias impongan un principio de transparencia en el sentido civil que tiene el término en la doctrina alemana. Las consecuencias en el orden civil son evidentes, pero indirectas, como resultado de la lesión *contra ius* de un derecho, no gozando de validez por sí y, por tanto, necesitando conjuntamente con la alegación de la infracción de derecho sectorial bancario, la del ordenamiento civil (sea una infracción directa de la norma contractual, sea por vía de integración de este ordenamiento sectorial en el contrato conforme a la buena fe -el prestatario esperaba y tiene derecho a esperar un comportamiento acorde al derecho sectorial-).

cc) Otras consecuencias

(7) Las cláusulas abusivas

La disposición adicional primera LCU establece:

Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional

[...]

2ª La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índice legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional está obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el

profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

Dos son las cuestiones que merecen destacarse del texto transcrito. En primer lugar delimitar el ámbito de aplicación de la regla general del párrafo primero, puesto que a este se debe de circunscribir la exclusión que de la misma hace el párrafo segundo ("lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de"). En segundo lugar, y dado que considero que la norma entra en colisión con otras de rango superior, explicar dicha colisión y los efectos que de ella se derivan. En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, esta distingue cuatro supuestos:

1. Reserva de la facultad de interpretación. No se realiza ninguna excepción a este principio.
2. Reserva de la facultad de modificar unilateralmente el contrato sin motivos válidos especificados en el mismo. La norma especial no supone la derogación de este principio, sino el reconocimiento de que la variabilidad de los tipos de interés es un motivo suficiente para someter éste en el contrato a la posibilidad de modificación unilateral, sujetándolo al señalamiento de un índice de referencia legal, siempre que "se describa el modo de variación del tipo". Esta concretando una de las razones válidas del párrafo primero, por lo que sigue diciendo "o, en otros casos de razón válida". Este último supuesto (otros casos de razón válida) parece que se debiera de entender con relación a lo anterior (los tipos de interés y "otros gastos relacionados con los servicios financieros"), y que por tanto está justificando fluctuaciones

del tipo conforme a índices no legales, así como la modificación unilateral del importe de otros servicios repercutibles (nunca podrá justificar incluir servicios que deben ser satisfechos por el financiador). No creemos que pueda referirse a modificación de ninguna otra condición, ya que de ser así la norma sería inconstitucional.

3. Reserva de la facultad en exclusiva de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado. No se realizan excepciones a este supuesto.
4. Reserva de la facultad de resolver anticipadamente un contrato por tiempo indefinido o sin previa notificación con la antelación razonable (salvo por incumplimiento⁶³⁷ o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo⁶³⁸).

Creemos que esta es la única interpretación de dichas normas que no produce colisión con otras de rango superior. Lo haría con respecto a la Constitución, en la medida en la que perjudicase la posición del consumidor sometido a esta ley con respecto a los empresarios no sometidos a ella, esto es; en la medida en la que el régimen de nulidad del Código Civil y de las demás leyes aplicables sea más beneficioso. Ello por aplicación de sus

⁶³⁷ Redundante, por cuanto la misma previsión se encuentra en el 1124 Cc.

⁶³⁸ Definición del principio *rebus sic stantibus*, que forma parte de nuestro sistema jurídico y que integra las sentencias de nuestros Tribunales. Puede entenderse parcialmente reconocido en el art. 1282 Cc., y más claramente en el 1105 Cc. Es por tanto igualmente redundante, si bien el juego a la interpretación aquí es más amplio, al no ser la comparación del supuesto que éste regula con los regulados con otras normas tan clara, produciendo uno de los efectos no deseados de la duplicidad de normas.

arts. 51.1 en relación con el 53.3 y 9.2; así como del art. 14. Tal interpretación podría consistir en considerar que las condiciones que puede unilateralmente modificar la financiera no son exclusivamente las referidas a tipos de interés y gastos repercutibles. Ahora bien, de la aplicación preferente del Derecho comunitario⁶³⁹, y de resultar las normas transcritas de la incorporación casi literal de lo dispuesto en el apartado 2 del ANEXO que acompaña a la Directiva que la ley pretende incorporar, parece deducirse la aplicación de dichos criterios incluso si resultaran contrarios a la Constitución. Sin embargo no debe de olvidarse que, si el Estado tiene un nivel de protección de los consumidores superior al establecido en las normas comunitarias, se aplicarán las normas nacionales frente a las comunitarias. Si en este caso resulta que la Ley nacional no encuentra excusa en el carácter imperativo de la incorporación del texto transcrito (por cuanto no existe esta obligación del Estado al disponer de una regulación más protectora), debe prevalecer la interpretación conforme al derecho nacional.

Efectos de la posible inconstitucionalidad:

Si se pretendiera hacer valer una interpretación distinta (y con ello inconstitucional), debería el Tribunal al que se le sometiera reconocer la validez de la interpretación conforme a la Constitución o, en sentido contrario, elevar una cuestión de inconstitucionalidad al TC. Si, en contra

⁶³⁹ conforme a los arts. 93 y 96.1 CE. Véase sobre ello *supra* la nota 121.

de esta opinión, el juzgador aplicara la norma, considero consecuentemente que cabría acudir, en el momento procesal oportuno, en amparo al TC⁶⁴⁰.

(8) La acción inhibitoria

A tenor de lo expuesto⁶⁴¹ parece deseable de lege ferenda la existencia de un control previo de las cgc bancaria por parte de algún organismo oficial, o de las propias organizaciones de consumidores. Especial cuidado en la adopción de dicha medida ha de prestarse a cómo afectará la misma a la distribución de los costes y riesgos financieros en el mercado español, que lleva camino de disolverse en el comunitario europeo⁶⁴².

Esta demanda pretende articularse en forma de una acción que obligue a detener el ejercicio de prácticas abusivas, y ha sido recogida por la Propuesta de Directiva relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Aunque sin repercusiones para nuestro trabajo, considero oportuno observar también la posible inconstitucionalidad que supone hacer depender la validez de las condiciones generales de la aprobación de la administración, lo que habilita el apdo. 5 del art. 10 en su nueva redacción. Habría que estar a las normas que se dicten siguiendo dicha habilitación, para distinguir si supone una delegación encubierta al Gobierno (lo que no es factible), o si choca exclusivamente con la cláusula de respeto a la libertad (art. 10), y a una de sus facetas cual es la libertad de empresa (art.38).

⁶⁴¹ Vid. supra el epígrafe "1.2.- Cuestiones sociológicas"

⁶⁴² KNAUL, Auswirkungen, pp. 161 y ss..

⁶⁴³ DOCE nº 107, de 13 de abril de 1996, pp. 3 y ss

Dicha acción, contemplada en su art. 2, sería similar en cuanto a sus efectos a la de cesación o prohibición contemplada en el art. 18.2 de la Ley de Competencia Desleal, pero en este caso la legitimación activa sería más amplia, acercándose al significado que tiene entre nosotros el art. 20.1.2 LCU⁴⁴.

Al tener por objetivo la protección de los consumidores, se entiende que sólo pretende marcar unas exigencias mínimas de protección, pudiendo los estados miembros establecer un contenido más severo que el regulado por la directiva, recogiendo este principio de índole comunitaria su artículo 7.

Estaría legitimado para el ejercicio de la acción cualquier "organismo cualificado" (art. 3), que la directiva define como aquél con interés legítimo en hacer cumplir las normas protectoras de los consumidores. Se prevé que periódicamente se elaboren unas listas en la que se incluyan todos los organismos que en cada uno de los estados miembros reúnen esta cualidad, expidiéndoseles a los mismos una certificación cuyo objeto es que pueda ser esta reconocida ante las autoridades de los otros estados miembros. Ello es así porque la directiva pretende que se pueda interponer la acción directamente ante la autoridad o jurisdicción del Estado miembro donde se haya originado la infracción. Esta medida, aunque de mucho alcance a medio plazo, dada la dinámica del Derecho comunitario, queda en principio reducida al permitir a los estados miembros que al implementar la directiva

⁴⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, en "Noticias", RDBB, nº, pp. 530 ss.

subordinen el ejercicio de la acción fuera de sus fronteras a la previa interposición de la misma ante las autoridades competentes del propio Estado en el que se produce el perjuicio (art. 4).

Se establece el requisito de la notificación previa (art. 5) al demandado, pero tratando de que esta no impida el ejercicio posterior de la acción en un plazo razonable.

La incorporación de esta directiva debía haberse realizado, de haberse aprobado la misma en los términos señalados en la propuesta, antes del 31 de diciembre de 1997.

4. Recapitulación:

La vinculación o conexión (como posibilidad de utilizar las acciones y excepciones del primer contrato frente a quien es parte sólo en el segundo) existe desde luego siempre que haya un acuerdo previo entre prestamista y vendedor, acuerdo que puede ser una simple práctica (SSAP de Granada de 22 de octubre de 1994 y 27 de enero de 1997; Gerona, de 8 de julio de 1995; y Castellón, de 4 de junio de 1997)⁶⁴⁵. Pero también puede considerarse que existe tal conexión, siguiendo la *ratio* de los artículos 14 y 15 de la LCC, por la conexión de la causa de los contratos.

⁶⁴⁵ Sentencias que se fundamentan en la existencia de "un acuerdo de colaboración entre el vendedor y la entidad financiera", que además los contratos (préstamo y venta) se redactan en un mismo documento (Granada); o porque "se está actuando sobre la base de un acuerdo entre vendedor y financiador" (Gerona); o "de un acuerdo previo entre financiador y vendedor" (Castellón). Otro criterio es la entrega directa del capital del financiador al vendedor (SAP de Ciudad Real, de 14 de julio de 1995). Citadas por MARÍN, *Vinculación contractual*, p. 142.

Como venimos diciendo los referidos artículos son reflejo de principios ya existentes en otras normas del ordenamiento. Así, sin necesidad de acudir a ellos, la STS de 5 de abril de 1991.....

Aunque parezca tratarse de una Sentencia aislada, no es así, pues existen innumerables sentencias que conectan el contrato de compraventa y el de arrendamiento en el arrendamiento financiero (así, por todas, la STS de 4 de diciembre de 1997⁶⁴⁶), y otras muchas que investigan la relación entre los dos contratos no en términos de acuerdo previo entre las partes, sino de buena fe en el ejercicio de los derechos, desarrollando el 7.1 Cc. en lo que se ha llamado "el levantamiento del velo". Dicha elaboración jurisprudencial no es sólo aplicable a los supuestos de participación de sociedades o igualdad en la identidad de unos de las partes de ambos contratos. Como plasmación del principio general de buena fe, que prohíbe el ejercicio antisocial de los derechos.

La cuestión no es baladí⁶⁴⁷, pues aunque dichos pronunciamientos hayan sido criticados no sin razón (así el del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla en el caso que llevó a elevar una cuestión prejudicial al TJCE conocido como el caso *El Corte Inglés*), por cuanto no resuelven

⁶⁴⁶ En su FJ 5º justifica el ejercicio de la acción de resolución de la compraventa a instancia del arrendador, y sin que el vendedor intervenga en ello para nada.

⁶⁴⁷ Piénsese en la relevancia de la buena fe en el ámbito registral ¿será tercero del art. 34 LH el prestamista acreedor hipotecario frente a la resolución de la compraventa? ¿Significará ello la cancelación de la garantía real posterior? Véase *infra*, en el capítulo III,.

suficientemente el problema, siendo mejor encuadrarlo en la teoría de la causa; también es cierto que pone de relieve que la teoría del levantamiento del velo tiene algo más que decir en este ámbito. En concreto, no es ya la referida teoría, sino su apoyo en la buena fe, lo que nos debe dar pie a pensar que no la identidad de sujetos, sino el mutuo conocimiento de las actividades respectivas es lo que fundamenta la conexión, por la vía de negarle la cualidad de tercero⁶⁴⁸. En este sentido se pronuncian las SSTS

En el supuesto del arrendamiento financiero el razonamiento jurídico es el siguiente (aquí se expone el caso de la sentencia citada de 4 de diciembre de 1997): El Sr. DT. se dirige a un concesionario de Renault para la compra de un vehículo industrial. La concesionaria le recomienda uno sugiriéndole financiarlo con leasing. La entidad Renault Leasing compra a la concesionaria el vehículo y se lo arrienda al Sr. DT. Resultando inservible para el uso declarado el Sr. DT demanda la resolución de los contratos de arrendamiento y compraventa. La finalidad que da sentido a ambos negocios es la transmisión de la propiedad a DT a cambio de los pagos que éste se compromete a realizar (la causa es la recíproca prestación de la otra parte). **Tratándose de una única causa (tanto la compraventa como el arrendamiento se celebran con la intención de servir al uso y posterior**

⁶⁴⁸ No deja de ser cierto que en éstos suele existir una conexión causal, pero no resulta difícil pensar en el abuso del derecho (crear una apariencia para inducir a realizar el contrato del que el inductor es mero financiador), que nos lleva a la teoría de los actos propios, nuevamente en el ámbito de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

adquisición -opcional- del vehículo por DT), el vicio de esta afecta a ambos contratos, y no sólo a aquél en el que quien la sufrió fue parte.

Por su parte la STS de 5-4-1991 confirmará la sentencia de instancia en la que se condena a la "devolución del apartamento objeto del contrato, y recíprocamente las cantidades totales percibidas por el vendedor, compensando los intereses del precio, con la posesión del inmueble; declarar la vigencia de la hipoteca que pesa sobre el apartamento, pero sin que tenga obligación el comprador de pagar, a título personal, cantidad alguna que traiga su origen del contrato resuelto" y corroborándola el TS afirma que "La Caja de Ahorros conoce perfectamente la naturaleza y las vicisitudes del contrato de compraventa resuelto, incluso se beneficia del incumplimiento que ha sido la causa de su resolución, así: aparece como la entidad titular de la hipoteca, en la cual se subroga el comprador; es la tenedora de las letras representativas del precio pendiente; y es, pasado el tiempo, la cesionaria que recibe un complejo hotelero, con todos los elementos y servicios del mismo, dejando aislado y prácticamente inservible al apartamento que aquí se cuestiona. Según esto, su concepto de tercero cambiario, respecto a las letras en su poder, e incluso de acreedor hipotecario, respecto al crédito pendiente, no puede quedar desvinculado del contrato o negocio causal subyacente, ya que conocía y ha intervenido directamente en las vicisitudes de ese contrato, participando y beneficiándose de las circunstancias que produjeron el detrimento del deudor; hechos que justifican plenamente las declaraciones contenidas en la sentencia recurrida, como son: mantener la vigencia de la hipoteca que

pesa sobre el inmueble, pero liberando al comprador de cualquier pago de la misma a título personal”

Estos ejemplos, junto al carácter mínimo de las normas protectoras de los consumidores, nos lleva a pensar que no todos los contratos vinculados están recogidos en los arts. 14 y 15 LCC. Esto es, los que cumplan los requisitos de dichas normas serán desde luego contratos vinculados, pero lo serán también otros. Establecer un criterio que permita afirmar cuando hay contratos conexos es por tanto de primer orden, para poder aplicarle, al menos, las consecuencias previstas en la LCC.

La no aplicación del 14 LCC a nuestro supuesto de hecho no radica en que el legislador pretenda dejar sin tutela a nuestro consumidor, sino que considera que ya tiene otros mecanismos de protección⁶⁴⁹. En efecto: el derecho a resolver la compraventa cuando no se consigue el préstamo (párrafo 1 del apartado 1), siempre y cuando se haya informado de la intención de financiar la misma, está reconocido por reiterada jurisprudencia. De la misma forma, la vinculación contractual que obliga a la obtención de determinado préstamo (párrafo 2º, apartado 1), es un pacto nulo por carecer de causa (interés legítimo), y es totalmente contrario a la *ratio* de la Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. El apartado 2º es de aplicación directa, al remitirse al artículo 15 que no puede entenderse más que en la dinámica de dicho apartado (la

⁶⁴⁹ El artículo 14 en principio regula la vinculación de la compraventa respecto del préstamo, cuando lo aquí verdaderamente importante es la vinculación del préstamo con respecto a la compraventa, es decir, en sentido inverso.

ineficacia de la compraventa lleva aparejada la del préstamo), cuestión señalada también por la jurisprudencia⁶⁵⁰. La determinación de las partes de la que se ocupa el número 3º no es problema que afecte a nuestro supuesto, por lo que no tiene sentido, que además queda cubierto al necesitarse otorgar el contrato (hipoteca, que arrastra a los demás a ser realizados en la misma forma) en escritura pública⁶⁵¹.

Con todo ello debemos concluir que en relación con los criterios de conexión entre contratos ocurre un curioso y contradictorio fenómeno: Las normas donde en nuestro Derecho se contempla la posibilidad de interponer excepciones a una parte de un contrato por motivos que en principio parecen estar más relacionados con otro contrato en la que esta no es parte son muy recientes (las leyes 7/1995 de crédito al consumo y 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles). Estas normas se han dictado para incorporar a nuestro ordenamiento la normativa comunitaria al respecto. Dicha normativa comunitaria no quiere dejar sin protección al consumidor de bienes inmuebles. El motivo por el que lo excluye de su ámbito de aplicación (o mejor, por lo que limita su alcance a los mismos), no es el desconocimiento de la necesidad de protección, ni que considere que para

⁶⁵⁰ Como se señaló, de difícil planteamiento en casación dado los términos obvios en que se plantean (resolución del préstamo con obligación del vendedor de satisfacer los gastos del préstamo: daños y perjuicios). Así y todo, clara es la STS de 5 de abril de 1991, citada *supra*.

⁶⁵¹ Queda claro que la forma pública que exige el 1280.1º a la compraventa lo es exclusivamente *ad probationem*.

éste deben de regir otro tipo de principios. El motivo único de dicha abstención es la dificultad técnica de armonizar las distintas legislaciones en cuestiones que afectan a derechos reales. Por otro lado (y esto es lo que resulta curioso y contradictorio), con anterioridad a la referida normativa (incluso antes de la existencia de normativa europea no transpuesta), nuestros Tribunales habían desarrollado distintas técnicas (ciertamente con dispar aceptación) para limitar los abusos a que podía dar lugar la interposición de personas y contratos (teoría del levantamiento del velo, conexión causal –especialmente en el arrendamiento financiero-, efectos de la simulación,...).

La limitación de la normativa comunitaria no tiene sentido hacerla en términos de derecho interno⁶⁵². Es decir: la normativa desarrolla unos principios que tienen reconocimiento en el derecho originario de la UE y en el constitucional de los distintos ordenamientos internos. Este es como vimos el caso español, por lo que parece razonable extrapolar, dentro de nuestro ordenamiento las consecuencias de tales principios en el ámbito de los derechos reales. O, mejor dicho, las consecuencias de tales principios en un primer lugar con relación a la compraventa (que opera exclusivamente en el ámbito de los derechos de crédito) y en segundo a la transmisión de la

⁶⁵² De hecho, la limitación del término "crédito al consumo" en sentido negativo es "crédito a la producción". El término consumo se suele entender referido a "bienes de consumo duradero", constituyendo, "a diferencia de lo ocurrido en épocas pasadas [...], supuestos marginales la financiación de bienes de consumo inmediato, como los alimentos (véase G. DELL'AMORE, *Il credito al consumo*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 6)", como lo recoge MARÍN, *Vinculación contractual*, pp. 11 y 12, en especial la nota 5.

propiedad y al gravamen real que supone la constitución de una hipoteca, todo ello en relación con el préstamo que esta última garantiza.

- La financiación externa:

Responde sólo cuando los motivos de la compraventa se hayan incorporado a la causa del préstamo. Además debe aceptar la resolución del contrato cuando se frustre la finalidad del mismo, ya que en los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda siempre se incorpora el motivo (la compra de la vivienda) a la causa del préstamo.

Son por tanto dos las cuestiones que nos interesan. En primer lugar, señalar el carácter atípico de la hipoteca bancaria (que a su vez destaca cierto sector doctrinal, con la intención de justificar el abandono de determinadas normas, sin reparar en su carácter imperativo); y, en segundo lugar, dado que esta atipicidad no se justifica en nuestro ordenamiento, redibujar las normas que deben regir las hipotecas en garantía de préstamos bancarios para la adquisición de vivienda. Podemos dividir las exigencias o requisitos del tipo (hipoteca) en requisitos de orden subjetivo (de escasa repercusión práctica, más allá de las prohibiciones de disponer que la ley establece⁶⁵³) y de orden objetivo. Interesa al objeto de nuestro estudio estos últimos. Dentro de éste encontramos dos límites que no se suelen respetar: Por un lado, el empleo de condiciones suspensivas y resolutorias; por otro, los diversos efectos del principio de especialidad, en concreto la llamada

⁶⁵³ Baste señalar los artículos 1857 Cc y 138 LH.

extensión objetiva de la hipoteca (que a su vez se descompone en extensión en cuanto al objeto y en cuanto al crédito). positivo.

La protección jurídica del prestatario adquirente de viviendas ante el ejercicio de la acción hipotecaria

G. INTRODUCCIÓN

La tesis que desarrollaré en este capítulo no es más que la concreción, en el terreno procesal, de las construcciones que se han elaborado en los dos capítulos anteriores: Si, atendiendo a la finalidad práctica perseguida por los empresarios que financian y construyen para vender a un tercero y hacer negocio de dicha venta, nos hemos llegado a plantear la existencia de un único contrato mixto o complejo, cuanto no más se habrán de apreciar (decíamos) criterios de conexión entre estos contratos cuando los entendemos como una pluralidad (préstamo y compraventa). Ya hemos visto el contenido material de las pretensiones que pueden ampararse en dicha conexión. Ahora procede comprobar si dicho contenido sustantivo es oponible en los supuestos de ejecución hipotecaria.

Impera por tanto el punto de vista práctico, y pueden resumirse en dos grandes afirmaciones: 1) en ninguno de los procedimientos de ejecución hipotecaria pueden desconocerse las conexiones entre contratos (básicamente compraventa y préstamo) cuando de ellas derive la nulidad de los mismos y, 2) el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH no es idóneo para la ejecución de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: no es apto para las situaciones de préstamo con mandato de cuenta corriente.

Este análisis debe contrastarse con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Veremos cómo la evolución de noventa años de historia explica muchas de las reformas del legislador actual.

H. ACLARACIONES

Para la labor que queremos realizar aquí (aplicación procesal de las elaboraciones de derecho material que se han desarrollado en los dos capítulos anteriores, y especialmente lo concerniente a los criterios de *conexión entre el préstamo y la compraventa*), nos interesa analizar las vías de oposición y los motivos de excepción que pueden ser esgrimidos por el deudor ejecutado (en todos los casos que aquí se analizan, adquirente de la vivienda sobre la que recae la garantía hipotecaria que garantiza el préstamo concedido para su adquisición). Dado que existen distintos procedimientos de ejecución, importa señalar cuáles son éstos, y los requisitos que habilitan dichos cauces procesales⁶⁵⁴, pues la inadecuación del procedimiento es en sí una vía de oposición.

La idea básica que late en este capítulo, es la necesidad de reinterpretar un procedimiento (el hasta ahora art.131 LH) pensado para otra época, en la que el tráfico a asegurar era prioritariamente mercantil, y sin los problemas

⁶⁵⁴ Partimos de la base de que determinar el cauce procedimental apropiado a cada litigio es una cuestión de orden público que no puede ser producto de la voluntad de las partes. Cosa distinta es que la ley abra en determinadas ocasiones distintas vías alternativas y permita a una de las partes o a todas de mutuo acuerdo elegir uno u otro.

derivados de la contratación en masa⁶⁵⁵. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil parece aportar una solución, aunque no abordó directamente el problema, en la medida en la que, por un lado, clarifica el ámbito de aplicación del procedimiento de ejecución real, y por otro soluciona los problemas de liquidación de las deudas ilíquidas con carácter general, y no únicamente en el estrecho marco de la ejecución hipotecaria (art. 153 LH) o mercantil (art. 1435 LECv). Sería deseable que con la nueva ley encontrase acomodo la doctrina anterior a la RDGRNot de 16.6.36⁶⁵⁶, más respetuosa con su espíritu, que en lo que atañe al procedimiento de ejecución hipotecario no ha sido modificado en lo sustancial, conforme declara la exposición de motivos de la LECn, ley 1/2000.

Para el análisis de dicha cuestión, y dado el gran número de implicaciones que conlleva, he considerado útil realizar unas aclaraciones previas, a modo de premisas:

1. Los procedimientos de ejecución

Suele mantenerse que la garantía hipotecaria puede ejecutarse conforme a tres procedimientos existentes para ello: la tramitación «sumaria» de los artículos 671 ss. LECn (los aún vigentes arts. 129, párrafo 1º, y 130 a 135 LH); el juicio ejecutivo ordinario, arts. 571 ss. (hasta ahora los arts. 126 LH

⁶⁵⁵ Véase la muy correcta expresión de la profesora YSÁS SOLANES *supra* p. 189 s.

⁶⁵⁶ Expuesto *supra* bajo el epígrafe "Análisis de la jurisprudencia" (sobre el art. 153 LH), pp. 210 ss.

y 1.429 ss. LECv); y un posible procedimiento extrajudicial⁶⁵⁷ (admitido por el párrafo 2º del art. 129 LH, y regulado en los arts. 234 a 236, letra o RH). Ya LÓPEZ DE HARO incluía además un cuarto, el declarativo ordinario. Sobre la pertinencia de utilizar este procedimiento para conseguir la ejecución de una garantía hipotecaria, por la vía posterior de la ejecución de la Sentencia que en el mismo recaiga, parece existir una opinión favorable casi unánime en la doctrina⁶⁵⁸.

Exigiendo todos los procedimientos ejecutivos la liquidez del crédito para poder despachar ejecución, resulta que, en los supuestos de hipotecas de seguridad (en los que la exigibilidad y subsistencia -o existencia- del crédito es una cuestión de prueba necesariamente extraregistr⁶⁵⁹) cuando no pueda acreditarse aquella liquidez con los medios que habilitan los referidos

⁶⁵⁷ GUASP, *La ejecución*, p. 12. La cita de LÓPEZ DE HARO está en la nota 2, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, 1918, p. 218.

⁶⁵⁸ Por todos: NIETO, para quien son cuatro los procedimientos por los que "el acreedor podrá hacer efectivo su derecho". Acción personal en un declarativo ordinario; ejecutivo ordinario; judicial sumario (129-135 LH y 225-233 RH); y, extrajudicial (234-236 RH). Ubaldo NIETO CAROL, "La ejecución hipotecaria", p. 568, NIETO CAROL, Ubaldo, "La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial", pp. 561 a 635, en la obra colectiva coordinada por el autor del artículo, *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Madrid, Civitas, 1996. El trabajo de NIETO se limita a los dos últimos procedimientos. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones*, vol. II, p. 370. Especialmente prólijo, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Vol. IV, tomo 2º, p. 1047, cuyo texto puede verse *infra*, p. 770.

⁶⁵⁹ Una de las consecuencias de las hipotecas de seguridad es que "la inscripción no tiene valor probatorio. El acreedor no puede invocarla en apoyo de su derecho. Ninguna presunción se deriva de ella a su favor. Ha de probar que la deuda ha nacido, según Fuchs, y según Oberneck que subsiste" (Jerónimo García y Martínez, *Estudios*, p. 94).

procedimientos ejecutivos, sólo quedará la vía del procedimiento declarativo ordinario. Por ello puede decirse que la característica esencial de la hipoteca es afectar un concreto bien a la satisfacción de un crédito (y, en este sentido, alterar la regla de la *par condicio creditorum*), y no, permitir en todo caso la ejecución *inmediata* de la garantía⁶⁶⁰.

Lo que es sin duda cierto es que estos cuatro procedimientos pueden utilizarse para conseguir la realización del valor del bien hipotecado⁶⁶¹, y con él satisfacer el importe del crédito garantizado. Sin embargo considero que pueden hacerse muchas matizaciones, y que requiere un estudio más pormenorizado. Son estas dos las cuestiones a analizar:

- Siendo lo que se ejecuta el crédito y no la garantía, debemos de conectar esta idea con la naturaleza del derecho real de hipoteca y, más concretamente, con la distinción entre hipotecas ordinarias y de seguridad⁶⁶².

⁶⁶⁰ Cierto que la hipoteca sujeta directa e *inmediatamente* los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación que garantiza, conforme a los arts. 104 LH y 1876 Cc. Pero esta inmediatez debe de entenderse subordinada y no contradicha por la existencia y exigibilidad de la obligación misma garantizada. En la hipoteca ordinaria esto es una cuestión que queda resuelta con sólo atender a la realidad registral. Pero no es así en el caso de las hipotecas de seguridad, de las que son modalidades las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (art. 142 LH), o en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153), o en garantía de obligaciones transferibles por endoso (art. 150, estas últimas no siempre incorporarán el pacto de máximo). Véase *infra* el epígrafe I.H.2. La acción hipotecaria, pp. 394 ss. (especialmente epígrafe dd)), y las remisiones que allí se hacen.

⁶⁶¹ Véase *supra* nota 658.

⁶⁶² Véase *infra* el epígrafe I.A.1.dd) El principio de especialidad, pp. 394 ss.

- En relación con lo anterior, pero cuestión distinta, si el carácter ejecutivo deriva del título de crédito, o del carácter de derecho real u otra característica de la garantía hipotecaria. Esto es, si todas las hipotecas llevan aparejada ejecución, o dependerá del crédito que garanticen⁶⁶³.

En definitiva, se trata de discernir si estos cuatro procedimientos pueden ser utilizados indistintamente por el acreedor hipotecario, o si dependerá de algo más que de haber sido pactados en la escritura de constitución hipotecaria⁶⁶⁴.

2. La acción hipotecaria

Ya se ha visto⁶⁶⁵ la tradicional clasificación de las hipotecas en hipotecas ordinarias y de seguridad, y cómo dentro de estas últimas destacan por su utilidad práctica las hipotecas de máximo. Estos problemas prácticos responden a dos requisitos: por un lado al principio de especialidad o determinación hipotecario, que exige conocer la responsabilidad a que debe hacer frente el bien hipotecado; de otro, a la prohibición de ejecutar deudas ilícitas.

dd) El principio de especialidad

Éste es uno de los motivos por el que se cuestionó en su día la posibilidad de garantizar con hipoteca el saldo resultante de una cuenta corriente. No

⁶⁶³ Véase *infra* el epígrafe I.H.6.º Origen de su carácter ejecutivo (el título), pp. 407 ss.

⁶⁶⁴ Véase *infra* el epígrafe I.J(5) La inadecuación del procedimiento, pp. 479 ss.

⁶⁶⁵ Véase *supra* pp. 190 ss. Así PEÑA, citado *supra* p. 365.

existiendo la deuda, y siendo la hipoteca accesoria del crédito, no podía existir aquella sin éste. Pero superados los problemas de la accesoriadad por ministerio de la ley, al amparar la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art. 142 LH), la cuestión se reconducirá exclusivamente al problema de determinar el contenido de la obligación en el momento de constitución de la garantía, para dar cumplimiento al principio de especialidad (o determinación).

Jerónimo González agrupaba en tres el número de cuestiones que se podían plantear⁶⁸⁶:

1º "El acreedor es conocido y la deuda se halla determinada por sus elementos esenciales, pero ignoramos su importe [...];

2º "La deuda es líquida y perfectamente determinada, pero no sabemos quién será el acreedor; [y],

3º "El acreedor está individualizado, pero el crédito se halla en embrión, mejor dicho, es una mera posibilidad: hipoteca de máximo propiamente dicha. Las deudas pueden nacer y morir independientemente, o entrar en el juego de una cuenta corriente, cuyo saldo será el asegurado".

ee) Acción real

Debe partirse de la idea de que la acción real no lleva necesariamente aparejado un procedimiento en sentido propio, sino únicamente un sistema

⁶⁸⁶ GARCÍA, Jerónimo, *Estudios*, p. 107.

de ejercicio del derecho real, que, como tal, supone un poder inmediato sobre la cosa. Así lo explica PEÑA⁶⁶⁷:

La doctrina discute quien es el que está legitimado pasivamente en la acción real. Se han mantenido estas posiciones: 1) El deudor personal (LÓPEZ DE HARO). 2) El entonces propietario de los bienes (ROCA). 3) El deudor personal y el propietario (GUASP)⁶⁶⁸.

Pero no parece que la simple exigencia de intervención judicial -que según el texto de la LH puede, en ciertos casos, ser sustituida por la intervención notarial⁶⁶⁹- determine siempre un proceso si, en rigor, nada se pretende *frente* a nadie, sino el puro y simple desenvolvimiento del derecho real que, como tal, implica un poder *inmediato* sobre la cosa⁶⁷⁰. [...] Puede haber afectados, pero no parte legitimada pasivamente

⁶⁶⁷ *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 1999, p. 159 s.

⁶⁶⁸ GUASP distingue entre partes e interesados. Son interesados los demás sujetos que puedan resultar afectados (titulares de derechos inscritos) por la ejecución hipotecaria y que, como tales, intervienen también en el proceso.

⁶⁶⁹ "Aun en el caso de que existan *terceros*" (cfr. Art. 129-II LH) (Tampoco en los arts. 1872 Cc y 322 y 323 C de c hay proceso).

Si realmente hubiera proceso, tendrían razón los que sostienen que no sería constitucionalmente posible el procedimiento notarial de ejecución hipotecaria, en particular cuando, por no existir terceros interesados, no cupiera justificar la intervención de los Notarios en un especial contrato de arbitraje (que sólo vincularía a los que en él son partes y a sus herederos, pero no a los terceros).

⁶⁷⁰ La negrita es mía.

Ciertamente la acción real hipotecaria lleva aparejada la realización del valor de la garantía. Pero eso no debe llevarnos a confundir lo que es acción real (frente a todos, esto es, en este caso, frente al propietario aunque no sea parte de la relación de crédito cuyo cumplimiento –evaluado en dinero- se exige contra el bien que sirve de garantía), con la necesidad de la existencia de la deuda, especialmente cuando su exigibilidad no se deduce de los datos obrantes en el Registro, para poder ejercitar la acción.

En este sentido, los procedimientos hipotecarios especiales se suelen ligar inescindiblemente con la acción real hipotecaria, confundiendo los privilegios de dichos cauces ejecutivos con el contenido de la acción. Tanto el procedimiento aún recogido en el art. 131 LH, como el de su art. 129.2, deben ser puestos en relación con la deuda ejecutada y, muy especialmente, con un sistema de ejecución de deudas básicamente mercantiles y, siempre, consecuencia de negocios en los que ni intervieran consumidores, ni se empleaban cgc⁹⁷¹. En dicho sentido es loable y lógica la exigencia de mercantilidad para los negocios con cuantía ilíquida como requisito para iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en la LECn, en consonancia con la afirmación de su E. de M.de que respeta en lo fundamental el procedimiento establecido en la LH.

Ciertas son las afirmaciones de PEÑA que hemos transcrito, y especialmente en lo tocante a que en el procedimiento judicial sumario de la

⁹⁷¹ Recuérdense nuevamente las palabras de la profesora YSÁS SOLANES, *supra* p. 189 s.

LH no se contempla un auténtico proceso. Cosa distinta es que se pueda seguir manteniendo esto cuando existan terceros, como a mi juicio lo son los adquirentes de vivienda cuando se pueda establecer la conexión de la que hemos hablado en el capítulo anterior, esto es, cuando entidad de crédito-prestamista y constructora-vendedora, hayan acordado la fórmula jurídica por la que el adquirente-consumidor de vivienda se subrogará en (o, en su caso, concertará) el préstamo hipotecario. Como a continuación veremos⁸⁷², en estos supuestos es preceptiva la intervención judicial en un auténtico proceso, en el que exista oposición, por limitada que ésta resulte, para garantizar que la subrogación no se produce en fraude de ley. Reiterémoslo una vez más: como bien señala PEÑA, al criticar la STS de 4 de mayo de 1998 por considerar inconstitucional el art. 129.11 LH (que regula el procedimiento extrajudicial), una cosa es ejecución y otra realización de un derecho, siendo en este segundo sentido en el que deben de entenderse el "procedimiento" extrajudicial y, en su sentido originario, el judicial sumario:

El TS parte, para interpretar el art. 117-3 CE,, de un concepto de "ejecución procesal" puramente doctrinal (jurisprudencia de conceptos), en lugar de atenerse a lo que por ejecución procesal entienden la Constitución y las Leyes, preconstitucionales y postconstitucionales.

⁸⁷² Véase *infra* 8.- La inadecuación de los procedimientos ejecutivos para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria; y 9.- Crítica a la necesidad de un procedimiento ejecutivo para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria, pp. 416 ss.

Conforme a la Constitución, la ejecución que corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales es la que consiste en "hacer ejecutar lo juzgado" (y es claro que en la ejecución extrajudicial de los derechos se parte, por hipótesis, de que no ha precedido un juicio con partes enfrentadas). Conforme a las *Leyes*, hay muchas hipótesis de ejecución o realización de derechos (reales, de crédito) –ejercicio o ejecución normal- que no constituyen *ejecución procesal*. Y así ocurre aunque el derecho que afecta a bienes *ajenos* comprenda facultades de enajenación o disposición (usufructuario –o fiduciario- con facultades de disposición, donante con reserva de facultades de disposición); y aunque la disposición o realización del bien tenga por finalidad el cumplimiento (ejecución extrajudicial) de los créditos, como ocurre en las cesiones o adjudicaciones de bienes para pago de deudas a un acreedor o a un grupo de acreedores. Más concretamente, son múltiples las hipótesis *legales de ejecución extrajudicial* de derechos reales de garantía; en ellas, el titular ejerce normalmente una de las facultades integrantes de este derecho, la de provocar la enajenación para con el dinero [obtenido] conseguir el pago del crédito garantizado⁶⁷³.

⁶⁷³ PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 1999, pp. 167 s., donde cita como ejemplos preconstitucionales la prenda, art. 1872 Cc.; la hipoteca mobiliaria, arts. 86-89 LHM y PSD); la prenda sin desplazamiento (arts. 94 y 95 de la misma Ley); el derecho del acreedor ex art. 19 LVBMP; y la prenda sobre muebles e inmuebles del Derecho navarro (ley 469 de su Compilación). Y, en cuanto a las postconstitucionales, la prenda sobre valores cotizables (arts. 322 y 323 Cdc en la redacción de la Ley 24/88; y la prenda del derecho catalán (art. 14 Ley catalana 22/91).

Por todo ello considero que, partiendo de que lo que persiguen los "procedimientos" especiales de ejecución hipotecaria es la realización de un derecho real, debe negarse la posibilidad de utilizar dichos "procedimientos" en los supuestos en los que la validez del pacto que origina un derecho real con dichas facultades pueda ponerse en duda (empleo de cgc junto a conexión causal⁶⁷⁴), requiriendo en esos supuestos la posibilidad de que un Juez pueda fiscalizar, si quiera sea con las escasas armas que proveen los procedimientos ejecutivos, la viabilidad del mismo, o la necesidad de acudir a un declarativo ordinario, donde pueda realizarse un correcto análisis de la validez y alcance del negocio originario. La única posibilidad para utilizar en estos supuestos el "procedimiento" judicial sumario (y lo mismo cabe decir del especial regulado en la LECn), es a través de su adaptación constitucional, como propone MONTERO AROCA, permitiendo la oposición, en un procedimiento que no está preparado para ello. Por todo ello, y por lo que pasamos a ver en el siguiente epígrafe, considero más correcto utilizar en estos supuesto la vía ejecutiva ordinaria, permitida en la nueva LECn. Veámoslo.

3. La interdicción de ejecución de deudas ilíquidas

Cuestión bien distinta a la que acabamos de ver, es la imposición del artículo 1.435 LECv al decir que "sólo podrá despacharse ejecución por

⁶⁷⁴ Véase *supra* I.F.- Los criterios de conexión en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, pp. 295 ss., especialmente a partir de la p.304.

cantidad líquida". No se trata ya de un requisito de validez de la garantía real, sino de viabilidad de los procedimientos ejecutivos.

La aplicación del referido artículo al procedimiento del art. 131 LH procede en virtud de la remisión que el número 2 de la regla tercera del mismo realiza a la ley rituaría.

Por ello, si se sigue la interpretación habitual de considerar dentro del art. 153 LH las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios con mera contabilidad en forma de cuenta corriente (las que hemos llamado préstamos con mandato de cuenta corriente), tendremos una doble aplicación del criterio aplicable a la liquidación. Por un lado el que el propio art. 153 LH impone, por otro el del art. 1435 LECv.

La doctrina viene equiparando uno y otro, y así quienes defienden la constitucionalidad del procedimiento liquidador del art. 153 LH, lo hacen al amparo de la jurisprudencia recaída sobre el art. 1435. No advierten, sin embargo, que el art. 1435 exige que la cantidad exigible lo sea como resultado de un contrato mercantil: "Si en los contratos mercantiles...", comienza diciendo el artículo.

No veo razón, efectivamente, para distinguir entre uno y otro artículo. Se trata de la misma norma, como son la misma norma los artículos 104 LH y 1876 Cc. ¿Por qué habríamos de distinguir entre una liquidación por certificación de la entidad acreedora para deudas nacidas de contratos mercantiles (art. 1435 LECv) y permitir otra para contratos civiles al amparo de una norma, con idéntica fundamentación que la anterior, cuando el ámbito de aplicación de ésta (art. 153 LH) es un determinado contrato

("cuenta corriente de crédito") que sin lugar a dudas era un frecuente contrato de la práctica mercantil cuando se dictó la norma (el art. 153 LH fue introducido -al igual que el procedimiento del art. 131- en la reforma de la LH de 1909)?

La lógica, en todo caso, podría ser la contraria: la posibilidad de liquidar por certificación del acreedor sólo los negocios mercantiles garantizados con hipoteca, mientras que los negocios sin garantía hipotecaria se podrían liquidar de este modo en cualquier caso. La *ratio* de este argumento es que cuando existe una garantía pueden estudiarse con mayor detenimiento la existencia de un incumplimiento, puesto que el daño está cubierto. Además, el mayor volumen de hipotecas en garantía de obligaciones civiles tienen detrás la adquisición de una vivienda, operación que la mayoría de los individuos realizan muy puntualmente (una o dos veces a lo largo de una vida); lo que nos merece una mayor protección que la ejecución de una garantía en cumplimiento de operaciones regulares de compañías mercantiles que conocen (y este es un dato importante) los riesgos que asumen y responden por ello de forma más estricta a los mismos.

Por si no fuera suficiente, este es el criterio de la LECn: para la ejecución ordinaria el artículo 572 no vincula la posibilidad de liquidación por certificación del acreedor (que ya no tiene que ser una entidad de crédito) al carácter civil o mercantil de la deuda garantizada. Si lo hace no obstante, exigiendo que se trate de contratos mercantiles, cuando el crédito que de ellos surge esté garantizado con hipoteca o prenda (art. 695 LECn). Debemos de subrayar que la E. de M. de la nueva ley rituarial enfatiza que

"se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria"⁶⁷⁵. Ciertamente, la ley permite y refuerza una vuelta a la doctrina anterior a 1936 (que nunca debió abandonarse), aprovechando, lógicamente, lo mejor de las aportaciones posteriores⁶⁷⁶.

Dado el carácter de procedimiento ejecutivo, que no permite la vía de la casación⁶⁷⁷, al no tener el valor de cosa juzgada la Sentencia que en ellos recae, sólo existe jurisprudencia con relación a tercerías de dominio y a procedimientos de nulidad del ejecutivo, de la hipoteca, o del crédito. En dicha jurisprudencia la mayoría de los supuestos hacen referencia a operaciones claramente mercantiles. A modo de ejemplo: SSTS 21.2.1985, 1.06.92 o 14.11.1995; es difícil encontrar supuestos en los que no se haya incorporado en el contrato, y recogido en la Sentencia, que se trata de una "póliza de préstamo mercantil", aunque en ocasiones resulte más que dudoso, SSTS de 8.11.94, 10.05.1995 o 14.11.95; y son prácticamente inexistentes las Sentencias en las que no consta el carácter mercantil del préstamo⁶⁷⁸, SSTS 29.10.91, 13.03.1995⁶⁷⁹. En estas últimas es frecuente

⁶⁷⁵ Véase *supra* nota 11, p. 12.

⁶⁷⁶ Véase *supra* pp. 210 y 230 ss.

⁶⁷⁷ Véase en este sentido la STS de 22 de julio de 1994.

⁶⁷⁸ Y, estas siempre tratan de distinguir entre el contrato de cuenta corriente y la mera contabilidad en forma de cuenta corriente).

⁶⁷⁹ Ni si quiera cita al deudor, en un supuesto de tercería de mejor derecho. Es interesante a los efectos que analizamos el siguiente extracto de su F. J. 2º: "La jurisprudencia de esta Sala lo ha declarado así reiteradamente (Sentencias de 3 noviembre 1971 [RJ

1971\4523], 3 noviembre 1989 [RJ 1989\7845], 9 julio 1990 [RJ 1990\5787], 2 septiembre 1991 y 28 mayo 1991 [RJ 1991\3941], entre otras), y concretamente con relación a la colisión entre pólizas de crédito y préstamo, las recientes Sentencias de la Sala, de fechas 22 marzo 1994 (RJ 1994\2567) y 12 abril 1994 (RJ 1994\2794), decretaron la prioridad de la primera respecto a la segunda.

El motivo ha de ser rechazado, pues la jurisprudencia que se aporta no empece ni contradice lo que se deja expuesto, ya que la Sentencia de 4 julio 1989 (RJ 1989\5289), resulta no localizable, salvo la cita que hace la de 20 septiembre 1991 (RJ 1991\6057), que resuelve conflicto entre Póliza de descuento de efectos de comercio y crédito en cuenta corriente. En cuanto a la que se dice de 20 octubre 1991, la fecha resulta equivocada y corresponde a la de 29 de dicho mes (RJ 1991\7487) y estudia conflicto entre póliza de crédito y préstamo personal para decretar la preferencia de la primera. En relación a la Sentencia de 5 diciembre 1991 (RJ 1991\8917), los títulos en pugna son, por un lado préstamo mercantil y por otro escritura de reconocimiento de deuda". Se aprecia que la jurisprudencia se suele decantar por la prevalencia, en orden a la ejecución, de las pólizas de crédito frente a los préstamos. El falso argumento suele ser el de la liquidez al estar documentados en pólizas intervenidas por corredor de comercio, pero es falaz, por cuanto un préstamo (te doy para que me devuelvas con intereses, en su caso) debe resultar en principio más fácil de liquidar que un crédito (en el sentido de línea de crédito bancaria, en la que es preciso tener en cuenta hasta donde se ha dispuesto y en cuantos momentos -disposiciones- y sus fechas, momento en el que comienza a calcularse el interés). Pero tampoco se trata de una cuestión de dificultad de cálculo, ni siquiera de prelación de créditos, sino de posibilidad de la reclamación de los mismos en vía ejecutiva. Visto así se comprende que, aceptando -erróneamente a mi juicio- como ejecutivas las liquidaciones unilaterales de préstamos civiles, se prefiera no obstante al crédito (o préstamo, es igual) mercantil. Los razonamientos son del siguiente tenor: "es de decir respecto al apartado A) del art. 1924.3.º del Código, que las escrituras públicas de que habla, deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los arts. 1218 del Código Civil, 93 del Convenio y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora bien, la preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, por razón de su propio contenido, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en los casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos,

que ni siquiera se plantee el Tribunal la cuestión (es de señalar en este sentido que las entidades de crédito, que anteriormente se preocupaban de incorporar en sus contratos que se trataba de contratos mercantiles, actualmente se limitan a nombrar el contrato, excluyendo tal calificativo)⁶⁸⁰.

No es, por tanto, que la hipoteca no garantice el crédito, sino que el crédito no reúne las características suficientes como para poder conforme a él despachar ejecución. Esto parece contradictorio con una hipoteca de carácter abstracto (en el sentido con el que se usa el término por la doctrina alemana), pero casa muy bien con su carácter accesorio.

En efecto, esta es la solución que nuestro ordenamiento provee con respecto a la liquidación de deudas ilíquidas. Ciertamente sería más correcto distinguir entre contratos negociados y no negociados, o pactos de liquidación en cgc y pactos de liquidación negociados, pero todo lo que nos permiten nuestras normas es distinguir entre la liquidación de obligaciones mercantiles y civiles.

referida la preferencia a la fecha de esa operación de liquidación y determinación del saldo deudor" (F.J. 3º de la citada STS 5.12.91).

⁶⁸⁰ Admitido que la calificación de un contrato como mercantil o civil es una cuestión de orden público que no puede quedar al arbitrio de las partes, nada se obtiene declarándolo y, sin embargo, callándolo, pasará el contrato por mercantil al amparo de la expansión del Derecho bancario, y del Derecho mercantil en general. Véase *suprà* pp. 134 ss.

4. Las ejecuciones en función del derecho ejecutado (ejecuciones mercantiles, civiles y administrativas)

Ciertamente, puede apreciarse una clara diferencia en la premura de los diversos tipos de ejecuciones, que se corresponde con el distinto ámbito de conocimiento del juzgador y correlativo efecto en la extensión de la cosa juzgada que éstas tienen.

Mientras que las obligaciones mercantiles exigen un cumplimiento estricto de lo pactado y por ello están abocadas a la ejecución más o menos inmediata; en las de carácter civil tiene mayor trascendencia el elemento subjetivo en la concreción del principio de buena fe, especialmente en el ejercicio de los derechos, por lo que las obligaciones directamente ejecutivas son excepcionales.

Por otro lado las ejecuciones administrativas, al responder a exigencias de Derecho público, son especialmente rápidas, pero también especialmente afectadas al cumplimiento de la finalidad pública para la que se concibió⁶⁹¹.

5. El derecho ejecutado

Cuando se ejecuta una hipoteca, esto es, cuando el acreedor realiza el valor de la misma, cabe preguntarse si se está dando cumplimiento a la

⁶⁹¹ Puede verse mi comentario a la STS de 20 de abril de 1999, "Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", de próxima aparición en el nº 4, 2000, *RdPat*, donde niego la pretendida inconstitucionalidad del precepto, si bien interpretando correctamente su ámbito de aplicación.

prestación o conjunto de prestaciones garantizadas (subrogado del cumplimiento), o si se está ejecutando un derecho real por sí.

El principio de accesoriedad⁶⁸² elimina esta última posibilidad. Debemos de considerar por tanto que se da satisfacción a la prestación garantizada. El problema no obstante puede resolverse sin acudir al principio de accesoriedad, y radica en que el cobro por el acreedor de lo obtenido en la subasta, cuando esto no sea suficiente para satisfacer la deuda garantizada, no impedirá que, conforme al art. 1911 Cc. éste pueda perseguir otros bienes del deudor (salvo el pacto del art. 140 LH).

Por eso debe considerarse que la ejecución de la hipoteca supone la satisfacción (el cumplimiento forzoso) de la obligación garantizada, aunque pueda ser parcial. Esto es, que la hipoteca sujeta los bienes sobre los que se impone "*al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*" (arts. 1876 Cc. y 104 LH).

6. Origen de su carácter ejecutivo (el título)

A pesar del carácter real del derecho de hipoteca y de la acción para su cobro, la hipoteca no lleva aparejada ejecución. Probablemente esto es reflejo del carácter abstracto que sólo teóricamente tiene la hipoteca en la mente del legislador de las leyes de 1909 y anteriores, por influencia de la ciencia alemana. Sin embargo a la hora de regularla no hubo una apuesta

⁶⁸² Véase para la formulación alemana *supra* pp. 245 ss.

clara por la *Grundschild*⁶⁸³, y la ejecución de toda hipoteca depende en mayor o menor medida de la exigibilidad del crédito que garantiza⁶⁸⁴.

No obstante, al ser requisito *ad solemnitatem* de este derecho real la inscripción y al tener para ello que ser recogidas en documento público, que tiene fuerza ejecutiva, se dota al crédito que allí se hace constar de carácter ejecutivo. Por ello no se plantean problemas con respecto al procedimiento a seguir, toda vez que la exigibilidad y liquidez de la deuda puedan ser suficientemente probadas.

De hecho el título es uno de los documentos que se exige siempre para despachar ejecución: en el procedimiento del artículo 131, el número 2 de la regla tercera impone la presentación del título y, cuando este no fuera el inscrito (esto es, aquél en el que consta el sello del Registro), deberá acompañarse también certificación del Registro (en cualquier caso, el título es requisito *sine qua non* para el despacho de la ejecución); en el procedimiento ordinario del 1429 ss. LECv, el ordinal 1º de dicho artículo es claro al respecto⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Véase *supra* epígrafe u) La accesoriadad en nuestro Derecho positivo, pp. 278 ss.

⁶⁸⁴ Ya la STS de 2.01.1928, referida al caso de una hipoteca de máximo, estableció que por no constituir título acreditativo de una deuda, sino de garantía real para afianzar las obligaciones que pudiera contraer el deudor, no puede considerarse incluida en el art. 1924.3.º.A) del Código Civil.

⁶⁸⁵ Incluso en situaciones extraordinarias, como las leyes de postguerra que trataban de facilitar la prueba de las obligaciones tras los desastres y pérdidas de documentos habida en la misma, como la ley de 11 de julio de 1941 (art. 1º), se exige un título, no siendo suficiente la certificación de la inscripción registral.

No existe un criterio legal sobre qué sea y qué no sea título ejecutivo: lo son aquellos que la ley enumera, y no los que no califica como tal, sin que puedan extraerse caracteres propios que permitan identificar otros títulos ejecutivos. Desde este punto de vista, sería perfectamente posible que la ley otorgara la facultad de instar un procedimiento ejecutivo a una certificación registral. Pero eso no es así en nuestra legislación, ni tampoco lo recoge así la LECn que claramente en el art. 685.2 exige, copiando el actual 131.3.2, que se aporte el título (que lógicamente será ejecutivo).

7. Caracteres de los procedimientos ejecutivos

Todos los procedimientos de ejecución son procedimientos. Esto, que parece obvio, no resulta serlo tanto. Así se afirma con respecto al procedimiento del 131 LH que "repetidamente es calificado como procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, sin embargo su característica especial radica en que no es un juicio, no existe contienda de ninguna clase ni se admite que pueda promoverse durante su sustanciación. Por ello estamos más bien ante un procedimiento especial de apremio, el de ejecución de una sentencia"⁶⁸⁶. Y como apoyo de esa idea se repite fuera de contexto una mal entendida doctrina del TC, diciendo que éste considera

⁶⁸⁶ NIETO CAROL, p. 569. Cita en este sentido SSTS de 12.11.85, 22.04.87, 10.12.91 y 02.04.92 "etc."

que ello no vulnera el derecho de defensa del 24.1 CE por quedar subsistente el declarativo posterior⁶⁸⁷.

Se debe de tener especial cuidado con los mecanismos de oposición y, muy especialmente con las tercerías de dominio. Especialmente si entendemos que el auto de remate constituye un nuevo derecho y que, por tanto, al no ser declarativo, la investidura del derecho de propiedad que realiza al rematante y la privación del derecho de propiedad que realiza al propietario, no son atacables. Aquí sí surge una vertiente constitucional del derecho de propiedad.

Existen por tanto tres vías ejecutivas de realización del valor del bien hipotecado: la del art. 129.2 LH (que, al ser extrajudicial, no es procedimiento en sentido técnico); y dos procedimientos ejecutivos, ordinario el uno y especial el otro. Es con respecto a este último (el denominado judicial sumario) obligado distinguir cual es el criterio de dicha especialidad, a qué responde la misma. Ello nos permitirá discernir qué hipotecas deben ser ejecutadas por el procedimiento especial, y cuales han de serlo por el ordinario. Ciertamente es que la doctrina suele referirse a ambos procedimientos como alternativos, estando los dos a disposición del

⁶⁸⁷ NIETO CAROL, *ibidem*, cita las SSTC de 18.12.81, 17.05.85 y 17.01.91. Sobre esta jurisprudencia constitucional véase *infra* (A.1.ff) Análisis de la jurisprudencia constitucional, pp. 436 y ss.

⁶⁸⁸ NIETO CAROL, *ibidem*, cita las SSTC de 18.12.81, 17.05.85 y 17.01.91. Sobre esta jurisprudencia constitucional véase *infra* los epígrafes ¡Error!No se encuentra el origen de la referencia. y, especialmente el ff) Análisis de la jurisprudencia constitucional, pp. este último 436 ss.

acreedor cuando así se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Lo que en última instancia nos interesa es conocer cuales son las excepciones esgrimibles en unos y otros procesos y, en primer lugar las excepciones de claro contenido procesal (dilatatorias y perentoria). Sobre éstas me limitaré a apuntar algunas cuestiones. Es en dicho análisis donde resultará obligado exponer al menos el estado de la cuestión, a la vista de los recientes pronunciamientos del TS considerándolo inconstitucional. Procede desde luego intentar realizar una lectura acorde con el texto constitucional. En este sentido tiene mucha importancia conectar la pretendida vulneración del 24 CE⁶⁹⁹ con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la propiedad o el acceso a la vivienda. Veamos si esto es posible.

Unas breves precisiones conceptuales sí deben hacerse previamente: El único procedimiento verdaderamente ejecutivo, en el sentido de que sólo se realiza un derecho (no hay declaración alguna, no hay cognición), es el procedimiento de apremio de los artículos 1481 ss. LECv. Los demás procedimientos existentes en nuestro ordenamiento son, con este criterio,

⁶⁹⁹ Recuérdese que el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España en 1979, BOE nº 243, de 10 de octubre) dispone que "toda persona tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", y que aunque el precepto protege principalmente contra las injerencias del poder político, es aplicable a nuestro caso en cuanto una de las excepciones al derecho la necesidad para "el bienestar económico del país", y "en tanto esta injerencia esté prevista por una Ley".

declarativos especiales, salvo el ejecutivo ordinarios del 1429 ss LECv. Pero el procedimiento de apremio no es un verdadero procedimiento, sino una fase común de los procedimientos ejecutivos. Eso explica que no haya en él contradicción, porque no hay en absoluto cognición, que pertenece a un momento anterior del procedimiento. Visto así nuestros procedimientos ejecutivos son efectivamente procedimientos y, en ese sentido, en todos existe contradicción y cognición. Al menos desde la entrada en vigor de la Constitución (art. 24 CE) sólo cabe esa lectura. Es evidente y no escapa a nadie, que hay que posibilitar al ejecutado oponerse a la ejecución con un repertorio mayor o menor de excepciones.

Llegamos así a que la constitucionalidad de un procedimiento ejecutivo vendrá de las causas de oposición que puede hacer valer el ejecutado⁸⁹⁰. El TC parece no haber llegado, sin embargo, a plantearse si en los referidos procedimientos se garantiza suficientemente el derecho a oponerse. Ciertamente es que considera una decisión de política legislativa el limitar el número de dichas excepciones (no sabemos que diría si se excluyera toda posibilidad de oposición, para llegar a un procedimiento ejecutivo monitorio), y funda la constitucionalidad de los procedimientos en que no surten efecto de cosa juzgada. Pero si bien observamos, el que no surta efecto de cosa juzgada no implica necesariamente que no exista oposición: basta que sea procedimiento para que exista debate y, por tanto, oposición, aunque sea

⁸⁹⁰ MONTERO AROCA, *El procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, pp. 248 a 261.

limitada al ámbito de conocimiento del proceso⁶⁹¹. En este sentido debe decirse que todo procedimiento ejecutivo tiene causas de oposición, aunque lógicamente, tasadas, limitadas. Esto es, todos los ejecutivos son "sumarios". O, mejor dicho, en todos los ejecutivos los incidentes declarativos, tendrán la consideración de sumarios, lo que está en sintonía con que en ellos sólo se pretenda decidir si deben proseguir los trámites del ejecutivo o no (es por ello que el Auto que recaiga no surte efecto de cosa juzgada).

No obstante ser mínimas las causas de oposición en el judicial sumario, nos permiten realizar una oposición suficiente. Además, no debe olvidarse que el Juez aprecia de oficio los elementos fundamentales de todo litigio y que los vicios en éstos, aunque apreciables de oficio, debe entenderse que siempre pueden ser señalados por las partes, e incluso en determinados supuestos por algunos terceros⁶⁹².

⁶⁹¹ Vemos como esto es así a pesar de la lectura mayoritaria de la doctrina del TC, que señala que el criterio para determinar la constitucionalidad o no del referido procedimiento se encuentra en el alcance de la cosa juzgada. No obstante no es este el único criterio que utiliza el TC. Verlo así es a mi juicio una interpretación sesgada de su doctrina.

⁶⁹² Véase más extensamente *infra* pp. 436 ss.

8. La inadecuación de los procedimientos ejecutivos para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria

No procede la ejecución por los cauces del artículo 131 LH (ni, en breve, 682 ss. LECn) por cuanto:

1. No estamos en el supuesto del artículo 153 LH, única forma de lograr la ejecución de una hipoteca de seguridad por los cauces de los procedimientos del 129 LH⁶⁹³.
2. Porque, en definitiva, se trata de un procedimiento hipotecario especial, y no del hipotecario ordinario, según ha venido entendiéndose tradicionalmente⁶⁹⁴.

Pero, es más, es que no procede ningún cauce ejecutivo, por cuanto para ello es necesario que se trate de deudas líquidas o, en su caso, deudas mercantiles liquidadas conforme a lo regulado en los artículos 153 LH o 1435 LECv. Ello limita en efecto mucho la ejecución de los créditos derivados de contratos sometidos al Derecho civil, por lo que puede entenderse, aunque no justificarse, que haya primado una interpretación expansiva del Derecho mercantil. En este sentido es de alabar (pero sólo en este sentido) la distinción de la LECn, que claramente establece un criterio

⁶⁹³ En contra, Res. DGRNot de 16-7.1936 y la doctrina que se cita *supra*.

⁶⁹⁴ Véase p. 428, especialmente nota 714,

de ejecución uniforme para todo tipo de créditos, con la salvedad de los garantizados con prenda o hipoteca⁶⁹⁵.

No es de extrañar que las entidades de crédito hayan pretendido asegurarse aún más de lo que estaban con la garantía real los créditos hipotecarios que surgían de los préstamos que concedían. Por ello comenzaron a abandonar la vía del artículo 142 LH para reconducirlo al 153 LH, a la vez que incluyen *de ordinario en la escritura de constitución que se trata de un préstamo mutuo mercantil* garantizado con la hipoteca que allí se constituye. No cabe duda que la declaración de las partes sobre el régimen mercantil o civil del contrato es nula, pues el sometimiento a uno u otro no depende de la voluntad de estas, sino de los requisitos que el ordenamiento exige para ello⁶⁹⁶.

En este contexto merece especial atención la STC de 2 de abril de 1992, en la que se apoya la doctrina para defender la constitucionalidad de las liquidaciones practicadas conforme al 1435 LECv y 153 LH, por considerarlos, como se dijo, una misma norma. El TC manifiesta que "nada impide en el precepto legal cuestionado [1435.4º LECv] la aplicación de las normas generales que sobre la prueba de las obligaciones recogen tanto el Código Civil como el **Código de Comercio** y, naturalmente, la LEC". Lo que indica que piensa en obligaciones mercantiles pero, más claro queda cuando

⁶⁹⁵ Véanse los motivos que justifican, a mi juicio, esta medida en *supra* I.H.3.- La interdicción de ejecución de deudas ilíquidas, pp. 400 ss.

⁶⁹⁶ No es tan pacífico sin embargo el determinar cuales deban de ser estos criterio, pues dependerá de lo que se entienda por acto objetivo de comercio. Véase *supra*.

transcribe parte de la Sentencia contra la que se solicita el amparo⁶⁹⁷: "el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad, implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos. Este dato confirma que no estamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atienda sólo a rasgos subjetivos del acreedor, sino que dicho trato es debido a las peculiares exigencias de las actividades de intermediación financiera que constituyen el objeto social, exclusivo y excluyente de las entidades de crédito en nuestro Derecho". Y sigue diciendo el TC: "Por ello, no es exacto afirmar que la legitimidad del título viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad bancaria, pues en el origen del mismo se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario que hace fe de la existencia de la relación jurídica y de sus características esenciales [...] A la vista de lo que se ha puesto de manifiesto, y siguiendo la doctrina sentada por este Tribunal en la sentencia referida, se puede concluir que el art. 1435 de la LECv, no sólo no contiene un privilegio exento de justificación para las entidades bancarias, sino que establece garantías legales y judiciales suficientes que evitan la indefensión del deudor en el proceso de creación y control del título ejecutivo". Estas garantías en el proceso de creación del título ejecutivo únicamente se producen cuando es posible la

⁶⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 13 de julio de 1988

negociación, lo que si no excluye los contratos civiles, sí que excluye la inmensa mayoría de los contratos civiles celebrados por empresarios⁶⁹⁸.

9. Critica a la necesidad de un procedimiento ejecutivo para el cobro de los préstamos para la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria

Es trasladable aquí el principal reproche a las cláusulas de vencimiento anticipado que suelen pactar las entidades de crédito en sus hipotecas: no están justificadas, por cuanto tienen una garantía. Sí es, en cambio, aplicable *sensu contrario* el principio del art. 812 LECn que establece un procedimiento monitorio para las deudas inferiores a cinco millones (se entiende, porque las mayores requieren, en principio, de un análisis más profundo) ⁶⁹⁹.

No obstante, se trata de una cuestión de política legislativa. Con el sistema de la LECv hay que interpretar que los préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca han de sustanciarse por un procedimiento declarativo, al afectar el problema de la liquidación tanto al declarativo ordinario (1429 LECv) como al procedimiento judicial sumario (131 LH).

⁶⁹⁸ Los contratos sometidos al Derecho civil en los que ninguna de las partes son empresarios no requieren, por regla general, de asegurarse con un título ejecutivo una cuantía imprecisa, prefiriéndose de ordinario otro tipo de títulos (normalmente títulos valores) de vencimiento y cuantía cierta y determinada.

⁶⁹⁹ Que unos títulos sean ejecutivos y otros no (estos últimos los del procedimiento monitorio) no le resta fuerza al especial tratamiento de la ley a unos créditos o a otros en función de la cuantía.

No parece agravar la situación (ya que la postura que acaba de enunciarse no es la seguida en la práctica), el hecho de que conforme a la LECn deba reconducirse del actual 131 LH, al procedimiento ordinario de los arts. 571 ss., sin las particularidades de las ejecuciones hipotecarias (681 ss). Ello siempre que se entienda que es ese el nuevo régimen impuesto por la LECn, y no que, ante la imposibilidad de aplicar las normas del ejecutivo hipotecario, se imponga la necesidad de reconducirlo a los cauces del declarativo ordinario.

Considero que tal interpretación, que parecería coherente con la que viene defendiéndose respecto al 153 LH, no es deseable en el régimen de la LECn, por cuanto se llegaría a la paradoja de que sí se ejecutan conjuntamente los bienes hipotecados y algún otro, es de aplicación (682.1)⁷⁰⁰ la norma del 572 LECn (con la consecuencia de que se permite la liquidación por certificación) , mientras que si sólo se pide la ejecución sobre el bien o bienes hipotecados, no se permitirá la liquidación por certificación de la entidad acreedora (art. 695). Ello haría que se ejecutara por el procedimiento de los arts. 571 ss. con el simple requisito de solicitar al mismo tiempo el embargo de algún otro bien del deudor. Parece razonable interpretar que procede por tanto en ejecutivo ordinario sin necesidad de acudir a dicha argucia.

⁷⁰⁰ Artículo 682 "1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda". [...].

Interpretado así, no entendemos qué efecto contrario puede tener sobre el mercado hipotecario, desde el momento en que la garantía se respeta íntegramente, la seguridad jurídica se refuerza⁷⁰¹ y el carácter expeditivo de la ejecución se equipara al de una letra de cambio o cualquier otro título valor.

I. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Antes de entrar en el análisis de las excepciones existentes, conviene repasar la evolución de la regulación sobre los procedimientos ejecutivos hipotecarios o, mejor dicho, sobre la ejecución hipotecaria.

Antes de la Ley Hipotecaria de 1909 todas las hipotecas se ejecutaban por el procedimiento ejecutivo ordinario.

NIETO CAROL⁷⁰² afirma que el procedimiento anterior a 1909 (el ejecutivo ordinario) "era demasiado largo, antieconómico y complicado". Como señala

⁷⁰¹ Garantizado el carácter expeditivo del procedimiento, como lo es el ejecutivo ordinario, nada se gana (sino que se pierde) en seguridad jurídica. Salvo que la seguridad jurídica se entienda sólo con relación a una de las partes, sólo con relación a la seguridad del crédito, sólo a la satisfacción de los intereses empresariales, y no también a la seguridad del cumplimiento de las obligaciones como fueron pactadas, a la satisfacción del mayor número de intereses en juego y, en definitiva, se incluya también la seguridad del mantenimiento en la propiedad al adquirente cumplidor.

⁷⁰² pp. 568 y 569

ROCA SASTRE⁷⁰³, este juicio permitía al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándolo y aumentando los costes⁷⁰⁴. Esta dificultad en el cobro del crédito, inspiraba desconfianza al capital, incrementándose el tipo de interés y fijándose grandes cantidades por costas. Sin embargo no parece ser esa la idea de los parlamentarios de 1909, cuando tiene lugar la introducción de este procedimiento especial para la ejecución de algunas hipotecas (Ley Hipotecaria de 1909). En los debates parlamentarios de esta Ley, el señor SÁNCHEZ ROMÁN se pronunciaba, críticamente, diciendo:

Además, este proyecto de ley, en el fondo, no sólo se propone así como extraer diferentes preceptos de la ley vigente, sino lo que es peor, duplicar los textos de la ley para el Enjuiciamiento. ¿Es que las reglas del procedimiento de apremio en el juicio ejecutivo, según la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, son falaces, ponen en peligro los intereses y los derechos sagrados de los

⁷⁰³ ROCA-SASTRE, Ramón M^a Y Luis, *Derecho Hipotecario*, Bosch, 1979, t. IV, vol. 2^o, p. 1101

⁷⁰⁴ Pueden compararse las costas antes y después de 1909: la operación no procede en este estudio, pero a nadie se le escapa que parece que no habrá diferencias sustanciales en las costas entre un ejecutivo del 1429 LECv y del 131 LH, máxime cuando el bien ejecutado es el mismo. También nos resulta ir muy allá calificar un ejecutivo de complicado, o de demasiado largo, por definición, sin referencia a circunstancias del mejor o peor funcionamiento de la Justicia. En cualquier caso no es de recibo la argumentación de la eficiencia económica del procedimiento cuando lo que está en juego son criterios de justicia como la protección de los consumidores. Por muy cierto que pudieran ser dichos argumentos, habría que reconducirlos a un ámbito adecuado: ejecución de negocios de comercio, contratos de cambio,...

acreedores segundos hipotecarios? ¿Ocurre, en suma, alguna cosa que merece inmediata corrección ó á que hace falta poner urgente remedio? Enhorabuena; ¿es que ese enjuiciamiento en los apremios tiene dificultades y hay que corregirlo? Ya se ha preocupado el Sr. Ministro de Gracia y Justicia de nombrar una Comisión que ha trabajado con el celo que ha podido para satisfacer su encargo, y de ello se ocupa; pero ¿qué va á resultar? Que si esto hubiera estado corregido en las 355 líneas que van a sustituir al enjuiciamiento y hacer más farragosa y difícil la legislación, subsistirían todavía petrificados é inmóviles todos los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando no se trate de los créditos hipotecarios, y tendríamos, no dos dicciones legislativas, sino tres: la que trae este proyecto, por injerto circunstancial, la que existe estática é inconvencible en la ley de Enjuiciamiento civil, y la que proyecta con el mejor deseo la Comisión de Códigos, que está ocupándose en la reforma de la misma. ¿Y no valía la pena, cuando obramos por una sola iniciativa oficial y en cumplimiento de una ley, de detenerse un poco para que esa ley de Enjuiciamiento civil tuviera aquel sentido de unidad y de sistema que debe tener?⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ Diario de Sesiones nº 5, sesión del día 6 de octubre de 1904, transcrito de *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Tomo II, Volumen I, p. 124 ss. (la transcripción es de las páginas 133 y 134), Ed. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Hay no obstante que recordar el voto particular del Sr. Sánchez Román al dictamen de la Comisión acerca del proyecto de ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria (*Ibidem*, pp. 119 a 121), en el cual manifiesta su disconformidad con la misma por considerar que no se da "una deliberación sosegada y reflexiva, como en la reforma de que se trata, en cuanto afecta al sagrado de los derechos civiles de la propiedad y de la contratación", por tratarse de una reforma parcial, considerando que debe realizarse con una visión de

El señor RODRÍGUEZ MUÑOZ, en el mismo debate, criticará igualmente el nuevo procedimiento, pero no en defensa del acreedor suficientemente asegurado en el apremio, sino por considerar que el texto que se propone puede ser fuente de muchos abusos.

Poco después de la Ley Hipotecaria, y en el mismo año de 1909, ARAGONÉS Y CARSI, tras considerar excepcional la ejecución del nuevo artículo 131 LH, escribirá comentando el artículo 11 de la ley⁷⁰⁶:

Ya es antigua la discusión de la hipoteca en garantía de apertura de créditos y en garantía de cuentas corrientes cuyas hipotecas estaban autorizadas por nuestra ley desde el momento en que consentía las constituidas en garantía de obligaciones condicionales conforme á los artículos 142 y 143. Pero como dichos artículos exigen [...] en las de cuentas corrientes una liquidación que era también preciso consignarla en documento público, é inscribirla, porque sólo la ejecución puede entablarse por cantidad líquida, que supone liquidada, y ésta no resultaba ni podrá resultar en una cuenta corriente, donde se recibe y entrega constantemente.

[...]

conjunto del Código Civil, la Ley Hipotecaria y, especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil "cuando, precisamente, por necesidad legal y encargo del propio Ministro, con iniciativas de tan heterogéneas y desapercibida pluralidad, se trabaja en su reforma por la Comisión de Códigos [...], que lleva muy adelantados sus trabajos".

⁷⁰⁶ ARAGONÉS Y CARSI, Pascual, Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria Vigente por la de 22 de abril de 1909. Texto y comentarios a la misma, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1909, pp. 62 a 64.

Los requisitos que ha de comprender la inscripción, serán, además de los generales, el de la cantidad asignada a la finca y el de la duración de la cuenta, sin que sea necesario la forma acordada para acreditar la liquidación de la cuenta, por ser esta condición de naturaleza personal, y no real, por no afectar al derecho sino al ejercicio de este derecho, á la acción.

La manera de practicar la liquidación, no tiene más efectos que el de poderse utilizar o no el procedimiento sumario de la nueva ley; procedimiento que podrá incoarse para hacer efectiva la cantidad que se adeude, siempre que ésta resulte de una manera indubitable, reúna la escritura las condiciones de haberse tasado ó fijado valor á las fincas y haberse designado punto para notificaciones.

[...]

Proveyendo la ley el caso de que las partes no hayan convenido en la manera de acreditar el resultado de la cuenta, á fin de que de un modo indubitable se sepa el saldo de ésta, requisito esencial para que pueda utilizarse el procedimiento sumario, que, como no es juicio, ni admite controversia, ha de partir de la existencia de una prueba que no dé lugar á dudas, ha creado las libretas duplicadas en las que se consignarán las operaciones que se practiquen.

No dispone la ley los requisitos que deben tener estas libretas, dejándolo sin duda para el Reglamento, pero creo que cuando menos, estas libretas debieran estar rubricadas por Notario, con un certificado de las hojas que comprende, en una palabra, algo que les diera autenticidad, por ser uno de los documentos que se han

de presentar con la demanda, digo, con el escrito y para darles fe en juicio no deben ser puramente privadas.

Verdad es que el documento base es la escritura de constitución, pero desde el momento que la falta de conformidad en las libretas es excepción admisible deben éstas tener alguna autenticidad para que estén en armonía con las restantes disposiciones.

Así se ve, cómo lo que en sus orígenes se reconducía a un único procedimiento ejecutivo, pronto evoluciona hacia sistemas de ejecución especiales. Ya en 1909 existirán dos de los tres procedimientos actuales. Y desde la entrada en vigor del Reglamento hipotecario de 1910 se configuran los tres procedimientos actuales (el extrajudicial, sin carta de naturaleza en la ley, hasta 1944). Además se regulan entonces una serie de especialidades, de las que únicamente señalaremos la del artículo 153 LH.

En éste último se introducía (con escasas modificaciones con respecto al texto actualmente vigente) la hipoteca en garantía de cuenta corriente. Se remitía para la ejecución de las mismas al 129, como actualmente, pero aquél se interpretaba de forma restrictiva o, si se prefiere, sólo como parte de una norma; en el sentido de que la viabilidad del procedimiento se somete al cumplimiento de determinados requisitos del título y del derecho real (que pueden considerarse incluidos en el título desde el momento en que para su validez habrán de recogerse en éste). Por un lado los requisitos del art. 130 LH (tasación y domicilio); por otro aquellos relativos al cumplimiento del principio de especialidad en los pactos de hipotecas de

seguridad que la ley permite (permite, pero condicionándolo a nuevos requisitos). Así, las hipotecas en garantía "de una obligación futura" (art. 142 LH); de "obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador" (art. 150 LH); y, "en garantía de cuentas corrientes de crédito". La subordinación del art. 129 a la verificación de la realidad extraregstral de los créditos que se garantizan de estas formas ha venido siendo una constante hasta fechas recientes. Así LÓPEZ DE HARO excluía este procedimiento cuando el título no reuniese los requisitos necesarios para poder despachar ejecución, y dice⁷⁰⁷:

Existen cuatro procedimientos para hacer efectivo el crédito hipotecario, á saber: el del juicio declarativo, realizándose la sentencia como todas las ejecutorias y con adaptación á la vía de apremio por sus reglas especiales -Ley Enj. Civ., arts. 919 y siguientes y 1.481 y siguientes-; el ejecutivo ordinario - Ley Enj. Civ., artículos 1.429 y siguientes y L.H., arts. 126 y 127-; el ejecutivo especial -L.H., arts. 129 y siguientes-, y el extrajudicial pactado. -R.L.H., art. 201. [...]

⁷⁰⁷ Estos requisitos lo son del título, que será o no ejecutivo en función de ello. Véase *supra* donde se puntualiza que no son tanto requisitos generales sino si el título ha sido dotado o no de fuerza ejecutiva por el legislador. En los casos de los créditos documentados en escrituras públicas necesitan reunir determinadas características, entre las cuales está la de estar liquidadas. El 153 LH precisamente resuelve esta cuestión para las cuentas corrientes, pero lógicamente con carácter limitado: no puede pretenderse que en cualquier caso una certificación de la entidad de crédito sirva para dotar al crédito, en última instancia, de fuerza ejecutiva (que la hipoteca no la tiene por si, sino por estar documentada en escritura pública).

Estos cuatro procedimientos no se excluyen entre sí, pudiendo ejercitarse cualquiera de ellos á elección del acreedor, claro es, si la escritura reúne las condiciones especiales que para el ejecutivo sumario y para el extrajudicial exige la ley.

Sólo el juicio declarativo produce excepción de cosa juzgada - Ley Enj. Civ., art. 1.479-; pero también la causan los ejecutivos ordinarios y especiales, en cuanto á lo que es propio de su materia determinada.

Claro es que los dichos procedimientos son, sin perjuicio de los procedimientos especiales ó privilegiados que gozan ciertos organismos ó entidades, como los Pósitos y la Hacienda. - Res. Dir. 3 Junio 1913.

Jerónimo González, igualmente, señala la improcedencia de un procedimiento de corte real (en el sentido de que se ejecuta el derecho real por sí mismo, con independencia -abstracción procesal- de la realidad del crédito)⁷⁰⁸, el del 131 LH, incluso en las hipotecas ordinarias. Y desde luego para las hipotecas de seguridad. Debo subrayar que, en la tónica de la práctica registral seguida hasta la segunda mitad de los años treinta, este clásico autor y redactor de nuestras leyes hipotecarias, configura las hipotecas de lo que actualmente consideraríamos préstamos en cuenta

⁷⁰⁸ "Se ha llevado [...] hasta la exageración de no considerar que podía haber un caso sencillísimo: el litigio entre el primer acreedor y el deudor propietario, que debía regirse por lo que prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento ejecutivo, en vez de llegar, para mayor estímulo del crédito territorial, al atropello, a la coacción que significa un procedimiento de carácter real por excelencia, que sólo debía estar preceptuado con vistas al tercero". GONZALEZ, Jerónimo, *Estudios*, p. 86.

corriente (lo que he llamado préstamos con mandato de cuenta corriente) por la vía del artículo 142 LH (en garantía de una obligación futura) y no por la de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH)⁷⁰⁹.

Y es que la cuenta corriente bancaria tal y como (y no sin problemas) se conoce hoy en día⁷¹⁰, se encontraba en un momento de formación y desarrollo, que se produjo fuera de los textos legales, que desconocen la figura hasta al menos la reforma hipotecaria de 1944.

Ello explica las expresiones de los autores de la época⁷¹¹. La confusión sobre el mismo puede verse (no sin unas notas que avalan la inadecuación del procedimiento del 131 como sistema ordinario de ejecución de estos créditos) en el siguiente texto de LÓPEZ DE HARO, que por ilustrativo reproduzco. Dice comentando el artículo 153⁷¹²:

El plazo de tres años se puede dilatar en los casos y forma que dice el art. 205 del Reglamento.

⁷⁰⁹ GONZALEZ, Jerónimo, *Estudios*, "El artículo 142 de nuestra ley Hipotecaria trata de la constitución de una hipoteca [...] para garantizar [entre otros] créditos a plazos", p. 87.; o en las pp. 92 y 93, donde pone de relieve que cuando es necesaria una liquidación, cuando puede predicarse "la no exigibilidad" de la deuda, se reconduce a la situación del 142.

⁷¹⁰ Véase *supra* el epígrafe I.A.1.1) La cuenta corriente bancaria, pp. 159 ss.

⁷¹¹ Y ya quedó dicho (véase *supra* p. 197) como MORELL Y TERRY, *Comentarios*, p. 250, distingue claramente entre hipoteca en garantía de cuentas corrientes y hipoteca por razón de préstamos, "cuando se entregan a cuenta cantidades parciales que disminuyen el importe de la obligación".

⁷¹² LÓPEZ DE HARO, *Tratado*, pp. 262 ss.

Este art. Que anotamos es el 11 de la ley de 21 de Abril de 1909 y en su preámbulo explica sus motivos, que no reproducimos por ir en los apéndices de esta obra.

No hemos hallado aún jurisprudencia sobre esta innovación de la ley, lo cual nos hace creer que aun siendo tan práctica y beneficiosa no ha llegado á entrar en la corriente del crédito.

La libreta expedida a favor de cierta persona o entidad es transferible por endoso.

La hipoteca de cuentas corrientes permite á los particulares la emisión de cédulas hipotecarias, de modo que las fincas son como depósitos contra los que se pueden girar cheques.

El que abre la cuenta corriente con la garantía hipotecaria está obligado á pagar las cantidades que dentro de los límites de la hipoteca, y con arreglo á sus pactos, le pida el dueño de la cosa hipotecada, cualquiera que él sea.

Respecto al procedimiento de cobro, haremos una observación en el art. 155

Y en el art. 155⁷¹³:

Nota doctrinal: este artículo es de adaptación del procedimiento hipotecario establecido en el art. 131 á las hipotecas nominativas y al portador.

⁷¹³ El texto de este artículo era prácticamente idéntico que el actual, cambiando fundamentalmente (además de no requerirse copia de la escritura de constitución de hipoteca para ejercitar la acción, cosa antes necesaria) las referencias al art. 129, que antes eran hechas al 131 LH; mientras que las que actualmente figuran al 131 antes eran la primera al 268 LECv, y la segunda a la regla 8ª del 131 y no a todo el articulado. La cita de LÓPEZ DE HARO, *Tratado*, es de la p. 265, con nota doctrinal en la 266.

Se observará que al tratar de la ejecución de las de cuenta corriente en el art. 153 se refiere al procedimiento ejecutivo ordinario del art. 127.

Parece que las hipotecas de los arts. 153 y 154 sólo pueden hacerse efectivas por los procedimientos que respectivamente se citan en ellos y, claro es, siempre en juicio ordinario. Sin embargo no vemos inconveniente en que a ellas se apliquen todos los procedimientos de cobro que decimos en el art. 129, siempre que se llenen las condiciones propias de cada uno en la escritura de constitución de la hipoteca.

Finalmente sobre el 131 señala⁷¹⁴:

...que es muy poco lo que el procedimiento ejecutivo especial ahorra respecto al ejecutivo ordinario; que casi siempre será preferible adoptar éste, sobre todo si la cosa hipotecada se presume insuficiente, á fin de poder embargar otros bienes del deudor; y que, queriendo reglamentar tanto, se ha complicado lo que pudo ser tan sencillo sin más que aplicar la vía de apremio administrativa a los créditos inscritos, ó cuando más la vía de apremio judicial, en ambos casos sobre valor pactado y con pequeñas variantes de simple adaptación.

Con respecto al procedimiento judicial sumario es igualmente claro al reseñar⁷¹⁵ la Res. DGRNot de 11 de febrero de 1911: "la falta de alguno de los requisitos necesarios para poder en su día cobrar la hipoteca por el

⁷¹⁴ LÓPEZ DE HARO, *Tratado*, p. 233.

⁷¹⁵ LÓPEZ DE HARO, *Tratado*, p. 211.

procedimiento sumario del art. 131, ni es defecto para inscribir, ni para ejecutar conforme al art. 126".

A mi juicio los errores interpretativos que actualmente existen parten de los años treinta, primero de la mano de la doctrina, que quedan recogidos por vez primera en la Resolución citada de 16 de junio de 1936⁷¹⁶. Así sorprenden las afirmaciones de VALLÉS Y PUJALS, quien en 1933⁷¹⁷, al analizar los procedimientos para la ejecución de un préstamo hipotecario⁷¹⁸, enlaza primero el carácter ejecutivo del préstamo con su protocolización en escritura pública, para luego, al estudiar el procedimiento judicial sumario, y a pesar de advertir que no se trata de un juicio, hacer plenamente ejecutivo el mismo, con independencia de la forma en la que conste la liquidación del mismo (cuando VALLÉS escribe no existe aún la previsión legal de la liquidación por certificación de la entidad acreedora). Veámoslo:

Del préstamo mutuo, en general, nace una acción, la que los romanos llamaron *mutui*, y también *condictio certi ex mutuo* por la cual el prestamista reclama que el prestatario sea compelido a devolverle la cantidad prestada.

Hay, empero, distintas maneras de ejercitar esta acción, según sea el documento en que la obligación se haya

⁷¹⁶ Véase *supra*.

⁷¹⁷ VALLÉS Y PUJALS, J., *Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca*, pp. 193 ss.

⁷¹⁸ Comete ya este autor el error de no diferenciar entre ejecución de un crédito y de un préstamo.

hecho constar y según el préstamo se aseguró o no con hipoteca⁷¹⁹.

Hasta aquí podemos estar básicamente de acuerdo. Nótese que no liga el carácter ejecutivo al hecho de asegurarse el préstamo con hipoteca, siendo este dato únicamente relevante a efectos de determinar la "manera" en que se ejercitará la acción.

A continuación pasa a estudiar el procedimiento ejecutivo extrajudicial, para terminar desaconsejándolo porque 1º) "la existencia de cualquier otro acreedor [...] cuyo derecho conste en el Registro de la Propiedad, basta para que el procedimiento extrajudicial no pueda utilizarse"; 2º) "Para la escritura de venta o adjudicación ha de prestar el consentimiento el deudor", y; 3º) "tanto en las dos subastas (...) como en la adjudicación (...) el tipo señalado en la escritura de hipoteca como valor de la finca, no puede ser objeto de rebaja de ninguna clase".

Pero es al estudiar el procedimiento ejecutivo⁷²⁰ cuando hace a mi juicio las afirmaciones más interesantes, contradictorias por lo demás con lo que luego afirmará: Comienza limitando la utilización del juicio ejecutivo a aquellos casos en los que ostentando el acreedor un título ejecutivo "se trate de deuda líquida en dinero efectivo", "sea vencida", y "de importe superior a mil pesetas". Y más concretamente:

⁷¹⁹ VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 193.

⁷²⁰ VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, pp. 213 ss.

El estar la deuda asegurada con hipoteca no es, pues, lo que le concede la fuerza ejecutiva; ésta arranca del mero hecho de constar en escritura pública, y con tal que el título tenga este carácter, haya o no haya garantía hipotecaria, el juicio ejecutivo podrá utilizarse.

Es de extrañar, que señalando estas características, venga a considerar los tres procedimientos igualmente aplicables y, por tanto, le otorga al acreedor la facultad de escoger, a su libre voluntad, el ejercicio de cualesquiera de ellos. De tal suerte, aconseja el procedimiento ejecutivo únicamente en el caso en que los bienes no cubran la cantidad adeudada, puesto que la Ley en el procedimiento sumario sólo permite ejecutar la hipoteca, debiendo de acudir al ejecutivo para el cobro del resto de la deuda, por lo que resulta más rápido y barato (y seguro, al poder pedir la traba del embargo sobre otros bienes) el procedimiento ejecutivo.

Ciertamente, si el legislador ha querido que el deudor sólo pueda reembolsarse hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria, lo hace por alguna razón. Podemos observar que tanto el artículo 127 como el 135 (o la regla 8ª del 131) parten de la suposición de que la garantía suele cubrir la totalidad de la deuda²¹. Este es un punto importantísimo, pues si enfocamos el razonamiento del legislador desde esta perspectiva, podremos entender mejor la finalidad de dichas normas y, por tanto, su alcance.

²¹ Al igual que ocurre con la prenda que, cuando se la adjudica el acreedor, se le exige (art. 1872) que otorgue carta de pago de la totalidad de su crédito.

Todo ello lleva a que la redacción de la Ley Hipotecaria de 1944 no entre en estas cuestiones, salvo en aspectos de menor calado. DE LA RICA nos señala lo siguiente:

La Ley de 1909 introdujo [el] procedimiento judicial sumario [(art. 131)]. Tuvo tanta aceptación este procedimiento, no obstante algunas deficiencias, que la mayoría de las ejecuciones se rigen por sus trámites y puede afirmarse que se pacta en todas las escrituras constitutivas de hipoteca⁷²².

Parece que es precisamente tras la reforma de 1944 que el referido procedimiento se vuelve contencioso, sin perjuicio de que, consecuencia de casi una década de aplicación de la doctrina sentada por la RDGRNot de 16 de julio de 1936, y la jurisprudencia posterior⁷²³ (entre otros factores), hubiese venido ganado en la práctica tal carácter. Sin embargo, no adquiere legalmente ciertas notas propias a un auténtico procedimiento (especialmente por lo que se refiere a la contradicción necesaria), hasta la reforma de 1944, sin que ni tan siquiera hoy en día se haya librado de su origen de ser mera vía de apremio, realización del valor que el derecho real incorpora. Ello motiva las actuales dudas sobre la constitucionalidad del

⁷²² Los comentarios que aquí cito aparecieron en la *RCDI* en 1945, son recogidos primeramente y por separado en la obra que lleva el mismo nombre del artículo originario (DE LA RICA Y ARENAL, Ramón, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, Aguilar, Madrid, 1945) y, recientemente en la recopilación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Leyes hipotecarias de España*, Ed. Castalia, Madrid, 1990, por donde las cito en lo que sigue. El texto transcrito es de la p. LXXVIII.

⁷²³ Véase *supra* el epígrafe "Análisis de la jurisprudencia", pp. 210 ss.

procedimiento, que a mi juicio no van más allá de una necesaria interpretación conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento (ley posterior). En particular, por lo que respecta a la reforma de 1944, dichas notas son las siguientes, según señala DE LA RICA⁷²⁴: Introducción de la necesidad de Abogado y Procurador (este último para ejecuciones superiores a 200.000 pts.); mejoras en los requerimientos por mandamiento judicial, y en los edictos; regulación de la posesión interina; una vez iniciada la ejecución, deja de ser rogada para pasar a ser *ex officio*; y, fundamentalmente, se regula un nuevo mecanismo de oposición frente al también nuevo sistema liquidatorio de las deudas ilíquidas que resulten de cuentas corrientes. Para DE LA RICA es claro y fundamental que la certeza de la liquidación efectuada y comunicada al ejecutado "es artículo de previo pronunciamiento para seguir la ejecución adelante".

Esta necesidad de certeza de la liquidación debe ponerse en conexión con las ideas de este autor, representativas del pensamiento de la época, de que la liquidación, como la hipoteca misma, es fruto de un pacto, de la voluntad de las partes de configurarla así, así como de la necesidad de que determinadas cuestiones referentes a terceros, a los que no puede alcanzar este pacto más allá de la eficacia del Registro, queden salvaguardadas por una decisión judicial.

Con relación a lo primero se pronuncia el autor al afirmar que la supresión del art. 138, en la que se definía las hipotecas voluntarias como "las

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. LXXVIII ss.

convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan", no altera su definición, que es obvia y que por otro lado el referido art. nada añadía al estar la definición "implícita en la misma denominación de lo suprimido"⁷²⁵. Igualmente considera que el art. 131 introducido por la Ley de 1909 era consecuencia directa de esta definición y que por eso advierte que "sus trámites no podían ser alterados por convenio entre las partes".

Con relación a lo segundo, lo hará al comentar el nuevo párrafo II del art. 129 LH (el "procedimiento" extrajudicial de ejecución hipotecaria), diciendo que no considera plausible "que se pretenda aplicar este procedimiento cuando existan terceros, pues se corre el riesgo de desnaturalizar la función notarial obligándola a invadir campo acotado reservado hasta ahora para la judicial. Plantéanse en las ejecuciones problemas arduos de rango de derechos, liquidación de cargas, cancelación de gravámenes e inscripciones posteriores⁷²⁶, etc., cuya resolución es impropia de decisiones de jurisdicción voluntaria, como ha de ser por fuerza la de procedimientos no judiciales".

⁷²⁵ *Ibidem*, p. XXIX.

⁷²⁶ No es muy probable que DE LA RICA tuviese en mente la posterior compra del consumidor-adquirente de la vivienda, que se subroga en el préstamo hipotecario (téngase en cuenta que también la subrogación *ex art.* 118 LH se regula por primera vez en la LH tras esta reforma, de la que criticará el carácter tácito que puede tener el consentimiento del acreedor a la subrogación del deudor, y que no obstante considera adecuado, y viable cuando el nuevo deudor tenga un patrimonio similar al del anterior, lo que desde luego no es el caso habitual en la subrogación del particular acquirente de la vivienda en el lugar del promotor). La cita aquí es de la p. LXXVII. La referencia al art. 118 LH las hace en las pp. CXXVI-CXXVIII.

Con relación a este procedimiento extrajudicial, y a la idea de pacto que hemos reseñado está en la base de los originarios mecanismos de ejecución hipotecaria, pueden contraponerse las ideas de este autor con las advertencias que nos hacía LÓPEZ FRÍAS sobre el encarecimiento de los préstamos hipotecarios si se hace recaer el incumplimiento del vendedor sobre el pretamista²⁷, lo que está en la idea del alcance de la hipoteca en cuanto que regulación pactada, originariamente, impuesta en nuestros días por dos empresarios a un consumidor. En particular, D. Ramón considera que "facilitar extraordinariamente la ejecución paccionada [...] equivale a favorecer las combinaciones de la usura y, en suma, a limitar el crédito territorial, por lo difícil que será constituir segundas hipotecas cuando en la primera se haya pactado un procedimiento de ejecución de esa naturaleza". D. Ramón se refiere al "procedimiento" extrajudicial, pero podríamos extenderlo al judicial sumario, y veríamos como son hoy realidades sus predicciones.

J. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS EXCEPCIONES ESGRIMIBLES

ff) Análisis de la jurisprudencia constitucional

Las diversas alegaciones de Derecho constitucional que aquí se plantearán, deben ser tomadas con cautela en cuanto que vía especial no jurisdiccional

²⁷ Véase *supra* p. 295, con cita en la nota 533.

y, lamentablemente, dado el abuso que suele hacerse de ella, acudiendo al Tribunal Constitucional y a cuestiones de Derecho constitucional como una "cuarta instancia"⁷²⁶. Sí trato de poner de relieve las conexiones que esta materia tiene con la configuración básica de la sociedad. Muchas de ellas son cuestiones no opinables (*iure certa*), y a ellas pretendo referirme principalmente, dejando en un segundo plano (aunque creo que no debe olvidarse) otras que dependerán de las diversas visiones e interpretaciones de nuestra Carta Magna.

La validez constitucional de las normas debe de juzgarse con un criterio amplio, especialmente si se trata de normas posteriores a la Constitución. La constitucionalidad de los procedimientos ejecutivos se ha enjuiciado desde este planteamiento. Admitidos como parecen estarlo por el TC, se tratará finalmente del cumplimiento de las garantías procesales que la norma suprema impone. Reducido así el ámbito del control de constitucionalidad a cuestiones procesales, éste estará referido a la existencia o no de indefensión en cada caso concreto.

Es ineficiente y nos ofrece dudas la constitucionalidad de la suspensión del procedimiento tras la subasta y adjudicación, cuando sólo queda el lanzamiento, en su caso, del tercer poseedor. Es ineficiente porque si se entiende la enajenación forzosa (al fin y al cabo en eso consiste la

⁷²⁶ Utilizo la expresión gráfica, que no debe de inducir al error de considerar el TS como tercera instancia, ya que no figura entre sus funciones la revisión de los hechos que fueron objeto de apreciación por los (aquí sí) juzgadores de instancia, sino la corrección y uniformidad en la aplicación del Derecho.

ejecución) como un acto de Derecho público que inviste del derecho de propiedad al rematante al margen de las normas de transmisión de la propiedad propias del Derecho privado⁷²⁹. Si se entiende así, decía, resulta difícil entender cuál es la finalidad de la suspensión posterior al acto de constitución del nuevo propietario. Una vez que esta propiedad se constituye, ya nada puede alegar (salvo cuestiones estrictamente

⁷²⁹ Así parece compartirlo la doctrina dominante, aunque con muchos matices y sin ser cuestión pacífica la forma en la que se articula. Especialmente ilustrativo resulta la exposición de SOLCHAGA LOITEGUI, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 68 a 89, quien sostiene, en la línea de SATTÁ que, acorde con la teoría del título y el modo, la transmisión en la enajenación forzosa tiene como justa causa (título) "un contrato administrativo o procesal" (procesal en este caso), p. 75. En otros términos, pero compartiendo las mismas bases, FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, Bosch, 1987, con exposición de las distintas elaboraciones doctrinales en pp. 37 a 50. Dicha línea interpretativa de la facultad del Juez, circunscrita al «transferimento coactivo» con el que explica PUGLIATTI en 1935 que no existe acto bilateral ni venta pública, sino una manifestación unilateral del Juez, es introducida entre nosotros por PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES. Estas doctrinas rompen con la tradicional línea española, que puede considerarse minoritaria en la actualidad, que con apoyo en CARNELUTTI (teoría de la representación legal del Juez, que vende en nombre del ejecutado) y CHIOVENDA (también se produce una venta, pero no por representación, sino porque en una primera fase el Estado expropia la facultad de disposición sobre el bien, para en una segunda vender en ejercicio de la facultad que ostenta) ven en el remate una compraventa civil (CARRERAS, MORELLO, DE LA PLAZA y, aunque interpretando el procedimiento ejecutivo como una preparación de la posterior venta, GUASP y ALBALADEJO). En Alemania, la tesis de la especial posición del Juez, gozaba ya de predicamento antes de la formulación italiana de PUGLIATTI, en concreto, desde las tesis de WEISMANN (1905) y OERTMANN (1927), y puede considerarse doctrina dominante (lo que además encaja bien con el carácter abstracto -la causa no es requisito de validez de los negocios- de su Derecho). Véase las remisiones que a los autores citados se hace en las dos obras recogidas en esta nota.

posesorias) el tercer propietario que, pongamos por caso, fuese *vero domino*.

Considero que el procedimiento debiera garantizar con anterioridad a la subasta, la posibilidad de que, en garantía de los derechos de consumidores y en general del derecho de propiedad de cualquier ciudadano, se suspendiera el procedimiento para permitir una mínima prueba de indicios, que permita proseguir el procedimiento con garantías o, en caso contrario, reconducirlo a un ejecutivo ordinario. Esto hay que ponerlo en relación con la doctrina constitucional sobre la suspensión de los efectos de las resoluciones judiciales cuando el perjuicio que produzcan sea irreparable. Dichos mecanismos existen en el Derecho positivo. En aras no ya de unos valores constitucionales determinados, sino de la propia eficacia y eficiencia del sistema, y de la seguridad jurídica si se quiere, creo que debe seguirse la interpretación que más abajo propongo⁷³⁰.

Si el procedimiento ejecutivo se compara con el enormemente privilegiado procedimiento expropiatorio del Derecho público, tendremos que con posterioridad a la declaración de utilidad pública y en cualquier momento de la tramitación del expediente, el particular podrá acudir a la jurisdicción solicitando la suspensión que, al tratarse de un daño normalmente irreversible, se aplica la regla de la suspensión. Y debe tenerse en cuenta que en estos casos la privación de la propiedad queda sujeta al principio de *reversión en caso de que el bien se destine a un uso distinto de aquél para*

⁷³⁰ Véase *infra* epígrafes (2), pp. 465 ss.; y (3), pp. 469 ss.

el que se expropió o, en la última doctrina, que cambie su destino de uso público a uso de la administración pero de carácter privado (falta de utilidad pública)⁷³¹. Podemos concluir que la suspensión resulta razonable y, como más abajo veremos, posible.

La suspensión será más probable cuando existen otros derechos que proteger (vivienda, consumidores), y menos cuando se trate de transacciones mercantiles. Debe procederse a una aplicación de los principios constitucionales a la interpretación del procedimiento del artículo 131 LH (ahora trasladado a los arts. 684 ss. LECn), y la misma es posible respetando la Carta Magna, pero ello no obsta a que puedan existir casos concretos que vulneren derechos fundamentales, como considero que ocurre con no poca frecuencia. Veamos cuáles son los problemas sobre los que el TC se ha pronunciado:

El problema fundamental se encuentra en los cinco últimos párrafos del art. 132 LH (arts. 698 a 701 LECn). El primero de ellos deja para un declarativo ulterior todas las demás reclamaciones (oposición, art. 701.1 LECn). El tercero establece que dicha reclamación puede, no obstante, formularse en el propio juicio ejecutivo (esto es cuestionable, textualmente, "al tiempo de formular la reclamación", que como dice antes "se ventilará en el juicio declarativo que corresponda", pero nada obsta a que pueda ser formulada antes) "o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que

⁷³¹ En congruencia, la administración no puede oponer el privilegio de inembargabilidad cuando es ejecutada con respecto a los bienes patrimoniales (no demaniales), SSTC 166 y 201/1998.

se asegure la efectividad de la sentencia [...] con retención del todo o de una parte de la cantidad que [...] deba entregarse al actor". El penúltimo párrafo posibilita someter la medida a previa caución por quien la solicita (el ejecutado o el tercer poseedor). El último párrafo, finalmente, permite alzar la retención del capital cuando el acreedor afiance los posibles daños al deudor suficientemente.

Si bien se observa, se produce un doble afianzamiento, que lo único que busca es realizar el valor de la propiedad, donde el beneficio no es para el deudor ni el acreedor, sino únicamente para el adquirente del remate. El deudor, porque se ve privado de su propiedad, y lo más que puede conseguir es la restitución de la cantidad cobrada por el acreedor, sin que se garantice el pago de intereses de dicha cantidad (parece que los perdería), y muy especialmente, sin restitución de la propiedad (que normalmente es su vivienda habitual) ejecutada. El acreedor, porque no ve satisfecho de inmediato su crédito, salvo que preste aval suficiente. En este caso, además de no reportar un gran beneficio al acreedor (su situación contable no se ve modificada por el cobro, ya que éste viene a sustituir al anterior crédito, mientras que tiene, además, que soportar un aval), no se evita el perjuicio al deudor.

El problema habría que enfocarlo teniendo en cuenta cuáles son los valores enfrentados. Por un lado el derecho de propiedad y la defensa del consumidor. Por otro, una incierta seguridad en el tráfico (y digo incierta porque, como se acaba de decir, no se soluciona el problema del cobro, de la adquisición de un beneficio para el acreedor, sino que se pospone). Desde una óptica constitucional (pero incluso desde el propio sentido común), no parece muy razonable no ya la remisión a un procedimiento

posterior, sino la negativa a permitir una oposición en condiciones que, sin dilatar ni alargar el procedimiento, permitan una solución con visos de firmeza. Es decir, la propia seguridad del tráfico debiera imponer considerar contrario a la Constitución el procedimiento del hasta ahora art. 131 LH. Ello es así porque la enajenación de la propiedad que efectúa, en caso de anularse la Sentencia, mantiene su virtualidad en virtud de la propia Ley Hipotecaria (y de una interpretación con la que no estamos conformes) y de forma contraria a la Constitución (piénsese en el esquema de la reversión en casos de expropiación forzosa).

Se me dirá tal vez que el derecho garantizado en el artículo 33 CE lo es a la propiedad, y no a *determinada* propiedad, no a *una propiedad en concreto*. Aunque el derecho de propiedad que permite la Constitución sí que hay que concretarlo sobre un bien para que tenga virtualidad, es también cierto que no se opone a la transmisión de la misma y que, como tal, permite el juego del art. 131. Ahora bien, cuando la propiedad de la que hablamos es la *vivienda* habitual y el deudor por cuyo supuesto incumplimiento se ejecuta el bien tiene la *condición de consumidor*, la propiedad genérica pasa a convertirse en una concreta propiedad sobre una vivienda, cuyo acceso (y va de suyo que también su conservación) está garantizado por el artículo 47 CE⁷³². Ya no estamos ante el mero derecho de propiedad, sino ante un

⁷³² Ya se vio que la solución de nuestra Constitución con respecto a la política de vivienda fue dejarla en manos particulares (no socialización del suelo, véase GÁLVEZ, F. Javier, en GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980), pero con aceptación de la plusvalía para la comunidad. Prohíbe este artículo la especulación del suelo, por estar éste al servicio de la satisfacción de las necesidades de vivienda. Lo que la Constitución hace es otorgar un valor a la propiedad de una vivienda como medio para el libre desarrollo de la persona (art.), y eje de vida de la familia (art.), antes que considerarlo como valor económico.

derecho de propiedad cualificado, especialmente considerado constitucionalmente⁷³³. Por otro lado, el crédito que se pretende cobrar está también singularmente reseñado (consumidores, art. 51 CE), no pudiendo pedirse el mismo nivel de exigencia en el cumplimiento que se le pide a un empresario, y debiendo tener especial cuidado en la protección de sus intereses a la hora de exigir aquél forzosamente.

En efecto, el TC ha venido tradicionalmente estimando la oposición realizada por los arrendatarios en el procedimiento del art. 131 LH (SSTC 6/92, de 16.01; 21/95, de 24.01; y 227/97, de 15.12, en esta última resolución, no obstante, el pronunciamiento es desestimatorio, pero por considerar que lo que puede evitar el arrendatario es el lanzamiento, no la ejecución: en el mismo sentido se pronuncia la STC 223/97, de 4.12). En todos estos supuestos late la protección constitucional de la vivienda. Así, cuando se ha tratado de oposición realizada por el arrendatario de local de negocio (STC de 17.05.85), el fallo ha sido desestimatorio. Esta doctrina viene a matizarse por la de las SSTC 158/97, que considera que

...la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su

⁷³³ De hecho, la propiedad no es ya un derecho absoluto, sino que tiene que ponerse en relación con los fines sociales que está llamada a cumplir.

situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo.

Esta última Sentencia, confirmada por las SSTC 174/97, 223/97, 227/97 y 42/98, parte de la base de que el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecario, es un verdadero procedimiento, en el que el Juez *conoce* y se pronuncia sobre la situación posesoria. No parecen muy correctas, desde el punto de vista técnico, estas resoluciones, por cuanto no es cierta esta premisa de la que, aunque no lo digan, parte esta jurisprudencia, y porque llega a afirmaciones contradictorias. Como señala el voto particular del Excmo. Sr. García-Mon, al que se adhieren los Excmos. Sres. Mendizábal Allende y Jiménez de Parga:

Vemos, pues, que para tratar de armonizar dos líneas jurisprudenciales que no se contradecían en nada -la encabezada por la STC 41/1981 y la contenida en la STC 6/1992-, se rompe ahora por la sentencia de la mayoría una doctrina constante y uniforme que este Tribunal viene manteniendo en centenares de sentencias: el art. 24.1 CE no tolera «en ningún caso» que la tutela judicial efectiva produzca la indefensión material de los afectados por las resoluciones judiciales. Así lo venimos declarando desde nuestras primeras sentencias (SSTC 9/1981 y 63/1982) hasta las más recientes (SSTC 17/1997 y 77/1997). Esta doctrina, quizá la más reiterada de este Tribunal, no se contradecía en manera alguna, como hemos visto, por la STC 41/1981, a cuyo contenido íntegro nos remitimos. Esta doctrina se contradice ahora por la sentencia de la mayoría. A partir de ella hay ya un caso en el que no es aplicable la indefensión material proscrita por el art. 24.1 CE. Los

arrendatarios de una finca hipotecada pueden ser privados de la posesión arrendaticia por la vía del art. 131 LH, sin ser oídos ni poder ser parte en ese procedimiento. Su derecho de defensa frente al lanzamiento queda a salvo porque en el juicio declarativo que corresponda, al que se remite el art. 132 LH, pueden defender, una vez desalojados, su derecho a no serlo.

Esta conclusión, absolutamente contradictoria en sí misma, no sólo vulnera la doctrina constitucional que hemos citado y que, en cumplimiento del mandato del art. 24.1 CE, proscribire en todo caso la indefensión, sino que, además, es contraria también a la doctrina que específicamente establecen las SSTC 66/1982, 265/1988 y 209/1991. Dijimos en ellas que «a nadie se le puede exigir el seguimiento de un nuevo proceso para remediar, en su caso, una violación del derecho fundamental de defensa ocurrida en un procedimiento distinto y agotado» (fundamento jurídico 1.º de la STC 66/1982). A esta doctrina ni siquiera alude la sentencia de la mayoría. Para ella la posibilidad de un nuevo proceso lo justifica todo. De admitirse este criterio, el recurso de amparo sólo podría darse contra sentencias con efecto de cosa juzgada y nunca en las dictadas en los procedimientos de desahucio, ejecutivos, sumarios, interdictales, etcétera.

En definitiva, las SSTC 6/1992 y 21/1995 que se ajustaban a la doctrina general prohibitiva de la indefensión, para acomodarlas a la doctrina de la STC 41/1981 y las que siguen el criterio de ésta -en ningún caso relativas a poseedores arrendaticios de la LAU-, se rectifica la contenida en aquéllas y este Tribunal

considera por primera vez constitucional un caso de verdadera indefensión material.

Considero muy peligrosa esta doctrina, por cuanto no deja suficientemente claro que lo único que afirma es que en el proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria el Juez puede considerar que la oposición del arrendatario al lanzamiento sólo pretende entorpecer el procedimiento ejecutivo, y que cuando sea así, el hecho de que el Juez ordene el lanzamiento es una cuestión de legalidad ordinaria. En puridad, y aunque dicha actuación pueda puntualmente dar lugar a mi juicio a situaciones de verdadera indefensión, lo que el TC afirma es que el Juez puede tener elementos suficientes para considerar que el arrendamiento ha sido hecho en fraude de ley y que, por tanto, no se trata en puridad de un tercero. Es, como se ve, una doctrina ciertamente arriesgada. En cualquier caso el problema principal vendría de su aplicación a los supuestos de oposición del deudor hipotecario o del propietario. Veamos cual ha sido la doctrina al respecto:

Ni siquiera en estas últimas Sentencias referentes a supuestos de oposición del arrendatario, y desde luego menos en las que la oposición la formula el propietario y/o el deudor hipotecario, al TC se le plantea otra cosa que no sea resolver sobre el alcance del art. 24 CE. En ningún supuesto se vincula a otros derechos constitucionales como la protección de los consumidores o el acceso a la vivienda. Todo lo que puede extraerse de la doctrina del TC es que los cauces procesales adecuados, en tanto no se alegue la vulneración de un derecho constitucional material, son una cuestión de

legalidad ordinaria. Es por tanto una lectura sesgada de la doctrina constitucional, la que, con apoyo en la STC 41/81, considera que, en tanto se posibilita la defensa de los legítimos intereses de las partes en un procedimiento declarativo ulterior, limitándose ahora el ámbito de la cosa juzgada material, no se vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE. Existen resoluciones de este Tribunal que apuntan a soluciones más amplias, que puedan tener en cuenta otros derechos constitucionalmente reconocidos:

En efecto, el TC suele aplicar a estos supuestos el art. 50.2.c) LOTC, esto es, inadmitirlos y resolver por Auto, al considerar que carecen manifiestamente de contenido constitucional. Así, con carácter ejemplificativo, en el supuesto del ATC 207/83 la sección correspondiente del TC acuerda inadmisión un recurso en el que se alegaba infracción de los artículos 14 y 24.1 CE (ATC 207/1983), por considerar que si la autoridad judicial ha observado el procedimiento establecido legalmente, sólo resta la constitucionalidad de éste y que "en relación al proceso judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria que aquí se cuestiona, es claro que se produce la causa de inadmisión consistente en la falta manifiesta de contenido que justifique una decisión del Tribunal en forma de Sentencia". Es decir, el Tribunal consideró que no se planteaba ninguna cuestión de contenido constitucional. En el mismo sentido se pronuncia en los supuestos analizados en el ATC 26/1986 (la oposición que se pretende hacer aquí es con relación a la retroacción de la quiebra); ATC 353/1988 (en el que la queja del ejecutado, solicitante de amparo, "consiste en

considerar infringido el art. 24.1 y 2 de la Constitución, porque de la inadmisión de una prueba cuya finalidad era el examen de diversas cuentas corrientes); o ATC 48/1990 (amparo interpuesto por el rematante, al haberse suspendido el lanzamiento del arrendatario). Esta carencia de contenido constitucional se aprecia igualmente en los AATC 6/1992, 13/1992, 309/94 y 72/98, entre otros.

El TC no entra en la correcta constitución del derecho real de hipoteca y de su configuración, cuestiones que no le son planteadas, y así, en el ATC 30/85 no admite el recurso porque entiende que es idéntico al estudiado en su STC 41/1981 (reiterada por el ATC 38/1984); esto es, que "las razones de fondo para sostener que no existe violación del derecho fundamental reconocido por el art. 24 de la Constitución, a saber, la creación de tal medio procesal *en virtud del negocio jurídico establecido por acreedor y deudor hipotecario* y las posibilidades de defensa siempre abiertas por el sistema procesal en su conjunto, son sustancialmente las mismas que resultan aplicables en el presente caso". Lo que debe cuestionarse no es el procedimiento, sino el negocio jurídico.

Demuestra que el TC no pone la inadmisión de este tipo de peticiones de amparo en conexión con otros derechos constitucionales, el ATC 373/1987 en el que en su F. J. 2º es meridianamente claro:

2. Además, concurre la causa de inadmisibilidad regulada en el art. 50.2 b) de la LOTC por carecer la demanda, manifiestamente, de contenido constitucional que justifique una decisión de este Tribunal. [...] Efectivamente, como este Tribunal ha tenido ocasión de

declarar en sus Sentencias 41/1981, de 18 de diciembre, y 64/1985, de 17 de mayo, y por las razones que allí se exponen, las eventuales infracciones que en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria se produzcan no son susceptibles de ser enmendadas por la vía del recurso de amparo, ya que el demandante dispone, además, de cauces procedimentales adecuados para hacer valer sus derechos, *como meridianamente se desprende del párrafo octavo del art. 132 de la Ley Hipotecaria, que prevé la petición y adopción de medidas cautelares capaces de asegurar la Sentencia que en el proceso declarativo se dicte*, lo que, en definitiva, hace superflua la vía de amparo, de modo directo, contra las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria.

Si se atiende a las medidas cautelares que ofrece el art. 132 LH, se verá con claridad que el TC no está analizando si quedan protegidos otros derechos, que no sea el del acceso a la Justicia. En concreto, no analiza, porque no se le pide, si resulta violado el derecho de propiedad. Así, en la STC 148/88, que declara la nulidad de un Auto de la Audiencia, y retrotrae las actuaciones al momento procesal oportuno, recuerda que basta "con esta medida, ya que, al recobrar su vigor los Autos del Juez, podrán ser ejercitados los derechos procesales que éstos le reconocen ya a la actora, sin perjuicio, *no es ocioso añadirlo, de los que pueda hacer uso la parte a la que en el proceso anulado se adjudicó la vivienda hipotecada*" (F. J. 5º, último párrafo). Esto es, no se trata de recuperar el quebranto económico producido, sino la propiedad, por cuanto la adjudicación judicial del bien no es válida.

En tercer lugar, el TC viene ampliando el concepto de oposición del art. 131 LH. Así la STC 41/1986 considera admisible el archivo de las actuaciones de un procedimiento sumario cuando queda probada la falta de derecho del actor, aún cuando no se trata de una de las cuatro excepciones del 132 LH:

También se ha vulnerado -a juicio de la entidad demandante- el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de la Constitución. El art. 132 de la Ley Hipotecaria contiene la numeración de las causas que permiten la suspensión del procedimiento de ejecución regulado en el art. 131, ninguna de las cuales se ha dado en el presente caso, y, sin embargo, las resoluciones impugnadas han producido dicho efecto suspensivo. Debíó haberse aplicado la disposición del art. 132 con arreglo a la cual las reclamaciones del deudor se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. [...] Después de deducida la solicitud de amparo, el Tribunal ha dictado dos Sentencias, las núms. 90/1985, de 22 de julio, y 92/1985, de 24 de julio, en las que sienta una doctrina que es perfectamente aplicable al caso, afirmando que el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución, encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, y que, por ello, *siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes*⁷³⁴, la privación o denegación de la

⁷³⁴ La cursiva es mía, y señala el presupuesto del que parte el TC y que no concurre en los supuestos en los que se defiende la inconstitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Esto es, cuando el derecho real de hipoteca no encierra en sí la realización ejecutiva, sino que debe acudir a un expediente liquidatorio de la

misma, si fuera indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación de tutela judicial efectiva, contra lo dispuesto en dicho mandato constitucional. [...] En la demanda de amparo se razonó la vulneración del Derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y es la concurrencia de este motivo de solicitud de amparo. De los autos remitidos por el Juzgado de Cartagena se desprende que el Juzgado atendió de plano la petición del deudor de que se sobreseyese el proceso de ejecución. Sin embargo, el art. 132 de la Ley Hipotecaria es claro y terminante cuando precisa que tal tipo de proceso solamente puede paralizarse (y sólo paralizarse, en ningún caso sobreseerse) si concurren las circunstancias expresadas en los cuatro apartados de dicho precepto. Ninguna de ellas aparece en el presente caso, por lo que se está en el supuesto contemplado en el propio art. 132, que dice que todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor y demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, se habrán de ventilar en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento del art. 131. [F.J. 1º]

Más claro es aún el F.J. 2º:

deuda (hipotecas de máximo), y la forma de realización de este expediente se acuerda en cgc entre dos empresarios para imponérselas a un consumidor posterior adquirente del bien hipotecado y de la deuda garantizada (conforme a los criterios de conexión que hemos visto), no se dan los requisitos para "la creación de tal medio procesal en virtud del negocio jurídico establecido por acreedor y deudor hipotecario" (ATC 30/85).

Tampoco poseen mayor fundamento las restantes alegaciones. *No es correcto afirmar que se ha incumplido radicalmente el procedimiento al admitir la suspensión fuera de las causas legales, o al permitir el tratamiento de una oposición que debió remitirse al proceso declarativo. La oposición de los demandados versaba sobre la propia existencia del título ejecutivo, y como alega con razón la Audiencia Territorial, debía ser analizado con carácter obligado para determinar la admisibilidad del procedimiento mismo*⁷³⁵. [...] Cuando el Juzgado de Primera Instancia acuerda -en decisión que confirma la Audiencia Territorial- el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria lo hace por entender que no concurre el presupuesto necesario para la utilización de dicho procedimiento, es decir, el título hipotecario válido. No importa a tales efectos que sea o no correcta la decisión judicial, pues lo trascendente es que su pronunciamiento no se sitúa ya en el ámbito del Derecho procesal, sino del material. [...] *El Juez no niega a la entidad demandante el acceso al proceso para la defensa de su derecho. Afirma simplemente que tal proceso no es el que la parte pretende, y ello porque el derecho que pretende hacerse valer no posee las características que se le atribuye*⁷³⁶. La pretensión ejercida en el amparo sólo puede sostenerse desde una determinada calificación del título y una determinada

⁷³⁵ Vemos, pues, como el TC amplía las causas de oposición con respecto a las estrictamente reguladas en la LH.

⁷³⁶ Una de esas causas de oposición puede ser, precisamente, la inadecuación de procedimiento.

comprensión de la eficacia de la inscripción de la hipoteca, pero es obvio que todo ello resulta ajeno a la función de este Tribunal, y ninguna relación guarda con el derecho a la tutela judicial, sino con el fondo material del problema extraño al art. 24 de la Constitución." Y en el F. J. 3º añade: "...No puede, sin embargo, entenderse que hay, por imperio del art. 24 de la Constitución, un derecho de naturaleza constitucional a cada uno de los procedimientos que las leyes organizan. *Los derechos de carácter fundamental quedan a salvo siempre que el ciudadano tenga libre acceso a la justicia, y pueda instar ante ella lo que estime procedente acerca de sus pretensiones, y éstas reciban una decisión fundada en Derecho. [...] Lo anterior, que es rigurosamente exacto en términos generales, lo es más todavía cuando el procedimiento de que el particular se ve privado es un procedimiento de carácter excepcional y privilegiado como sin duda es el juicio especial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, pues nada impide, en este caso al interesado, acudir a otros procedimientos para la defensa de sus intereses*⁷³⁷, debiendo señalarse en este sentido lo paradójico que resulta que la entidad solicitante de amparo pretende que haya de seguirse, para privarle de su derecho, un proceso ordinario con todas las garantías, pues quiere devolver a su adversario el mismo procedimiento del que él dispone.

El TC no se ha pronunciado abiertamente sobre el fondo material que subyace en estos procedimientos, sino únicamente por cuestiones

⁷³⁷ Interpretación, por tanto restrictiva del ámbito de aplicación del art. 131 LH (extensible perfectamente al procedimiento de los arts. 684 ss. LECn).

sustantivas. De ahí, que se pueda sacar tanto la lectura de que cabe ejecutar por el referido procedimiento toda hipoteca, como la contraria. En resumidas cuentas, si no se conecta con la lesión de otro derecho constitucionalmente protegido, el cauce procesal empleado para la ejecución de la hipoteca no tiene contenido constitucional con relación al art. 24 CE. Así, el F.J. 4º de la Sentencia que venimos comentando afirma:

...hay que señalar que cualquiera que sea la respuesta que se estime más correcta desde el punto de vista del Derecho Hipotecario, los Tribunales, al tomar la decisión de sobreseer el proceso, por considerar que la plena eficacia de la hipoteca era posterior a la suspensión de pagos, no violan el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando éste dispone de otros procedimientos para hacer valer, en definitiva, su derecho.

En este último sentido (no produce violación del art. 24 CE la inadmisión de la ejecución de una hipoteca por los cauces del procedimiento judicial sumario) se pronuncia también el ATC 282/1991⁷³⁸:

...el problema se centra en si la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de Ávila del art. 131.4, párrafo 6, de la Ley Hipotecaria, según el cual: «Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones... se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto

⁷³⁸ Puede verse también el ATC 48/1990, citado más arriba.

de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley», vulnera el art. 24.1 de la Constitución. [...] En este sentido hay que señalar que *la pretensión de la demanda de amparo no trasciende al pleno de la legalidad ordinaria, ya que si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción, sometiendo a su conocimiento las pretensiones que ante ella deduzca, no lo es menos que no puede hacerlo sino por los cauces y de acuerdo con las normas procesales legalmente establecidas, cauces y normas que compete interpretar y aplicar a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 C.E.)*, y que en el supuesto de la nulidad de actuaciones del procedimiento ejecutivo del art. 131 de la Ley Hipotecaria, la Audiencia Provincial ha entendido que se trataba del declarativo que corresponda. [...] Tal interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria o contraria al art. 24.1 C.E. Por el contrario, es doctrina de este Tribunal (SSTC 41/1981, 64/1985 y ATC 202/1989) que no infringe el art. 24.1 de la C.E" (F. J. 3º). [Es por ello que, concluye], "hay que apreciar el motivo de inadmisión [...] de carecer manifiestamente la demanda de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento en forma de Sentencia por este Tribunal [art. 50.1 c) de nuestra L.O.]".

Fundamental, y concluyente en la línea que venimos defendiendo, resulta la STC 6/1992 que indica:

Una constante jurisprudencia constitucional identifica el concepto de indefensión con aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (STC 98/1987), no

sin dejar sentado que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva (STC 102/1987) o, en otras palabras, «un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (SSTC 98/1987 y 145/1990, entre otras). Por lo demás, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (STC 145/1986), sin que por ello la idea misma de indefensión deba limitarse, restrictivamente, «al ámbito de las que puedan plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos» (STC 48/1984) [F.J. 5]

Es decir, a valorar no sólo los aspectos constitucionales del funcionamiento de la justicia, sino, desde un punto de vista constitucional-material, si los derechos constitucionalmente protegidos se encuentran suficientemente garantizados en cada caso concreto, o mejor dicho, si no resultan vulnerados en cada litigio. En este sentido el TC viene admitiendo la legitimación activa al rematante para acudir como parte ante el TC para defender sus pretensiones, pues si se declara la lesión alegada por el demandante de amparo, perdería su propiedad (SSTC 8/1991 y 296/93).

Como se advirtió al iniciar este apartado, nada nos resuelve desde el punto de vista procesal el acudir al Derecho constitucional, aunque ello no indique que estas cuestiones no estén potencialmente cargadas de contenido constitucional, como igualmente se ha señalado. El debate no obstante no es baladí, y nos apunta varias cuestiones a tener en cuenta, a saber:

- La falta de contenido constitucional del cauce procesal empleado, tanto en sentido restrictivo como de ensanchamiento del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, en tanto no se conecte con la lesión de otro derecho constitucionalmente protegido (p. ej., a mi juicio, propiedad, vivienda, consumidores). Y, en esta línea, la suspensión del procedimiento cuando el daño sea irreversible (arrendatarios de vivienda, al menos hasta la STC 158/97, pero que parece que puede seguir manteniéndose también con posterioridad a la misma).
- La necesidad de cierta oposición en todos los procedimientos, ampliando el TC los supuestos del art. 132 LH, en particular a los que partan del carácter no ejecutivo del título.
- La posibilidad de alegar en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria excepciones no recogidas en la regulación de la LH (STC 41/1986), y en particular la excepción de inadecuación de procedimiento (ATC 282/1991).

gg) Consecuencias iniciales. Las excepciones de carácter procesal

Con respecto al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecario, pese a haber sido cuestionada su constitucionalidad (SSTS de 20 de abril y 4 de mayo de 1998; y 30 de enero y 20 de abril de 1999), consideramos que es perfectamente defendible dentro de nuestro ordenamiento la existencia del mismo. El referido "procedimiento" responde a un pacto autorizado por la

Ley (recordemos que en cuestiones de derechos reales de garantía⁷³⁹ la Ley es de todo punto imperativa y la tipología de los mismos responde, según la interpretación mayoritaria, al principio del *numerus clausus*), en concreto por el párrafo 2º del art. 129 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente es que poco señala aquella sobre el referido procedimiento, habiendo sido regulado con rango reglamentario por los artículos 234 a 236-o RH.

Esta escasa regulación no puede convertirse en una carta en blanco. El pacto es una excepción, y debe de referirse desde luego a créditos que cumplen los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder ser ejecutados. No es lógico que la Ley exija unos requisitos para que los Tribunales despachen ejecución, y rebaje los mismos cuando el sistema de ejecución es extrajudicial⁷⁴⁰.

El "procedimiento" del párrafo 2º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria no puede incluirse, al igual que ocurre con el pacto de liquidación del art. 153 LH, en cualquier crédito asegurado con hipoteca. Considero que se tanto uno como otros contemplaban situaciones marcadamente mercantiles, que actualmente se reconducen, principalmente, a la necesidad de despliegue de la autonomía de la voluntad configuradora, y no únicamente de la libertad

⁷³⁹ Aquí se trata más de esto que de cuestiones de Derecho procesal, si bien también un análisis procesal nos llevará a la misma conclusión: No siendo posible pactar la renuncia a la tutela judicial, todo pacto en este sentido debe tener reconocimiento legal.

⁷⁴⁰ Estos requisitos se refieren fundamentalmente al título ejecutivo para que realmente sirvan de base para despachar ejecución. A ello nos referimos *infra* I.J(3). Interpretación (constitucional) que se propone, pp. 468 ss.

de aceptar, por lo que sólo cabe pactar su empleo en los casos en los que tanto crédito como hipoteca son originados por un acto de comercio o, al menos, con negociación. En los supuestos en los que aquél carácter no concurre y ésta voluntad no exista (esto es, que se trate de negocios de carácter civil contenidos en contratos de adhesión sujetos a condiciones generales), la posibilidad de que dichos pactos liquidatorios o ejecutivos sean abusivos debe ser, en un Estado de Derecho, fiscalizable *ex ante* por los Tribunales. Esta es la base desde la que partían los maltratados arts. 129.II y 153 LH. Sobre estos presupuestos no es cuestionable su perfecta constitucionalidad.

Esto encuentra justificación en un análisis histórico⁷⁴¹, pero mucho más en nuestros días, ya que la exigencia de pacto expreso debe ponerse en relación con el carácter de contratos de adhesión de los préstamos hipotecarios⁷⁴². Sólo cuando exista negociación se darán los requisitos mínimos para que la autonomía de la voluntad pueda desplegar todos sus efectos y, en especial, separarse de la norma general que es el acudir a los procedimientos judiciales para reclamar (ejecutivamente) el cumplimiento de las obligaciones. Dicho de otra forma: La derogación de la norma general

⁷⁴¹ Véase.

⁷⁴² Ello ha motivado que se busquen fórmulas mercantiles, en las que las consecuencias de los contratos de adhesión no son relevantes (en la práctica, pues no goza de soporte argumental suficiente). Así se ha venido injustamente equiparando procedimientos de ejecución hipotecarios con un procedimiento de carácter mercantil, que encontraría su paralelismo civil en la ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitrajes de Derecho privado.

(los procedimientos judiciales) no encuentra justificación suficiente con relación a la necesidad social del negocio. Considero que se trata de una cláusula que debe de recibir el mismo tratamiento que la renuncia al propio fuero o la sumisión expresa a otro⁷⁴³. En este sentido son claros los arts. 10 LCU y las SSTs de 5 de julio de 1997; 12 de diciembre de 1997; 20 de febrero de 1998; y, queda reforzado con la nueva Ley 7/98, de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación, como a continuación veremos.

Recordemos que la Directiva comunitaria 93/13 dispone en su artículo 3 que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", y las

⁷⁴³ Sobre ésta, y ya con anterioridad a la directiva 93/13, existía una jurisprudencia uniforme que controlaba la inclusión de las mismas en el contrato conforme al art. 57 LECv. Era raro que efectuaran sobre la misma el control de contenido, por cuanto consideraban que para ello faltaba apoyo legal. Sin embargo, desde la directiva 93/13, tanto por la vía de la interpretación que evite el resultado de su no incorporación a Derecho interno, como por su aplicación horizontal de dudosa corrección (SSTs de 8.11.96 y 4.12.96), el TS viene considerándolas nulas. Como afirma BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión*, Tecnos, 1998, pp. 30 y 31, trabajo al que me remito para un estudio jurisprudencial más detallado, "sea cual sea la forma en que se redacten las cláusulas de sumisión expresa, es claro que siempre causarán un desequilibrio al consumidor y, por tanto, deberán reputarse en todo caso nulas". Tanto más cabe decir tras la LCGC.

sanciona con la nulidad de la cláusula (art. 10.bis.2º LCU)⁷⁴⁴. No tenemos más que considerar que la hipoteca garantiza con la afección de un bien (que en este sentido rompe la regla de la *par condicio creditorum*), pero no privilegia en el sentido de permitir la ejecución de ese bien por cualquiera de los cauces procesales de ejecución⁷⁴⁵ (cuestión que dependerá del título ejecutivo⁷⁴⁶ y de la deuda garantizada⁷⁴⁷). Si "el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda" (que conforme al 132, párrafo 5º se ventilarán en un declarativo posterior, pero no suspenderá ni entorpecerá el procedimiento del 131 LH) depende de una cláusula que no se ha negociado individualmente, tendremos que concluir que se está creando un "desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes". ¿Por qué? Por que se está habilitando un cauce para la realización del valor de la garantía (aunque sin decirlo expresamente) donde antes no lo había. La STS de 20 de febrero de 1998, que es la primera en aplicar (*obiter dicta*) la nueva Ley de condiciones generales a un supuesto equiparable al que analizamos, razona (FJ 2º): "La descrita cláusula de sumisión expresa debe declararse nula e ineficaz, conforme a la aplicación del artículo 10.3 y 4 de

⁷⁴⁴ El texto de este artículo dice: "Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo".

⁷⁴⁵ Véase *supra* epígrafe I.H.2.- La acción hipotecaria, pp. 394 ss., y en general todo el I.H.- aclaraciones, pp. 390 ss.

⁷⁴⁶ Véase *supra* epígrafe I.H.6. Origen de su carácter ejecutivo (el título), pp. 407 ss.

⁷⁴⁷ Véase *supra* epígrafe I.H.5.- El derecho ejecutado, pp. 406 ss.

la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (antes de su modificación por la Ley 7/1998, de 13 de abril [RCL 1998\960], sobre Condiciones Generales de la Contratación) habida cuenta que esa cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporta una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Y ello es así porque la parte vendedora, domiciliada en Barcelona, al imponer esta cláusula de sumisión expresa obliga al comprador domiciliado en Alicante, en el caso de que pretendiera litigar, a tenerlo que hacer, lejos de su propio domicilio, con las molestias y coste económico que ello implica, favoreciendo así la posición de la parte vendedora que obtiene una ventaja desproporcionada al obligar, mediante esa cláusula de sumisión, a litigar ante los Juzgados y Tribunales de su propio domicilio. Este criterio era el que se infería de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993\1071), que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo entendía aplicable al no ser transpuesta por el Estado español en el plazo fijado en la misma tanto en su efecto vertical como horizontal. Definitivamente, esa Directiva ha sido acogida por nuestro Derecho mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, pues la misma reforma el artículo 10, introduce un artículo 10 bis y dos disposiciones adicionales, y es en el apartado V.27 de la disposición adicional primera LCU (introducida por la D.A. 1ª seis LCGC) donde se califica como abusiva: «La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda

al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble...»”.

De todo ello podemos concluir que no puede pactarse la remisión al procedimiento del artículo 129.2º LH en condiciones generales lo que, en un plano práctico indica la dificultad de acreditar que se trata de un pacto especial, muy particularmente cuando el prestatario sea un consumidor⁷⁴⁸.

No siendo por tanto procedente en las relaciones que analizamos, dejamos en este punto su análisis. Debe observarse que siempre será posible acudir a los Tribunales solicitando la paralización del procedimiento extrajudicial. No obstante considero de dudosa legalidad el artículo 234.1.3º RH, por el cual el propio acreedor puede tras el remate otorgar escritura en la que transmite, en nombre del propietario ejecutado, la propiedad al rematante.

⁷⁴⁸ Muy especialmente difícil de probar, no que no sea posible una cláusula especial (no general) en un contrato con consumidores. No se trata que la cláusula sea más o menos frecuente, sino que haya sido predispuesta. La frecuencia o extrañeza de la cláusula sólo denotará un indicio de si es general o especial la condición, pero en absoluto determina su carácter. Mayor indicio proporciona el hecho de que se trate de empresarios o de consumidores, aunque sigue sin ser el criterio que, como se dice, es una cuestión de hecho apreciable por el Tribunal. No debe olvidarse en este sentido el contenido del párrafo 3º del art. 10 bis LCU: “El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

Ello podría ser causa de nulidad del procedimiento notarial que aquí enjuicamos, por ser contrario al 1859 Cc.⁷⁴⁹.

Realmente es de aplicación el mismo criterio que acabamos de estudiar para el procedimiento extrajudicial. La única diferencia radicaría en que hay que justificar que efectivamente las condiciones generales han abierto la puerta del procedimiento del 131 LH⁷⁵⁰, o, en su defecto, considerar que a pesar de que no procede estudiar "el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda" (132.5º LH), si procede, como en todo procedimiento judicial, que el Juez, como cuestión de previo pronunciamiento, evalúe las circunstancias del mismo y, en particular, que no de trámite al mismo si observa nulidad del título que se pretende ejercitar.

(1) Particularidades en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria

Son tres las cuestiones relevantes en este punto: el ámbito de aplicación del artículo; la interpretación que se propone para salvar la pretendida inconstitucionalidad; y, los mecanismos de oposición en este procedimiento. Con respecto a esta última cuestión debo señalar que lo analizamos a pesar de propugnar que los préstamos hipotecarios con mandato de cuenta

⁷⁴⁹ La misma *ratio* siguen los arts. 1459.2º y 1518 del mismo cuerpo legal. Éste último debe ser puesto en relación con los criterios de conexión entre la compraventa y el préstamo a los que hemos hecho referencia en el capítulo anterior. Con respecto a las teorías sobre la representación del acreedor para enajenar o la capacidad del Juez para transmitir el dominio del bien ejecutado, véase *supra* nota 729.

⁷⁵⁰ Lo que se ha venido defendiendo en esta tesis.

corriente se tienen necesariamente que ejecutar por el procedimiento ejecutivo ordinario, cuando no han de ganar fuerza ejecutiva mediante sentencia recaída en un declarativo ordinario. Lo que está claro es que si fuera de aplicación el 131 (lo que es totalmente unánime en la doctrina y en la práctica actuales), lo será porque el 153 somete la ejecución de la hipoteca que regula al 131. Dicho de otra forma, si las hipotecas constituidas en garantía de un préstamo con mandato de cuenta corriente se ejecutan por el art. 131 LH, lo será siempre con las particularidades que establece el 153 de la misma Ley. Y si en los supuestos objeto de este estudio el pacto del art. 153 LH se incluye siempre como requisito para poder liquidar el crédito y con ello abrir el cauce ejecutivo, es por lo que la oposición a la ejecución del art. 131 LH la enmarcaremos a la que se puede hacer frente a las hipotecas del art. 153 LH, y no exclusivamente a las excepciones del art. 132 de este cuerpo legal.

(2) **Ámbito de aplicación**

Ya hemos visto la evolución histórica del procedimiento, que se alinea más en la dinámica de ejecución de créditos mercantiles que civiles, y que suponía el cumplimiento de unos requisitos que no se cumplen en los contratos de adhesión de celebración en masa.

Lo que esta visión histórica justifica, puede mantenerse también *de lege lata*, lo que pasamos a exponer:

- El procedimiento se puede dividir en tres fases: periodo de instrucción, ejecución y extinción, "que algunos autores⁷⁵¹ califican de «normalización jurídica registral y extraregistral»"⁷⁵².
- No existe demanda, sino "escrito", porque no hay contención, suele decirse⁷⁵³. Pero la regla segunda exige que se demuestre "la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito", y, por supuesto, "la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación". Además, (regla 3ª), el actor deberá presentar, entre otros documentos, "el título o títulos de crédito revestido de los requisitos que la LEC exige para despachar ejecución". Todo ello nos indica evidentemente que ha de existir cognición por parte del Juez, que ha de analizar los hechos para comprobar si se ajustan o no a los referidos requisitos. Para que el procedimiento pueda considerarse constitucional, creo, debe de existir cognición y posibilidad de oposición, por mínima que sea ésta. Previamente está el problema de determinar el ámbito de actuación del art. 131 LH, que viene circunscrito a los títulos que reúnan "los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar ejecución". Esto es, primero que no hay ejecución de los préstamos

⁷⁵¹ GONZÁLEZ ALEGRE, citado por LÓPEZ LIZ, p. 47

⁷⁵² p. 574.

⁷⁵³ p. 575. apdo. b)

hipotecarios por el 131 y, después, que deben ser líquidos⁷⁵⁴ (1.429.1º LECv).

- En la línea de lo anterior, pero suponiendo un grave escollo para la interpretación que propugno, se sitúa la introducción por la reforma de 14 de mayo de 1986 (Ley 19/1986) de un número 4º a la regla 3ª del 131 que alude expresamente tanto a créditos como a *préstamos* con interés variable⁷⁵⁵, exigiendo también que se aporte el documento que permita determinar el tipo de interés con exactitud (al que luego se le añadirá el diferencial pactado). Suele presentarse una certificación expedida por el Banco de España⁷⁵⁶. Sin embargo, ello no obsta a que mantengamos el criterio en cuanto a derecho mercantil.

⁷⁵⁴ Muy buena en el sentido de la necesidad de liquidación al SAP Gerona de 15 enero de 1993, que transcribe parcialmente NIETO, pp. 580 y 581, especialmente el último párrafo: "En definitiva, el contrato se ha dejado al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil) y no cumple la entidad bancaria con lo exigido por el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpretado de acuerdo con su contenido, con los artículos 3.1 y 1.255 del Código Civil y con los artículos 3.1 y 9.2 de la Constitución. Procede, por tanto, declarar la nulidad de todo el juicio por ser ilíquida la cantidad (art. 1.476.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)". La Sentencia da gran valor al párrafo 4º del art. 1.435 LECv, recordando que ha sido recientemente reformado por la Ley 34/1984, y que se pronuncia en el sentido de que el título ejecutivo queda integrado no sólo por la escritura de préstamo hipotecario, sino también por la liquidación practicada en la forma pactada y reseñada en documento fehaciente. Recuerda que faltando estos requisitos no es que la cantidad no sea exigible, sino que no lo es por la vía de un procedimiento ejecutivo.

⁷⁵⁵ Textualmente: "cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable".

⁷⁵⁶ NIETO CAROL, p. 584. López Liz (p. 89) -vid.- sugiere según NIETO CAROL llevar aualmente al notario dichas certificaciones e inscribirlas en el registro como variación del

Puede aplicarse analógicamente a los préstamos hipotecarios el 153 LH, que está pensado para los créditos hipotecarios de carácter mercantil. Lo que no cabe es incluir en dicha analogía la remisión que efectúa ese artículo al 131 LH, pues se trata de normas de Derecho procesal, de carácter imperativo (cauce procesal). En cuanto a la certificación bancaria, debe de ajustarse al principio de transparencia (Transparenzgebot): la LH condiciona la ejecución a que la escritura de constitución de hipoteca recoja la existencia de un pacto de liquidación, pero no dice cómo debe de realizarse ésta, por lo que es necesario integrar el referido pacto conforme al 7.1 y 1.256 Cc. (dicho sea de paso: la doctrina mercantil que aboga por la exigencia de recurrir primero al defensor del cliente y después al Juez, debería permitir la paralización del procedimiento ejecutivo por estar ante el defensor del cliente). El procedimiento civil (el ejecutivo ordinario, frente al de carácter mercantil que supone el judicial sumario) debe permitir la apoyar las excepciones en motivos que dimanen de normas protectoras de los consumidores, sin dejar por ello de ser un procedimiento ágil, y orientado a la realización del valor que la hipoteca funcione.

tipo aplicable. No le veo la utilidad, pues si se han satisfecho los intereses, no importa cuantos hayan sido éstos, y los intereses debidos se han de calcular únicamente en liquidación, que sería necesaria en cualquier caso.

(3) Interpretación (constitucional) que se propone

Con relación a los medios de oposición procesales la constitucionalidad del procedimiento pasa por la interpretación del art. 132 LH⁷⁵⁷. Me parece acertada y útil la remisión de MONTERO AROCA a los criterios que el Tribunal Constitucional utiliza para medir la adecuación a la carta Magna del procedimiento de ejecución de sentencias (SSTC 110/1993 de 25 de marzo y 12/97 de 27 de enero). La conclusión a la que llega es que se han de poder formular los recursos de reposición y apelación (aunque sin efecto suspensivo), pues lo contrario vulneraría el derecho de defensa reconocido en el número 1 del art. 24 CE⁷⁵⁸. Esto es tanto como decir que la constitucionalidad del art. 131 LH pasa por la del 132 LH, pues es en este último en el que se recogen las causas de oposición al procedimiento que mayormente se regula en el primero. Y desarrollando esta idea podemos concluir que, con independencia de la constitucionalidad o no del 131

⁷⁵⁷ MONTERO AROCA, p. 1159 "Si esa norma se interpreta como lo ha hecho la jurisprudencia hasta ahora, por lo menos en su mayor parte, habrá de llegarse a conclusión de que aquélla es inconstitucional. En efecto, si se llegara a la consideración de que el ejecutado no es parte en el juicio ejecutivo hipotecario, que a aquél no debe dársele traslado de la demanda ejecutiva, que el mismo no puede personarse en forma en el proceso, que no han de notificársele todas las resoluciones que en él se dicten, y que no puede formular recursos de reposición y de apelación contra todas esas resoluciones, quedando remitidas todas sus posibles alegaciones procesales a la incoación de un proceso declarativo, la única conclusión posible será la de que la norma es inconstitucional por no admitir el principio de contradicción como base de la regulación de un proceso, aunque éste sea de ejecución".

⁷⁵⁸ MONTERO AROCA, p. 1160.

aplicado a la generalidad de las hipotecas, en nuestro supuesto la constitucionalidad se debe de enjuiciar también en relación al 153 LH, pues podría ser constitucional en nuestro supuesto y no serlo en términos generales, o a la inversa.

Partamos de la interpretación del citado autor del art. 132 LH, para sobre él exponer las particularidades que incorpora el 153:

1º) El o los ejecutados son parte en el procedimiento judicial sumario y, después de que se les notifique la demanda ejecutiva, han de poder personarse en forma en él.

2º) No cabe [que] se inste en el juicio ejecutivo hipotecario la incoación y tramitación de un incidente de nulidad de actuaciones, pues éste, aparte de quedar excluido en el art. 132 LH, ha quedado suprimido con carácter general y para todos los procesos desde la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

3º) Sí ha de caber en el juicio ejecutivo hipotecario que el o los ejecutados formulen reposición y apelación contra todas las resoluciones que se dicten, siempre que se hayan personado en forma.

4º) El o los ejecutados, y también los terceros interesados, pueden pedir al Juez que declare la nulidad de actuaciones, de conformidad con el art. 240.2 de la LOPJ, y el Juez debe resolver motivadamente, siendo su resolución recurrible en reposición y en apelación, siempre en un solo efecto.

5º) El Juez debe de oficio declarar la nulidad de actuaciones cuando concurren los presupuestos del art. 240.2 de la LOPJ, incluso después de que se haya

dictado el auto de aprobación del remate; para decretar de esta forma la nulidad de actuaciones ha de darse audiencia a las partes y a los interesados que pueden sufrir algún perjuicio de la declaración.

6º) En último caso, y como remedio extraordinario, si las partes o los terceros interesados no han tenido la oportunidad real de acudir a los recursos de reposición y de apelación, medio ordinario para pedir la nulidad de actuaciones, pueden acudir al proceso declarativo posterior⁷⁵⁹.

Se me hace difícil compaginar la necesidad de acudir a los recursos de reposición y apelación, y admitir (apdo. 6º) que si no hubiese sido posible pueda acudirse al declarativo.

Considero que el art. 153 LH se debe de interpretar también en el mismo sentido, pero habrá que añadir a dicha lista al menos una consideración más:

7º) La oposición del error prevista en el art. 153 LH equivale no sólo a alegar pluspetición, sino también la inexistencia de obligación exigible (liquidez).

Esto último es consecuencia de la teoría latente en la STC 14/92, en la que se mantiene que la certificación de la entidad de crédito sirve sólo para liquidar la obligación, no para establecer su existencia y cuantía⁷⁶⁰. Alegado el error en la cuantía del saldo (esto es, la inexistencia de la obligación o la

⁷⁵⁹ MONTERO AROCA, pp. 1160 y 1161.

⁷⁶⁰ Véase MONTERO AROCA, p. 1106, nota 47.

incorrección de su cuantía), el ejecutante debe probar, por medio de documentos que presente en el acto de la comparecencia, el importe del saldo y su exigibilidad. El ejecutado podrá oponer:

- error en la determinación del saldo
- no exigibilidad del crédito⁷⁶¹
- insuficiencia de la liquidación

El error en la determinación del saldo puede dar lugar a su corrección en el mismo procedimiento ejecutivo (en realidad, en el incidente declarativo que se abra), salvo que el Juez estime que con la documental aportada no es posible determinar con exactitud el monto de la deuda.

La no exigibilidad del crédito remite necesariamente a un procedimiento declarativo, cuando el ejecutante no consiga demostrar (siempre por documentos y en el acto de la comparecencia) que el mismo existe y es exigible. Cuando el ejecutado funde la no exigibilidad del crédito en excepciones que tengan su origen en la compraventa financiada con el préstamo que se ejecuta, la aportación al procedimiento de una simple certificación registral puede llegar a ser suficiente prueba de la conexión entre ambos contratos.

⁷⁶¹ MONTERO ARCOA habla de inexistencia de la obligación. Preferimos el término crédito, ya que la obligación hace referencia a una entidad más compleja formada por el crédito y el débito. La obligación puede existir, luego existe desde luego la deuda y el crédito, pero este último no ser exigible. Seguimos aquí, para el crédito, el concepto alemán de *Forderung*.

Finalmente, la insuficiencia de la liquidación que debe distinguirse de la incorrección en la comunicación de la certificación, o en los requisitos formales de la misma. Se refiere esta al contenido insuficiente, y está siendo desarrollado por una incipiente pero ya suficiente jurisprudencia. Así la SAP Málaga de 24 de mayo de 1994, o el AAP Pontevedra de 13 de octubre de 1995. La primera de estas resoluciones señala que "extracto no es sinónimo de laconismo ni de ocultación [...] Se notificó al deudor un saldo mediante un extracto ininteligible [...] en tres únicas partidas [...]: devolución efectos impagados, efectos financieros y liquidación de la cuenta, sin especificar la naturaleza de los documentos ni de los efectos, ni su fecha [...]. ni referencia alguna que los identifique, tampoco describe el periodo al que afecta la liquidación ni el interés aplicado" (FJ 4º, cuarto párr. *in fine*)⁷⁶².

Todos estos motivos de oposición pueden ser alegados por el ejecutado y prosperarán con sólo mostrar un indicio de la veracidad de las mismas. A partir de ese momento es el ejecutante el que debe correr con la carga de la prueba para demostrar la existencia de la obligación y la exigibilidad del crédito, debiendo hacerlo por documentos y en el acto de la comparecencia. De no conseguirlo, sólo le queda la vía del declarativo ordinario, lo que

⁷⁶² Jurisprudencia menor recogida por MONTSERRAT VALERO, p. 119, NOTA 165, quien en la p. anterior, nota 160 señala que los Autos de la AP de Barcelona de 12 de marzo de 1991 y 28 de junio de 1995 consideran que no es apto como certificación del saldo el documento por el que un apoderado de la entidad de crédito certifica el devengo de tipo de interés aplicado y los días (FJ 4º).

obviamente no modifica en absoluto la especial afección del bien en garantía al pago de la deuda garantizada.

Pero lo más importante de todo ello, aún negando lo que se ha dicho hasta aquí, es que el Juez debe examinar la procedencia de la ejecución⁷⁶³, y que para ello no cuenta sólo con las manifestaciones del acreedor, ni tan siquiera de las partes. En este sentido cobran gran valor los requerimientos necesarios al deudor y al tercer poseedor.

(4) Oposición y contestación

- La interpretación mayoritaria parece decir que el Juez examina los documentos de la regla tercera y, sin audiencia del "demandado", admitirá o denegará la admisión del escrito (regla 4ª)⁷⁶⁴. Creo que el demandado debe poder contestar en el acta notarial, y el Juez tener en cuenta las alegaciones allí vertidas. Además, debe considerarse que la posibilidad de "denegar la admisión del escrito", está disponible para el Juez en cualquier momento, también posterior a la tramitación del mismo, una vez oídas las alegaciones del ejecutado.

⁷⁶³ En este sentido, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Vol. IV, tomo 2º, p. 1048. Recientemente, MONTÉS PENADÉS, V.L., "Crédito y garantía en la hipoteca", *RdPat*, 1, 1998, p. 41 quien afirma que hay un control *in limine* establecido en los arts. 131.2ª.I, 3ª.2º y 4ª LH "que ahora hay que leer reforzadamente desde el artículo 24 de la Constitución".

⁷⁶⁴ NIETO CAROL no alude a ningún momento a la actividad del deudor hipotecario futuro ejecutado, que no parece relevante a efectos de la admisión o no del escrito.

Sobre la fase de iniciación debe tenerse en cuenta la posibilidad de administración o posesión interina (regla 6ª), de interesante desarrollo práctico o de lege ferenda, pero actualmente en desuso.

Frente a esta opinión mayoritaria, consideramos más acertada la interpretación que propugna MONTERO AROCA, que por su interés y claridad transcribimos, no sin advertir que este autor se limita a poner de relieve las posibilidades de oposición por motivos procesales como única vía de realizar una lectura constitucional de los preceptos que regulan este procedimiento, y que aquí se mantiene no sólo esta interpretación, sino también la viabilidad en ciertos casos (hipoteca constituida conforme al formulario del prestamista: contrato de adhesión y cgc, reforzado - innecesariamente- por el carácter civil del negocio) de la excepción de inadecuación de procedimiento⁷⁶⁵, e incluso la existencia y viabilidad de excepciones de carácter material⁷⁶⁶. Veamos sus manifestaciones⁷⁶⁷:

El punto de partida para la reinterpretación de las facultades del ejecutado en el juicio ejecutivo hipotecario pasa por sentar estas afirmaciones:

1ª) En el proceso de ejecución de sentencias no existe duda alguna sobre que el ejecutado puede oponer todo lo que estime oportuno respecto de la regularidad formal del proceso mismo, sobre la acomodación de los actos

⁷⁶⁵ Tratado *infra* el epígrafe que sigue a continuación, pp: 480 ss.

⁷⁶⁶ Véase estas *infra* pp. 485 ss.

⁷⁶⁷ MONTERO AROCA, *Procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, pp. 259 ss.

procesales a las normas de esta naturaleza, y que ello puede hacerlo bien interponiendo los recursos de reposición y de apelación (siempre en un solo efecto), bien instando del Juez que declare la nulidad de algún acto o conjunto de actos cuando concurren los presupuestos de los arts. 238 y 240 de la LOPJ, petición que debe ser contestada por el Juez, previa audiencia de las demás partes, y dictando la resolución correspondiente, contra la que cabrá reposición y apelación.

2ª) Cuando se promulgó la LH de 1909⁷⁶⁸ y luego la de 1946 estaban vigentes en la LEC los arts. 742 y 745 que se referían al incidente de nulidad de actuaciones, a tramitar por el procedimiento previsto en los arts. 741 y siguientes de la ley procesal general, y lo que el art. 132, VI, de la LH hizo fue disponer que ese incidente, posible en el proceso de ejecución de sentencias, no era admisible en el juicio ejecutivo hipotecario.

3ª) Al suprimirse por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el incidente de nulidad de actuaciones con carácter general, para todos los procesos, mediante la reforma oportuna en la LEC, no existe ya especialidad alguna relativa al mismo y propia del juicio ejecutivo hipotecario, de modo que en la actualidad el art. 132, VI, de la LH, en este aspecto, no está diciendo nada que no diga también la LEC.

4ª) El art. 240 de la LOPJ, en lo que se refiere a la declaración de nulidad de actuaciones, es aplicable en

⁷⁶⁸ Como ya se ha dicho, es ésta la que introduce el procedimiento que analizamos.

todos los procesos, tanto de declaración como de ejecución, y en este aspecto no puede llegarse a la conclusión de que existe especialidad alguna propia del juicio ejecutivo hipotecario. Atendida la redacción del art. 240, dada por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, el Juez no podrá ya declarar de oficio la nulidad de actuaciones después del auto de aprobación de remate, pero sí cabrá que el ejecutado inste el incidente a que se refieren los párrafos 3 y 4 de aquel artículo de la LOPJ.

5ª) El art. 131 de la LH regula, con el nombre de procedimiento judicial sumario, un proceso de ejecución especial, del que actúa como norma supletoria la LEC para todo aquello que no tenga previsión expresa en la LH; esa aplicación supletoria se refiere tanto a las normas generales del libro I de la LEC, como a las normas propias de la ejecución de sentencias de ésta.

6ª) En ningún lugar de los arts. 131 y 132 de la LH se dice que al ejecutado no ha de dársele traslado de la demanda ejecutiva presentada pro el ejecutante, no para el emplazamiento y citación (pues estos actos de comunicación no existen en la ejecución de sentencias), pero sí para su notificación, y a partir de la misma el ejecutado puede personarse en forma en el proceso.

7ª) Si el ejecutado se persona en forma, esto es, con poder a procurador y con la asistencia técnica de abogado, han de notificársele todas las resoluciones que se dicten por el órgano judicial y ha de dársele traslado de todos los escritos que presente el ejecutante.

8ª) Tampoco se dice en lugar alguno de la LH que el ejecutado no pueda interponer contra las resoluciones que se dicten los recursos de reposición y de apelación,

siempre en un efecto, pues los recursos ordinarios no pueden entenderse incluidos en la palabra «reclamaciones».

9ª) Por «reclamaciones» hay que entender alegaciones del ejecutado o de los interesados respecto de la relación jurídica material, es decir, causa de oposición materiales, las que exigen una resolución judicial en la que exista un pronunciamiento sobre el fondo el asunto, pronunciamiento que sólo cabe después de la tramitación de un incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución. «Reclamaciones» no puede significar causas de oposición procesales, las que atienden a la regularidad formal del proceso, a la adecuación de los actos procesales a las normas procesales, y que se formulan normalmente por la vía de los recursos ordinarios o pidiendo al Juez (no por el incidente de nulidad de actuaciones en sentido estricto) que se pronuncie sobre alguna nulidad producida.

Una cosa es el incidente de nulidad de actuaciones, el que se tramitaba por los arts. 741 y siguientes de la LEC y el que ha sido suprimido, y otra muy diferente es la petición del ejecutado o del ejecutante de que se declare por el Juez la nulidad de alguna actuación judicial o de un conjunto de ellas, petición que debe resolverse simplemente previa audiencia de las demás partes. Cuando esa petición de nulidad de actuaciones se realice después del auto e probación del remate, serán aplicables los párrafos 3 y 4 del art. 240 de la LOPJ, según a redacción de la LO 5/1997, de 4 de diciembre.

10ª) No existe norma alguna en los arts. 131 y 132 de la LH que pueda servir de fundamento para que el Juez

inadmita a trámite un recurso de reposición o la Audiencia Provincial haga lo mismo con un recurso de apelación. Al no existir esa norma en la LH han de ser aplicables las normas propias de la LEC, que en su Libro I, regula los recursos contra las resoluciones judiciales (arts. 376 y siguientes).

La doctrina hipotecarista y los tribunales ordinarios han venido diciendo que el ejecutado no es ni siquiera parte en el procedimiento judicial sumario, pero esto es algo que, en modo alguno, se dispone expresamente en los arts. 131 y 132 de la LH, en los que se regula un *proceso especial de ejecución, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas generales de la LEC*. La interpretación correcta de las normas especiales de la LH y de las generales de la LEC, ha de llevar a la conclusión de que el ejecutado es parte en el juicio ejecutivo hipotecario, y con la plenitud de las facultades procesales inherentes a esa condición. Si a ello se añade que negar al ejecutado la condición de parte, y con ella la de hacer todas las alegaciones procesales, supone colocarle en situación de indefensión, la única conclusión posible es que semejante interpretación es contraria al derecho fundamental de defensa del art. 24.1 de la CE.

Esta interpretación parte de los mismos postulados que hemos venido manteniendo en relación con el carácter mercantil y consensual de los negocios que el art. 153 LH, y la LH en general, contempla, y que requiere corrección por la vía de la interpretación. Esta no será precisa en los supuestos que la ley contemplaba desde un principio, en los cuales cabe afirmar que se trata de un "procedimiento" (mera vía de apremio) por el que

se hace efectivo el poder de enajenación que sobre el bien hipotecado confiere a su titular el derecho real de hipoteca, sin que el Juez entre a conocer más que la conformidad de lo pactado con la situación de hecho acaecida, dejando para el correspondiente procedimiento posterior (declarativo) las demás cuestiones que puedan ser alegadas por las partes, salvo las excepciones contempladas en el art. 132 LH.

(5) La inadecuación del procedimiento

Se dijo al iniciar este capítulo que "el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH no es idóneo para la ejecución de los préstamos hipotecarios tal y como se configuran de ordinario con mandato de cuenta corriente, pues se trata de un procedimiento eminentemente mercantil, diseñado para la cuenta corriente mercantil, aplicable de ordinario por analogía a la cuenta corriente bancaria, pero que no es apto para las situaciones de préstamo con mandato de cuenta corriente". Ello se apoya en tres características del procedimiento del 131 LH:

1. es un procedimiento marcadamente mercantil, lo que corrobora el nuevo artículo 695 LECn en su apdo. 1.1ª, párrafo 2º; frente al préstamo para adquisición de vivienda, del que surge un crédito civil.
2. está pensado para créditos líquidos, salvo las situaciones de cuenta corriente, no pudiendo homologarse a ésta el crédito en cuenta corriente. Y eso a pesar de la dicción del nuevo art. 572.2, pues aunque

no hace referencia a cuentas corrientes, sí la hace posteriormente el 695.1.2ª, que se refiere tanto a la libreta como al cierre de la cuenta.

la protección constitucional del consumidor (así como imposiciones de Derecho comunitario) y del acceso a la vivienda exige un procedimiento con mayores garantías que el establecido en el actual 131 LH y prácticamente reproducido en el capítulo V (De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados) del título IV (De la ejecución dineraria) del libro tercero (De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares) de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (arts. 681 ss.).

El procedimiento ordinario, también para la ejecución hipotecaria, debiera de ser el ejecutivo del 1429 ss. LECv. Ello sin obstáculo de las especialidades que en función de la especial afección del bien al cumplimiento de la deuda y a la, en principio, perfecta determinación de la responsabilidad hipotecaria y del valor del inmueble, hubiera lugar.

ROCA SASTRE⁷⁶⁹ es especialmente contundente en este punto:

El acreedor hipotecario puede *escoger*, a su arbitrio, entre uno de aquellos cuatro procedimientos,⁷⁷⁰ siempre que, tratándose del judicial sumario o del extrajudicial, se hayan cumplido en la escritura de constitución los requisitos exigidos por la ley como necesarios para su

⁷⁶⁹ , ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Vol. IV, tomo 2º, p. 1047

⁷⁷⁰ Aquí nos recuerda el autor citado que "las Resoluciones de 21 de marzo de 1917 y 3 de marzo de 1952, excluyen en las hipotecas de seguridad el procedimiento judicial sumario, así como el extrajudicial". Véase el cambio de doctrina *supra* pp. 226 ss.

utilización, y que, en general, la hipoteca no sea de seguridad.

No obstante, dicha opción quedará limitada a elegir entre el procedimiento ejecutivo ordinario y el juicio declarativo, cuando el acreedor acumule la acción personal y la real hipotecaria en un mismo procedimiento. Asimismo, el no haberse cumplido las exigencias del art. 153 de la ley acerca del modo de acreditar el saldo en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes, puede condicionar dicha libertad de elección del acreedor e imponer a veces el juicio declarativo ordinario.

No parece que los motivos de anulabilidad puedan ser alegados en un procedimiento ejecutivo, pero sí han de serlo los motivos en los que se funde la nulidad, incluso en el procedimiento del 131 LH, pues el 132 dice que no se suspenderá por nulidad del título, lo que parece hacer referencia a cuestiones formales que ya han sido calificadas por el Registrador de la propiedad, y en las que ha intervenido un Notario. Parece que hace referencia a situaciones de simulación (luego estamos ante cierta abstracción en sentido procesal). Esta abstracción procesal sólo se dará en los procedimientos "mercantiles" (en el judicial sumario), pero no en el ejecutivo ordinario.

Es conveniente recordar aquí el estudio sobre las manifestaciones procesales del art. 10 LCU que realiza Rosa GÓMEZ DE LIAÑO⁷¹¹, separando

⁷¹¹ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa, *Ejecución de créditos derivados de contratos bancarios*, Ed. Forum, Oviedo, 1998, p. 196 ss.

los efectos de las circunstancias de las que deriva la nulidad y de aquellas de las que tan sólo deviene la anulabilidad:

El art. 10 LGDCU no es muy claro, porque recoge en el punto primero una serie de supuestos contrarios a la buena fe y equilibrio de las prestaciones [...], que en principio constituirían supuestos de anulabilidad y como tales solo planteables como motivos de oposición en los juicios declarativos ordinarios pero no en el juicio ejecutivo.

Sin embargo en el punto cuarto del citado art. 10 se dice que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, prohibiciones o estipulaciones que incumplen los anteriores requisitos, resultando así una confusión evidente y con trascendencia procesal porque todas las nulidades de pleno derecho entrarían dentro de los motivos de oposición esgrimibles dentro del juicio ejecutivo al amparo del art. 1476.1 [LECV].

En definitiva, como sigue señalando:

...es preciso poner en conexión todo el tradicional sistema u orden procesal con la legislación de consumidores. Como en todos aquellos casos en los cuales tenemos delante un panorama novedoso existe cierta resistencia en la práctica de los tribunales a su aplicación, no obstante hemos encontrado casos en los que se reconoce esta realidad.

En este sentido cita las SSAP Valencia, de 25.10.94; Sevilla, de 4.5.94; y Madrid, de 10.3.90. Igualmente los Autos de AP Toledo, de 20.2.95; y Madrid, de 17.4.89. Todos ellos permiten alegar la legislación de

consumidores⁷⁷² con el argumento de que "dentro de los motivos de oposición que son admisibles en el juicio ejecutivo, dentro del art. 1476 de la LECv se permiten dentro de dicho ámbito sumario las cuestiones que afecten a la nulidad del título o la obligación, y es precisamente por esta vía por la que penetra la legislación de consumo dentro del juicio ejecutivo"⁷⁷³.

Considero que, en la medida en la que se vea un verdadero procedimiento en el art. 131 LH, y no lo que originariamente pretendía la LH (simple ejercicio del derecho real de hipoteca, como vimos), la adaptación del mismo pasa por la aplicación en él de esta doctrina, a pesar de ser opuesto a la letra del art. 132.VI LH (redacción que mantiene la LECn). Esto, lógicamente, si se acepta la existencia de un procedimiento en el art. 131 LH. Como ya he manifestado, me resulta más correcto acudir en estos supuestos al ejecutivo ordinario, cuando sea posible de acuerdo con las normas que lo regulan.

Por último, cuando el ejecutado lo sea por subrogación en el préstamo que el acreedor o su causante otorgaron a un tercero, y la subrogación del deudor haya sido motivada por la compraventa del bien, la nulidad de la compraventa motivará que el ejecutado deba ser considerado tercer poseedor, por lo que, conforme al 126 LH será obligatorio recurrir al ejecutivo ordinario (o en su caso al declarativo)

⁷⁷² En contra, entre otras muchas, la SAP Barcelona, de 13.6.90, que considera que esta legislación no es aplicable en un juicio ejecutivo por ser un procedimiento sumario en el que las causa o motivos de oposición están limitados (GÓMEZ DE LIAÑO, p. 202).

⁷⁷³ GÓMEZ DE LIAÑO, p. 202.

Siendo así que consideramos que, en cualquier caso, el procedimiento adecuado en el supuesto objeto de nuestro estudio es el del 1429 LECv, será al tratar éste a continuación cuando desarrollemos el contenido material posible de las alegaciones que, a modo de excepción, pueden hacerse a la ejecución hipotecaria de los préstamos que venimos analizando.

hh) Conclusión final: posibles excepciones materiales en los procedimientos ejecutivos de ejecución hipotecaria

(6) Conexión y oposición

La cuestión de la conexión y la nulidad-anulabilidad alegable en un ejecutivo. El juicio prejudicial del TJCE, caso *El Corté Inglés*, y la aplicación del Derecho comunitario. La no aplicación del art. 34 LH.

(7) Excepciones materiales en los distintos procedimientos ejecutivos

La elaboración de los capítulos anteriores y, en especial, los criterios de conexión entre el préstamo y la compraventa que allí se ha defendido, podrá sacarse a relucir desde luego y con toda su fuerza en un procedimiento declarativo ordinario. La oposición basada en la estudiada conexión entre compraventa y préstamo, puede ser esgrimida en el seno de los procedimientos ejecutivos hipotecarios. Si se admite la tesis que se viene defendiendo sobre la inadecuación del sistema de enajenación extrajudicial

(129.1 LH) y del judicial sumario (131 LH), concluiremos que la oposición material que aquí se señala deberá producirse en el seno del procedimiento ejecutivo ordinario (arts. 571 ss LECn), no siendo viable actualmente, por la imposibilidad de liquidar dichos créditos, el correlativo procedimiento de la LECv (arts. 1429 ss.).

Entre otras razones de oposición, merece ahora recordarse la nulidad de las cláusulas del crédito, la ineficacia de la subrogación, o la licitud de la suspensión del pago en la compraventa como argumento de defensa.

El hecho de encauzar estos supuestos por el ejecutivo ordinario, nos puede llegar a plantear el problema de si puede solicitarse una nueva tasación del bien, o la pactada en la escritura es suficiente y debe ahorrarse dicho trámite.

La fijación de un domicilio y del precio del bien "para que sirva de tipo en la subasta" conforme dispone el art. 130 LH, de forma unilateral por la banca (NIETO mantiene que "son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo", frente al ejecutivo ordinario en que la tasación corresponde a un perito), podría hacer que bajase tanto el tipo de salida para favorecer la ejecución, que llegase a ser contrario al derecho de propiedad, a la protección de los consumidores, y al derecho al juez que establece la CE. NIETO señala que el resultado es que "casi siempre el tipo de tasación, al llegar el tiempo de actuar, se halla lejos de la realidad". Esto es así, dice, porque se fija con ligereza (pensando que la subasta es un suceso

improbable o remoto), y porque es lo normal que el precio de la propiedad inmueble haya variado desde su fijación hasta el momento de la ejecución⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ Observo que así como si se regula la disminución de valor de la garantía, sólo muy circunstancialmente (extensión de la hipoteca a las mejoras) se regula el aumento de su valor. En ninguno de los dos casos se tiene esto en cuenta en el momento de la subasta, considerando que el mercado funcionará...

Recapitulación

Podemos resumir en cuatro las principales aportaciones de este trabajo:

- a) La normativa sectorial bancaria puede desarrollar el derecho civil, pero no a través de las circulares del Banco de España, por carecer de habilitación suficiente. Estas, sin embargo, son de obligado cumplimiento para las entidades de crédito, y en dicha medida los usuarios bancarios pueden esperar de aquellas la observancia de las mismas, por lo que se incorporan a la regulación contractual (por ser exigibles conforme a la buena fe, ex art. 1258 Cc.), a efectos de formar parte de las obligaciones de la financiera.
- b) Los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda son contratos civiles, y no mercantiles. La llevanza contable en cuenta corriente y la consiguiente gestión de cobros (domiciliaciones) que realizan las entidades de crédito a sus usuarios, es reconducible al mandato, de lo que surge un especial deber de diligencia y cuidado (buena fe en la gestión de negocios ajenos) por parte de la entidad.
- c) Este especial deber, unido a puntuales reconocimientos legales y elaboraciones jurisprudenciales apoyadas en la causa del contrato (además de en la teoría de la personalidad jurídica –levantamiento del velo-, y en la integración del contrato), permiten en un buen número de supuestos extender la responsabilidad de la entidad de crédito a ciertos riesgos propios de la compraventa que se financia, con lo que el deudor hipotecario ve incrementadas, en estos supuestos, las posibilidades de oposición frente a la reclamación del acreedor.

d) Esta oposición es posible al no ser de aplicación a los préstamos hipotecarios para adquisición de viviendas el pacto de liquidación del 153 LH (dado que no estamos ante el contrato de cuenta corriente mercantil, ni de cuenta corriente bancaria, al que cabría aplicar analógicamente el referido artículo), con lo que se vedaba igualmente el acceso a todo procedimiento ejecutivo. No compartimos la tesis de la DGRNot de extender el referido pacto a todas las hipotecas de máximo, por cuanto la *ratio* del art. 153 contempla un instituto claramente mercantil, criterio que es el que debe de utilizarse en la aplicación analógica del mismo (y que es el que sigue el art. 1435 LECv, que por ello tampoco resulta de aplicación), que debe ser restrictiva (cuando no prohibida) dado que se refiere a la habilitación de cauces procesales, donde rige una férrea reserva de Ley. Ello inhabilita el cauce del art. 131 LH (actualmente del 681 LECn) y nos reenvía no ya al declarativo ordinario, lo que sucedería con la regulación anterior a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, sino al más razonable procedimiento ordinario de ejecución (art. 571 ss. LECn), al permitirse en él la liquidación unilateral por el acreedor de cualquier crédito (art. 572 LECn), mientras que en el procedimiento de ejecución de garantías reales se exige, para poder practicar dicha liquidación, que se trate de un crédito mercantil (art. 695, apdo. 1.1º, párrafo 2º LECn).

Estas aseveraciones se apoyan en los siguientes razonamientos:

§ 1. La creación de un Derecho a medida de la banca. Complejo entramado jurídico que es preciso integrar.

El estudio de la regulación del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda tiene que hacer frente, especialmente desde la óptica de la protección del comprador ante la ejecución de la hipoteca, a la integración de una normativa abundante y dispar, que es preciso integrar para extraer de ella las normas que regulan este fenómeno, tan habitual como importante, social y económicamente. En concreto se detectan las siguientes características:

1.A. Huida del derecho privado (refugio en el derecho administrativo):

Así como se habla de la huida del derecho administrativo, puede igualmente hablarse del mismo fenómeno pero con sentido contrario. A través de la aplicación de normas de derecho público se consigue, bien imponer prestaciones accesorias a los consumidores (así, por ejemplo, cuando las entidades financieras exigen a sus usuarios la suscripción de determinados seguros -incendio, vida- que sobreprotegen a la entidad, amparados en que a esta se los exige el Banco de España), bien legitimar una regulación alternativa a las normas civiles (así, como claro ejemplo, la hoy derogada norma tercera de la Orden del M^o de Economía de 3 de marzo de 1987, permitía establecer como índice de referencia para sus operaciones activas y pasivas -por lo que aquí nos importa, para sus préstamos a interés variable- los establecidos por las propias entidades, con violación de lo que dispone el art. 1256 Cc.).

1.A.1. La imposición al consumidor del derecho sectorial bancario, inspirado en las normas de intervención y disciplina que sólo a las entidades de crédito afecta.

1.A.1.a) El derecho sectorial bancario:

Se denomina normativa sectorial bancaria al conjunto de normas, principalmente emanadas del Banco de España (Circulares) y básicamente con contenido de derecho administrativo, cuyo objetivo fundamental es la ordenación del crédito y de la banca, y cuya legitimación se basa en la especial relación (de subordinación y control) existente entre la autoridad financiera y las entidades de crédito. Se encuentra presidido por la LDIEC y las órdenes ministeriales que la desarrollan.

Aunque surge con la intención de asegurar la buena marcha del sistema financiero, actualmente sus normas no regulan únicamente control de caja y de la política económica en general, sino que cabe distinguir también: a) normas de control de la información que se suministra al consumidor; y, b) normas de control de las condiciones de los contratos bancarios (y en particular del préstamo).

El primero de estos grupos, el control de la información, gira en torno a dos principios: el de transparencia en la información suministrada a la clientela, y el de oferta vinculante, consistente esta última en la obligación de las entidades de proporcionar al prestatario, antes de la firma del contrato, un documento en el que consten todas sus condiciones, así como una serie de avisos en cuanto a los derechos que le asisten.

En cuanto al control de las condiciones de los contratos bancarios, se remite al servicio de reclamaciones del Banco de España y a sujetar determinadas actuaciones a autorización expresa.

1.A.1.b) Las reservas de Ley en materia civil y el ámbito de actuación del reglamento:

Ciertamente, los reglamentos emanados de la Administración del Estado pueden regular las relaciones entre particulares, incluso aunque éstas caigan fuera del ámbito material natural de aquellos, que es el derecho administrativo. Pero para ello es necesaria la concreta habilitación, no permitiéndose el reglamento independiente si su objeto es materia sobre la que existe reserva de Ley.

En el ámbito del crédito hipotecario no cabe el reglamento independiente, por lo que éstos deben ser dictados con la correspondiente habilitación contenida en una Ley, y en desarrollo de la regulación básica (esencial) del derecho que aquella contemple.

Existe una habilitación genérica al Banco de España, recogida en la O.M. de Economía de 12 de diciembre de 1989 (D.F. 1ª), para desarrollar aspectos puntuales de las materias objeto del artículo 48.2 LDIEC, esto es, la *contratación bancaria*. No obstante esta no tiene virtualidad alguna porque no cabe la subdelegación de la potestad delegada, y la Ley sólo permite la subdelegación de las materias del apartado 1º del referido art. 48 (ordenación del crédito y la banca), que aún siendo materia conexa con la anterior no justifica la regulación de la misma por el Banco de España.

Por todo ello puede concluirse que las circulares del Banco de España no pueden afectar a la normativa reguladora de las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes, en tanto que sólo vinculan a las entidades de crédito, y que no pueden regular derecho civil.

1.A.1.c) El valor de las circulares del Banco de España en el orden civil:

Con respecto a las mismas cabe al menos tres posiciones: a) considerarla normas de policía y, en dicha medida su incumplimiento sólo conllevaría efectos (sanciones) para las entidades de crédito; b) usos del comercio, que también se buscan en los trabajos del Consejo Superior Bancario (con lo que sólo se aplicarían en ausencia de Ley); y c) reglamentos de desarrollo de normas civiles de rango legal (en la medida en que se trate de materias conexas con las del 48.1 LDIEC). En todos estos supuestos deben respetar la libertad de empresa reconocida por el art. 38 CE, y encontrar acomodo en la habilitación del art. 48 LDIEC. La legitimación y eficacia de estas normas puede verse reforzada por el papel del Banco Central Europeo, como organismo situado por encima de los gobiernos nacionales.

Nos decantamos por la primera de las posiciones. Sin embargo no estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria que afirma la validez del negocio jurídico celebrado entre un particular y la entidad de crédito, en el que ésta incumple la normativa que ahora nos ocupa. Indica esta línea interpretativa que únicamente procedería la correspondiente sanción administrativa, sin que el ilícito tenga repercusión civil alguna (ello resulta coherente con la jurisprudencia sentada en materia de viviendas de protección oficial a partir de 1992). Sin embargo esta interpretación no nos satisface, desde el momento en que deja en manos de la entidad de crédito el cumplimiento del negocio, por cuanto no puede ser impelida a realizar un acto contrario al derecho administrativo al que está sometida, pero sin embargo sí puede exigir del particular el cumplimiento de las obligaciones que hayan surgido del referido negocio. No es que el hecho de que se haya pactado algo ilícito

convierta el referido pacto en nulo y, de ser esencial para el negocio, conlleva su nulidad (jurisprudencia anterior a 1992, referida a VPO); sino que la lealtad debida y la necesaria buena fe que debe presidir las relaciones negociales (art. 7 relac. 1258 Cc.) hacen que lo administrativamente reglado se incorpore a la regla negocial en perjuicio de la entidad de crédito (que es la parte sometida al ordenamiento administrativo, y la que tiene el conocimiento suficiente para advertir las limitaciones de su actuación), pues el particular que contrata en la confianza de que se está respetando los baremos protectores que la administración establece tiene derecho a que se respete su creencia.

Cuando el Banco de España regula sobre las condiciones del préstamo o sobre la protección del consumidor bancario, no innova nada en el orden civil, tan sólo concreta cómo las entidades sometidas a su control han de cumplir las normas civiles. Ello no quiere decir, ni que el cumplimiento de la normativa dictada por el Banco de España signifique el respeto de la normativa civil; ni, en sentido contrario, que un incumplimiento a la misma signifique sin más un ilícito civil.

1.B. Huida del derecho civil general (refugio en el derecho mercantil y en el hipotecario-registral):

En el trabajo que precede se ha detallado cómo son usados los mecanismos del derecho mercantil y del hipotecario registral, más allá de sus respectivos ámbitos de aplicación, como vía para exigir un cumplimiento más estricto de lo "acordado" en condiciones generales, de garantizar una ejecución inmediata, con una oposición limitadísima cuando no inexistente, y, en

definitiva, de evitar la vinculación de los efectos del contrato financiado al contrato de préstamo, lo que no siempre resulta correcto.

1.B.1. El derecho mercantil:

Se busca la desconexión total entre la financiación y la adquisición financiada, aún cuando la especialidad del bien que se adquiere permite decir que en la práctica totalidad de los supuestos los motivos básicos del comprador se adhieren a la causa del préstamo, pues sin la satisfacción razonable de sus intereses (obtención de una vivienda apta para su uso como tal), no tiene sentido que se le exija el cumplimiento de un contrato que se subordina originariamente a la existencia y mantenimiento del contrato de compraventa.

Desde este punto de vista, el refugio en el derecho mercantil, a través de letras de cambio, o de la aplicación del instituto mercantil en lugar del civil (préstamo mercantil, o empleo de la forma contable de la cuenta corriente bancaria para formalizar cualquier negocio, con lo que se le dota de una apariencia mercantil) pretende, entre otras cosas, evitar que el negocio de financiación dependa de factores formalmente externos al mismo.

Se busca la abstracción del negocio de financiación. Esta abstracción puede ser razonable y deseable en determinadas operaciones mercantiles, pero en el ámbito del derecho civil no existen negocios abstractos, teniendo la causa un papel inderogable como control de la validez de los negocios.

1.B.2. El derecho hipotecario:

La entidad de crédito suele hacer valer, frente al comprador de la vivienda, la especial protección de los terceros que el derecho hipotecario le otorga,

en los casos en los que lo garantizado es la financiación de la construcción del inmueble. Ello permite que lo pactado entre dos empresarios (banca y promotor inmobiliario), pueda ser exigido al adquirente de la vivienda. Igualmente, en la financiación directa para la adquisición de la vivienda, la entidad de crédito establece una serie de pactos, entre los que llaman especialmente la atención los de vencimiento anticipado y los que permiten la liquidación unilateral del crédito por el prestamista, a efectos de poder proceder por el procedimiento ejecutivo hipotecario.

El cumplimiento de estos pactos se hace efectivo por la vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, procedimiento en el que la validez de los mismos no es, en principio, cuestionable. Frente a esta práctica debe decirse:

1. La entidad de crédito no reúne los requisitos para ser considerada tercero hipotecario.
2. El vencimiento anticipado puede resultar abusivo.
3. El acceso a los procedimientos (y también a los mecanismos de enajenación forzosa no judiciales) están regulados por normas imperativas, no cabiendo pacto al respecto, salvo cuando la Ley lo permite y siempre que éste no se haya dispuesto en condiciones generales, en cuyo caso será de aplicación la doctrina sobre el sometimiento a fuero especial (ejemplo 27 de la D.A. de la LCU).

1.C. La huida del causalismo. Operaciones vinculadas:

Existe un panorama de fórmulas jurídicas mixtas que se pretenden disfrazar bajo la apariencia de contratos independientes, realizados por terceros, y

bajo formulaciones mercantiles que permiten cierta abstracción y un cumplimiento más estricto. Se trata en definitiva de alterar los efectos de ciertos contratos y la distribución de los riesgos que efectúa el ordenamiento.

Frente a esto, y atendiendo a la finalidad práctica perseguida por los empresarios que financian y construyen para vender a un tercero y hacer negocio de dicha venta, podría cuestionarse si no estamos ante un único contrato mixto o complejo, dominado por la regulación de la compraventa, que es la finalidad de la operación, lo que está avalado además por motivos históricos (la financiación por tercero surge de la imposibilidad del vendedor de aplazar los pagos). Si ello puede cuestionarse, cuanto no más se habrán de apreciarse criterios de conexión entre estos contratos (préstamo y compraventa) cuando los entendemos como una pluralidad. En ciertos supuestos puede llegar a afirmarse que no se enajena una vivienda, sino una vivienda con una determinada financiación: Un empresario pone su organización, y otro su capital, para la consecución del producto final. Interesa en esta medida al financiador lo que financia, porque es la garantía de la devolución de su dinero, pero también porque es una parte del producto que vende.

1.D. Necesidad de integrar las normas protectoras de los consumidores:

1.D.1. El legislador se repite. El valor de los principios generales.

La existencia de una extensa normativa protectora de los consumidores, tanto con carácter general como en los sectores del crédito y de la compraventa de inmuebles, exige interpretar la normativa general aplicable

a la luz de esta normativa, y bajo la óptica de que una correcta interpretación no puede deparar una norma menos protectora que la norma general, según los criterios comunitarios de aplicación de las normas protectoras de los consumidores. Pero igualmente es necesario considerar el ordenamiento como un todo que pretende la coherencia. La reiteración de un supuesto de hecho en normas distintas no significa necesariamente una excepción de la regla general, sino más habitualmente la concreción de la misma a un supuesto concreto, en el deseo del legislador de recordar y evitar la desviación que en la práctica se realiza de la misma. En esta labor integradora es fundamental el tener presentes los principios generales del ordenamiento.

En cuanto a la protección del consumidor comprador de viviendas, la exclusión de algunos textos normativos no obedece a la falta de preocupación del legislador, sino al hecho de tratarse de incorporación de normativa comunitaria, con la consiguiente dificultad técnica de armonizar las cuestiones relativas a los derechos reales a escala comunitaria. Buena prueba de esto es la normativa reguladora de la construcción, promoción y venta de viviendas: L. 57/68, R.D. 515/89, y la LOE del 99. Por ello procede una aplicación analógica en ciertos supuestos, lo que también se ve corroborado en las doctrinas (ciertamente, con dispar aceptación) elaboradas antes de la aparición de estas normas por nuestro TS para limitar los abusos producidos por la interposición de personas o figuras contractuales (teoría del levantamiento del velo; conexión causal, especialmente en el arrendamiento financiero, pero también en las cartas de

satisfacción; efectos de la simulación;...). Esta limitación comunitaria no tiene sentido efectuarla en términos de Derecho interno. Únicamente habrá que tener en cuenta las especialidades propias de los derechos reales, lo que se facilita en nuestro Derecho por la inexistencia del *Trennungsprinzip*.

1.D.2. Contratación por medio de condiciones generales:

El empleo de condiciones generales en los contratos bancarios permite a la entidad de crédito imponer situaciones contrarias a Derecho y no contempladas en el contrato, bajo la amenaza de la aplicación de la normativa recogida en las condiciones generales, lo que le confiere una situación de claro predominio, no sólo en la negociación, sino también en el desarrollo del contrato.

Por ello dos son los momentos críticos en este tipo de relaciones: la fase negocial (información, transparencia y control de contenido e inclusión de las condiciones generales), y la ejecución forzosa en los supuestos cuando ocurra.

La reciente LCGC, lejos de solucionar los conflictos ha venido a enturbiar la normativa existente, resultando especialmente importante tener presentes en la interpretación de la Ley, los principios generales del ordenamiento (especialmente la doble faceta -aceptación y configuración- de la autonomía de la voluntad ante las condiciones generales de la contratación), así como la finalidad protectora de la LCGC (para evitar resultados contrarios a la misma, por sorprendentes no menos frecuentes).

§ 2. Los criterios de conexión en el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda.

Aunque los criterios de conexión se apoyan en la finalidad práctica del complejo negocio, se tropieza con la dificultad de imponérselo a las partes cuando no consta su voluntad uniforme. Por ello es necesario recurrir a criterios que permitan desentrañar dicha voluntad o, en su caso, a normas legales que la presupongan (en ocasiones con carácter *iuris et de iure*). Las siguientes son las principales normas y elaboraciones que nos permiten dicha construcción:

- legales (reconocimiento expreso). En realidad se trata de aplicación de alguno de los criterios que siguen, pero su reconocimiento expreso por la Ley, no sólo reafirma los criterios que se enumeran, sino que facilita la defensa del consumidor.
- 1. Ley 57/1968, su art. 1.2 hace responsable a la entidad de crédito por las cantidades entregadas para la compra de viviendas en construcción, con un recargo del 6% anual, cuando la entidad no compruebe la existencia de ciertas garantías que ha de reunir la venta de las mismas. Esta disposición está en sintonía con el art. 9 del R.D. 1945/83 relac. art. 11.2 R.D. 515/89, y es respetada por la reciente Ley de Ordenación de la Edificación.
- 2. Ley 28/98, de Venta a Plazos de bienes muebles, art. 10.
- 3. Art. 44 de la Ley de ordenación del comercio minorista, que vincula el desistimiento en la compraventa a la resolución del negocio de financiación.

4. Ley 42/98, de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, art. 12 obliga a resolver el préstamo siempre que se hubiera indicado su finalidad, y entre vendedor y prestamista exista un acuerdo previo.

5. Y, muy especialmente, los artículos 14 y 15 de la Ley 7/95, de Crédito al Consumo.

- De elaboración jurisprudencial y doctrinal:

1. Incorporación de los motivos de la compraventa (o de esta misma, e incluso de otros aspectos del complejo negocio) a la causa del préstamo.

2. Responsabilidad por buena fe.

La conexión de la garantía con el negocio que garantiza es uno de los significados que entre nosotros tiene la accesoriedad, con la que se confunde. Sin embargo, mientras que los criterios de conexión indican cierto grado de interdependencia, la accesoriedad se contrapone a abstracción, indicando la necesidad de una causa para la existencia y validez de un negocio jurídico. Es decir, a la interdependencia de dos negocios se le contrapone la dependencia de uno respecto de su causa.

§ 3. Abstracción y accesoriedad.

Suele mantenerse que el grado de accesoriedad se encuentra en relación inversa con el carácter más o menos formal de los negocios. Con respecto a la hipoteca se dice no obstante, que es a la vez un negocio formal (inscripción constitutiva) y accesorio. Ello, aunque no sea muy lógico, no es una contradicción, pues forma y causa son cuestiones independientes la una de la otra.

El contrato de hipoteca parece ser, como todos los contratos civiles, causal (su validez depende de la contraprestación de la otra parte, conceder el préstamo, por ejemplo; o de la mera liberalidad del propietario, cuando se garantiza la deuda de un amigo o familiar -sin que exista obligación para ello-). La obligación cuyo cumplimiento se garantiza no es la causa del contrato de hipoteca, sino el motivo del mismo. Por ello aún siendo la hipoteca causal no se extingue por la extinción o la nulidad del contrato cuyo cumplimiento se garantizaba (salvo que éste se haya incorporado a la causa de la hipoteca). Es posible que a aquél en cuyo beneficio se constituyó la hipoteca tenga un interés protegible en el mantenimiento de la misma.

Sin embargo la causalidad o abstracción no son predicables del derecho real de hipoteca, sino del negocio que garantiza. Por ello puede hablarse de hipoteca abstracta, para indicar que garantiza un negocio con cierta dosis de abstracción (p. ej. letras de cambio).

La hipoteca es dependiente del préstamo únicamente a efectos de ejecución.

De esta suerte es cierto que la hipoteca es accesoria, lo que entre nosotros equivale a decir que su inscripción, aún siendo constitutiva del derecho real, no convalida los defectos del título (el derecho real de hipoteca es accesorio del contrato de que trae causa: el contrato de hipoteca). Suele confundirse la accesoriedad con la dependencia de la garantía real con respecto a la validez de la obligación que garantiza.

Tal entendimiento de la accesoriedad, facilita enormemente la subrogación, en la línea de la LsubH, que bajo este prisma cabe entender no como una excepción, sino como plasmación de la regulación general. Del mismo modo permite al deudor reservar el rango, y con ello, negociar con el acreedor de rango inferior, extinguido el crédito que garantizaba la hipoteca de rango preferente, la mejora de su posición, a cambio de obtener la adaptación de las condiciones del crédito a la nueva realidad hipotecaria (en los préstamos, un menor interés).

§ 4. El préstamo bancario para la adquisición de viviendas:

4.A. Es un contrato civil:

El carácter mercantil del préstamo parece depender, según el art. 311 Ccom., de dos circunstancias: una personal de que al menos una de las partes sea comerciante; y otra teleológica de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. De ahí que neguemos que todo préstamo bancario es mercantil, como en ocasiones se mantiene, y en particular que lo sea el préstamo bancario para la adquisición de viviendas, pues no reúne el elemento objetivo en ningún caso.

Esta interpretación debe de primar incluso cuando quien concierte el préstamo sea un empresario (constructor), previendo la posterior subrogación del adquirente de la vivienda, pues el derecho civil tiene en estos supuestos una *vis atractiva*, reforzada por la tutela del consumidor que se inserta en su regulación (y no en las especificidades del derecho mercantil).

4.B. Desde el punto de vista de su perfección, es un contrato real:

Su perfección se produce por la entrega de la cosa objeto del préstamo, sin perjuicio de que quepa insertarlo en un conjunto de pactos más complejos de naturaleza consensual. El problema de fondo no tiene que ser determinar el momento de perfección del contrato de préstamo, sino el momento en el que surge la obligación de devolver (capital y, en su caso, intereses, como obligación accesoria de ésta).

Puede admitirse un contrato de préstamo consensual (o distinguir entre una fase consensual y otra real en el préstamo), pero siempre condicionando el surgimiento de la obligación de restitución y abono de intereses a la entrega del capital. En este caso dejaríamos de estar ante un contrato unilateral, y la bilateralidad implicaría la posibilidad de aplicar la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta formulación pudiera tropezar no obstante con los límites de la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión.

§ 5. El préstamo bancario en cuenta corriente.

No pierde las características del préstamo, en tanto cuanto que no se trata de una verdadera cuenta corriente... Evolución de la cuenta corriente mercantil, y distinción con el mandato de cuenta corriente (o préstamo con contabilidad en cuenta corriente).

§ 6. La ejecución del derecho real de hipoteca en el caso de los préstamos bancarios garantizados con hipoteca.

6.A. Inadecuación de los procedimientos especiales de ejecución para el cobro de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda.

El procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH no es idóneo para la ejecución de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda, pues

se trata de un procedimiento eminentemente mercantil, diseñado para la cuenta corriente mercantil, aplicable de ordinario por analogía a la cuenta corriente bancaria, pero que no es apto para las situaciones de préstamo con mandato de cuenta corriente.

6.A.1. Porque es necesario que el crédito garantido tenga naturaleza mercantil

6.A.1.a) argumento histórico:

Tanto el pacto de liquidación de las cuentas corrientes de crédito del art. 153 LH, como el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del 131 del mismo cuerpo legal, se introducen con la reforma de 1909. En dicha fecha no puede hablarse en la doctrina del contrato de cuenta corriente bancaria, sino únicamente mercantil, y mucho menos del contrato de préstamo con contabilidad en cuenta corriente.

6.A.1.b) La *ratio* del precepto: que el crédito que se ejecuta sea mercantil.

La aplicación por analogía del pacto previsto en el 153 LH para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, a todas las hipotecas de máximo, no tiene en cuenta el motivo de la especial liquidación que el precepto prevé: las cuentas corrientes eran un *especialísimo instrumento mercantil*, y no un simple medio de contabilizar las más variadas operaciones, como ocurre actualmente.

Perfecta normalidad:

No parece agravar la posición de la banca, ni hacer peligrar el sistema económico, el considerar que conforme a la LECn deba reconducirse del actual 131 LH, al procedimiento ordinario de los arts. 571 ss., sin las particularidades de las ejecuciones hipotecarias (681 ss). Ello siempre que

se entienda que es ese el nuevo régimen impuesto por la LECn, y no que, ante la imposibilidad de aplicar las normas del ejecutivo hipotecario, se imponga la necesidad de reconducirlo a los cauces del declarativo ordinario. No entendemos qué efecto contrario puede tener sobre el mercado hipotecario, desde el momento en que la garantía se respeta íntegramente, la seguridad jurídica se refuerza y el carácter expeditivo de la ejecución se equipara al de una letra de cambio o cualquier otro título valor.

6.A.2. Interdicción de ejecución de deudas ilíquidas y el principio de transparencia en la contratación (bancaria).

La necesidad de pactar la liquidación unilateral para casos de vencimiento anticipado, impedirá, hasta la entrada en vigor de la LECn, la posibilidad de ejecutar créditos ilíquidos derivados de contratos civiles de adhesión:

A pesar del *ius istrahendi* que tiene el acreedor hipotecario, como posibilidad de realización del valor del bien hipotecado, no puede este ejercitar dicho derecho por cualquier medio.

Así requiere también de pacto expreso para habilitar la vía extrajudicial del 129.2 LH, o para permitir la liquidación unilateral (necesaria para que pueda despacharse ejecución), por lo que es inaccesible a los contratos de adhesión, como consecuencia del limitado desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos.

Sin embargo, por lo que respecta al pacto de liquidación, la ley hipotecaria lo permite (como vimos para los créditos mercantiles, al igual que lo hace el art. 1.435 LECv). Sólo con la entrada en vigor de la nueva LEC se reconoce

la posibilidad de incorporar el pacto de liquidación en los negocios de carácter civil.

El extracto en el que se comuniquen la liquidación unilateral debe de cumplir los requisitos mínimos exigidos por el principio de transparencia:

El principio de transparencia que preside toda la contratación bancaria, tiene su plasmación también en la fase de ejecución del negocio. Conforme a éste, ha de ser tachado de falta de concreción y claridad el extracto cuyos conceptos sean abstractos o ininteligibles, o sin detalle de las respectivas partidas. Es necesario identificar con claridad, al menos, los devengos anotados, su fecha, interés (con desglose del corriente y del de demora), gastos detallados, y el periodo al que afecta la liquidación. En general, el extracto debe de permitir el contraste de la información que contiene, pues su finalidad no es sólo aportar una cifra para la ejecución, sino permitir la oposición del ejecutado.

6.B. Constitucionalidad de los procedimientos ejecutivos:

El único procedimiento verdaderamente ejecutivo, en el sentido de que sólo se realiza un derecho (no hay declaración alguna, no hay cognición), es el procedimiento de apremio de los artículos 1481 ss. LECv. Los demás procedimientos existentes en nuestro ordenamiento son, con este criterio, declarativos especiales, salvo el ejecutivo ordinarios del 1429 ss LECv. Pero el procedimiento de apremio no es un verdadero procedimiento, sino una fase común de los procedimientos ejecutivos. Eso explica que no haya en él contradicción, porque no hay en absoluto cognición, que pertenece a un momento anterior del procedimiento. Visto así nuestros procedimientos

ejecutivos son efectivamente procedimientos y, en ese sentido, en todos, existe contradicción y cognición. Al menos desde la entrada en vigor de la Constitución (art. 24 CE) sólo cabe esa lectura.

En el trabajo que precede llegamos a la conclusión de que la constitucionalidad de un procedimiento ejecutivo vendrá de las causas de oposición que puede hacer valer el ejecutado. El TC parece no haber llegado, sin embargo, a plantearse si en los referidos procedimientos se garantiza suficientemente el derecho a oponerse. Ciertamente es que considera una decisión de política legislativa el limitar el número de dichas excepciones (no sabemos que diría si se excluyera toda posibilidad de oposición, para llegar a un procedimiento ejecutivo monitorio), y funda la constitucionalidad de los procedimientos en que no surten efecto de cosa juzgada. Pero si bien observamos, si no surte efecto de cosa juzgada es que hay algo que se debate, es decir, que hay oposición, aunque sea limitada. En este sentido, en todos los ejecutivos los incidentes declarativos tendrán la consideración de sumarios, lo que está en sintonía con que en ellos sólo se pretenda decidir si deben proseguir los trámites del ejecutivo o no (es por ello que el Auto que recaiga no surte efecto de cosa juzgada).

Merece especial atención la STC de 2 de abril de 1992, en la que se apoya la doctrina para defender la constitucionalidad de las liquidaciones practicadas conforme al 1435 LECv y 153 LH, por considerarlos, como se dijo, una misma norma. El TC manifiesta que "nada impide en el precepto legal cuestionado [1435.4º LECv] la aplicación de las normas generales que sobre la prueba de las obligaciones recogen tanto el Código Civil como el

Código de Comercio y, naturalmente, la LEC". Lo que indica que piensa en obligaciones mercantiles pero, más claro queda cuando transcribe parte de la Sentencia contra la que se solicita el amparo: **"el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad, implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos. Este dato confirma que no estamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atienda sólo a rasgos subjetivos del acreedor, sino que dicho trato es debido a las peculiares exigencias de las actividades de intermediación financiera que constituyen el objeto social, exclusivo y excluyente de las entidades de crédito en nuestro Derecho"**. Y sigue diciendo el TC: **"Por ello, no es exacto afirmar que la legitimidad del título viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad bancaria, pues en el origen del mismo se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario que hace fe de la existencia de la relación jurídica y de sus características esenciales [...]** A la vista de lo que se ha puesto de manifiesto, y siguiendo la doctrina sentada por este Tribunal en la sentencia referida, se puede concluir que el art. 1435 de la LECv, no sólo no contiene un privilegio exento de justificación para las entidades bancarias, sino que **establece garantías legales y judiciales suficientes que evitan la indefensión del deudor en el proceso de creación y control del título ejecutivo"**. Estas garantías en el proceso de creación del título ejecutivo únicamente se produce cuando es posible la

negociación, lo que si no excluye los contratos civiles, sí que excluye al menos los contratos de adhesión.

6.C. La oposición a la ejecución:

No obstante ser mínimas las causas de oposición en el procedimiento judicial sumario, nos permite realizar una oposición suficiente. Además, no debe de olvidarse que el Juez aprecia de oficio los elementos fundamentales de todo litigio y que los vicios en éstos, aunque apreciables de oficio, debe entenderse que siempre pueden ser señalados por las partes, e incluso en determinandos supuestos por algunos terceros.

En ninguno de los procedimientos de ejecución hipotecaria pueden desconocerse las conexiones entre contratos (básicamente compraventa y préstamo) cuando de ellas pudiera derivar su nulidad.

El art. 131 LH se articuló como vía habitual de ejecución hipotecaria de la hipoteca ordinaria, pero no de las de máximo, que es la que en la práctica se utiliza. Ante esto, no es de extrañar que las entidades de crédito hayan razonablemente pretendido asegurarse la ejecución rápida de los créditos hipotecarios que surgían de los préstamos que concedían. Por ello comenzaron a abandonar la vía del artículo 142 LH (hipoteca en garantía de deuda futura, que era como se articulaban los créditos en cuenta corriente) para reconducirlo al 153 LH, que permitía como se ha visto la liquidación y ejecución por el procedimiento del art. 131 LH (hoy arts. 681 ss. LECn).

6.C.1. Las excepciones esgrimibles.

Son más de las legalmente tasadas, pues deben de insertarse las propias de todo procedimiento.

- procesales (más amplias que el 131), permitiendo el archivo de las actuaciones cuando queda probada la falta de derecho del actor, aún cuando no se trata de una de las cuatro excepciones del 132 LH (STC 41/1986). En particular, es necesario probar (y en contra puede destruirse) la existencia y validez del título ejecutivo.
- La suspensión del procedimiento ejecutivo (judicial y extrajudicial), en la medida en la que en el judicial del art. 131 no existe contención (se aunan en él la fase procesal de suspensión -incidente- y la mera enajenación forzosa).
- Además, en los supuestos objeto de esta investigación (préstamos con mandato de cuenta corriente, esto es, cuenta corriente como mera forma contable, no contractual), cuyas ejecuciones procederá practicarlas por los trámites de los arts. 571 ss. LECn, pueden también oponerse excepciones derivadas de la compraventa financiada.

Conclusiones

§ I.- Inadecuación del procedimiento del artículo 131 LH (y desde el 8 de enero de 2001 de los arts. 581 ss. LECv) para la ejecución de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas:

§ I.1.- *Necesidad de adaptar la Ley Hipotecaria al tráfico en masa y, en algunos supuestos, a instituciones civiles:*

En la medida en la que las normas decimonónicas no contemplan el fenómeno de la contratación en masa, se plantea la necesidad de reinterpretarlas. Ello debe hacerse según los criterios introducidos por el legislador (y especialmente por el legislador constituyente), que expresan la solución del ordenamiento a "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". En particular, la Ley Hipotecaria presenta no sólo el problema de no estar adaptada a un tráfico masivo, sino especialmente el regular en algunos de sus preceptos instituciones típicamente mercantiles (hipoteca en garantía de letras de cambio, o hipotecas en garantías de cuenta corriente de crédito), que vienen siendo aplicados por extensión analógica a supuestos típicamente civiles, como el préstamo para la adquisición de vivienda.

§ I.2.- *La ratio del pacto de liquidación del art. 153 LH es la existencia de una obligación mercantil ilíquida (cuenta corriente de crédito), en la que por pacto expreso de las partes (no mera aceptación de condiciones generales), se prevé un mecanismo liquidatorio como forma de habilitar el cauce ejecutivo, lo que es norma excepcional*

frente al carácter no ejecutivo de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo, por ser sustancialmente ilíquidas:

Las hipotecas de máximo, al no garantizar deudas líquidas, no tienen en principio abierto los cauces de los procedimientos ejecutivos, sino únicamente el del juicio declarativo correspondiente, según jurisprudencia pacífica y constante desde 1909 (año de publicación de la LH) y hasta la Resolución de la DGRNot de 16 de junio de 1936; la jurisprudencia posterior; y, la unanimidad de la doctrina hasta la referida fecha, y alguna doctrina cualificada de época más reciente.

Una excepción a la regla anterior es la de aquellas hipotecas de máximo en las que se hubiese incorporado el pacto de liquidación del art. 153 LH, que la Ley permite cuando la deuda garantizada sea el resultado de una operación típicamente mercantil, como lo era en 1909 la cuenta corriente de crédito.

La incorporación del pacto del art. 153 LH a hipotecas en garantía de préstamo, o de obligaciones con cualquier otro origen (que no se convierte en contrato de cuenta corriente por el mero hecho de utilizar su técnica contable), consigue el efecto de abrir la vía de la ejecución ex art. 131 LH (arts. 681 ss. en la nueva LEC) a todas las hipotecas de máximo.

Esta aplicación analógica no puede aceptarse en los supuestos en los que el prestatario es un consumidor, ni en aquellos otros en los que el préstamo se solicita con la finalidad de subrogar en él a un consumidor.

El sometimiento al derecho mercantil y la posibilidad de incorporar determinados pactos, previstos en la legislación hipotecaria, en el préstamo

hipotecario para la construcción de viviendas, debe negarse no sólo cuando el prestatario sea un consumidor, sino también cuando el préstamo (negociado entre comerciantes) prevea la ulterior subrogación en él del comprador (consumidor).

§ 1.3.- Propuestas de lege ferenda:

Existen dos claras opciones de política legislativa:

1. Permitir el pacto de liquidación en todas las hipotecas de máximo, ligando a él la especial vía ejecutiva de los arts. 681 ss. LECn. Ello lleva aparejado que, en aras de la protección de los consumidores, el Registrador califique las condiciones generales de los contratos que le son presentados y que pudieran afectar a la configuración de los derechos reales que el Registro publica. Esta opción, que sería la más coherente con la LCGC, tropieza con el problema de poder resultar contraproducente, dado que, por el juego de la fe pública registral, el consumidor prestatario-adquirente, ve perjudicada su situación (tanto en medios probatorios como de oposición) frente al acreedor, que se considera tercero hipotecario. Ante esta opción, limitar el alcance de la figura del tercero, tendría el inconveniente de perjudicar la seguridad del tráfico que el Registro persigue.
2. Negar la posibilidad de que la liquidación pueda abrir la vía ejecutiva, sin que las causa por la que se ha producido el vencimiento anticipado, o en su caso las excepciones que pueda interponer el prestatario-comprador (algunas basadas en normas protectoras del consumidor, sean sometidas al juzgador. El pacto de liquidación debería *de lege ferenda* conducir a un

procedimiento que, siendo ejecutivo, permita dilucidar este tipo de cuestiones. Ello puede conseguirse también por vía interpretativa, máxime cuando la LECn expresamente ha distinguido una liquidación de el "saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares *derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito*" (párrafo 2º, norma 2ª del art. 698), ligado al procedimiento de ejecución real (arts. 681 ss.); y otra liquidación en el procedimiento "ejecutivo ordinario" (arts. 571 ss., sin las particularidades de los arts. 681 ss.), que sólo exige que se trate "de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado" (art. 574.2). esta vía es compatible con facilitar la labor calificadora del Registrador, al no extender el ámbito de la calificación sobre las condiciones generales a todos las posibles circunstancias del crédito garantizado, sino a la esfera de la determinación de la responsabilidad hipotecaria; coloca el juicio sobre la validez de las condiciones generales en sede judicial, lo que es necesario para una correcta protección del consumidor (el criterio de proteger al consumidor con antelación a la realización del daño -medidas "río arriba"-, no se satisface con la calificación de las condiciones generales antes de la celebración del contrato, sino que requiere descender al caso concreto, lo que sólo puede hacerse en sede judicial).

§ II.- Los criterios de conexión entre préstamo hipotecario y compraventa de vivienda. La posibilidad del consumidor adquirente de viviendas,

subrogado en un préstamo hipotecario anterior, de interponer excepciones basadas en el contrato de compraventa a la entidad de crédito prestamista que financió la construcción, o que concedió crédito al constructor o promotor con garantía hipotecaria sobre las viviendas vendidas:

§ II.1.- La interpretación integradora:

Es imprescindible una interpretación integradora de las normas protectoras de los consumidores, tratando de conseguir el fin que se proponen en primer lugar con los principios generales del Derecho civil, y sólo si ello no fuera posible interpretando la norma a modo de normativa especial y excepcional, por cuanto es habitual que concreten la aplicación de principios generales a supuestos típicos del consumo.

La interpretación de las normas protectoras de los consumidores no puede en ningún caso producir un resultado perjudicial para éstos. Cuando la norma sea resultado de la transposición de una Directiva comunitaria, el copiar directamente sus términos cuando exista una norma nacional que otorgue mayor protección a los consumidores, es contrario al derecho comunitario y al orden constitucional (especialmente si se trata de una norma aplicable con carácter general, pues supondría la derogación de una regla general en contra los consumidores). El art. 9.2 CE debe ser interpretado en relación con los principios rectores del capítulo tercero del título primero, como la imposibilidad de disminuir los derechos reconocidos en dicho capítulo, y mucho menos cuando suponga una desigualdad (art. 14 CE) de signo contrario a éstos (se puede admitir la desigualdad compensatoria, pero no la "descompensatoria").

Las normas protectoras de los consumidores, en la medida en la que son transposición de directivas comunitarias, deben de aplicarse analógicamente y sin ninguna restricción a la protección de los consumidores de inmuebles, aún cuando la interpretación literal de la norma los excluya de su ámbito de aplicación. El motivo de esta exclusión en la norma comunitaria no es la falta de preocupación del legislador comunitario por este tipo de consumidores, sino la dificultad práctica de armonizar el sector inmobiliario dada la enorme diferencia entre los distintos ordenamientos comunitario. Ello resulta de la doctrina sentada por las SSTJCE en los casos «*El Corte Inglés*», de 7 de marzo de 1996, y «*Trumer vs. Mayer*», de 16 de marzo de 1999, según la cual debe de interpretarse el ordenamiento interno procurando, cuando sea posible, conseguir el fin protector de la normativa comunitaria.

§ II.3.- Los diversos criterios de conexión. Levantamiento del velo, la buena fe en la integración del contrato y la conexión causal:

La conexión entre compraventa y préstamo se justifica históricamente por suponer la entrada de un tercero que aplaza el pago del precio; en medidas de derecho comparado, por efectuarse en ordenamientos tan dispares como el norteamericano y el alemán; y en los mismos fundamentos de nuestro ordenamiento, que permite construir la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica (fraude de ley), exigencias más allá de lo estrictamente pactado (integración del contrato conforme a la buena fe), y en la teoría de la causa, de la cual hacen aplicación concreta una abundante legislación protectora del consumidor.

§ II.4.- Los criterios de conexión fundados en la causa:

La conexión entre compraventa y préstamo basada en la causa tiene su apoyo en las normas protectoras de los consumidores (arts. 44 LOCM, 14 y 15 LCC, 12 LATBI, 1.2º Ley 57/68) y su ampliación al ámbito de los negocios con trascendencia real se justifica porque el derecho comunitario no pretende dejarlos fuera de su alcance protector (limitándolo únicamente por la dificultad de armonizar los ordenamientos nacionales). Por otro lado, en un sistema causalista como es el nuestro, el entendimiento de la causa próxima, o propósito práctico, como criterio de validez del reparto de riesgos realizado en el negocio jurídico, da entrada a las normas de integración del contrato como elementos necesarios para realizar ese juicio de adecuación de la causa.

Esta vinculación permitirá la interposición de acciones y excepciones que el comprador tiene frente al vendedor, también al prestamista, cuando éstos hubiesen previsto la posterior subrogación en el préstamo de un consumidor, y cuando hubiere mediado acuerdo entre ellos para ofrecer un producto financiero al consumidor.

También permitirá la posibilidad de resolver cualquier acuerdo previo al préstamo, o incluso éste si ya se hubiera celebrado (al garantizarse con hipoteca suele realizarse en un único acto), cuando se hubiese solicitado para adquirir una vivienda, aún cuando nada se hubiese especificado (en este último caso siempre que el bien a adquirir sea el que se ofrece en garantía), y aunque no mediara acuerdo entre vendedor y prestamista.

§ II.5.- Medidas de lege ferenda:

La certeza del derecho sólo puede conseguirse con normas claras. En este sentido es fundamental *de lege ferenda* la regulación del derecho de obligaciones en un solo cuerpo, que a su vez permita distinguir las especialidades propias de los negocios jurídicos mercantiles y de los civiles. La protección de los consumidores agrava esta necesidad, por cuanto la confusión entre uno y otro régimen conlleva la interposición de figuras de derecho mercantil como refugio frente a las normas protectoras de los consumidores.

§ III.- Otras cuestiones:

§ III.1.- *La flexibilización del criterio de accesoriedad en beneficio del consumidor:*

Algunos de los efectos pretendidos por la normativa comunitaria, y en general por la protectora de los consumidores, y muy especialmente por la LsubPH, pueden conseguirse, y otros facilitarse, con una interpretación de la accesoriedad en unos términos más comedidos que permitan, entre otras cosas, la hipoteca de propietario y, a partir de esta figura, las subrogaciones sucesivas y la conservación del valor asociado al rango en beneficio del adquirente (deudor-propietario).

Considerar que el carácter accesorio de la hipoteca no es un requisito de la misma; es posible conforme a nuestra legislación más tradicional y deseable según su evolución (art. 118 LH introducido en 1944, y LsubPH, de 1994); responde mejor a la coordinación entre los derechos reales y de crédito; permite al propietario conservar el valor de la propiedad inmueble, al poder negociar la mejora de las condiciones financieras con el acreedor de

segundo grado, extinguida la obligación que garantizaba la de primer grado; y, no dificulta la interposición de excepciones basadas en el negocio garantizado, que se mueven en el plano de los derechos de crédito.

§ III.2.- El valor de las Circulares del Banco de España:

Las Circulares del Banco de España se dictan, por lo que respecta a la protección de la clientela, en virtud de la habilitación establecida en el art. 48.2 LDIEC, y, según éste, "sin perjuicio de la libertad de contratación". Pero desde el momento que establecen la más mínima obligación para las entidades de crédito, crean la expectativa en el consumidor en que el producto financiero se adecuará a ésta. Ello hace que la lealtad debida y la necesaria buena fe que debe presidir las relaciones negociales (art. 7 relac. 1258 Cc.) implique que lo administrativamente reglado se incorpore a la regla negocial en perjuicio de la entidad de crédito.

§ III.3.- La derogación de la regla del art. 1127 en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores:

Derogación de la norma del 1127 Cc. en el ámbito de la contratación de consumidores, en el sentido de no poder presumir que el vencimiento anticipado se da en beneficio de ambas partes, sino únicamente del deudor-consumidor (arts. 9.3 LVPBM y 10 LCC).

§ III.4.- La abstracción en el ordenamiento español:

En el ámbito civil debe matizarse la abstracción procesal, que desde luego no juega en el ámbito de la ejecución de deudas derivadas de contratos de consumo. Del mismo modo es posible defender el refuerzo de dicho carácter abstracto en las ejecuciones de títulos mercantiles.

Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., *La tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.
- ADAMS, Michael, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, Athenäum, Königstein, 1980.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III - Derecho de bienes*, vol. 1, Barcelona, 1974.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, "El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral", *RCDI*, 1993, nº 69, pp. 1421 a 1486.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", *RCDI*, 1996, pp. 1799 a 1866.
- ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, cit. como ALFARO, *Condiciones*,
- ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "La protección del prestatario hipotecario", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*.
- ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario", en la obra dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Madrid, Civitas, 1998.
- ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel, "Régimen de la cesión masiva de préstamos hipotecarios (la titulación hipotecaria)", en *Garantías* (coordinador: NIETO CAROL), pp. 489 a 560.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Ed. Comares, Granada, 1995.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1967.
- ANDREU MARTÍ, M^a del Mar, "La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario", en *RDBB*, 1995, pp. 103 a 117.
- ARAGÓN REYES, Manuel, "Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España", en GARCÍA VILLAVERDE (dir.), *Contratos bancarios*, 1992, pp. 19 ss.

- ARAGONÉS Y CARSI, Pascual, *Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria Vigente por la de 22 de abril de 1909. Texto y comentarios a la misma*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1909
- ARBOS, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", *REP*, nº 71, enero-marzo 1991.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, *La hipoteca (génesis de su estructura y función)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980.
- BARTON, John, *Towards a general law of contract*, Duncker und Humblot, Berlín, 1990.
- BAUMBACH, DUDEN y HOPT
- BAUR, STÜRNER, *Sachenrecht*, 16ª ed., 1992
- BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés, "La infracción de las Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica-sustantiva", *RDBB*, 58, 1995, pp. 533 a 544.
- BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997
- BLASCO GASCO, "responsabilidad precontractual"
- BLAUROCK, Uwe, *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, Kommunikationsforum, 3 Ed., Colonia, 1990
- BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960
- BOBBIO, N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1966.
- BRANDNER, Hans Erich, "Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze", en *Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990*, pp. 317-324, Werner Verlag, Düsseldorf, 1990
- BROSETA PONT, Manuel, "Problemática actual de la intervención de los fedatarios mercantiles", *II Seminario de estudios sobre la fe pública mercantil*, Madrid, 1983
- BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, 10 ed., Tecnos, Madrid, 1994, cit. por BROSETA, *Manual*,

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- CÁMARA, "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real", *RDP*, 1949, pp. 377 ss.
- CAMPENHAUSEN, Balthasar v., *Das Transparenzgebot als Pflicht zur Aufklärung vor Vertragsschluss*, Verlag V. Florentz GmbH., Munich, 1994.
- CAMY, Buenaventura, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1, Granada, 1969.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, 3ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, Madrid, 1933.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "El «favor debitoris» en el Derecho español", *ADC*, 1961, pp. 835 ss.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985. Edición facsímil de la segunda tirada original, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971. Cit. como DE CASTRO, *El negocio jurídico*
- CASTRO MARTÍN, José Luis de, *Las cartas de patrocinio*, Ed. Concejo General del Poder Judicial (serie Cuadernos del CGPJ, nº 50), 1994
- CENNI, Daniela, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, CEDAM, Padova, 1998.
- CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto, "Una nueva necesidad : la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)", *ADC*, 1998, v. 51, nº 3, p. 1301-1316
- CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis Humberto, *La causa del contrato*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998, cit. como CLAVERÍA GOSALBEZ, *La causa*.
- CLAVERO, Bartolomé, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1985.
- CLAVERO, Antidora (Antropología católica de la economía moderna), Milán, 1991.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

- CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global : (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
- CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, Tomo II.
- DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho: Exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema*, 1995, nº 125, pp. 5 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María, "La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión.", *RCDI*, 1996, nº 632, pp. 527 a 561.
- DIESING, Paul, *Reason in Society: Five Types of Decisions and Their Social Conditions*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, "Autonomía de la voluntad en la configuración de los Derechos reales", cit. como DIEZ-PICAZO, *Autonomía*,
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1985.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Civitas, Madrid, 1995, vol. II.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4ª ed. Civitas, Madrid, 1995, vol. III.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1995
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de derecho civil*, 2 tomos, 2ª ed, Tecnos, Madrid, 1998, cit. como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "Introducción", *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo I, Vol. I, p. 26, Centro de Estudios Registrales, ed. Editorial Castalia, Valencia, 1990.
- DRESCHER, Jochen, *Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis*, Beck, Munich, 1994.
- DUDEN, BAUMBACH y HOPT
- FAJARDO LÓPEZ, Luis, "STS 19 de diciembre de 1995", *ADC*, 1997, p. 1644.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito", en *Garantías* (coordinador: NIETO CAROL), pp. 357 a 388 cit por FERNANDEZ COSTALES.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, 13, 1984, pp. 7 a 32 (primera publicación en separata del Banco de España, 1983).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Reflexiones sobre la unión monetaria europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales", *Noticias CEE*, 1993, 100, pp. 37 a 41.

cit. como FRAGALI, *Del mutuo*.

FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, cit. como FLUME, *Rechtsgeschäft*.

FUERTES, M., *Urbanismo y publicidad registral*, Ed. Centro de Estudios Registrales de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 1995

GARCÍA CANTERO, "El nuevo Código Civil holandés", *ADC*, 1991, pp. 788 a 790

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Integración del derecho del consumo en el derecho de obligaciones", *RJNav*, nº 13, 1992, pp. 37 a 51.

GARCÍA CANTERO, "Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda", *BIMJ*, 1993, Nº 47, PP. 3974 a 3977

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol I,

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* 2 tomos, Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, "art. 1874", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, cit. como GARCÍA GOYENA, *Concordancias*.

GARCÍA MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios*.

GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad de los contratos de préstamo celebrados por las Cajas de Ahorro", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 72, pp. 255 ss. Cit. como GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad".

- GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- cit. como GARRIGUES, *Contratos bancarios*.
- cit. como GIMENEZ VILLANUEVA.
- GIUFFRÉ, Vincenzo, "Il «favor debitoris»: araba fenice", comunicación al Congreso de Derecho romano en Mérida (Venezuela), 1987.
- cit. como GIULIANO y LAGARDE.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo, *Curso de Derecho mercantil*, Librería de Sánchez, 3ª ed., Madrid, 1867.
- GONZÁLEZ MORENO, *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, Madrid, 1983.
- GORDILLO, "El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral. La situación jurídica de los inmuebles y los límites dispositivos y de capacidad de obrar del titular", *ADC*, T. 51, fasc. 2, abril-julio, 1998, pp. 423 a 632.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, voz "hipoteca", *EJB*, pp. 3313 a 3317. GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad de los contratos de préstamo celebrados por las Cajas de Ahorro", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 72, pp. 255 ss. Cit. como GARCÍA VILLAVERDE, "La mercantilidad".
- GUASP, Jaime, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1951, cit. como GUASP, *La ejecución*.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Pactos en la hipoteca inmobiliaria", págs. 166-167, en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, vol. 2, Civitas, 1996.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, y DíEZ-PICAZO, Luis, *Instituciones de derecho civil*, 2 tomos, 2ª ed, Tecnos, Madrid, 1998, cit. como DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, y DíEZ-PICAZO, Luis, *Sistema DE Derecho civil*, vol. II, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.

GUTIÉRREZ SOLSONA, Fernando, *Medidas antidumping, instrumento del neoproteccionismo*, Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Economicas y Empresariales, Madrid, 1994.

GIULIANO y LAGARDE,

HARTWIG, Richard, "Rationality and the Problems of Administrative Theory", *Public Administration*, 1978, 56, pp. 159 a 179.

HAAZEN y SPIER, "The European group on Tort Law", *ZeUP*, 1999

HENSELER, Walter, *Kreditsicherungsrecht*, Ed. Bank-Verlag, Colonia, 1980.

HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1983.

HERNANDO, J., "Ordenamiento sectorial de la banca y responsabilidad", *Anales del CUNEF*, 1996, p. 256 y ss.

HOPT, DUDEN y BAUMBACH

HÖRTER, K., *Der finanzierte Abzahlungskauf. Geschäftsformen und Rechtsfragen der bankmäßigen Teilzahlungsfinanzierung*, Bad Homburg, 1969.

IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración pública y vivienda: las técnicas de intervención administrativa en la promoción y adquisición de viviendas*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.

JUAN ASENJO, Oscar de, *La constitución económica española: iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

KOLLER, Ingo, "Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", en la obra colectiva dirigida por BAUR, Jürgen, *Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, pp. 667-686, Saladruck, Berlín, 1990.

KRAMER, Ernst, "Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG", *ZHR*, 146, 1982.

KROEGER,

KNAUL, Andreas, *Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes der Banken auf das internationale Bankenvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes*, ed. Lang, Frankfurt am Main, 1994, cit. como KNAUL, *Auswirkungen*.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil, II*, vol. 3º, 2ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1986.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil, III*, 1, 3ª ed., reimpr., Barcelona, Librería Bosch, 1991.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, "La causa en los contratos de garantía", *RCDI*, 1981.
- LAGARDE y GIULIANO,
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, "El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado", en NIETO, *Garantías*, pp. 19 a 111. Publicado anteriormente como "Los créditos hipotecarios", en *Estudio homenaje al Profesor De Castro*, II, Madrid, 1976, pp. 83 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Los créditos hipotecarios*, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- LARENZ en la trad. de M. IZQUIERDO
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., y MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, Madrid, 1996.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ DE HARO, Carlos, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1918.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 1957, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, cit. como LÓPEZ MEDEL, *Registro como servicio público*.
- LIEBERICH, Heinz, y MITTEIS, Heinrich, *Deutsches Privatrecht*, 9ª ed., 1981.
- LUHMANN, Niklas, *Teoría política nello stato del benessere*, Franco Angeli ed. (Prisma), Milán, 1983.
- LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, Debate, Madrid, 1986.
- MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, Madrid, 1996.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo", en la obra colectiva dirigida por NIETO CAROL, Ubaldo, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, pp. 383 a 484.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Vinculación contractual entre compraventa y préstamo. Los artículos 14 y 15 de la Ley de Crédito al Consumo*, tesis inédita, Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, cit. como MARÍN, *Vinculación contractual*.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones", *ADC*, 1, 1994, pp. 31 a 89.
- MARTÍNEZ GIL, "El derecho mercantil y la fe pública", *RDN*, abril-junio, 1985, pp. 215 ss.
- MARTINY y REITHMANN, cit. como REITHMANN-MARTINY
- MEDICUS, Dieter, *Zur gerechlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge*, ed. Beck, Munich, 1989.
- MENTIS, Georgios, *Schranken prozessualer Klauseln in Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Reflexiones sobre las condiciones generales", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1995, cit. como MIQUEL, "Reflexiones".
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXIX.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "buena fe", *EJB*.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "derecho real", *EJB*.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "art. 609", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MIQUEL GONZALEZ, José María, "Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad", *RDR*, N° 14, 1987.
- MIQUEL, "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *AFDUAM*, n° 1, 1997.
- MITTEIS, Heinrich, y LIEBERICH, Heinz, *Deutsches Privatrecht*, 9ª ed., 1981.

- MOXICA ROMÁN, *La cuenta corriente bancaria*,
- MONTANARI, "Rendita (dir.interm)", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milán, 1988, p. 829.
- MONTÉS PENADÉS, en LÓPEZ MONTES y otros, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., "Crédito y garantía en la hipoteca", *RdPat*, 1, 1998, pp. 25-44.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (notas en torno a la significación de la utilidad de las cosas en los negocios de tráfico)", *ADC*, 1983, pp. 1529 a 1546, cit. como MORALES, "El «propósito práctico»".
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el artículo 8º de la LDCU)".
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Art. 1486", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MORELL Y TERRY, José, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2ª ed. Reus, Madrid, 1925, cit. como MORELL Y TERRY, *Comentarios*.
- NIETO CAROL, Ubaldo, "Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *AC*, nº 2, 11-17.01.1993.
- NIETO CAROL, Ubaldo, (coordinador) y otros, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. 2, Ed. Civitas, Madrid, 1996, cit. como NIETO, *Garantías*.
- NIETO CAROL, Ubaldo, (director) y otros, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, cit. como NIETO, *Transparencia*.
- NIETO CAROL, Ubaldo, "La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial", en *Garantías* (coordinador: NIETO CAROL), pp. 561 a 635.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (director), *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "El valor jurídico de las Circulares", en AA. VV., "Comentario a la Circular del Banco de España sobre entidades de depósito, tipos de interés y normas de valoración y liquidación", en RDBB, nº 2, 1981, págs. 317 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1ª ed., 1982. Última ed. del Centro de Estudios Registrales, Civitas, Madrid, 1999. Vols. I y II, cit. como PEÑA, *Derechos reales*, I y PEÑA, *Derechos reales*, II. Salvo referencia, las citas son de la ed. de 1999.
- PIEPOLI, G., *Il credito al consumo*, Nápoles, Jovene Napoli, 1976.
- PFLUG, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich, 1986.
- PIAGET, Jean, *Lo strutturalismo*, Il Saggiatore, Milán, 1968.
- POWEL, Richard, "La responsabilidad de los bancos en la concesión de crédito (lender liability) y el deber de diligencia en el asesoramiento bancario: el caso Verity", *RDBB*, 64, 1996, pp. 1185 a 1190.
- REITHMANN y MARTINY, cit. como REITHMANN-MARTINY
- RICA Y ARENAL, Ramón de la, "Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944", *RCDI*, 1945, reproducido en *Leyes hipotecarias...*, Ed. Castalia, T. III, p. LXXXI ss. cit. por "Comentarios".
- RICA ARENAL, Ramón de la, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*, Ed. Reus, Madrid, 1948 (conferencia del 28.02.1946, celebrada en la Academia Matritense del Notariado)
- RIEDER, Peter, "Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Einzelverträge im Rahmen des AGB-Gesetzes bzw. Des § 242 BGB", *DnotZ*, 1984, pp. 226 a 235.
- RIVERO ALEMÁN, Santiago, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ROCA-SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, *La fe pública en el ámbito mercantil. Competencias de los notarios y de los agentes mediadores colegiados*, Madrid, 1986.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, "Notas sobre el concepto de contrato de adhesión" (comentario a los Autos de la Aud. Barcelona de 5.2 y 1.3.1993), *RDBB*, Nr. 56, año XIII, oct.-dic. 1994, pp. 1057-1071.
- RODRÍGUEZ CARMONA, Antonio, *El dumping ecológico : el papel de las medidas comerciales*, Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales*, ed. Montecorvo, Madrid, 1994.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, cit. como RUBIO GARRIDO, *La propiedad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994.
- RUBIO VILAR, Juan, "Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del Servicio", en NIETO, *Transparencia*, pp. 753 a 801.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, "Estatutos de propiedad horizontal, abuso de derecho, defensa de los consumidores", *RCDI*, 1988, pp. 1647 ss.
- cit. como SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, en "Noticias", *RDBB*, nº __, pp. 530 ss.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., y LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, ed. Tecnos, 1989, cit. como SANTOS PASTOR, *Sistema*.
- SPIER y HAAZEN, "The European group on Tort Law", *ZeUP*, 1999.
- STENZ, Peter M., *Der Haftungsverband der Hypothek im französischen und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung*, ed. Lang, Frankfurt am Main, 1993.
- STÖCKER, Otmar M., *Die "Eurohypothek": Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines "Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit" mit einer Darstellung der Verwerdung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekark*, ed. Duncker und Humblot, 1992 (versión parcial en español en *RCDI*, 1994).
- cit. como STÜRNER, *Akzessorietät und Abstraktheit*.

- STÜRNER, y BAUR, *Sachenrecht*, 16ª ed., 1992.
- THIETZ-BERTRAM, *Die Bankgarantie im italienischen Recht*, Berlin, 1989.
- URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 18 Ed., Marcial Pons, Madrid, 1991, cit. por URÍA, *Derecho mercantil*.
- VALLÉS Y PUJALS, Juan, *Del préstamo al interés, de la usura y de la hipoteca*, Librería Bosch; Barcelona, 1933.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, "La unificación del derecho de obligaciones", *RdPat*, nº 2, 1999, pp. 21 a 52.
- cit. como VICENT CHULIÁ, *Compendio*.
- WESTERMANN, Harm Peter, "Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?", en *Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, pp. 817-832, Saladruck, Berlin, 1990.
- WIEACKER, Franz.
- WOLF, *Sachenrecht*, 11ª ed., Beck, Munich, 1993, cit. como WOLF.
- YSÀS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1994.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "El Club de los Nomófilos", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, enero-abril de 1998, pp. 61 ss.

ANEXOS

K. ANEXO PRIMERO

Evolución de importes concedidos por entidades de crédito:

Mes	Vivienda urbana construida			Diferencia (B-A)	Vivienda urbana proyectada		
	Nº (n1)	Importe (i1)	Por vivienda A = i1/n1		Nº (n2)	Importe hipoteca (i2)	Por vivienda B = i2/n2
7-96	25.863	204120043	7.892	21	5870	46453127	7.914
8-96	23.311	185465317	7.956	158	4782	38799934	8.114
9-96	37.645	332491945	8.832	- 424	1088	9148514	8.409
10-96	31.831	256036470	8.044	570	4598	39606960	8.614
11-96	27.394	216.854.232	7.916	834	3.590	31.411.547	8.750
12-96	24.899	197.392.093	7.928	1.022	3.400	30.428.507	8.950
1-97	44.739	381.456.647	8.526	767	17.001	157.991.468	9.293
2-97	29.781	243.476.200	8.176	544	4.859	42.369.090	8.720
3-97	27.774	227.805.022	8.202	1.011	3.431	31.611.547	9.214
4-97	34.097	278.658.946	8.173	-73	4.179	33.846.100	8.099
5-97	33.269	275.298.491	8.275	499	4.222	37.041.772	8.774
6-97	32.944	281.341.148	8.540	898	4.300	40.582.985	9.438
7-97	31.581	273.559.308	8.662	666	3.423	31.930.667	9.328
8-97	25.454	217.557.392	8.547	563	2.499	22.765.864	9.110
9-97	34.796	302.609.762	8.697	451	3.154	28.852.843	9.148
10-97	38.199	333.252.657	8.724	- 64	5.158	44.669.877	8.660
11-97	32.314	279.709.043	8.656	1.207	5.584	55.075.756	9.863
12-97	30.952	266.334.659	8.605	262	4.771	42.303.215	8.867
1-98	37.865	333.289.398	8.802	75	4.822	42.803.166	8.877

2-98	37.076	339.853.888	9.166	- 223	4.675	41.812.693	8.944
3-98	37.044	334.589.546	9.032	503	5.782	55.131.958	9.535
4-98	34.258	311.841.676	9.103	424	4.523	43.090.582	9.527
5-98	36.269	328.242.625	9.050	1.846	4.442	48.402.723	10.897
6-98	38.503	351.817.444	9.137	1.461	5.118	54.243.784	10.599
7-98	35.367	325.234.733	9.196	140	4.755	44.390.548	9.336
8-98	31.324	288.123.428	9.198	1.263	3.961	41.436.501	10.461
9-98	36.870	351.847.380	9.543	160	5.561	53.957.951	9.703
10-98	34.882	333.422.696	9.559	159	4.623	44.925.966	9.718
11-98	33.440	319.596.550	9.557	765	4.524	46.698.912	10.322
12-98	30.529	297.838.312	9.756	1.736	3.890	44.703.044	11.492
1-99	35.665	344.830.076	9.669	1.311	4.276	46.947.934	10.979
2-99	36.866	364.676.552	9.892	170	5.860	58.961.746	10.062
3-99	39.220	390.710.404	9.962	648	6.327	67.130.497	10.610
4-99	38.274	377.448.780	9.862	528	5.946	61.777.745	10.390
5-99	40.878	408.941.826	10.004	632	6.826	72.600.264	10.636
6-99	40.872	412.091.929	10.082	935	6.041	66.554.902	11.017
7-99	37.001	379.187.330	10.248	519	6.071	65.368.631	10.767
8-99	34.199	358.415.668	10.480	388	4.417	48.003.623	10.868
9-99	39.739	429.312.926	10.803	- 206	6.654	70.517.549	10.598

Fuente: Elaborado por Luis Fajardo López sobre la base de las estadísticas de hipoteca publicadas por el Instituto Nacional de Estadística.

L. ANEXO SEGUNDO

1. Análisis de las fuentes de información existentes:

ii) Fuentes nacionales:

1. Una fuente importante de información es la regulada por la **Circular del Banco de España 4/91**, que puede resumirse de la siguiente forma:

- T.13: Saldos vivos de financiación a la adquisición de vivienda, a la construcción y promoción inmobiliaria, con periodicidad trimestral, diferenciando por grupos de entidades: Bancos, Cajas, Cooperativas y S.C.H.
- T. 18-c y 19-c: Saldos vivos de financiación a V.P.O.
- M.1 (de balance): Saldos vivos de crédito con garantía hipotecaria en condiciones normales (es decir, sin incluir la morosidad), con periodicidad mensual, diferenciando por grupos de entidades (Banco, Cajas, Cooperativas y S.C.H.). Se completa con la morosidad hipotecaria, procedente del Estado T.10. de la misma circular y referida sólo a los morosos con calendario largo a efectos de dotaciones para insolvencias, es decir, los que corresponden a

riesgos con garantía hipotecaria sobre viviendas, oficinas y locales polivalentes.

2. El **Instituto Nacional de Empleo** elabora mensualmente una **Estadística de Hipotecas** cuyo contenido son los flujos de financiación hipotecaria. Refleja la cuantía en pesetas de las hipotecas constituidas, así como del número de las mismas, agrupadas por finalidades, por provincias y por grupos de entidades. La información procede de los registros de la propiedad. Resulta útil a pesar de los fundados reproches que se le achacan: especialmente su falta de exactitud; y el problema de no recoger los cambios estructurales producidos en el mercado hipotecario en los últimos años, por ejemplo, el fuerte volumen de subrogaciones de hipotecas.

3. También son de interés la evolución mensual de los **índices de referencia recomendados por el Banco de España** para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable, así como el **gasto fiscal en vivienda**, que se puede obtener a través de las liquidaciones presupuestarias de la **Agencia Tributaria**.

No deben de olvidarse, aunque nuestro interés en ellas sea únicamente comparativo, las estadísticas relacionadas con las viviendas de protección

especial, más detalladas por cuanto afectan a las cuentas públicas⁷⁷⁵; ni tampoco los informes trimestrales de la Dirección General de Vivienda y Urbanismo, del Ministerio de Fomento, sobre la evolución del sector vivienda, recogiendo series mensuales del número de viviendas de nueva construcción, tanto libres como de protección oficial, y viviendas a precio tasado.

jj) Datos internacionales:

El primer aspecto que destaca en el análisis de la información sobre financiación de viviendas es las pocas posibilidades de comparar datos entre distintos países, debido a la ausencia de indicadores homogéneos. No obstante a nuestros fines resultan más que suficiente los esfuerzos realizados por diversos organismos internacionales que han producido en la última década estadísticas fiables y bajo unos mismos criterios.

En Europa, podemos contar con Hypostat, publicada desde 1994 gracias a los esfuerzos de la Federación Hipotecaria Europea, asociación que agrupa a las entidades especializadas en la financiación hipotecaria. Esta publicación

⁷⁷⁵ El Ministerio de Fomento publica, con periodicidad variable, los flujos de financiación a la vivienda de protección oficial por grupos de entidades y por tipologías de vivienda, en pesetas y en número de viviendas financiadas. De periodicidad anual son los datos relativos al volumen de los subsidios de interés y de las subvenciones concedidas a los adquirentes de V.P.O., así como la inversión pública en vivienda, con desglose provincial y diferenciado por el origen de los fondos entre Presupuesto del Estado Central y de las Comunidades Autónomas, publicado en el Anuario del Mº de Fomento.

recoge estadísticas desde 1983 sobre el sector de la vivienda en general y de su financiación en particular. Estas estadísticas deben de tratarse con cuidado, pues la estructura de los mercados hipotecarios y de financiación a la vivienda varía mucho entre países y es necesario entender bien esas diferencias para poder valorar adecuadamente dicha información⁷⁷⁶.

Como referente mundial se puede recurrir al International Housing Finance (Sourcebook 1995), publicado por la Unión Internacional de Instituciones de Financiación a la Vivienda (IUHFI), que recopila información sobre los distintos sistemas de financiación a la vivienda en todo el mundo⁷⁷⁷.

Por lo que se refiere a estadísticas sobre vivienda en general (no exclusivamente financieras), son de destacar las informaciones de Naciones Unidas (las conclusiones de la segunda conferencia de las Naciones Unidas *Habitat II*, y, actualizado; el *Boletín Anual de Estadísticas de Vivienda y Edificación*, que recoge datos sobre población, viviendas, sus características y construcción), y los datos del Banco Mundial, disponibles a partir de su

⁷⁷⁶ Para una mejor aproximación al caso alemán puede consultarse: Colectiva, *Wohnungswirtschaft ohne Grenzen - Chancen und Risiken nach 1992*, Institut für Siedlungs- und Wohnungswesen und das Zentralinstitut für Raumplanung, Münster, 1989; UDE, Christian, *Wege aus der Wohnungsnot*, R. Piper, Munich, 1990; EEKHOFF, Johann, *Wohnungspolitik*, Mohr, Tübingen, 1993.

⁷⁷⁷ Se trata de una actualización del International Housing Finance Factbook realizado por Marc Boleat en 1987, que suponía una versión revisada de su libro *National Housing Finance Systems* (1985), y que fue la primera contribución que se realizó tratando de presentar datos comparables de todos los países sobre financiación a la vivienda.

Programa de Indicadores de Vivienda; pionero en cuanto a la homogeneización de datos internacionales en materia de vivienda, y que se inició con la publicación de estadísticas para 1990, comparativas de una gran ciudad de 52 países, con varios indicadores clave agrupados en torno a cinco módulos⁷⁷⁸, y con un estudio de su marco regulador.

En el ámbito comunitario, la Unión Europea edita *Estadísticas sobre la vivienda en la UE*. Sus datos son muy completos, extendiéndose a cuestiones tanto económicas como demográficas y constructivas, aunque sólo abarca la última década (desde 1990). También recoge diversos datos de interés para un correcto análisis comparativo, como ayudas a la vivienda o políticas fiscales.

2. Análisis de la información existente:

⁷⁷⁸ Los cinco módulos de los indicadores clave son:

1. Indicadores de precios: Precio de venta o alquiler de la vivienda, renta familiar;
2. Indicadores cuantitativos: Producción, Inversión
3. Indicadores cualitativos: Metro cuadrado por persona, estructuras permanentes, producción informal
4. Indicadores de demanda: Financiación
5. Indicadores de oferta: Suelo, Infraestructuras.

(1) Datos internacionales:

La localización geográfica de los problemas, sus coincidencias en otros países (especialmente dentro de la UE), nos permitirá plantear las medidas para su solución desde la perspectiva adecuada, actuando sobre el Derecho internacional, el comunitario, o las normas nacionales; valorando la viabilidad de actuaciones nacionales aisladas, y los posibles efectos de estrategias coordinadas.

Aunque la importancia del mercado inmobiliario en todas las sociedades modernas es importante, en los países de nuestro entorno se trata de un mercado estabilizado, y sin la importancia social que representa en nuestro país. El hecho de que las familias alemanas (por ejemplo) tiendan al alquiler más que a la compra (debido entre otras razones al bajo precio de los arrendamientos en relación con la propiedad; es decir -a diferencia de España-, a la estabilidad del mercado inmobiliario en general), haría que, como mínimo, el impacto social de tales abusos (suponiendo que fuesen equiparables a nuestro país) no tuviera el calado que entre nosotros puede tener. Ello no quiere decir que en este punto no resulte relevante la dimensión sociológica de un estudio comparatista: Lo es para determinar la competitividad de nuestra banca en este sector; para observar el funcionamiento más o menos correcto de estas instituciones en otros países, y sus causas, por si fueran extrapolables, y; para ver en qué medida puede y debe caminarse hacia la armonización de las legislaciones de los

países miembros de la Unión Europea, y cuál podría ser al respecto la posición española.

Si se detectase una falta de seguridad en la calidad de los servicios financieros españoles, habría que determinar en qué medida esto podría reducir su competitividad en un mercado europeo ya existente.

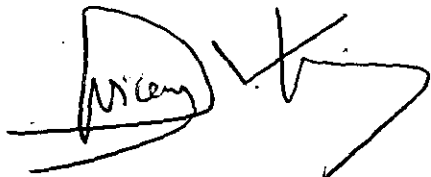
(2) Datos nacionales:

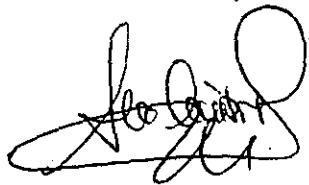
La fuerte preferencia existente en España por la vivienda en propiedad se constata con las distintas estadísticas financieras del sector inmobiliario. La inversión más importante que hace una familia a lo largo de su vida es la compra de una vivienda. En nuestro país el porcentaje de familias con vivienda en propiedad es muy elevado, si se compara con el de otros países europeos (un 78,4%, según el Censo de Viviendas de 1991, frente a algo más del 60% en Europa). Esto nos lleva a pensar que una parte importante del ahorro familiar queda comprometido en el pago periódico de las cuotas que exige un crédito hipotecario. Más del 30% de los ingresos familiares se destinan a esta finalidad.

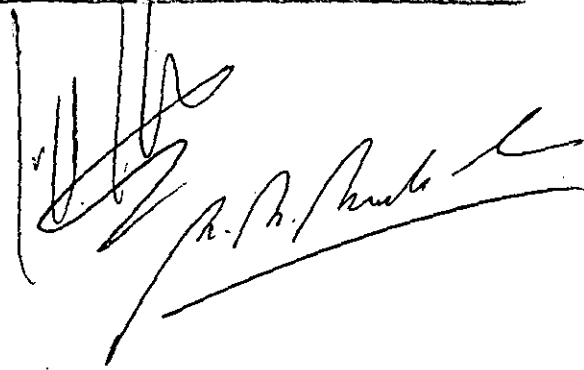
En España, la financiación a la vivienda se realiza básicamente a través de Bancos, Cajas, Cooperativas de Crédito y sociedades de crédito hipotecario y, asimismo, a través del ICO y de las empresas de seguros.

Desde el punto de vista de la financiación existen dos circuitos, el libre, que realizan todas las entidades, y el de VPO, en el que sólo participan aquellas entidades que realizan acuerdos periódicos con el gobierno para dedicar un determinado volumen de fondos a la promoción y adquisición de viviendas, casi exclusivamente de nueva construcción, a unos tipos de interés algo menores que los del mercado, subsidiándolos con cargo a los presupuestos del Estado para aquellos adquirentes que cumplan determinadas condiciones socioeconómicas. Asimismo, se siguen construyendo viviendas con financiación procedente de los presupuestos del Estado y de las Comunidades Autónomas, aunque esta fuente de financiación es cada vez menor y con tendencia a desaparecer.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE Subsistente cum
laude por unanimidad
MADRID, 17 de mayo de 2000.

A handwritten signature, possibly starting with 'Miguel', written in black ink.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alfonso'.

A large, stylized handwritten signature in black ink, possibly 'R. P. P.'.