

# Influencia de los Principios Generales del Derecho Privado en la Economía de Mercado

[Influence of private law principles in market economy]



FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad y Mercantil  
Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado  
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación  
Profesor Centro Universitario Villanueva

**Fecha de recepción:** 26 de junio de 2014.

**Fecha de aceptación:** 1 de septiembre de 2014.

**SUMARIO:** I. INFLUENCIA DEL DERECHO EN LA ECONOMÍA. ■ II. LA INEXACTITUD DE CIERTOS AFORISMOS JURÍDICOS. ■ III. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO QUE INFLUYEN EN EL MERCADO ECONÓMICO. ■ 1. El principio de autonomía de la voluntad. ■ 2. Numerus apertus o libre creación de derechos reales. ■ 3. Libre transmisibilidad de bienes y derechos. ■ 4. Buena Fe contractual. ■ 4.1. Sinalagma inicial en todos los contratos incluidos los aleatorios. ■ 4.2. Información suficiente de los riesgos. ■ 4.3. Transparencia en las condiciones generales y protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas. ■ 5. El principio de responsabilidad patrimonial universal. ■ 6. Principio de prohibición del pacto comisorio. ■ 7. Irretroactividad de las normas. ■ 8. Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en el derecho patrimonial. ■ 9. Protección de terceros de buena fe. ■ 10. El principio de seguridad jurídica preventiva. ■ IV. UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. ■ V. CONCLUSIÓN.

## Resumen

Son principios de Derecho Privado básicos para el desarrollo del mercado el principio de autonomía de la voluntad, con el límite de la ley, la moral y el orden público; el de libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos; la buena fe en los contratos, que implica un sinalagma inicial en las posiciones contractuales, obligación de información sobre los riesgos, así como transparencia en las condiciones generales de la contratación con prohibición de cláusulas abusivas en los contratos en masa; el principio de responsabilidad patrimonial universal y de cumplimiento de los contratos; la prohibición de pacto comisorio; la irretroactividad de las normas, no sólo de los reglamentos sino también de las leyes cuando no sean favorables; la igualdad de los nacionales y los extranjeros en los derechos patrimoniales; la protección de la buena fe de los terceros; y en general la seguridad jurídica, a través de los mecanismos de seguridad jurídica preventiva.

## Palabras clave

Principios generales del Derecho. Economía y Derecho.

## Abstract

The private law principles that are essentials for the development of the market are: the principle of autonomy, with the limit of the law, morality and public order; the free creation of real rights; free transferability of rights; bona fides in contracts, that include initial reciprocity in bilateral commitments and information on contractual risks, prohibiting unfair terms in contracts; the principle of unlimited liability and enforcement of contracts; prohibition of self enforcement of collaterals; non retroactivity of the rules and regulations when they are not favorable; and equality of national and foreigners rights; the protection of bona fide third parties; and overall legal certainty, through preventive legal security mechanisms.

## Keywords

Private law principles. Economy and Law.

## I. INFLUENCIA DEL DERECHO EN LA ECONOMÍA

Coincide hoy al mismo tiempo la última promoción de licenciatura en Derecho del Centro Universitario de Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense –conforme al Plan universitario de 1953– con la primera promoción de Grado en Derecho –conforme al denominado sistema Bolonia–. Al mismo tiempo muchos alumnos se gradúan también en Administración y Dirección de Empresas –antiguo EBS–. Por

eso al encomendarme la lección magistral en este acto, me parecía adecuado abordar un tema que interesara tanto desde el punto de vista jurídico como económico, como es la influencia de los principios generales de Derecho privado en el desarrollo de los mercados y de la Economía en general.

El Derecho privado, llamado a organizar la convivencia entre particulares, es elemento esencial en la construcción política de un país, y también en su desarrollo económico.

No ha existido ninguna organización política estable y fuerte (sea Imperio, civilización, Estado-nación) sin una adecuada organización jurídica. La influencia de Grecia y Roma en todos los ámbitos fue inmensa (en la retórica, el teatro, la gramática, las ciencias), pero tuvo una transcendencia especial en el ámbito del Derecho privado, hasta el punto de que su impronta llega hasta nuestros días. Roma como imperio no se entiende sin su Derecho privado.

Por el contrario los períodos históricos de menor esplendor, de inseguridad y conflictos son aquéllos –como los de la Edad Media– van acompañados de un declive en la ciencia jurídica<sup>1</sup>.

Lo mismo ocurre con las grandes Naciones Estado de la edad moderna e incluso contemporánea. Los soldados franceses se dice tenían en su mochila el Código Civil (Código Civil Napoleónico que tanta influencia tuvo en el Código Civil español de 1889). Y el imperio Británico, aunque alejado del fenómeno codificador continental, tuvo como base la solidez de los principios y precedentes judiciales del *common law* y una cada vez más numerosa normativa escrita.

La propia España se forjó como Estado propio con los Decretos de Nueva Planta, pues la unión de los Reyes Católicos en 1472 no afectó a los respectivos ordenamientos jurídicos privados de Aragón y de Castilla. Incluso tras los Decretos de Nueva Planta de Felipe V de 1707 y 1715 –ahora tan denostados por algunos– por los que se derogaron los fueros locales y territoriales, a pesar de ello la diversidad del Derecho privado se mantuvo, incluso hasta nuestros días.

A mi juicio España como nación moderna se lo debe también a la legislación nacional general de Derecho Privado de la que encontramos ejemplos en la ley hipotecaria de 1861, del Notariado de 1862, de Registro Civil de 1870, y sobre todo al Código de Comercio de 1885 y en el propio Código Civil de 1889.

Algo similar es lo que está pasando a nivel europeo, donde cada vez son más los que piensan que la integración de los países de la Unión Europea pasa también por la unificación de su Derecho Privado. No es un problema solo de supresión de obstáculos a la libre circulación de personas y capitales –que también– sino de facilitar la libre contratación transfronteriza.

El mercado interior exige también el acercamiento de las instituciones de derecho privado. De ahí los esfuerzos de unificación de los principios contractuales de Derecho

---

1. Baste pensar en que eran meros comentaristas de la evolución del Derecho justinianeo y de su tránsito a lo que se discutió si era una influencia de los pueblos bárbaros –Derecho germánico– o como defendió mi querido profesor en estas aulas García Gallo, una mera pervivencia del Derecho romano vulgar. Véase GARCÍA GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigótica*, 1941.

europeo y la numerosas directivas y reglamentos en Derecho privado, no solo de Derecho mercantil o concursal, sino también civil, como ocurre en materia de ejecución de resoluciones judiciales de familia.

Pero no sólo desde una perspectiva de organización política el Derecho privado es esencial, sino también desde una perspectiva económica. Los mercados (entre ellos el inmobiliario y el financiero) consisten más que intercambio de bienes y servicios, en una negociación de derechos sobre los mismos y por tanto es esencial conocer los principios que lo rigen. Lo que crea riqueza no es tanto el trueque o actividad comercial de los individuos, sino las construcciones jurídicas que permiten incorporar los bienes y servicios a la negociación privada.

La aportación del Derecho privado a la Economía es así fundamental. Es más, podría decirse que es la parte esencial del desarrollo económico de los pueblos.

## II. LA INEXACTITUD DE CIERTOS AFORISMOS JURÍDICOS

El objeto de este estudio es estudiar los principios fundamentales de nuestro Derecho privado para comprobar si facilitan las relaciones comerciales entre personas privadas –físicas o jurídicas–.

Estos principios generales son verdadera fuente de Derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.4 Código Civil que les atribuye eficacia normativa, en defecto de ley y de costumbre, y siempre como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico.

Lo que no pueden es confundirse con aforismos jurídicos inexactos, más cercanos a los refranes que a otra cosa, que se pretenden aplicar como si fueran axiomas y que tan solo confunden.

Piénsese en el aforismo «*el que calla otorga*» –*qui tacet consentire videtur*– que veces se entiende como la aquiescencia de quien escucha sin decir nada a lo que se está exponiendo por otra persona. Esto no es cierto, pues el que calla simplemente no dice nada, pero no debe quedar vinculado. Cuestión distinta es que debiendo hablar y habiendo sido requerido para ello no conteste, lo que podrá ser valorado por el juzgador.

Lo mismo ocurre con el aforismo latino «*qui jure suo utitur neminem laedit*» –*nadie hace daño ejerciendo su derecho*–. En una concepción social del derecho de propiedad, los derechos no son absolutos, sino que están encaminados a cumplir una función social (véase artículo 33 de la Constitución española) y en consecuencia aunque esté amparado en el texto de una norma su ejercicio puede ser abusivo y no lo ampara el Derecho (cfr. artículo 7-2 Código Civil)<sup>2</sup>.

Más bien ocurre al contrario, es principio general del Derecho el de la prohibición del abuso de derecho. Es cierto que para que el ejercicio de un derecho reconocido en una norma suponga abuso de derecho y por tanto esté proscrito, es preciso que como sancionó la sentencia del TS de 27 de abril de 1976 «ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho».

Pero lo que es verdad es que quien ejerce un derecho aunque esté amparado en una norma, puede estar actuando contrariamente al ordenamiento jurídico si se extralimita en su ejercicio en daño para tercero. Este es precisamente el origen de la doctrina de los actos de emulación para la prohibición de las inmisiones en fundo ajeno.

El abuso de derecho, al igual que el enriquecimiento injusto, son abiertamente incompatibles con el ejercicio de un derecho por su titular.

Los derechos son por tanto intrínsecamente limitados y no absolutos, ni siquiera el derecho de propiedad. Por el contrario la función social de la propiedad supone que puede tener límites, sin derecho a indemnización, como ocurre con la propiedad urbana sometida a los límites del planeamiento urbanístico.

En definitiva, la aplicación literal de los brocardos jurídicos como el analizado, no siempre es procedente y muchas veces existen verdaderos principios jurídicos en sentido contrario.

### III. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO QUE INFLUYEN EN EL MERCADO ECONÓMICO

Los verdaderos principios generales son verdadera fuente de Derecho, permiten ser invocados en un recurso judicial, siempre que al menos se cite algún precepto del cual se infieren o hayan sido reconocidos por la jurisprudencia.

A mi juicio los más importantes principios de Derecho privado desde una perspectiva patrimonial y económica son fundamentalmente los siguientes: el principio de autonomía de la voluntad; el *numerus apertus* o libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos; la buena fe contractual; el principio de responsabilidad patrimonial universal; la prohibición de pacto comisorio; la igualdad de los derechos de españoles y extranjeros; la irretroactividad de las normas no favorables; el principio de protección de terceros de buena fe; y la seguridad jurídica preventiva.

#### 1. El principio de autonomía de la voluntad

En virtud del principio de autonomía de la voluntad los negocios entre particulares son obligatorios sin más límite que la ley, la moral y el orden público. En derecho romano se decía «*pacta sunt servanda*». Mientras no sean estipulaciones prohibidas expresamente o contrarias a la moral o a los principios esenciales de nuestro sistema social y político—no otra cosa significa orden público— lo pactado es válido y vincula a los contratantes.

Su principal manifestación en sede contractual radica en el artículo 1255 CC, según el cual «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas, y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público*». En el ámbito sucesorio tiene su expresión el artículo 675 CC que hace de la voluntad del causante ley de la sucesión.

Este principio general tiene también su reconocimiento en los derechos forales o especiales, como ocurre en Derecho aragonés a través de la regla «*standum est char-*

*tae*»<sup>3</sup>–, o en el Derecho Navarro en el principio «*paramiento fuero vienze*» –ley 7 de la Compilación de 1 de marzo de 1973–. La voluntad contractual prevalece frente a cualquier otra fuente, siempre que no sea contraria a normas prohibitivas, y se presume que las normas son dispositivas.

El principio de autonomía de la voluntad está ligado al de libertad de forma, de manera que los contratos obligan cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, y desde entonces obligan (*cf.* artículos 1258 y 1278 CC). La exigencia de forma pública es a efectos probatorios (*ex* artículo 1280 CC) y sólo excepcionalmente a efectos constitutivos o de valer (caso de la donación de inmuebles o la hipoteca entre otros).

La voluntad de los otorgantes, es la principal fuente de las obligaciones, y solo tiene como límite que haya norma prohibitiva expresa, o vaya en contra de la moral o el orden público entendido como principios esenciales de nuestro sistema social y político. Eso sí, cuando vayan en contra de norma imperativa el acto es nulo de pleno derecho salvo que en aquella se establezca un efecto distinto para caso de contravención (*cf.* artículo 6-3 CC).

Por poner un ejemplo de contravención del orden público interno, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que aborda el problema de la maternidad subrogada o vientres de alquiler en el extranjero. En España la filiación por sustitución está prohibida<sup>4</sup> pero era discutido el valor de las inscripciones practicadas en un Registro civil de un Estado donde el contrato de gestación por sustitución fuera válido y si el reconocimiento de la certificación registral extranjera debía ser o no reconocida en España. Frente al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>5</sup> que lo admitió –para

3. artículo 3 del TR de las leyes civiles aragonesas de 22 de marzo de 2011.

4. El artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, determina que «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

5. La normativa del Registro Civil para la eficacia de la inscripción en Registros civiles extranjeros exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. En el derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. Igualmente en España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución, y determina la filiación materna por el parto. El Tribunal Supremo considera que esa previsión legal constituye el *orden público internacional español* en la materia, definiéndolo como el «sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan» y actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. La sentencia no admite el argumento del «interés superior del menor» como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Considera prevalente el respeto a la dignidad de la gestante, y el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil. Nuestro ordenamiento jurídico y los de otros países con similares principios y valores no aceptan que los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizan la gestación y la filiación o permitan a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza. En consecuencia se rechaza en España la inscripción del traslado de la inscripción practicada en el Registro civil extranjero y la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. La sentencia insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, que inicie las acciones pertinentes para

un caso acaecido en California (EE.UU.)– la sentencia rechaza que sea posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento aunque lo sea en virtud de resoluciones judiciales válidas con arreglo al Derecho extranjero, precisamente por contravenir el orden publico interno español.

Otro ejemplo sería la imposibilidad de extender el régimen económico matrimonial de gananciales a las uniones de hecho, problema que aborda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013 y según la cual la normativa del matrimonio –en particular del régimen económico matrimonial– no puede ser aplicable analógicamente a las uniones de hecho, dado que la unión de hecho, aún generando una familia no equivale al matrimonio. Podrán pactar inter partes una comunidad similar a la de gananciales, pero nunca frente a terceros<sup>6</sup>.

## 2. *Numerus apertus* o libre creación de derechos reales

Muy ligado al anterior, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de *numerus apertus* en la creación de nuevos derechos reales (artículo 2 Ley Hipotecaria y 7 de su reglamento).

Los analistas económicos del Derecho civil exigen en un mercado eficiente, no sólo la existencia de instrumentos que faciliten la toma de decisiones, sino que además no existan asimetrías de información. La adecuada formación de los precios en un mercado ideal, parte de la base de la reducción al mínimo de los costes de transacción exigidos para la toma de decisiones, esto es, del importe de lo que el adquirente satisface, al margen del precio, para la adquisición del bien o servicio. Aunque los costes de transacción cero son difíciles de obtener, al menos debe perseguirse el objetivo de abaratarlos en lo máximo posible y que sean iguales para todos.

Por eso es muy importante que los compradores de bienes y servicios conozcan con precisión no sólo los titulares de los bienes y servicios que pretenden adquirir, las cargas

---

determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

6. Esta RDGRN de 7 de febrero de 2013, cita a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998, la cual declaró que: «... naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter pateticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes...». Por lo tanto, consideramos que los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público. Así pues, los convivientes podrán pactar entre ellos, que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, admitiendo la validez de este pacto, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales. Pero el Centro Directivo niega que pueda existir una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico –no así desde el social–, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial– sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales, ni siquiera mediante pacto expreso de los convivientes

o gravámenes que soportan, sino también –y esto es esencial– las consecuencias jurídicas de la operación que van a formalizar.

De esta forma se erige en esencial la tipicidad de los derechos, esto es, la definición típica por la ley del ámbito, extensión y efectos de los derechos que pueden ser intercambiados. La doctrina de los «property rights» no es otra cosa que eso: la definición clara de los derechos reales que facilite la negociación de los bienes, proporcionando a los operadores del mercado una información rápida y fiable de las consecuencias jurídicas de sus decisiones.

Ahora bien la tipicidad de los derechos reales debe conciliarse con la aparición de nuevas figuras no contempladas explícitamente por el legislador. Para ser competitivos en el mercado deben admitirse nuevas figuras de derechos reales.

Mientras exista causa justificativa para su reconocimiento y no exista figura jurídica que ya cumpla su cometido, pueden crearse nuevas figuras de eficacia o transcendencia real. Ahora bien para que esto sea posible, esos nuevos derechos reales deben estar determinados, no ser indefinidos y tener forma pública al amparo del artículo 1280 CC. Por esta vía se han creado en España nuevos derechos reales, no contemplados por turnos –que nacieron al margen de un reconocimiento legal expreso como multipropiedad<sup>7</sup>, se ha incorporado a nuestro Derecho figuras extranjeras, como *el leasing* inmobiliario, etc.

Una de las figuras que más ha costado finalmente admitir ha sido las hipotecas globales en garantía de pluralidad de obligaciones, tales como las hipotecas en garantía de crédito abierto que cubren el saldo de las diversas disposiciones efectuadas, cada una con su propio tipo de interés y vencimiento. La DGRN las admitió tímidamente en algún supuesto para finalmente tener cobertura legal en la ley hipotecaria tras la reforma 41/2007.

Creo que esto también es bueno para la economía y el desarrollo del mercado. Los sistemas que no admiten la creación de nuevas figuras de derechos encorsetan el desarrollo económico.

### 3. Libre transmisibilidad de bienes y derechos

No puede existir mercado sin este principio general del Derecho. Nuestro Ordenamiento jurídico privado lo incorpora como principio general, teniendo manifestaciones dispersas: los derechos son transmisibles salvo pacto en contrario (artículo 1112 CC), no caben sustituciones fideicomisarias más allá del segundo grado (artículo 781 CC), no cabe prohibiciones perpetuas de disponer o enajenar, ni más allá del límite para las sustituciones fideicomisarias (artículo 785 CC), no tienen acceso al Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso (artículo 26 27 Ley Hipotecaria), no es válido el pacto de no hipotecar (107.3 Ley Hipotecaria), etcétera.

No cabe confundir la libre transmisibilidad de los derechos con la cesión contractual que exige el consentimiento de todos los interesados.

---

7. Finalmente reconocidos por la Ley 4/2012, de 6 de julio, sobre aprovechamiento por turnos, anteriormente Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La libre transmisibilidad de los derechos no es atributo solo de los derechos reales, donde esta regla es normalmente intrínseca al mismo a excepción de los indisponibles (caso del uso o habitación ex artículo 525 CC) sino también de los derechos personales, salvo que sean personalísimos o «*intuitu personae*». De ahí la posibilidad de la acción subrogatoria del 1111 CC salvo en los derechos inherentes a la persona.

La libre transmisibilidad de los bienes y derechos tiene como consecuencia la apertura del mercado de garantías. Siempre he pensado que el intercambio de bienes y servicios en el que el mercado consiste se basa en la financiación, y ésta no existe sin garantías, tanto personales como reales.

Una de las modalidades de garantías reales que se están ahora abriendo camino con más fuerza es el de la pignoración de los derechos de crédito, incluso aunque no hayan nacido –sean meramente futuros y siempre que la relación jurídica básica de la que nazcan esté determinada–.

La prenda de créditos admite dos modalidades, pues puede configurarse como cesión de derechos en garantía a través de las reglas de los artículos 1526 y ss. del CC; o bien como prenda sin desplazamiento de posesión, conforme a la Ley de HMPD. La pignoración de derechos ya existentes admite la primera de las modalidades, pero la pignoración de derechos futuros (caso por ejemplo de los clubes de fútbol cuando pignoran los derechos audiovisuales derivados de su participación en las ligas profesionales) exige adaptarse a la prenda sin desplazamiento de posesión y exige inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Lo ha reconocido así la Instrucción de la DGRN de 12 de mayo de 2012.

Dentro de este contexto cabe destacar que recientemente España ha ratificado el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, mediante instrumento de adhesión publicado en el BOE el 4 de octubre de 2013. Aunque han transcurrido varios años desde su aprobación hasta la ratificación por España, no deja de ser un hecho de gran trascendencia, dado que va a exigir una importante adaptación de la normativa española sobre garantías mobiliarias. Este convenio internacional consta de tres protocolos internacionales adicionales, pendientes aún de ratificación por España, que son el protocolo sobre bienes aeronáuticos de la misma fecha que el Convenio marco; el protocolo sobre material ferroviario (Luxemburgo, 23 de febrero de 2007); y el protocolo sobre equipos móviles en temas relativos a bienes espaciales (firmado en Berlín, el 9 de marzo de 2012). Es decir, cada uno de los protocolos regula las características especiales de los equipos móviles en los tres sectores principales de la automoción, como son los bienes aeronáuticos, los ferrocarriles y los bienes espaciales, en particular los satélites<sup>8</sup>.

La creación de este Registro Internacional sobre bienes de equipo, demuestra que la industria necesita un marco normativo regulador de las garantías reales, a nivel internacional, sin la cual no es posible el desarrollo de la financiación. Y entre los bienes

---

8. Mientras no se produzca la ratificación de alguno de los convenios complementarios, no tiene eficacia práctica el Convenio base de Ciudad del Cabo. Lo normal es que el primero es aprobarse sea el protocolo relativo a aeronaves, pues es donde la industria afectada está más interesada. La creación del Registro Internacional va a permitir hacer eficaz en cualquier Estado miembro las garantías internacionales constituidas con arreglo al convenio, así como las garantías nacionales constituidas conforme al Derecho nacional de cada Estado. Sobre este tema véase GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y HEREDIA CERVANTES, I. «*El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial*», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 731, pp. 1415-1450.

susceptibles de darse en garantía están no solo los propios bienes muebles financiados, sino su tecnología. Esto se demuestra bien en el protocolo sobre bienes espaciales, donde la toma de control del satélite se sustituye por la clásica desposesión del bien ejecutado en caso de impago.

#### 4. Buena Fe contractual

Ya he estudiado la necesidad de que el ejercicio de los derechos sea de buena fe. El Derecho no admite el ejercicio antisocial de los derechos. Ni siquiera la invocación de la titularidad de un derecho ampara su ejercicio abusivo.

El ejercicio del derecho tiene como límites su función social, el no lesionar derechos de otros, no ir en contra de los propios actos. La doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos –por ejemplo en la invocación tardía de defectos puramente formales– pueden servir también de criterio para determinar el ejercicio abusivo de un derecho.

Pero también en el ámbito contractual rige la exigencia de buena fe. Los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (*cf.* artículo 1258 CC). La buena fe es así elemento integrador del negocio jurídico.

Además este principio se traduce, a mi juicio, en varias consecuencias: necesidad de un equilibrio inicial entre los contratantes (no sólo en los sinalagmáticos conmutativos sino también en los aleatorios); en la obligación de informarse recíprocamente de los riesgos contractuales; en la imposibilidad de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes; y en la necesidad de transparencia en las condiciones generales de los contratos, con prohibición de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

##### 4.1. Sinalagma inicial en todos los contratos incluidos los aleatorios

La falta de reciprocidad en los contratos sinalagmáticos puede dar lugar a la doctrina jurisprudencial denominada *cláusula rebus sic stantibus*, si se frustra tal equilibrio como consecuencia de la alteración imprevista de las circunstancias que llevaron a contratar. Esta doctrina, que tampoco se recoge explícitamente en ningún precepto de nuestro Código Civil, puede ser considerada un principio general de Derecho básico en nuestro ordenamiento jurídico. Y sí está contemplado expresamente en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en enero de 2009<sup>9</sup>.

Pero la necesidad de sinalagma inicial se da también en los contratos aleatorios. Ocurre así en los derivados financieros, donde la causa negocial es la traslación del ries-

---

9. Artículo 1213 de la Propuesta de Modernización: Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no queda obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

go en operaciones financieras que en sí misma son aleatorias. En este sentido se puede afirmar que los contratos a plazo, como todos los derivados financieros, son contratos aleatorios<sup>10</sup>. Si todo contrato tiene por finalidad genérica regular la atribución de riesgos entre las partes contratantes, en los contratos aleatorios el riesgo se erige en elemento esencial del contrato. Si no hubiera aleatoriedad –caso por ejemplo de que el valor subyacente no fuera susceptible de evolución aleatoria– el contrato a plazo y en general los derivados financieros serían nulos con carácter absoluto, de pleno derecho.

Pero la existencia del «*alea*» no significa que existan las mismas probabilidades o que el triunfo de ambas partes sea igualmente verosímil. Que sea aleatorio, no significa que exista desequilibrio de prestaciones ni que pueda ser abusivo. Ello ha llevado a la jurisprudencia a excluir que el mero resultado adverso determine la posibilidad de su impugnación. Cuestión distinta es que pueda serlo cuando no se ha informado suficientemente de los riesgos. Caracterizado por la indeterminación inicial del resultado, que depende de de circunstancias que lo hacen incierto, no obstante lo cual las partes asumen el riesgo, es claro que no basta el resultado adverso, cuya posibilidad es implícita al contrato, para erigirse en motivo de la pretensión de su anulación. Por tanto al ser aleatorios no se pueden considerar como conmutativos o sinalagmáticos, al menos carecen de sinalagma funcional. Pero sí serían sinalagmáticos de forma inicial o genérica, en cuanto que al pactarse la causa de la celebración es la prestación o promesa de la otra parte, y entre sentido serían además onerosos (*cfr.* artículo 1274 CC).

En este sentido, no solo en los contratos bilaterales o sinalagmáticos debe existir un equilibrio de prestaciones. También en los contratos de resultado aleatorio, cuando son bilaterales, debe existir un sinalagma funcional inicial equilibrado, como ocurre en los derivados financieros.

#### 4.2. Información suficiente de los riesgos

Los contratos son mecanismos de atribución de riesgos. Alguien termina perdiendo o ganando en el mercado económico de intercambio de bienes y servicios.

Dentro de este contexto es importante garantizar un acceso de todas las partes contractuales a la información, a través de reglas de transparencia.

En el ámbito mercantil la información suficiente y la igualdad de costes de transacción exige un entramado de medidas que logren la transparencia, tales como el depósito de las cuentas de sociedades, la información a los organismos reguladores de situaciones de incompatibilidad –por ejemplo como consecuencia de la contratación de derivados financieros– y tantas otras adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, en el ámbito mercantil la información suficiente se traduce en la normativa sobre transparencia que abarca todo el régimen de las sociedades de capital, especialmente de las cotizadas.

En el ámbito contractual en general exige información precontractual previa entre las partes respecto de los riesgos del contrato. Así se considera fundamental en el bo-

---

10. Según el artículo 1790 del Código Civil «*Por el contrato aleatorio, una de las partes o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*».

rador de reforma del Código Civil, con relación al contrato de servicios, elaborado por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2011, siguiendo los principios de Derecho Contractual Europeo<sup>11</sup>.

#### 4.3. *Transparencia en las condiciones generales y protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas*

Determina el artículo 1256 del Código Civil que *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los interesados*.

En el ámbito de los contratos en masa o de adhesión, donde las cláusulas contractuales están prerredactadas por la parte empresarial o profesional, y encaminadas a regular una pluralidad de contratos, la prohibición de desequilibrio contractual tiene una mayor exigencia, exigiendo transparencia en las condiciones generales impuestas en los contratos y prohibiéndose que contengan cláusulas abusivas.

Nuestro Derecho llevó a cabo a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la trasposición la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas de los contratos. Y la jurisprudencia más reciente se ha ido decantando sobre la necesidad de información contractual suficiente en los contratos en masa con consumidores, en particular en ciertos contratos financieros de riesgo como son los derivados financieros.

De nada serviría un entramado de reglas que hicieran posible un eficiente mercado, si luego los consumidores tuvieran recelo de participar en él. Si sus derechos no son garantizados, temerán de acogerse al sistema, y el mercado se paralizaría.

En el mercado económico debe, a mi juicio, buscarse un adecuado equilibrio entre reglas eficientes que aseguren el crédito del acreedor, y la suficiente protección de los derechos del consumidor. Tampoco debe caerse en una sobreprotección del consumidor final de los bienes y productos, como de una suerte de incapaz se tratara. Ello redundaría en perjuicio de todos los consumidores en general, vía incremento de precios. Pero un adecuado reconocimiento de los medios de defensa del usuario, le incentiva a participar en el tráfico jurídico y económico.

---

#### 11. **Artículo 3.**

1. Antes de la celebración del contrato, el prestador del servicio ha de informar al cliente de los riesgos que conozca sobre el servicio en cuestión, en concreto:

- a) que no se pueda alcanzar el resultado pretendido por el cliente,
- b) que se puedan lesionar otros intereses del cliente, o
- c) que pueda resultar más oneroso o requerir más tiempo del que razonablemente podía esperar el cliente.

Se presume que el prestador del servicio conocía los riesgos mencionados si eran manifiestos atendiendo a todos los hechos y circunstancias conocidos por él, teniendo en cuenta la información que debía reunir sobre el resultado pretendido por el cliente y las circunstancias en las que hubiera de llevarse a cabo.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable si el cliente conocía ya los riesgos referidos o podía presumirse que los conociera. No se puede presumir que el cliente conozca un riesgo por el hecho de que sea perito en la materia, o haya sido asesorado por un perito, a no ser que éste haya actuado como mandatario y conociera el riesgo, o debiera haberlo previsto.

3. Si se produjera alguno de los riesgos referidos y el prestador del servicio no hubiera informado sobre ellos, el cliente podrá rechazar cualquier modificación del servicio amparada en el artículo 11, salvo que el prestador pruebe que el cliente, de haber sido debidamente informado, también habría celebrado el contrato. Esto se entiende sin perjuicio de las demás acciones, incluidas las derivadas del error, que puedan corresponder al cliente.

La protección del consumidor debe venir dada a través de los siguientes criterios:

a) Obteniendo suficiente información precontractual y contractual

El consumidor debe tener suficiente información de lo que contrata y de los riesgos que asume. Así no debe cejarse en la implantación de Códigos de Conducta de las Entidades Financieras en orden a la suficiente información al consumidor de las consecuencias de los productos que van a firmar y en las normas sobre información precontractual de carácter imperativo<sup>12</sup>. Incluso debe estudiarse la conveniencia de implantar derechos de desistimiento posteriores a la celebración del contrato, como ya ocurre en otras materias (aprovechamiento por turnos, ventas fuera de establecimientos mercantiles, etcétera).

b) Impidiendo la imputación de riesgos al consumidor que no le corresponden por razón de su especialización

Debe acabarse, bajo un régimen de nulidad radical –en el ámbito civil– de los productos financieros que por su complejidad, no deben ser dirigidos a consumidores (así lo exige la Directiva *Markets in Financial Instruments Directive* –MIFID–)<sup>13</sup>.

c) Evitando la imposición de cláusulas abusivas en los contratos en masa

Ahora bien, tal control preventivo no debe impedir la introducción de nuevos productos financieros, en base al principio de libertad contractual, ya que supondría un entorpecimiento del desarrollo económico. No cabe considerar abusivas cláusulas en base a criterios generales de desequilibrio contractual, sin base en ninguna prohibición específica, ya que eso entorpecería la creación de nuevos productos financieros (baste pensar en la dificultad que tuvo la introducción en España de la hipoteca en garantía de crédito abierto, que en ocasiones se consideraba injustificadamente como una suerte de reserva de rango en beneficio de un acreedor determinado y en perjuicio de los demás).

La abstención de los Notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas y su denegación por parte de los Registradores caso de que se hayan incorporado al título, viene exigida por lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriormente artículo 10.6 del TR de 1984 en la redacción dada por Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación en transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) y se circunscribe a supuestos determinados.

---

12. En este sentido debe destacarse el artículo 14 de la Ley 2/2009, de 21 de Marzo, sobre contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios, así como la Orden del Ministerio de Economía de Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011 sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios –que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994–.

13. En este sentido es importante lo establecido en el artículo 6º de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en cuanto a la información previa y constancia manuscrita de que se ha informado sobre los riesgos de las cláusulas suelo/techo y de los derivados financieros complementarios a préstamos hipotecarios dirigidos a personas físicas.

En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy en día contenida en los artículos 85 a 90 del TRDCU de 2007, antes disposición adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
- b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace;
- c) cuando estén se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>14</sup>.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLDCU de 2007 –antes artículo 10 bis de la LGDCU– ya que corresponde al juez en tales casos declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Por supuesto tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquéllas que integren el objeto del contrato –como pudiera ser el precio en una compraventa o el tipo de interés en un préstamo<sup>15</sup>–.

En este sentido es clarificadora la posición de la DGRN en la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria –en su redacción dada por Ley 41/2007–, que ampara la exclusión de cláusulas contrarias a norma imperativa o prohibitiva o bien contraria a sentencia judicial firme (véase por todas Resolución DGRN de 4 de noviembre de 2010), frente al criterio inicial –y equivocado– del Centro Directivo de favorable a la transcripción literal de cláusulas financieras. En efecto, sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 19 de abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007 que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva. En contra de este criterio, la Sentencia de 1 de abril de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona –en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución–, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la posición más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas resoluciones de 1 de octubre de 2010,

---

14. El artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, que sustituye al artículo 10.6 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en la redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, establece que: «los notarios y registradores, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

15. Muy discutible es que pueda calificarse el tipo de interés de demora, por muy alto que parezca, y sólo podrá rechazarse en base al propio Texto Refundido de 2007, los tipos de interés que para descubiertos prevé la Ley de Crédito al Consumo.

4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011). Es cierto que esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011 ha sido casada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de septiembre de 2013 por un problema formal<sup>16</sup>. Pero sanciona el deber de notarios y registradores de negar su colaboración con títulos nulos<sup>17</sup>.

Según esta posición –jurisprudencial y la más reciente y acertada doctrina del Centro Directivo de notarios y registradores– se puede afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquéllas cláusulas financieras –incluidas las de vencimiento anticipado– siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquéllas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados<sup>18</sup>.

---

16. Por razón de la falta de legitimación de notarios y registradores para recurrir cuando no hay un interés legítimo, como pudiera ser la amenaza de un expediente disciplinario u otro similar.

17. Esta Sentencia de 13 de septiembre de 2013 en su Fundamento de Derecho Tercero, tras señalar que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 41/2007 debe interpretarse en conjunción con la normativa europea y con la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, que considera irrenunciables los derechos reconocidos por ella a los consumidores y en cuyo artículo 18, con ocasión de los deberes de notarios y registradores, afirma que estos últimos deben denegar la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Igualmente destaca los artículos 552 y 695 de la LEC en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo los funcionarios negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos, posición que ha sido sostenida en sus últimas resoluciones por la DGRN, a la cual da un claro respaldo.

18. En base a los pronunciamientos judiciales citados anteriormente podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse en el Registro:

- a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;
- b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;
- c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según ley 41/2007;
- d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;
- e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;
- f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;
- g) cláusulas denominadas «suelo» donde se fija un tipo de interés mínimo pero no un tope máximo de evolución –cláusula «techo»– La STS de 9 de mayo de 2013 exige que sean recíprocas y suficientemente informadas, como ahora se verá.

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de un número razonable de cuotas de principal o intereses. No sería válido en la actualidad, tras la Ley 1/2013, el pacto de vencimiento anticipado por un solo impago –como había dejado entrever la STJUE de 14 de marzo de 2013–, pero sí cuando se han impagado tres mensualidades o una cantidad equivalente
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2013 en la cuestión prejudicial C-415/2011, aunque no pone en duda la adecuación al Derecho de la Unión Europea la existencia de títulos ejecutivos que favorezcan el cobro de las deudas, sí ha considerado que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajusta a la normativa de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al no permitir alegar la nulidad de las condiciones generales nulas por abusivas dentro del procedimiento de ejecución. No se discute la validez del procedimiento ni la posibilidad de títulos ejecutivos que disminuyan las causas de oposición. Pero sí que no se puedan alegar en el proceso de ejecución.

Esta deficiencia ha sido subsanada por la Ley 1/2013, de 14 de marzo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. Con lo cual no sólo los jueces en virtud de la doctrina del TJUE pueden apreciar de oficio las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios sino que se establece como nueva causa de oposición a la ejecución, sin necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

En aplicación de esta sentencia del TJUE la sentencia de 2 de mayo 2013 Juzgado Mercantil 3 Barcelona (de aquí salió la Sentencia TJUE 14 marzo 2013 –siguiendo los links se llega a ellas), declara nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota y la de intereses de demora del 18,75% en una hipoteca de vivienda. Aunque el pacto de liquidez pueda considerarse válido, también se declara nulo por ser abusivas las cláusulas que determinan la liquidación y la apertura de la expeditiva ejecución directa.

Aclara que las cláusulas no pueden integrarse en beneficio del predisponente y desaparecen del contrato.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sienta los criterios fundamentales a tener en cuenta por todos los interesados en la controvertida y espinosa cuestión de las cláusulas suelo. Declara la nulidad de las cláusulas suelo, contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores de las que no haya habido suficiente información de los riesgos asumidos, conforme a la Directiva MIFID. Si bien considera –de forma un tanto llamativa, pues el tribunal no puede alterar las consecuencias de la nulidad contractual– que la sentencia no tiene eficacia retroactiva de manera que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales.

## **5. El principio de responsabilidad patrimonial universal**

Un presupuesto básico de un mercado que funciona con eficiencia en la asignación de recursos es que las obligaciones contraídas sean cumplidas. Los costes de transacción se incrementan a medida que la morosidad se va incrementando y hacen inviable el mercado cuando el pago o cumplimiento de las deudas se paraliza.

El principio general de responsabilidad universal se suele cifrar en el artículo 1911 del Código Civil, cuando afirma que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.

Son muchos los mecanismos que el Derecho ofrece para asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones. Desde la autorregulación de los contratantes (principio de autonomía contractual) hasta la previsión por parte del Ordenamiento jurídico de garantías que aseguren el pago.

Dentro de la autorregulación, podemos destacar las figuras de la cláusula penal, de los intereses de demora y las cláusulas de resolución contractual.

Dentro de las garantías típicas ofrecidas por el Derecho, están las garantías personales y reales. Sólo estas últimas aseguran plenamente el cobro, ya que en las primeras (caso de la fianza) rigen los beneficios de excusión y división que obligan al acreedor a buscar primero bienes suficientes del deudor para luego dirigirse y en la parte proporcional a cada uno de los fiadores. Por el contrario las garantías reales suponen la afección directa del bien al pago de la deuda cualquiera que sea su poseedor (prenda e hipoteca); esto supone una mayor eficiencia, porque no se está al albur del riesgo de insolvencia del deudor o de la existencia de otros créditos preferentes.

Como categoría intermedia están los créditos privilegiados para el cobro sobre determinados bienes (denominados también privilegios reales), pero que no pierden su condición de tales créditos ni se convierten en garantías reales. De ahí la posición clásica de la Dirección General de los Registros y del Notariado de considerar que nunca un privilegio puede anteponerse a un derecho real<sup>19</sup>.

El reconocimiento de un derecho subjetivo implica no sólo la atribución de facultades a los sujetos, sino también el reconocimiento de acciones. Y por tanto también de procedimientos para hacerlas efectivas. No podremos considerar un mercado como eficiente, si al acreedor no se le ofrecen cauces adecuados para la recuperación de su inversión o la ejecución de sus garantías. De la misma manera, cuanto más lentos sean los procedimientos de ejecución de las garantías, mayor será la depreciación de los bienes que las soportan y mayores en definitiva los costes globales de transacción. En España la duración media de los procesos judiciales de ejecución no es excesiva, pero aún admite una reducción sustancial.

Abandonada por la Comisión Europea a corto plazo, la unificación de los mercados hipotecarios, es precisamente ésta, es decir, la agilización de las ejecuciones hipotecarias, uno de los pocos objetivos que se quieren conseguir a nivel general en la Unión Europea<sup>20</sup>.

Sería ilusorio negar que todo mercado eficiente, además de justo, equilibrado y que proporcione idénticas posibilidades de información a los contratantes, debe basarse en la posibilidad de resarcimiento del acreedor en caso de incumplimiento. Las garantías – personales o reales, incluida aquí hipotecaria– deben poder permitir al acreedor cobrar con rapidez en caso de impago. La existencia de un procedimiento monitorio para el cobro de deudas, los procedimientos ejecutivos y en particular el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, son en España, ejemplos de procedimientos rápidos y eficientes de cobro.

En este sentido deben mantenerse figuras como los títulos ejecutivos y las causas limitadas de oposición. La admisión de una causa de oposición por carácter abusivo de la cláusula en la ejecución, admitida por Ley 1/2013, de 14 de mayo, debe considerarse en este contexto excepcional.

Además deben potenciarse los procedimientos de ejecución extrajudicial, siendo muy perjudiciales los precedentes jurisprudenciales –superados por la reforma de la

---

19. Véase sobre la imposibilidad de que un crédito salarial superprivilegiado del artículo 32 Estatuto de los Trabajadores suponga la paralización de la ejecución hipotecaria, la RDGRN de 29 de abril de 1998, según la cual la hipoteca implica un ius distrahendi del patrimonio del deudor o tercer poseedor de los bienes, sin que pueda anteponerse a ella ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea.

20. Annik Lambert, Secretaria de la Federación Hipotecaria Europea, en el curso de verano de la Universidad Rey Juan Carlos, julio 2007, sobre la reforma del mercado hipotecario.

LEC de 1 de enero de 2000— que afirmaban el carácter necesariamente judicial de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Dentro de este contexto debe rechazarse la admisión generalizada de la dación en pago obligatoria. La posibilidad de liberarse de la deuda entregando el bien dado en garantía debe quedar limitado a los supuestos en que así se haya pactado expresamente entre las partes.

Macroeconómicamente está demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, fomenta el abandono del inmueble y provoca la subida de tipos de interés como compensación a esos mayores riesgos.

Admitir la dación en pago obligatoria, esto es, como causa de extinción de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario sin contar con el acreedor hipotecario, supondría una grave quiebra no sólo del sistema hipotecario sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Máxime si se pretendiera que fuera retroactiva la medida, como quería la iniciativa popular en favor de la dación en pago. Ello iría en contra de principios constitucionales de seguridad jurídica y no retroacción de las normas (artículo 9 CE) y del derecho de propiedad (artículo 33 CE) y sobre todo desde un punto de vista económico incrementaría el denominado «riesgo país», pues uno de los pilares básicos de toda sociedad moderna y desarrollada es el cumplimiento de los contratos.

No obstante el legislador español ha adoptado medidas equilibradas para atender situaciones de exclusión y para proteger al deudor frente a cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Además ha servido para considerar abusivas ciertas actuaciones en las ejecuciones hipotecarias, como la de adjudicación al acreedor por porcentajes de valor en la subasta e inmediata venta extrajudicial por valor superior. Lo importante es que en nuestro Derecho sigue rigiendo la responsabilidad patrimonial universal, y la posibilidad de ejercitar la acción personal pese a haberse ejercitado de manera insuficiente la acción real, frente a alguna posición jurisprudencia que consideraba abusiva el ejercicio de la posibilidad contemplada en el artículo 579 CC<sup>21</sup>.

## 6. Principio de prohibición del pacto comisorio

Otros principios y normas se pueden también traer a colación al afirmar el principio general de equilibrio de prestaciones en los negocios sinalagmáticos, como es la prohi-

21. No vamos a entrar ahora en el problema de las ejecuciones hipotecarias y la posibilidad que tiene el acreedor de seguir la ejecución sobre otros bienes del deudor cuando el precio del remate no es suficiente para pagar al acreedor, pero suscitó una viva polémica la posición inicial de las sentencias que consideraban abusivo el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 579 LEC. La Audiencia de Pamplona tuvo que clarificar el tema afirmando que «no puede alegarse abuso de derecho cuando se han cumplido los trámites legales de la ejecución hipotecaria ni puede «tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento de ejecución directa» [SSTS 24 mayo 2007 (RJ 2007, 3438) y 2 julio 2007, 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5570)]. Por tanto, el hecho de haberse adjudicado a la ejecutante el inmueble embargado en los términos que establece el artículo 617 LEC no impide, por disponerlo así el artículo 579, proseguir la ejecución por la diferencia localizando otros bienes en los que hacer la traba correspondiente para, en su caso, satisfacer el total debido. Como esta Sección ya dijo en el auto núm. 4/2011, antes reseñado, con independencia de «las opiniones personales» que «puedan merecer» los citados preceptos, no puede el juez realizar una interpretación «contra legem» asumiendo funciones reservadas al legislador, sino que debe aplicar la ley al caso concreto.

bición de que los contratos queden al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC) o la prohibición de pacto comisorio, proclamada en el artículo 1859 Código Civil, que no permite al acreedor quedarse con las cosas dadas en garantía.

La prohibición de pacto comisorio es a mi juicio también un principio general del Derecho privado español, básico para lograr un mercado justo de garantías. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, como los de influencia anglosajona –en los que el acreedor se puede apropiar en caso de impago de las cosas dadas en garantía–, en nuestro Derecho el acreedor debe realizar en pública subasta o través de procedimientos objetivos la cosa dada en garantía, lo que permite al deudor quedarse con el remanente de la diferencia entre el valor obtenido en la subasta y la cantidad debida por capital, intereses y costas, evitándose así un enriquecimiento injusto.

Es cierto que en el ámbito de las garantías financieras, nuestro sistema permite la realización unilateral por el acreedor, pero es una excepción derivada de que al tratarse de valores financieros lo que se da en garantía, su valor se va a determinar de manera objetiva a través de su realización en un sistema de compensación de valores o mercado secundario oficial.

## 7. Irretroactividad de las normas

La irretroactividad de las normas como criterio general es también esencial para la inversión y la creación de riqueza. En Economía se habla de riesgo país para determinar los peligros de inversión, y uno de los factores determinantes es que no se alteren las normas aplicables, al menos que no tengan efectos retroactivos que puedan mermar la rentabilidad de la inversión.

Nuestro Código Civil ya desde su publicación y específicamente en la reforma del Título Preliminar en 1973, insiste en la irretroactividad de las normas como criterio general (artículo 2.3). Pero mucho antes ya las disposiciones transitorias del Código Civil, verdadero modelo de regulación prudente y no retroactiva de sus disposiciones salvo en lo favorable. Merecen destacarse las tres primeras, verdadero ejemplo de mesura en la aplicación de las nuevas normas del Código Civil<sup>22</sup>.

Este principio de irretroactividad de las leyes restrictivas, y en especial de los Reglamentos y disposiciones de rango inferior, ha sido elevado a principio constitucional en el

---

22. Primera. Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen.

Segunda. Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

Tercera. Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos, actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código. Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.

artículo 9 de la Constitución española al disponer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Hay que reconocer que este principio de irretroactividad de las normas, no sólo es de Derecho privado, sino también propio del Derecho administrativo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012 al anular el Real Decreto 253/2011, de 28 de febrero, sobre Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que pretendía modificar el régimen estable e indefinido de esas plazas con efecto retroactivo, con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2).

El Tribunal Supremo<sup>23</sup> recuerda que «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –hoy de la Unión Europea– y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento».

## **8. Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en el derecho patrio**

Considero también esencial para favorecer la inversión y el desarrollo económico, además de por elementales razones de justicia y equidad, que los extranjeros tengan en el país los mismos derechos que los nacionales.

Ningún país puede prosperar estableciendo restricciones a las inversiones extranjeras o limitándolas, sin perjuicio de su control desde un punto de vista estadístico o macroeconómico y de la posibilidad de establecer sectores estratégicos de interés para la Defensa o la Economía nacional, así como la facultad de exigir previa autorización administrativa cuando sea una inversión procedente de paraísos fiscales.

España recoge este principio general de equiparación con los extranjeros desde la legislación de Partidas, de la que pasó a nuestros Códigos civil y de comercio. Así el

---

23. Así, las SSTs de 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012. Este criterio se reitera en la STS de 16 de mayo de 2012, al resolver el recurso de casación núm. 4003/2008.

artículo 15 del Código de comercio reconoce la libertad de ejercicio del comercio de las personas físicas y jurídicas extranjeras, sometiéndose en cuanto a su capacidad a la ley personal, como igualmente confirman los artículos 9,1 y 9.11 del Código Civil<sup>24</sup>.

Consagra este mismo principio el artículo 13.1 de la Constitución, cuando señala que los extranjeros gozarán en España, en los términos señalados en la ley y en los Tratados, de las libertades públicas que garantiza el Título Primero. Añade en su párrafo segundo que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Estas libertades públicas garantizadas en el Título primero de la Constitución son: el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social; el derecho a la vida; a la integridad física y moral; a la libertad ideológica, religiosa y de culto; a la libertad y seguridad; al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; a la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; libertad de expresión; derecho de reunión y de asociación; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a la educación, incluida la gratuidad de la enseñanza obligatoria; a la creación de centros docentes; al derecho de sindicación; derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica; el derecho a la propiedad privada y a la herencia; el derecho de fundación; el derecho a la libre elección de profesión y oficio. En definitiva, los derechos fundamentales y libertades públicas le son reconocidos en los mismos términos que a los españoles; la expresión «en los términos que establezcan los tratados y la ley», admite, no obstante, determinadas restricciones excepcionales por razón de reciprocidad, que luego estudiaremos.

La Ley Orgánica de extranjería 4/2000, de 11 de enero, reformada por Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre y 14/2003, de 20 de noviembre, da a los nacionales de un país de la Unión Europea un tratamiento aún más equiparable al español que el del resto de los extranjeros. No en vano se viene afirmando que el Tratado de Maastricht ha

---

24. Podemos afirmar que en Derecho español existe una tradición de reconocimiento de plenitud de derechos civiles a los extranjeros. Eso sí, antiguamente se exigía que profesaran la religión católica y no fueran súbditos de naciones enemigas. Podemos citar al respecto la Ley I del Título XI del Libro VI de la Novísima Recopilación, que recoge la Pragmática de Felipe IV del año 1623, por virtud de la cual «*Permitimos que los extranjeros destas Reynos (como sean católicos y amigos de nuestra Corona) que quieran venir a executar sus oficios y labores, lo puedan hacer y que sean admitidos como los demás vecinos a los pastos y demás comodidades (...)* Y los extranjeros aunque no sean oficiales ni laborantes, habiendo vivido en este Reyno diez años con casa poblada y siendo casados con mugeres naturales de él por tiempo de seis años, sean admitidos a oficios de República, como no sean Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Regidores, Alcaydes, Depositarios, Receptores, Escribanos de Ayuntamiento, Corredores ni otros de Gobierno (...)». Por su parte el Real Decreto de 16 de abril de 1701 de Felipe V resolvió que «*los católicos ingleses, irlandeses y holandeses que hubiese diez años que asistían a este Reyno y a los que se hallaban casados con españolas, puedan vivir en mis Reynos, comerciar y vender libremente y tener bienes raíces y de cualquier género, sin que se les pudiere perturbar por accidente alguno en sus personas y haciendas (...)*». Es cierto que existían limitaciones en determinados ámbitos, como prohibiciones a los extranjeros para comerciar con las Indias, o para vender o dar en garantía a extranjeros naves españolas (prohibición que tenía su origen en una pragmática de Don Fernando y Doña Isabel en Granada el año 1501). Pero eran limitaciones excepcionales, dentro de una concepción en que lo importante era el sometimiento a la religión católica más que el origen o nacimiento de las personas. Esta filosofía de igualdad en los derechos civiles ya sin subordinación a profesar la religión católica es la que pasa al Código Civil de 1889 que en su primera redacción ya estableció, en su artículo 27 lo siguiente: «*Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución del Estado o en Tratados internacionales*».

significado la consagración de la ciudadanía europea. El artículo 1-3 de la citada Ley de extranjería establece que *«los nacionales de los Estados de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables»*. El nacional de un Estado de la Unión Europea tiene así reconocido en España, por aplicación de los principios comunitarios, los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho de circulación, residencia y establecimiento, así como el de libre circulación de capitales.

En cualquier caso, aunque se aplique con mayor intensidad con relación a los ciudadanos europeos, es principio general el de equiparación de los extranjeros a los españoles de derechos civiles, siendo las restricciones a los extranjeros excepcionales. Este principio tiene su proclamación también en normas de Derecho privado.

Así, además del artículo 27 del Código Civil, el artículo 15 del Código de Comercio, establece que: *«Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código en todo lo que concierne a la creación de sus establecimientos dentro de territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la Nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados o Convenios con las demás potencias»*.

El tratamiento jurídico en España del extranjero se caracteriza, por tanto, por una tendencia a la igualdad con los españoles, donde las restricciones o limitaciones son excepcionales y deben estar expresamente establecidas. Incluso la legislación en materia de control de cambios, como se verá, tiende a establecer las restricciones más por razón de residencia fuera de España que por razón de extranjería.

Una de las manifestaciones más claras de este respeto de al extranjero es confiar en la ley extranjera todo lo relativo a los derechos personales de aquél, aunque tenga repercusiones en el territorio nacional, como pasamos a analizar.

Establece, en efecto, el artículo 9.1 del Código Civil, que: *«La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con el párrafo anterior»*.

El principio de aplicación de la ley personal en relación con el ámbito más íntimo de la persona física fue adoptado por los Códigos decimonónicos, entre ellos el español siguiendo el Código Napoleónico, frente al criterio histórico anterior de aplicación de la ley del domicilio. Y es así criterio generalizado en los Ordenamientos Jurídicos de la mayoría de los países el de aplicación de la ley de la nacionalidad al estatuto personal de la persona física (luego veremos que también se sigue un criterio semejante en orden a los principales ámbitos de la persona jurídica, «ex» artículo 9.11 Código Civil).

Se sigue en España una concepción amplia de lo que se entiende por estatuto personal, en la medida que se incluye no sólo la capacidad y estado civil, sino también los derechos y deberes de familia y la regulación de la sucesión *mortis-causa*. No obstante, en reformas posteriores, el Código Civil, aunque ha mantenido la redacción originaria del artículo 9.1, ha reducido el ámbito de aplicación de la ley personal en determinadas materias. Así por ejemplo, en materia de requisitos para la constitución de la adopción, la

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sustituyó el punto de conexión de la ley del adoptante por la ley del foro, criterio éste mantenido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que además añadió un párrafo nuevo al artículo 9.5 del Código Civil para no reconocer en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos en la legislación española.

Uno de los aspectos fundamentales que habrá que respetar, dentro de la ley personal del extranjero, es el de su capacidad, en particular su mayoría de edad. Así, aunque en España la mayoría de edad está fijada en los dieciocho años (Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre y artículo 315 Código Civil) la mayoría de edad de los extranjeros tendrá lugar con la que fije la ley correspondiente a su nacionalidad, sea igual, mayor o menor que la reconocida en España. Además, como prevé expresamente el artículo 9.1 del Código Civil, el cambio de ley personal no afecta a la mayoría de edad, esto es, aunque se gane la nacionalidad de un Estado donde la mayoría de edad se obtiene a una edad superior, no por ello se pierde la condición de mayor de edad (que viene a ser un derecho adquirido no susceptible de pérdida o remoción).

En cualquier caso, y apartándose de la ley personal del extranjero, el Derecho español considera válidos los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviera reconocida en la ley española (por ejemplo, extranjero de 18 años, mayor de edad según la ley española cuando su ley nacional fije la nacionalidad a una edad superior). Se exceptúan los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero (artículo 9.8 Código Civil).

La ley personal del extranjero, desde la perspectiva del Derecho español, influye en otras materias de Derecho de Familia, como en la regulación de los efectos del matrimonio (artículo 9.2 Código Civil), de las relaciones paterno filiales (artículo 9.4, que considera determinante la ley personal del hijo), la tutela y demás instituciones de protección del incapaz (artículo 9.6) o la prestación de alimentos entre parientes (artículo 9.7 del mismo Código Civil).

Finalmente también la materia sucesoria se rige por la ley nacional del causante, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. No obstante, existen excepciones en orden a la aplicación de la última ley nacional del causante (*cf.* artículo 9.8 Código Civil)

## 9. Protección de terceros de buena fe

El principio de protección de terceros de buena fe (también podríamos denominarlo de conservación de los negocios jurídicos en beneficio de terceros) es uno de los principios generales del Derecho básicos para el desarrollo económico. No habría inversión sin que se garantizara la protección a quien confía de buena fe en la apariencia derivada de las instituciones o de quien ignora las irregularidades que puedan afectar en la legitimación del otro contratante.

La protección del tercero de buena fe se recoge en sede de rescisión el artículo 1295 CC; en la adquisición de bienes muebles en los artículos 464 CC y 85 Co.Co, protegiendo a quien compra en establecimientos abiertos al público bienes muebles; en la protección de los terceros que contratan con el mandatario sin conocer la revocación del poder (ex artículo 1734 CC), en la subsistencia del poder extinguido en beneficio de terceros de buena fe (ex artículo 1738 CC); etcétera.

Merece la pena destacar la protección de tercero en sede de impugnación de acuerdos sociales. La Directiva 68/151/CEE, hoy artículo 9 Directiva 2009/101/CE proclama que la declaración de nulidad del acuerdo de nombramiento de uno o varios administradores no afecta a la validez de los actos o contratos realizados en nombre de la sociedad con terceros de buena fe por los administradores cuyo nombramiento ha sido declarado nulo. En concreto dispone que el cumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que, en calidad de órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad, hará que cualquier irregularidad en su nombramiento no pueda oponerse a terceros a menos que la sociedad demuestre que estos terceros ya tenían conocimiento de la misma.

En cuanto a la protección de terceros de buena fe en sede de impugnación de acuerdos sociales el antiguo artículo 122 TRLSA determinaba que la sentencia de impugnación produciría efectos frente a todos los accionistas pero no afectará a derechos adquiridos de buena fe a consecuencia del acto impugnado. Esto ya no está en el 208 TRLSC pero rige en base a los principios generales de presunción de exactitud del RM y la declaración de inexactitud del RM no perjudica derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho<sup>25</sup>.

La DGRN recuerda este principio de seguridad del tráfico y protección del tercero en numerosas resoluciones de 18 de mayo y 30 de mayo de 2013. Hay quien ha criticado incluir en el concepto de tercero a los acreedores sociales que pudieran ver reducida la cifra de retención. Lo que está claro es que los accionistas de la sociedad, existentes o posteriores, se ven afectados por la sentencia de impugnación de los acuerdos sociales a todos los socios aunque no hubieran litigado (artículo 222.3 LEC). Pero eso no significa que no sean terceros, pues lo serán si hubieran adquirido la condición de socios después del acuerdo social anulado o incluso si lo eran ya y desconocían la nulidad del acuerdo social sin haber intervenido en su adopción.

La Resolución de la DGRN de 30 mayo de 2013 recoge el principio de conservación de los acuerdos sociales de gestión. Los terceros de buena fe tienen derecho a ser mantenidos en su posición jurídica, distinguiendo los planos contractual y organizativo. De manera que con relación a los actos de gestión la declaración de nulidad que pudiera contener la sentencia, no se produce una «*restituto in integrum*» o restitución de prestaciones que conllevaría la aplicación directa del artículo 1303 CC para los supuestos de nulidad.

Como argumentos en favor de este principio general de protección de los terceros de buena fe frente a la nulidad de los actos de gestión social, se afirma:

- a) que las causas de nulidad de la sociedad sólo producen la disolución y liquidación de la sociedad (57 TRLSC).
- b) que la nulidad de la fusión o escisión no produce la inexistencia de los efectos producidos, sino que tan solo obliga a regularizar la modificación estructural (47 LME 3 abril 2009). La sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su «Boletín Oficial» y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión.

---

25. Artículos 20.2 Co.Co. y 7 y 8 RRM que regulan los principios de legitimación y fe pública.

- c) la Sentencia de nulidad de denominación social solo produce cierre pero no afecta a actos inscritos anteriores, salvo anotación de la demanda (427 RRM).

En conclusión, si se declara nulo un aumento social de los varios inscritos, el Registrador Mercantil debe tener en cuenta también los asientos cancelados, y permitir la regularización. Tomando como base el último capital inscrito resultante de los aumentos. Los terceros de buena fe ignorantes de la irregularidad, tendrían derecho –que no obligación– a permanecer en la sociedad.

Todo esto plantea temas secundarios, como la determinación de los asientos posteriores a cancelar. Hay quien considera que debe ser el juez el que especifique en la sentencia o en el mandamiento los asientos a cancelar. Pero ocurre que el juez puede no conocer los asientos posteriores a cancelar. Para solucionarlo hay quien opina que corresponde al juez en ejecución de sentencia. El problema es que las sentencias declarativas son ejecutables por sí mismas. Cabría en todo caso aclaración 214.2 LEC. Otros que es el registrador el que debe determinar los asientos posteriores a cancelar. Para ello necesita al menos un mandamiento genérico de cancelación de los asientos posteriores contradictorios (ex. artículo 208.2 TRLSC).<sup>26</sup>

## 10. El principio de seguridad jurídica preventiva

En materia inmobiliaria la protección de terceros de buena fe es el eje de todo el sistema y base de la inversión.

La protección de la apariencia derivada de la publicidad registral fue proclamada por nuestro Código Civil en la protección en caso de doble venta del adquirente que primero inscribe (ex artículo 1473 CC) que luego pasó a estar recogido en el principio de fe pública registral proclamado por la Ley Hipotecaria (en la redacción original de 1861 no estaba establecida; es la reforma de 1944 la que lo potencia buscando precisamente la seguridad de los mercados)

El Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, de unificación de doctrina de la Sala Primera, potencia claramente la fe pública registral, interpretando que la fe pública registral sancionada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, protege no solo al tercer adquirente sino también al que primero adquiere, a título oneroso, e inscribe su título. Aunque no tenga legitimación dispositiva el vendedor (en definitiva aunque no sea verdadero propietario) se protege al comprador de buena fe que confía en los pronunciamientos registrales.

---

26. Yo creo que caben ambas posibilidades, esto es, que lo decrete el juez (tanto en la sentencia si se hubiera pedido en la demanda). Si hubiera habido anotación de demanda sería todos los posteriores, en otro caso solo los que hubiera expresado el mandamiento. Y también cabe que sea el registrador, pero no de oficio sino a instancia del juez. En cualquier caso para que sea el Registrador el que cancele a instancia judicial debe tratarse de asientos posteriores y manifiestamente contradictorios (Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación). La RDGRN de 18 de mayo de 2013, ha aclarado que no cabe exigir por instancia privada la cancelación de asientos posteriores a sentencia declarando la nulidad de acuerdos sociales sin que haya sido ordenada por autoridad judicial (no cabe determinación en la instancia privada). La cancelación de cargas posteriores como consecuencia de la sentencia la puede hacer el registrador si hay anotación de demanda, no si no se adoptaron las medidas cautelares para evitar el desconocimiento por terceros de la existencia de la impugnación, La cancelación de asientos posteriores contradictorios cuando no hay anotación de demanda cuando no son claramente contradictorios corresponde al juez.

Si no fuera así no habría nadie que –salvo concertando un seguro– se atreviera a comprar un inmueble o a conceder crédito hipotecario.

No basta con tener títulos de propiedad sino que estos estén inscritos en un Registro público que los proteja bajo la presunción legal de validez, de manera que los eventuales compradores no tengan que realizar una investigación de la cadena de títulos anteriores.

El valor de la riqueza inmobiliaria de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo no es menor que en los países desarrollados. Sin embargo, lo que dota de valor a los inmuebles es su incorporación al mercado de garantías. En definitiva la formalización de la propiedad que incrementa exponencialmente su valor.

Como señala Hernando DE SOTO, «es fundamental distinguir entre la casa y el título de propiedad de la casa. La casa está en un mundo físico y tangible, pero el título de propiedad está en un mundo conceptual. El potencial económico no está en el mundo físico, sino en el conceptual»<sup>27</sup>. Este mundo conceptual de propiedades exige formalización de la propiedad a través de escritura notarial e inscripción en el Registro. Si no existe título de propiedad inscrita y amparada por el Estado, el bien carece de aptitud en el tráfico y de valor. Se dice que es como tener dinero sin poder usarlo.

La propiedad informal no puede servir de garantía de la financiación, precisamente porque está sustraída del mercado, pero no del mercado económico sino del jurídico. Nada impide que se compre y se venda la propiedad informal, pero al estar fuera del circuito de garantías jurídicas le priva casi en absoluto de valor<sup>28</sup>.

Por el contrario la propiedad formalizada e inscrita en un Registro Público permite darla en garantía, acudir al mercado de la financiación, y servir de soporte a la inversión y creación empresarial. Tiene incluso efectos colaterales añadidos, como pueda ser el incremento de la educación e integración social de los propietarios.

Lo mismo ocurre en el mercado hipotecario.

No sólo en materia de propiedad se aprecia el valor añadido que dota el Derecho a los bienes. Existen otros muchos ejemplos. Entre ellos merece ser destacado el de la construcción jurídica de la hipoteca y su movilización a través del mercado secundario. Parece increíble pero el mero hecho de poder ser objeto de negociación la propia cartera de créditos hipotecarios, hace que el mercado financiero en su conjunto tenga muchísimos más beneficios que de haber permanecido inmovilizada la cartera hasta la amortización del crédito. Los países más desarrollados son así los que tienen una adecuada normativa relativa al mercado hipotecario secundario, esto es, que facilita la movilización de la cartera de préstamos y créditos hipotecarios que conforman el mercado hipotecario primario.

De aquí se puede apreciar la importancia decisiva del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, en el desarrollo económico. Sin instrumentos de publicidad regis-

27. Hernando DE SOTO, «*El misterio del capital*» (Ediciones Península/Atalaya, Barcelona 2001).

28. Mi experiencia en la Agencia Española de Cooperación Internacional, donde tanto el Colegio de Registradores como la Dirección General de los Registros y del Notariado han organizado cursos de formación sobre la influencia del Registro en el desarrollo económico en sus centros en Santa Cruz de Bolivia, Cartagena de Indias en Colombia y Antigua en Guatemala, como la actividad de auditoría internacional desplegada con el Colegio de Registradores en los Balcanes a instancia del Banco Mundial, me han permitido vislumbrar claramente que no puede alcanzarse el progreso en un país sin una definición clara de la propiedad (tanto en el plano legislativo como en el más particular de dotación de título de propiedad).

tral no puede existir un mercado económico eficiente. Aunque luego veremos que para conseguir ese objetivo no basta con cualquier sistema registral, sino que éste debe ser eficaz, con fuertes efectos.

El instrumento de legitimación en el tráfico, el título que dota de valor a la propiedad y demás derechos reales y permite su negociación segura y ágil en el comercio –sea nacional o internacional– es siempre un título público (escritura pública, sentencia judicial, documento administrativo) inscrito en el Registro.

En la práctica la falta de inscripción de la propiedad, se traduce en la disminución automática de cerca del 50% del valor de la finca. Dicho de otra forma: el comprador de fincas va a pagar cerca del doble por la propiedad registrada con relación a la no registrada. Esto es un cálculo estimativo, ya que ocurre muchas veces que el inversor (el potencial adquirente del bien) ni siquiera llega a formalizar la transacción con relación a la propiedad no inscrita, dados los riesgos de evicción, esto es, de la aparición de otra persona con mejor derecho sobre la finca o la posible existencia de gravámenes desconocidos sobre la finca no inscrita, que van a ser oponibles al adquirente, pues éste –al tratarse de propiedad no inmatriculada– no va a poder alegar la inoponibilidad de lo no inscrito.

Los riesgos de la compra de una propiedad sin título público inscrito, son tan grandes (posible pérdida de la titularidad por evicción, aparición de cargas no inscritas, necesidad de ir a un pleito judicial, falta de tutela de la posesión) que desincentivan la inversión y por tanto el desarrollo económico de los pueblos.

Tratándose de inversores institucionales, las consecuencias de la falta de protección registral de la propiedad, necesariamente va a ser la canalización de la inversión hacia otros países o hacia otras zonas donde la propiedad esté formalizada.

Esto es lo que está sucediendo en muchos países en desarrollo, que carecen en un alto grado de propiedad inscrita; o de países procedentes de la zona de influencia comunista, esto es, de la antigua Unión Soviética, en los que tampoco la propiedad está totalmente clarificada y donde los Registros de la Propiedad están desactualizados.

Las posibilidades de desarrollo económico de los pueblos son mucho mayores en los países que están dotados de una estructura legal que fomente la formalización de la propiedad.

Cuando la propiedad de la tierra está formalizada e inscrita en un Registro Público, en un Registro de la Propiedad, y en consecuencia no existen dudas de la titularidad y de las cargas existentes sobre los inmuebles, el valor de esa propiedad crece exponencialmente. Y cuantos mayores efectos atribuya el Derecho a esa inscripción, mayor valor atribuirá a la propiedad inscrita.

Por eso no son iguales todos los sistemas registrales. Sólo los sistemas basados en la titulación pública, en el folio real, en la calificación y en la fe pública registral, se consideran hoy en día como sistemas plenamente fiables y garantes de la mayor rentabilidad de la propiedad inscrita.

O dicho de otra forma, por razón del contenido: sólo los Registros que depuren las titularidades inscritas (a través de la exigencia de forma pública y de un previo control de legalidad por parte del funcionario autorizante del título, sea notario, juez o Administración; y a través de la calificación registral del título que se presenta) son fiables. Y por

razón de los efectos, sólo serán eficientes los sistemas que protejan al adquirente que consulte el Registro e inscriba, haciendo inoponible frente a él lo no inscrito y protegiéndole frente a vicios en el título del transmitente (fe pública registral).

En el otro extremo están aquellos sistemas registrales ineficientes desde el punto de vista jurídico (pues no dotan de seguridad jurídica) y económico (pues de poca ayuda sirven para el desarrollo económico), que son los sistemas registrales carentes de efectos y que tienen que ser complementados con la formalización de un seguro de títulos para el caso de evicción o declaración de nulidad del título del transferente.

En efecto no todos los sistemas registrales son plenamente fiables y protectores de la titularidad inscrita. Se pueden clasificar los sistemas registrales en tres clases, según los efectos que reconocen a la inscripción en el Registro:

- 1º Los de menores efectos son aquellos sistemas de mero depósito de títulos. La intervención notarial es mínima, normalmente dirigida a la intervención de la firma. No existe tampoco calificación por el Registrador. Es el propio de ciertos Estados de EE.UU.; en ellos el adquirente tiene que realizar una labor de investigación de los títulos del transferente, depositados en el Registro, pero nunca tiene la seguridad plena de la titularidad del vendedor. Para evitar los riesgos de la evicción, esto es de la pérdida de la cosa frente al verdadero propietario, el comprador, concierta un seguro, llamado seguro de títulos, que le garantiza, una indemnización, para el caso, de la pérdida de la titularidad de la cosa. Son sistemas de mero depósito de títulos.
- 2º. Los sistemas de transcripción de títulos o de mera oponibilidad frente a terceros. En ellos ya se exige escritura notarial y atribuye la inscripción al menos el efecto de oponibilidad frente a terceros. Es el caso del sistema francés que se caracteriza porque la inscripción en el Registro produce el efecto de perjudicar a terceros de manera que lo no inscrito no perjudica al comprador. El comprador, puede estar seguro que las cargas o gravámenes derivados de títulos no inscritos, no le perjudican. Sin embargo, no tienen los adquirentes la seguridad de que adquieran de verdadero titular.
- 3º Los sistemas de inscripción o fe pública registral, como el alemán, el suizo o el español, son los más avanzados. En ellos además de exigirse documentación pública, el Registro de la propiedad tiene plenos efectos, ya que no solo garantiza la inoponibilidad de lo no inscrito, sino que asegura la titularidad del transferente. El Registro de la Propiedad proclama una única titularidad sobre la cosa, y nunca el adquirente de buena fe va a ser perjudicado por la posible evicción o pérdida de titularidad por el transferente. Sólo los países que siguen este sistema de fe pública y de calificación registral amplia, logran la mayor protección (y por ende el mayor valor) de la titularidad inscrita.

Pero no solo son los instrumentos de seguridad jurídica preventiva, sino también la confianza en las instituciones, la predictibilidad de las decisiones judiciales, la no retroactividad de las normas, en definitiva la seguridad jurídica en general es el componente máximo de la justicia y base del desarrollo económico.

En este sentido considero básico el artículo 9 de la Constitución española, que considera básicos los principios de jerarquía normativa, proscribida la arbitrariedad de la Administración Pública, la irretroactividad de las normas no favorables y en general con-

sagra la seguridad jurídica. Principios que ya desde la reforma del Título Preliminar del Código Civil, venían consagrándose en los primeros artículos de nuestro Código (artículos 1 a 6 fundamentalmente).

#### IV. UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

A mi juicio aún existen numerosos aspectos que pueden ser mejorados en nuestro Derecho privado. Puede ser así la flexibilización del régimen de legítimas o la sustitución del régimen económico matrimonial de gananciales como legal supletorio de primer grado. No se concibe bien que un empresario o profesional, en el ejercicio de su profesión vincule no sólo sus bienes propios, sino también los gananciales adquiridos con su actividad empresarial (ex artículo 6 y 7 Código Comercio). Lo más eficiente económicamente es limitar la responsabilidad del cónyuge comerciantes haciendo el régimen de separación como el supletorio legal de primer grado. Pero el análisis de este tema excede del objeto de esta conferencia.

No puedo terminar sin recordar que uno de los factores fundamentales en el futuro desarrollo económico de España pasa por el ejercicio por parte del Estado de su competencia exclusiva en materia de bases de las obligaciones contractuales (ex artículo 149.1.8 Constitución)–. Debería incluso acometerse la unificación de mercados mediante la reforma del Código de Comercio.

Lo cierto es que sólo el camino de la reforma del Código Mercantil parece haberse emprendido. Mientras que la Sección de lo Civil ha aprobado un anteproyecto de modificación del Libro IV del CC en materia de obligaciones y contratos, la sección de lo Mercantil y el propio Consejo de Ministros ya ha presentado públicamente un borrador de proyecto de Código Mercantil (CM). Lo lógico es que se integraran ambos en un único texto en ejercicio de la competencia estatal en materia de bases de las obligaciones contractuales y en derecho mercantil.

Cabe recordar en efecto que la Sección Primera de lo civil elaboró una propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos<sup>29</sup>. En el mes de mayo de 2007 se reunieron representantes de ambas secciones para acordar la actuación conjunta. Las conclusiones fueron varias. Entre ellas la de prescindir de las normas comunes ya incluidas en el anteproyecto elaborado por la Sección Primera, limitando el Código Mercantil a las especialidades mercantiles: concepto de contrato mercantil, fuentes de las obligaciones mercantiles, especialidades en materia de representación mercantil, morosidad, prescripción y caducidad. Se consideró adecuado mantener especialidades tradicionales del derecho mercantil en estas materias, como la prohibición general de sustitución del poder, la doctrina del factor notorio, régimen de la morosidad, protección de la apariencia, agilidad en la contratación, etcétera, pero sobre la base de que la regulación general de las bases de las obligaciones contractuales correspondía al CC. No hubo acuerdo en ubicar las condiciones generales de la contratación, que se dejó a la decisión de las autoridades competentes.

Por eso a mi juicio deberían quitarse del anteproyecto de la sección primera sobre obligaciones y contratos materias que son mercantiles, como son las relativas a la intervención de mediador, contratos por dispositivos automáticos, régimen de la cesión

---

29. Boletín Ministerio de Justicia, enero 2009.

de créditos y sus excepciones por el deudor cedido, subasta en la contratación, valor vinculante de la publicidad. Pero de la misma forma deberían quitarse del Código Mercantil aspectos puramente civiles o de derecho privado común como son los relativos a: responsabilidad patrimonial universal (112-1); responsabilidad de los gananciales en el ejercicio de la actividad empresarial de uno de los cónyuges (112-2); vicios de voluntad en la representación (121-2) –que por cierto no distingue entre representación directa e indirecta–; y la continuidad del apoderamiento (121-10).

Aún subsisten en el borrador de CM que no están justificados. Suponen una vis atractiva o expansionista que no se ajusta a la evolución histórica de la disciplina como reguladora de las relaciones entre comerciantes y de actos de comercio; ni se ajusta a lo convenido con la Sección Primera.

Las vis expansiva del Derecho mercantil no se puede justificar por razón de la necesidad de la unidad de mercado, porque también es competencia exclusiva del Estado las bases de las obligaciones contractuales (artículo 149.1.8 de la CE). Además no se puede vestir de mercantil lo que es derecho privado común bajo la pretensión de una vigencia general en toda España, en aras de la unidad de mercado, porque eso sería fácilmente impugnado por las CCAA ante el TC. Ni siquiera se ha respetado el acuerdo de incluir una disposición adicional que considere aplicable supletoriamente, tras las normas del CM y los usos mercantiles, las disposiciones del CC español, como vía de lograr la unidad de mercado y evitar la aplicación supletoria de los CC autonómicos o especiales.

La filosofía debería ser la contraria: o bien se unifica todo el Derecho Privado en un código único con acuerdo de ambas secciones o los contratos mercantiles deben regirse por las disposiciones generales del CC español, con las especialidades contenidas en el CM, aplicando en su defecto los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate.

Como crítica al expansionismo del borrador del CM podemos citar los siguientes ejemplos:

#### a) Ámbito subjetivo

- a. Sometimiento al CM de toda actividad profesional de personas físicas en el denominado «mercado» incluidas las agrarias y artesanales, tradicionalmente excluidas del Co.Co. Todo el régimen de prescripción de las acciones de exigencia de responsabilidad contractual a abogados, procuradores, notarios, registradores, del CC quedaría modificado pues el borrador de Código Mercantil lo sometería a su ámbito..
- b. De la perspectiva subjetiva prácticamente todo el contrato de arrendamiento de servicios se haría mercantil. Es cierto que está desfasado en el CC pero existe una anteproyecto de regulación del contrato de arrendamiento de servicios elaborado por la Sección Primera en 2012 (además del anteproyecto de 1993) que podría aprobarse. Por otra parte en esta materia el CM:
  - no está adaptado a los principios de derecho contractual europeo
  - no regula los deberes de información precontractual
  - no regula el deber de cooperación entre cliente y prestador

- no prohíbe la duración por toda la vida o desproporcionado
  - aborda el régimen de extinción sin prever la diferenciación de que sea o no *intuitu personae*.
- c. En cuanto a las personas jurídicas, las somete todas a su ámbito, aunque no sean empresarios, siempre que ejerzan alguna actividad para el mercado. Esto además de ser un concepto jurídico indeterminado, supone absorber la regulación de las sociedades civiles, pues será prácticamente imposible imaginar un objeto civil puro, pues las sociedades civiles con objeto civil también realizan actos en el mercado (*v.gr.* una promoción inmobiliaria por socios en régimen de sociedad civil ya no será posible).

## b) Ámbito objetivo

- a. Se incluyen en su ámbito de facto todos los préstamos mercantiles, cuando debe recordarse también la existencia de un proyecto de la Sección Primera sobre el contrato de préstamo, de 2013. Así el artículo 573 del CM no exige que al menos el prestamista sea comerciante, como hasta ahora exige aún el Co.Co. Las discrepancias son llamativas en orden a la necesidad de pacto expreso para la existencia de interés ordinario, límites a los intereses de demora, anatocismo, etc).
- b. Se incluye en su ámbito el contrato de obra o de arrendamiento de obra, tradicionalmente regulado en el CC (también existe anteproyecto elaborado por la sección primera). En ambos se ha adecuado su regulación a los principios contractuales de Derecho europeo, en materia de información contractual, instrucciones del comitente y deber de colaboración. Pero se inciden en materia propias del Derecho privado general, como la acción directa que tienen los subcontratistas frente al dueño de la obra o comitente, hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación (artículo 522 CM versus 1597 CC).
- c. Se incluyen prácticamente todas las compraventas (511) bastando la intervención de una sociedad, empresario o profesional en la compraventa, sin exigirse ya la necesidad de que se haga para la reventa.
- d. En particular se incluyen incluso la compraventa de inmuebles, que objetivamente se incluyen en el CM. La disciplina de la CV de inmuebles siempre se ha considerado sometida a la legislación común, CC y Ley Hipotecaria. Aunque se ha sostenido la mercantilidad de la Compraventa de inmuebles desde una perspectiva teórica, lo cierto es que en la práctica se ha rechazado considerándose civil<sup>30</sup>.
- e. Además se modificaría todo el régimen de transmisión de riesgos (512-15); así como la teoría del título y el modo. Y aunque simplifica el régimen del incumplimiento por diferencias de superficies (hasta ahora 1471 CC) distinguiendo en-

---

30. *V.gr.* RDGRN 27/12/1996 en la enajenación de inmuebles por un aragonés, rechazó la pretensión de que no fuera exigible la renuncia al derecho expectante de viudedad, derecho específicamente civil (*cf.* incluso el artículo 16 CC). ¿realmente se puede pensar que la CA de Aragón va a admitir que se incluyan en el ámbito mercantil?

tre venta por precio alzado/venta a razón de tanto por unidad de medida opta en el fondo por la misma solución del CC Lo único que es correcto es que supera la doctrina del saneamiento por evicción o vicios ocultos adaptándose al régimen de falta de conformidad (exigencia de cumplimiento o resolución como remedios).

Desde la perspectiva de Registro Mercantil (RM) no caben quejas desde un registrador como soy yo, pero la vis expansionista se manifiesta hasta en exceso. Un ejemplo es la compraventa de empresa, respecto de la cual se establece la necesidad de inscripción en el RM para que sea oponible a terceros (132-2) cuando hasta ahora se seguía el régimen de cada uno de los bienes que la integraban. Debe recordarse el carácter que se da de establecimiento mercantil al propio inmueble donde el empresario realiza su actividad (131-3). El apoderamiento singular o individual hasta ahora al margen del Registro Mercantil se incluye como acto susceptible de inscripción en el RM (123-2) modificando todo el régimen del Código Civil de oponibilidad por la mera apariencia (1738 CC). Se mantiene incluso amplia el régimen de nombramientos de expertos independientes por el RM, como ocurre en el procedimiento de extinción de la sociedad por falta de activos (272 y ss. CM) en que a instancia de cualquier acreedor se pueden nombrar expertos independientes que informen sobre la situación.

Se echa de menos sin embargo en el proyecto de CM una regulación sistemática del Registro de Bienes Muebles, sus efectos, secciones y unan propuesta de modificación del 464 CC. Hay una mera referencia en el régimen de la reserva de dominio, que se configura loablemente como algo más que una mera garantía y que no se oponible a terceros protegidos (por tanto si no se inscribe). Se regula la subrogación en favor de financiador. Y no hay atisbo de referencia a los Registros de Bienes Muebles internacional<sup>31</sup>. Tampoco se ha abordado la inscripción de participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles y la necesidad de reflejo registral de la pignoración de participaciones sociales.

Como aspectos positivos, además de la potenciación del RM y el esfuerzo de refundición de la materia mercantil (incluyendo sociedades de capital y modificaciones estructurales) podemos destacar: a) la apuesta por las nuevas tecnologías: *v.gr.* voto por medios electrónicos, convocatorias telemáticas de juntas, regulación de figuras modernas de contratación mercantil; y búsqueda de solución a problemas existentes tales como los conflictos de socio-sociedad (231-61) hasta ahora solo contemplados con relación a administradores y socios en Sociedades Limitadas (SL); la regulación de la nacionalidad de sociedades (212-7) vinculando a la ley de constitución y considerando como sociedades irregulares las que se someten a una ley extranjera sin vínculo real, *v.gr.* teniendo su centro de actividad en España; la regulación actualizada de las sociedades no inscritas (irregulares) como situación aplicable a todo tipo de sociedad, mientras que el régimen de sociedad en formación se predica de las sociedades de capital; la equiparación de las titularidades fiduciarias al régimen de usufructo (231-31); o la adopción de soluciones ya sancionadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado como la convocatoria por administrador de hecho, esto es, con cargo caducado, siempre que el orden del día sea para su renovación (231-52).

31. Convenio internacional de Ciudad del Cabo 14 noviembre 2011, Instrumento de Ratificación por España BOE 4 octubre 2013. Existen tres protocolos: aeronáutico, ferrocarriles y bienes espaciales.

## V. CONCLUSIÓN

En definitiva considero que cualquier reforma que se emprenda debe respetar el decálogo de principios de Derecho Privado que aquí hemos estudiado como básicos para el desarrollo del mercado, como son: el principio de autonomía de la voluntad –con el límite de la ley, la moral y el orden público; el de libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos; la buena fe contractual, con sus manifestaciones de sinalagma inicial de prestaciones, información sobre riesgos contractuales y transparencia de las condiciones generales, así como de proscripción de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores; el principio de responsabilidad patrimonial universal; la prohibición de pacto comisorio; la irretroactividad de las normas, no sólo de los reglamentos sino también de las leyes cuando no sean favorables; así como la igualdad de los españoles y los extranjeros; la protección de la buena fe de los terceros; y en general el de seguridad jurídica, particularmente a través de los mecanismos de seguridad jurídica preventiva.