

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCIX • Mayo-Junio • Núm. 797

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

Dedicada, en general, al estudio  
del Ordenamiento Civil y Mercantil,  
y especialmente al Régimen Hipotecario

---

Año XCIX • Mayo-Junio 2023 • Núm. 797

---

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-177/2022  
Fecha de certificación: 4ª Convocatoria (2014)  
Válido hasta: 22 de julio de 2023

Todos los trabajos son originales.  
La Revista no se identifica necesariamente con  
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62  
[www.revistacritica.es](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto:revista.critica@corpme.es)

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España  
I.S.S.N.: 0210-0444  
I.S.B.N.: 84-500-5636-5  
Depósito legal: M. 968-1958  
Marca Comunitaria N.º 013296281

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.  
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta  
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Presidente

**Francisco Javier Gómez Gáligo**  
Registrador de la Propiedad adscrito  
a la DGSJFP

### Comisión ejecutiva

**María Emilia Adán García**  
Decana del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Basilio Aguirre Fernández**  
Director del Servicio de Estudios  
del Colegio de Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

**Francisco Marín Castán**  
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

**Francisco Javier Gómez Gáligo**  
Presidente de la Revista Crítica  
de Derecho Inmobiliario

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad

### Secretario

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad

## Consejeros

**Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Antonio Pau Pedrón**  
Ex Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**José Poveda Díaz**  
Ex Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Antonio Manuel Morales Moreno**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Ángel Rojo Fernández-Río**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Francisco Javier Gómez Gállego**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGSJFP

**Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGSJFP

**Fernando Pedro Méndez González**  
Ex Decano del Colegio de  
Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

**Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Ex Decano del Colegio de  
Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

**Juan José Pretel Serrano**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Alfonso Candau Pérez**  
Ex Decano del Colegio de  
Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

**Luis Fernández del Pozo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Cándido Paz-Ares Rodríguez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Gonzalo Aguilera Anegón**  
Ex Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles  
de España

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Carmen Alonso Ledesma**  
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

**Andrés de la Oliva Santos**  
Catedrático Emérito de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

**Fernando de la Puente Alfaro**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGSJFP

**Joaquín Delgado Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Manuel Espejo Lerdo de Tejada**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

**Antonio Fernández de Buján y Fernández**  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Autónoma de Madrid

**María Paz García Rubio**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Santiago

**Eugenio Gomeza Eleizalde**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGSJFP

**Vicente Guilarte Gutiérrez**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

**Guillermo Jiménez Sánchez**  
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil  
Universidad de Sevilla

**Francisco Marín Castán**  
Presidente de la Sala Primera del Tribunal  
Supremo

**Cristina Martínez Ruiz**  
Registradora de la Propiedad y Mercantil

**Fernando Pantaleón Prieto**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**María Ángeles Parra Lucán**  
Magistrada de la Sala Primera  
del Tribunal Supremo  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

**Juana Pulgar Ezquerria**  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

**Encarnación Roca Trías**  
Magistrada del Tribunal Constitucional

**Ignacio Sancho Gargallo**  
Magistrado de la Sala Primera  
del Tribunal Supremo

**Ignacio Tirado Martí**  
Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Ángel Valero Fernández-Reyes**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Fátima Yáñez Vivero**  
Catedrática de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Manuel Ballesteros Alonso**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos**  
Secretaria General del Consejo de Estado

**Piedad García-Escudero Márquez**  
Catedrática de Derecho Constitucional  
de la UCM y Letrada de las Cortes  
Generales

**Pilar Palazón Valentín**  
Registradora de la Propiedad y Mercantil

**Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**María José de la Fuente y de la Calle**  
Letrada y Ex Presidenta del Tribunal  
de Cuentas

**María José García Valdecasas**  
Abogada del Estado y letrada del Tribunal  
Constitucional

**Esther Muñiz Espada**  
Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Valladolid

**Juan José Jurado Jurado**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### ESTUDIOS / STUDIES

- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (SEGUNDA PARTE)» / *The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the “limitation objection abuse”, the absence of “causa retinendi” and “legal realism” (SECOND PART)*..... 1291
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «La fianza general (global)» / *The general (global) bail*..... 1339
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía, justificación y alcance» / *The prohibition of forfeiture clause in guarantee contracts. justification and scope*..... 1393

### ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- CALDUCH ALONSO, Mario: «La distribución de competencias en materia de vivienda entre el Estado y las comunidades autónomas (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)» / *The distribution of powers in matters of housing between the State and the Autonomous Communities*..... 1447



**DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES**

CADENAS OSUNA, Davinia: «¿Se atribuyen al juzgador nacional facultades integradoras del contrato cuando se declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario? Desde la “doctrina Kásler” hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019» / <i>Are integrating contract powers attributed to the national court when an early expiration clause incorporated into a mortgage loan contract is declared abusive? From the «Kásler doctrine» to the decision of the European Court of Justice of October 3rd, 2019 ....</i>	1487
--	------

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH**

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO .....	1553
--	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1 Parte general:

— «Cuestiones actuales del acogimiento familiar» / <i>Current issues in family care</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE .....	1649
--	------

1.2 Derecho de familia:

— «De nuevo sobre el nombre y la determinación del orden de los apellidos y su alteración o cambio. Interés superior del menor, violencia de género, violencia vicaria, circunstancias excepcionales y ley TRANS y LGTBI» / <i>Again about the name and the determination of the order of the surnames and their alteration or change. Superior interest of the minor, gender-based violence, vicarious violence, exceptional circumstances and the TRANS and LGTBI law</i> , por Ana Isabel BE- RROCAL LANZAROT .....	1669
---	------

## 1.3 Derechos reales:

- «Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar» / *Disposition of the bare ownership of the family home*, por María GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1782

## 1.4. Sucesiones:

- «La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio *on line* sobre voluntades digitales» / *Identity of the digital and analogical will and the digital estate successor: the inexistence of the digital will and the on-line contract of service on the digital intentions*, por M<sup>a</sup> Fernanda MORETÓN SANZ..... 1797

## 1.5 Obligaciones

- «A vueltas sobre la usura en los créditos *revolving*» / *Again about usury in revolving credits*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO ..... 1832

## 1.6. Responsabilidad civil:

- «La doctrina jurisprudencial sobre nulidad de cláusulas predisuestas en perjuicio del adherente no consumidor» / *The jurisprudential doctrine on the nullity of predisposed clauses to the detriment of the non-consumer adherent*, por Luis Antonio CORPAS PASTOR ..... 1861

## 1.7 Concursal:

- «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre» / *The exoneration of unsatisfied liabilities after the bankruptcy reform by Law 16/2022, of September*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 1886

## 2. MERCANTIL:

- «*Causa petendi* y competencia objetiva mercantil» / *Causa petendi and objective competence of commercial court*, por Francisco REDONDO TRIGO ..... 1908

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados	
— «Transmisión de fincas durante el proceso de tramitación e inscripción de un proyecto de reparcelación» / <i>Transfer of plots during the handling process of a re parceling project</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN .....	1920

**ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS**

Información de actividades .....	1941
----------------------------------	------

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

« <i>La responsabilidad civil del Compliance Officer</i> », de Juan Carlos VELASCO PERDIGONES, por Joel Harry CLAVIJO SUNTURA ...	1951
---	------

# ESTUDIOS



Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «*causa retinendi*» y el «realismo jurídico». (Segunda Parte)

*The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the «limitation objection abuse», the absence of «causa retinendi» and «legal realism». (Second Part)*

por

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

*Profesora titular de Universidad.*

*Departamento de Derecho civil*

*Facultad de Derecho-UNED*

**RESUMEN:** Tres claves son capitales para encajar que la acción de restitución de los gastos indebidamente imputados al usuario en una cláusula nula

por abusiva en un contrato de préstamo estándar protegido por la Directiva 93/13, puede ser tan independiente de la acción declarativa de la que deriva, que puede ser prescriptible y acorde con los principios de eficacia y de seguridad materializados en la exigencia por el TJUE del plazo «razonable» para activar con éxito la facultad de exigir la prestación indebidamente pagada:

1) La aplicación de la doctrina alemana del «abuso de la prescripción» cuando se ha creado la apariencia de que no debería alegarse por el sujeto beneficiado por la prescripción; porque dicho sujeto no puede abstraerse de la notoriedad y publicidad de las resoluciones en que se declaraba la nulidad por abusiva de la cláusula redactada por él.

2) La inexistencia de la «causa retinendi» del desplazamiento patrimonial del principio del «enriquecimiento injusto negativo»; porque la característica propia de la acción de restitución que es la de reclamar el reembolso de los gastos realizados a terceros y no a la prestamista, no puede albergarse en el sinalagma del artículo 1303 del Código Civil; y

3) El «realismo jurídico» previo paso por la necesaria objetivación del «criterio subjetivo» del *dies a quo* de la prescripción; porque, al poner en paralelo a la jurisprudencia con las normas jurídicas en el sistema de fuentes del Derecho, hace juiciosa nuestra opción de considerar como *dies a quo* de la acción de restitución, la fecha de 23 de enero de 2019, que es la de las «sentencias uniformes del Tribunal Supremo».

Veremos si nos da la razón el Tribunal de Luxemburgo o si prefiere optar por alguna de estas otras tres opciones planteadas por el Tribunal Supremo y la Sección 15 AP de Barcelona en sus respectivos autos planteando cuestión prejudicial: la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-698/18 y 699/18, o en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19; la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva en el caso concreto, o la fecha del pago de los gastos indebidamente imputados.

*ABSTRACT: Three elements are of capital importance in assuming that the legal action for the refunding of formalization, novation or cancellation costs unduly charged to the consumer by an unfair term in a standard loan contract covered by the Directive 93/13 can be as much independent of the invalidity action from which it derives as to be subject to a limitation period, in conformity with the principles of effectiveness and legal certainty embodied in the requirement by the ECJ of «reasonable» time limits for exercising the right to claim the refunding of amounts unduly paid:*

*1) The application of the German doctrine of «limitation objection abuse» when the appearance has been created that such an objection will not be raised by the beneficiary; because said beneficiary cannot ignore the notoriety and publicity of resolutions declaring the clause drafted by himself invalid by reason of unfairness.*

2) *The absence of the «causa retinendi» of the patrimonial displacement of the «negative unjust enrichment» principle; because the object of the action for repayment, which is to claim the reimbursement of payments made to third parties and not to the lender, cannot be housed in the «synalagma» of article 1303 of the Civil Code; and*

3) *«Legal realism», after passing through the necessary objectification of the «subjective criterion» of the dies a quo of the limitation period; because, by putting in parallel the jurisprudence with the legal rules in the system of sources of law, it makes our option of considering as dies a quo of the restitution action, the date of January 23, 2019, which is that of the «uniform rulings of the Supreme Court», judicious.*

*We will see if the Court of Luxembourg agrees with us or if it prefers to opt for one of these other three options raised by the SC and Section 15 AP Barcelona in their respective orders raising a preliminary question: the date of the judgment of the Court of Justice in joined cases C-698/18 and 699/18, or in joined cases C-224/19 and C-259/19; the date of the declaration of nullity of the clause as abusive in the specific case, or the date of payment of the unduly charged expenses.*

**PALABRAS CLAVE:** Prescripción. Plazos de prescripción. Nulidad absoluta. Acción declarativa. Efectos restitutorios. Acción de restitución. Acción de nulidad radical. Excepción de prescripción de la acción de restitución. Contrato de préstamo hipotecario. Contrato de crédito inmobiliario. Contrato de crédito al consumo. Reparto de gastos. Cláusula abusiva. Condiciones generales. Cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca. Efectos de la declaración de nulidad de tales cláusulas. Principio de efectividad. Principio de equivalencia. Restitución recíproca. Se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Desde el día que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

**KEY WORDS:** *Limitation of action. Limitations periods. Absolute nullity. Declaratory action. Restitutory effects. Action for repayment. The upholding of an objection that the action for repayment of the amount paid. An action for a declaration that a term is invalid ab initio. Mortgage loan agreement. Credit agreements for consumers. Award of costs. Unfair contractual term. Terms not individually negotiated. Term charging all of the costs of creating and cancelling a mortgage to the borrower. Effects of a declaration that those terms are void. Principle of effectiveness. Principle of equivalence. Restore to one another those things. To run from the date on which the action may properly be brought. Become time-barred from the date on which performance of the obligation becomes.*



**SUMARIO:** III. ¿QUÉ PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CONSIDERAR QUE NO ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO DE EFICACIA? EL PLAZO RAZONABLE. 1. *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ADECUADO A LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: ¿AQUEL QUE SIGUE EL CRITERIO «SUBJETIVO» DE PRESCRIPCIÓN? 2. LA REGLA DE ORO DEL *DIES A QUO* IDÓNEO: «EL QUE HAGA POSIBLE EN LA PRÁCTICA O NO EXCESIVAMENTE DIFÍCIL EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A SOLICITAR LA RESTITUCIÓN». 3. LA «NOTORIEDAD» DEL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS POR ABUSIVA Y LA «ABUSIVIDAD» DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMAS DE OBJETIVAR EL CRITERIO «SUBJETIVO» DEL *DIES A QUO*: A) *La abstracción u objetivación del conocimiento del hecho que genera el derecho*: a) El realismo jurídico de la jurisprudencia frente a que las sentencias no son equiparables a las leyes. b) Valor de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo frente a la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores. c) *Actio nata* «notoria» frente a la resistencia de la doctrina de los autores. 4. NUESTRA CONCRETA OPCIÓN DE *DIES A QUO*: LA FECHA DE LAS SSTs DE 23 DE ENERO DE 2019. 5. *DE LEGE FERENDA...PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS NOTORIAS Y LEGISLAR UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN*.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

Finalizábamos la primera parte de este artículo en el número anterior de esta revista señalando en la conclusión I-Sexto y en la propuesta II.4 «que no hay plazo de prescripción para este caso concreto de efectos resarcitorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y menos aún acuerdo sobre cuándo debe comenzar. El comienzo del plazo por el que nos decantamos, punto que consideramos más importante que su duración (aunque también nos parece razonable que sea corto por aquello de uniformarnos con Europa), es, en aras de preservar los principios de seguridad jurídica y de efectividad, (y con ello, adelantamos nuestra propuesta de la segunda parte de este artículo), la fecha de las «Sentencias uniformes» del TS, 23 de enero de 2019, cuya «notoriedad» es indiscutible tanto para el titular de la acción de remoción como para el consumidor de la cláusula abusiva; notoriedad del conocimiento de la nulidad de gastos hipotecarios por abusiva, esto es, del hecho que genera el derecho, que objetivará el criterio «subjetivo» del *dies a quo* del que parte la doctrina y las pretendidas normas armonizadoras tanto del Derecho europeo de contratos (*Principles of European Contract Law-PECL* y *Draft Common Frame of Reference-DCFR*), como de los contratos comerciales internacionales (Principios Unidroit o Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales-PICC), y que permite plantear la aceptación del rechazado «realismo jurídico» que nos lleva a posicionar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un lugar «notorio» sin menoscabar el sistema de

fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores». Toca ahora desarrollarlo.

### III. ¿QUÉ PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CONSIDERAR QUE NO ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO DE EFICACIA? EL PLAZO RAZONABLE

Dejamos para otro momento la interesante cuestión de la comparativa entre el distinto plazo de caducidad al que queda sometida la anulabilidad y el de la prescripción de los efectos restitutorios, que nos suscita la doctrina<sup>1</sup> y la lectura del voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia, entre otras, ya que estamos ante un caso de ineficacia totalmente distinto<sup>2</sup>.

Nos centramos ahora en la duración del plazo de prescripción general de las acciones personales, del artículo 1964 del Código Civil y del artículo 121-20<sup>3</sup> CCCat<sup>4</sup>, a los que irremediablemente se llega dado el silencio de la LCGC y del Código de consumo de Cataluña<sup>5</sup>, para limitar la acción de restitución de lo indebidamente pagado, como plazos en principio «razonables»<sup>6</sup> pese a su consecutiva reducción.

Pero antes que hablar en concreto de la duración del plazo y del *dies a quo*, conviene que nos centremos en el escenario exacto en que nos encontramos para quitar hierro a este tema del plazo razonable de la nulidad radical, sea o no parcial:

Por una parte, que ya no estamos en el momento en el que podíamos aceptar sin problema alguno lo afirmado por nuestro TS, acerca de que del plazo de prescripción de la acción de restauración o restitución, nadie se había quejado. Nunca antes se había planteado su insuficiencia dado que desde la primigenia versión del Código Civil tenía una extensión nada desdeñable de 15 años, aunque fuera la mitad del gran plazo de 30 años de prescripción adquisitiva ordinaria previsto para los casos de adquisición del dominio desnudo de título y buena fe; y

Por otra, que, aunque la discusión se centre fundamentalmente en el nuevo plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil desde 2015<sup>7</sup>, tampoco es tan grave debido a que la pseudo-retroactividad del nuevo artículo 1964 del Código Civil que establece la disposición transitoria quinta de la Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley 45/2005), que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil hará que octubre de 2015, fecha de entrada en vigor del precepto, actúe como dique de contención de aquellos plazos de prescripción que estuvieran corriendo cuando entró en vigor, haciendo

que se pierdan aquellos años que aún pudieran discurrir con ocasión de la aplicación del plazo anterior de 15 años, puesto que nunca podrían contabilizarse si sobrepasan octubre de 2020.

Explicado paso por paso y con ejemplos: El plazo de 5 años se aplica también a las acciones que hayan nacido antes de su entrada en vigor por virtud de la disposición transitoria quinta de la Ley 45/2005, que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil. Famoso precepto transitorio que, aun adoptando la misma regla francesa de su origen, a saber, la irretroactividad de la prescripción sea adquisitiva o prescriptiva, pues se rige por el momento en que el fenómeno de la prescripción se produce, no aplicándose la ley nueva, a juicio de nuestra mejor doctrina<sup>8</sup>, sí establece una cierta retroactividad basada en lo injusto que es que un titular de un derecho cuya prescripción haya comenzado se beneficie de mayor plazo que el titular de un derecho al que se le aplique el nuevo plazo más breve de la norma que entró en vigor. En consecuencia, el 2.º párrafo del artículo 1939 del Código Civil autoriza se pueda finalizar el plazo de prescripción bajo el imperio de la nueva ley.

Traído a nuestro escenario, supone contestar afirmativamente a la cuestión que eleva al TJUE en su auto de 12 de marzo de 2019 la magistrada de JPI-Palma Mallorca, relativa a si apreciar la excepción de prescripción en el contrato de préstamo hipotecario que es de 16 de mayo de 2000, puede resultar contrario a los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 relativos al principio de no vinculación y efecto disuasorio, respectivamente (FD CUARTO.7.º); esto es, que es posible apreciar la excepción de prescripción si se trata de los gastos de comisión de apertura y otros que se generan y pagan a la constitución del préstamo hipotecario, salvo que se trate de algún tipo de gasto que esté contemplado por ley que ha de sufragarlo el prestatario o que simplemente se pague a la cancelación del préstamo hipotecario (lo vemos en el epígrafe siguiente), porque el fenómeno de pago de dichos gastos, momento que indudablemente recoge el artículo 1964 del Código Civil («desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación»), tiene como *dies ad quem* el 16 de mayo de 2015 y, por tanto, unos 5 meses antes de la entrada en vigor del nuevo precepto.

En la Sentencia de la 28 R AP-Madrid 929/2019, el contrato de préstamo hipotecario es de 12 de marzo de 2009, y la acción no ha prescrito porque se interpone la demanda en 2017, es decir, el 3.º año del nuevo plazo de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código Civil. En este caso, de no haberse instado la demanda, la acción no prescribiría hasta octubre de 2020, y, por el juego del artículo 1939 del Código Civil el titular del derecho habría perdido los 4 años de prescripción que restarían de aplicarse por entero el plazo de 15 años que se contemplaba antes de la modificación del artículo 1964 del Código Civil.

En la sentencia 9 AP de Valencia 66/2018, se aprecia la prescripción porque la escritura se firma en 2000, antes de la entrada en vigor de la reforma del precepto (2015) y en la sentencia 15 AP de Barcelona 20/2020, se aprecia también habida cuenta que se había cumplido el plazo de 10 años prescripción previsto en el artículo 121-20 CCCat (FD SEGUNDO-20-23°).

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que las tres Audiencias actúan con la aplicación del artículo 1939 del Código Civil y no aprecian o aprecian, como ahora veremos, la prescripción alegada de la acción de restitución porque están considerando como *dies a quo* el momento del pago de los gastos hipotecarios. Como veremos a continuación, si se considerara otro *dies a quo*, el artículo 1939 del Código Civil no entraría en juego.

1. *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ADECUADO A LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: ¿AQUEL QUE SIGUE EL CRITERIO «SUBJETIVO» DE PRESCRIPCIÓN?

A pesar de ser mayoritaria la respuesta por parte de las Audiencias y del Tribunal Supremo respecto a la prescriptibilidad de la acción de restauración y su plazo máximo de prescripción de 5 años, *ex. artículo 1964.2.º del Código Civil* (aunque estuviera corriendo ya el plazo de 15 años anterior *ex. FD TERCERO-párr.2.º Sentencia 28R 929/2019*) o de 10 años, *ex. artículo 121.20 CCCat.*, no es sino dispar en la subsiguiente cuestión de su *dies a quo* y el énfasis dado a los razonamientos que puedan concurrir cuando consideran el mismo momento del cómputo del plazo.

La verdad es que lo que nos preocupa es el *dies a quo* y no la duración del plazo en sí. Tenemos asumido hace tiempo y quizás por eso lo afirma ya a pie de página ZIMMERMANN<sup>10</sup> al presentar el marco común actual de la prescripción, que «la historia más reciente de las normas reguladoras de la prescripción es la historia de la reducción de los plazos de prescripción».

En efecto, nos hemos ido acostumbrando a la reducción de la duración del plazo de prescripción de las acciones personales y no personales. No nos ha causado extrañeza no solo por las reformas llevadas a cabo en nuestros propios territorios nacionales<sup>11</sup> o por los plazos que se adoptan tanto en los proyectos sobre el Derecho contractual europeo como en los Derechos europeos (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 10-11 y ZIMMERMANN, 2002, 89-92)<sup>12</sup>, sino porque hemos comprendido y asumido que los plazos generales de prescripción, aun acortados, han ido siendo calificados por el TJUE como «razonables», siempre que el momento en que dicho[s] plazo[s] comience[n] a correr no haga imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar la restitución de los pagos realizados; lo que supone que haya podido conocer

a tiempo o con la antelación suficiente su duración y presupone que se tenía conocimiento del origen del derecho a reclamarlos<sup>13</sup>.

La clave, por tanto, para que el plazo nos parezca razonable no es su duración en sí sino la «notoriedad» del momento en que se inicia, entendida esta (luego insistiremos más cuando demos nuestra propuesta), como que posibilite su práctica al legítimo titular de la acción pues «el tiempo prescriptivo corre desde el instante en que el hecho que lo engendra conste de forma notoria» porque «sería absurdo e injusto computar el plazo cuando el hecho permanece oculto o clandestino» (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 49 *in fine*). Si no posibilitamos el conocimiento del derecho, (en nuestro caso, de la restitución de los pagos por la abusividad de la cláusula de gastos), y la practicidad del plazo para ejercitarlo con un inicio razonable y a la vez reducimos su duración, vulneraremos claramente el Principio de efectividad.

Por lo dicho, la expresión mayoritariamente común en los ordenamientos (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 13), «desde el día en que pudieron ejercitarse» [toda clase de acciones no sometidas a plazo especial]» (*ex. art. 1969 CC*), que completa en nuestro sistema en principio incluso la nueva expresión del artículo 1964 del Código Civil de 2015, «desde que sea exigible el cumplimiento de la obligación»<sup>14</sup>, la cual, a su vez, puede leerse en las pretendidas normas<sup>15</sup> armonizadoras del Derecho europeo<sup>16</sup> de contratos<sup>17</sup> (*ex. arts. 14:203 PECL*<sup>18</sup> y III-7:203 DCFR<sup>19</sup>), hay que leerla con este espíritu: que no haya habido obstáculo al conocimiento del derecho a reclamar y haya habido plazo para entender que lo ha habido.

Si antes, el comienzo de la prescripción se entendía de forma objetiva, esto es, teniendo en cuenta exclusivamente que hubieran desaparecido los obstáculos legales o acordados por voluntad de las partes en el ejercicio del derecho<sup>20</sup>, ahora, la idea es entender que el mayor obstáculo que debe desaparecer para que comience a operar la prescripción es que el sujeto que puede ejercitar la acción no lo puede hacer porque no conoce su derecho a reclamar. Hacer coincidir el momento del inicio de la prescripción con el conocimiento del origen del derecho a reclamar es la clave.

Por ello, los PECL y el DCFR no se quedan en la declaración *ut supra* señalada, sino que bajo el título de «Extensión del periodo» / «Extensión del plazo» regulan (*ex. arts. 14:301 y III-7:301*, respectivamente), la «Suspensión en caso de ignorancia», diciendo: «el cómputo del plazo de prescripción se suspende mientras el acreedor no conozca ni pueda razonablemente conocer» / «y no quepa razonablemente esperar que conozca»: (a) la identidad del deudor; o (b) los hechos que dan lugar a la reclamación...» / «los hechos de los que surge el derecho...». En definitiva, lo que, de forma más actual y acorde con la doctrina y jurisprudencia, nacional y europea actuales<sup>21</sup>, acoge de forma omnicompreensiva y tomando casi al pie de la letra del TJUE, el artículo 121-23.1 CCCat<sup>22</sup>: «el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida

y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse».

Puede variar la duración, cada vez más reducida de los plazos de prescripción, desde luego, pero lo importante es asegurar que el *dies a quo* no se inicie antes que el consumidor conozca su potencial titularidad de una acción de reclamación de los gastos que está sometida a prescripción. Así, ZIMMERMANN<sup>23</sup> aun reconociendo que internacionalmente está consolidado el plazo de tres años, considera que un plazo uniforme de prescripción solo es posible a partir de un sistema subjetivo, que un plazo que oscile entre dos y cinco años es razonable siempre y cuando el *dies a quo* no quede fijado de forma objetiva ya que lo fundamental, lo que debería tenerse en cuenta, es si el acreedor tenía conocimiento o sería razonable entender que tenía conocimiento del deudor y de los hechos que dan lugar a la pretensión. Pues, como se señala (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 13), en algunos casos «la prescripción puede llegar a suponer una auténtica desposesión del acreedor».

Pues bien, este conocimiento razonable por el titular de la acción de las bases de su derecho que recoge el precepto catalán, es el llamado criterio «subjetivo» de prescripción; criterio que, como apunta ZIMMERMANN, yendo «acompañado de una regulación lo más consistente posible»<sup>24</sup>, es preferible *a priori* pues supera la certeza que caracteriza al criterio objetivo al fijar el *dies a quo* a través por ejemplo, de una fecha cierta o el nacimiento de la pretensión, o la entrega, o la aceptación, o la finalización (de una construcción), etc., y no lleva, como así pasa con el criterio objetivo cuando establece un plazo adecuado pero diferenciado a cada pretensión, a problemas de delimitación, líneas doctrinales erróneas, deformaciones conceptuales y a un incremento innecesario de los litigios<sup>25</sup>.

Con todo, advierte ZIMMERMANN<sup>26</sup> que si bien ha habido una tendencia no solo hacia la aplicación de este criterio subjetivo a una gama cada vez mayor de pleitos en el Derecho Comparado, con el tiempo, se tiende a la reducción de su inherente potencialidad para retrasar el comienzo de la prescripción, al pasar de su conocimiento real o «*Knowledge*» a una prueba de su «descubrimiento», «detectabilidad» o «*discoverability*»<sup>27</sup>. Citando a VON BAR, en relación con la Directiva de responsabilidad por productos, expresa que «en términos generales, la «detectabilidad» puede considerarse como el estándar general emergente en la legislación de la Comunidad Europea, en lo que respecta a la prescripción». Evolución del criterio subjetivo hacia la «detectabilidad» sobre la que volveremos más tarde<sup>28</sup> pues nos servirá para sostener como *dies a quo* la fecha de alguna «notoria» sentencia. Ahora, conviene abordar la cuestión relativa a cuál ha sido el criterio seguido por nuestros Tribunales, si el criterio objetivo o el

criterio subjetivo. Y la respuesta mayoritaria es el criterio acostumbrado: el pago o abono de gastos.

En los albores de la discusión patria acerca del inicio del plazo de prescripción de las acciones personales relativas a gastos hipotecarios, excepción hecha de alguna Audiencia Provincial como la de Lugo<sup>29</sup> en 2019 o la de La Rioja<sup>30</sup> en 2018 y la de Cáceres en 2017, la mayoría de nuestros órganos jurisdiccionales han rechazado que pueda comenzar el plazo de prescripción general de 5 años previsto en el artículo 1964.2.º del Código Civil en alguna fecha de alguna sentencia de notorio alcance y conocimiento sobre la materia o en aquella en que la cláusula fuera declarada nula. Entienden que el plazo se inicia cuando se han abonado los gastos de forma efectiva, aunque para sostenerlo se enfatizan más unos argumentos que otros y expresen también que «el inicio del cómputo se sitúa en el momento en que el titular de la acción conoce o puede razonablemente conocer la posibilidad de ejercicio de la acción y la identidad de las personas ante quien deducirla, bajo la denominada *actio nata*» (FD TERCERO, pfs. 5.º y 6.º sentencia 929/2019 28R AP-Madrid constituida en Sala de discordia). Así, puede afirmarse que nuestros tribunales parten de un criterio objetivo ya que cualquiera de los tres momentos considerados como *dies a quo* son subsumibles sin duda entre los que según la doctrina fijan de forma objetiva el inicio de la prescripción, repetimos, la indicación de una fecha cierta, el nacimiento de la pretensión, o la entrega. Pero, además, son conscientes de que el conocimiento por el titular de la acción debe ser primordial.

En efecto, tanto la 28R AP-Madrid constituida en Sala de discordia en 2019 en su sentencia 929/2019, (cierto que por una mayoría no muy destacada), como la 9 AP de Valencia en su sentencia 1208/2020 y la sentencia 20/2020 15 AP de Barcelona<sup>31</sup> que reproduce los argumentos de la AP de Valencia, comparten que el plazo de prescripción comienza en el momento en el que el consumidor abona de modo efectivo los gastos del contrato que le fueron impuestos por la cláusula anulada (FD TERCERO, párr. 3.º, FD TERCERO, párr. 16 y FJ SEGUNDO-25), pero enfatizan distintas razones.

Será el argumento principal de la Sala de discordia (FD TERCERO, párr. 4.º) que el enriquecimiento injusto<sup>32</sup> no comienza con la perfección del contrato que contiene la cláusula gastos nula sino en el momento en que se paga, ya que es ese abono el que conlleva la disminución patrimonial.

Las AAPP de 9 Valencia y 15 Barcelona<sup>33</sup>, aplicarán<sup>34</sup>, siendo coherentes a sus pronunciamientos anteriores que, a su vez, habían sido asumidos por la 28R AP-Madrid<sup>35</sup> como inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos, el momento de su abono, pero lo harán por descarte de las otras dos posibles opciones como son la fecha en que fue dictada la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (primera sentencia en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula de gastos



que atribuye todos los gastos al prestatario<sup>36</sup>), y la fecha en que la cláusula fuera declarada nula (FD TERCERO, párrs. 14 y 15); *dies a quo* que habían sido considerados válidos de forma excepcional por otras AAPP; así, la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015 había sido tomada en cuenta por la AP de Lugo, Sección 1ª, 283/2019, de 2 de mayo<sup>37</sup> y últimamente también por las sentencias de la AP de Orense (AP OU), 537/2021, de 21 de julio<sup>38</sup> (FD SEGUNDO *in fine*), de la Sección 1ª AP de Gerona de 10 de mayo de 2021<sup>39</sup> (FJ QUINTO) y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 de junio de 2021, (FD SEGUNDO); la fecha de la declaración de nulidad de la sentencia fue tomada en cuenta por la AP de Cáceres, Sección 1ª, de 22 de diciembre de 2017, por la sección 1ª AP de La Rioja en su sentencia 59/2018, de 21 de febrero<sup>40</sup> y últimamente por la Sección 2ª AP de Lérida en su sentencia 321/2021 de la de 7 de mayo de 2021<sup>41</sup>, (FJ SEGUNDO), justificándolo la de La Rioja con el argumento de que «...en la propia sentencia en la que se declare la nulidad, se produce el rescaramiento en relación con los gastos indebidamente abonados».

Sin embargo, las AAPP de 15 Barcelona, 9 Valencia y 28R AP-Madrid prescindieron de la fecha en que se declare nula la cláusula abusiva, que el Tribunal Supremo eleva a su análisis al TJUE como veremos, pues estas Audiencias Provinciales entienden que considerarla sería tanto como volver a la cuestión previa de la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los gastos y no aceptar que la acción de nulidad es lo suficientemente autónoma como para plantearse sin necesidad de que haya restitución. En efecto, rechazan que el cómputo del plazo se inicie desde que la concreta cláusula incluida en el contrato sea declarada nula, por estas dos razones fundamentales: una, no siempre es necesario ejercitar la acción de nulidad (como cuando una entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor parte o todo de lo pagado en virtud de dicha cláusula); y dos, porque ese inicio del plazo llevaría a considerar que la acción de restitución es imprescriptible. Se afirma: «*Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo*» (FJ TERCERO-25, párr. 3.º 15 AP-Barcelona 20/2020).

Por otra parte, considerar la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015<sup>42</sup>, como inicio del plazo de 5 años de prescripción, para la 9 AP de Valencia cuya sentencia 66/2018, de 1 de febrero es seguida como modelo de claridad por la sentencia de la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FD SEGUNDO-25), es un obstáculo para el consumidor porque «...*las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo complete con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de*



los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la «cláusula suelo», STS de 9 de mayo de 2013<sup>43</sup>; o como expresa la Sección 4ª AP de Murcia con su sentencia de 34/2019, de 10 de enero<sup>44</sup>: las sentencias tanto del Tribunal Supremo como del TJUE se limitan a aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y alcance del Derecho, pero no tienen efectos constitutivos.

La verdad es que no nos extraña esta posición de refuerzo o confirmación del sistema de fuentes. Para estos tribunales enterarse por los periódicos o cualquier otro medio de comunicación de la posibilidad de ejercitar una acción de restitución por haberse declarado nula por abusiva una cláusula, no es a lo que un Estado de Derecho como el nuestro debe tender y el sistema de fuentes así entendido<sup>45</sup>, debe de ser respetado. Y por ello, descartando, como se ha dicho, que la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula sería tanto como considerar imprescriptible la acción de restitución, se apoyan en el enriquecimiento injusto para confirmar que el momento del pago de los gastos es el *dies a quo* adecuado, aunque ello suponga, (son conscientes) admitir la falta de ajuste con aquella jurisprudencia del TJUE<sup>46</sup> que en base al principio de efectividad, entiende que, «*la oposición de un plazo de prescripción de cinco años..., que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contenida en el contrato en cuestión*».

2. LA REGLA DE ORO DEL *DIES A QUO* IDÓNEO: «EL QUE HAGA POSIBLE EN LA PRÁCTICA O NO EXCESIVAMENTE DIFÍCIL EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A SOLICITAR TAL RESTITUCIÓN»

Se afirma<sup>47</sup>, que el gran obstáculo que supone violar el sistema de fuentes con la opción de la fecha de una de las sentencias del Tribunal Supremo o del TJUE, ha llevado a que nuestros tribunales (las AAPP de 15 Barcelona, 9 Valencia y 28R AP-Madrid), tiendan a justificar el *dies a quo* por el que optan, el momento del pago de los gastos, diciendo que es acorde con resoluciones del TJUE respecto de las que hoy se está preguntando precisamente su parecer. Se dice, por ejemplo, que la SAP de Valencia 1208/2020, de 27 de octubre de 2020, que fija como inicio del plazo de prescripción, ya lo dijimos, la fecha efectiva del pago de los gastos, lo está apreciando en armonía con la STJUE de 16 de julio de 2020 (Sala Cuarta), en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19<sup>48</sup>).

A nuestro juicio tal respaldo hay que precisarlo y de hecho es lo que ha provocado que nuestros órganos jurisdiccionales no vieran clara la postura del TJUE (MARÍN LÓPEZ, 2021, 15). Lo que en realidad esta resolución del Tribunal de Luxemburgo hace, dando respuesta a la prescripción de

la acción de restitución planteada por la magistrada del JPI de Palma de Mallorca (cuestión 13 en apdo. 35<sup>49</sup>), es afirmar que el plazo de prescripción del artículo 1964 inciso 2.º del Código Civil, que parece empezar a correr a partir de la conclusión del contrato de préstamo hipotecario (apdos. 89 y 91) y al que queda sometida la acción de restitución, no es contrario a los preceptos de la Directiva 93/13 «siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar tal restitución» [apdo. 92 y Declaración 4)]<sup>50</sup>. No está afirmando que el pago que se realiza en el momento de la conclusión del contrato sea sin más el *dies a quo* acorde con la Directiva 93/13; será acorde, como cualquier otro *dies a quo*, si facilita el ejercicio del derecho a exigir la restitución de los gastos indebidamente pagados. Es más, dice que resulta gravoso para el consumidor conocer que solo puede solicitar la restitución de los pagos realizados durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato, vulnerando con ello el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica (apdo. 91)<sup>51</sup>.

Dos son pues las condiciones para estar acorde con la Directiva 93/13 y eso es lo que nos está exigiendo el TJUE: la duración del plazo y el inicio de su cómputo, y desde nuestro punto de vista, más el *dies a quo* que la duración; porque, en la propia sentencia de 16 de julio de 2020 el TJUE si bien considera que la duración del plazo de 5 años es tan razonable y conforme al principio de efectividad que plazos más cortos como los plazos de tres y de dos años que ya habían sido sometidos a su consideración (apdo. 87)<sup>52</sup>, sin embargo, ante la cuestión de cuándo comienzan a correr dichos plazos, expresa que puede resultar gravoso para el consumidor conocer que solo puede solicitar la restitución de los pagos realizados durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato, vulnerando con ello el Principio de efectividad en relación con el Principio de seguridad jurídica (apdo. 91). La calificación de la duración de los plazos como razonables o suficientes de esta sentencia es lo primero que debe de apreciar el Tribunal. El Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia reciente de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o), reitera, que la duración de los plazos procesales no es en sí misma incompatible con los principios de equivalencia y de efectividad (apdo. 58)<sup>53</sup>, que lo importante es que se conozca por el consumidor con antelación dicha duración para que no haya pasado el plazo;

Como se ha visto, la STJUE de 16 de julio de 2020 (Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), no se pronuncia exactamente ni sobre la duración del plazo ni sobre el *dies a quo* óptimos para que el consumidor no se encuentre sorpresivamente ante una acción prescrita por el decurso de cinco años. Se pronuncia en concreto como comienzo del plazo sobre el momento de la firma del contrato o celebración del contrato que será normalmente la fecha

en que pagó lo indebido, el cual encuentra que hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a reclamar la restitución (apdo. 91). Con absoluto respeto a la labor de apreciación por el órgano jurisdiccional remitente de los elementos a tener en cuenta ante la decisión de si una disposición procesal no vulnera el principio de efectividad como es el caso (apdo. 85), y sin prejuicios acerca de la extensión del plazo de 5 años (apdo. 87), el TJUE invita a analizar cualquier *dies a quo* que se estime conveniente con la regla de oro de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a reclamar la restitución [apdos. 87, 92 y 4) Declaración].

Lo que realmente subyace es asegurar que el usuario medio y razonablemente atento y perspicaz<sup>54</sup> pueda tener tiempo para entablar acción y no en sí el plazo; en definitiva, hay que garantizar que pudo conocer el plazo a tiempo, lo que presupone que el usuario conoció el hecho que origina el derecho. Con esa gran lección del Tribunal de Luxemburgo, el TS, en su auto de 22 de julio de 2021, rectificando su postura anterior, rechaza tanto la fecha del pago de lo indebido como la fecha de la celebración del contrato porque está de acuerdo con que en cualquiera de los dos casos (si se producen en momentos distintos), no se está respetando el principio de efectividad. Introduce su cuestión acerca del *dies a quo* al Tribunal de Luxemburgo recordándole que en su sentencia de 16 de julio de 2020 ha expresado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato» (cita el punto 88 y dice que lo corrobora con el punto 91 de la misma sentencia y con la siguiente STJUE de 10 de junio de 2021, *ex. punto 47*, que recoge de forma literal). Aunque en realidad, el punto 88 citado por el Tribunal Supremo no es una afirmación del TJUE sino del órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial que alberga dudas acerca de que el plazo comience a correr desde la fecha de la celebración del contrato, es cierto en cambio que en el punto 91, como ya expresamos anteriormente, el TJUE afirma que si el plazo de prescripción de 5 años comienza a correr a partir de la celebración del contrato, como el consumidor solo puede solicitar la restitución durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le concede la Directiva 93/13 y, por tanto, vulnerar el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica. Recoge en su Auto, el Tribunal Supremo además, estas palabras más explícitas de la STJUE de 10 de junio de 2021 (el punto 47), que evidencian que se vulnera el principio de efectividad:

*«la oposición de un plazo de prescripción de cinco años..., que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber*

*expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contenida en el contrato en cuestión [se refiere el caso a un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva 93/13]. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor y, por siguiente, viola el principio de efectividad».*

Así, el principio de efectividad es el que sirve al Tribunal Supremo para rechazar la fecha del pago de lo indebido o momento en que se produce el enriquecimiento injusto o, el pago íntegro del contrato porque, a su juicio, «*es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula*» (FD QUINTO-2. *in fine* auto de 22 de julio de 2021), lo que sin duda es, como hemos dicho, una rectificación de su propio primer pensamiento expresado en las sentencias 44 y 46-49/2019, de 23 de enero, cuya fecha ofrece luego al TJUE como opción de *dies a quo*. En dichas resoluciones, en su exposición acerca del vacío de nuestro ordenamiento jurídico para cumplir con el restablecimiento de la situación jurídica y económica al consumidor que exige el artículo 6.1. Directiva 93/13, pues el artículo 1303 del Código Civil no encaja bien en el supuesto de pago indebido a terceros, señala (FD SÉPTIMO-7) utilizando la expresión de la sentencia 725/2018, 19 de diciembre que

*«Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del artículo 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto en tanto el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre».*

Está claro que el germen de este *dies a quo*, del momento de pago que es el que verdaderamente produce el enriquecimiento injusto, estaba presente en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde enero de 2019 e incluso desde diciembre de 2018; de hecho, como dijimos, la Sala de discordia lo basa en el enriquecimiento injusto con las palabras de la STS 725/2018, (FD CUARTO-2.º).

Sin embargo, lo que realmente importa aquí y ahora es enfatizar que el TS, conoce lo que el TJUE ha declarado respecto del enriquecimiento injusto y rectifica su postura diciendo que también «*puede ser contrario al principio de efectividad por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del*

*Tribunal Supremo [énfasis añadido: sobre el enriquecimiento injusto]o del TJUE en la materia».*

En efecto, para el TJUE cuando la regulación eslovaca exige que el consumidor de un préstamo de larga duración actúe ante los tribunales en un plazo de tres años<sup>55</sup> a partir de la fecha del enriquecimiento injusto, y en la medida que dicho enriquecimiento puede tener lugar durante la ejecución de un contrato de larga duración, está haciendo excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que conceden las Directivas 93/13 y 2008/48, de forma que infringe el principio de efectividad (apdo. 64); la razón es que, como afirma, en las circunstancias del litigio existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le concede la Unión (apdo. 60), ya que la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no puede apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión (apdo. 61). También el Abogado General en sus conclusiones (puntos 71-73), afirma que en estos contratos de crédito que se ejecutan durante periodos de tiempo prolongados, ...*«si el hecho que da inicio al plazo de prescripción, es todo pago efectuado por el prestatario, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente, no puede excluirse que, al menos para una parte de los pagos efectuados, se produzca la prescripción incluso antes de que finalice el contrato, de modo que tal régimen de prescripción puede privar sistemáticamente a los consumidores de la posibilidad de reclamar la restitución de los pagos realizados en virtud de las cláusulas que contravienen las citadas Directivas»* (apdos. 59 y 63). Por lo dicho, el pronunciamiento del TJUE no puede ser otro que considerar que dicho principio de efectividad se opone a esa normativa que establece que la acción ejercitada (por un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas para cumplir un contrato de crédito, de acuerdo con cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 o con cláusulas contrarias a los requisitos de la Directiva 2008/48), está supeditada a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto [apdo. 76. Declaración 1), sentencia TJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 Profit Credit Slovakia s.r.o)<sup>56</sup>].

Con lo antedicho, podríamos entender que el TJUE veda el momento del pago de lo indebido que, entre otras, la 28R AP de Madrid 929/2019, la 9 AP de Valencia 66/2018 y la 15 AP de Barcelona 20/2020 habían considerado adecuado como inicio del cómputo del plazo de prescripción. De hecho, el Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 le propone de forma directa para que se pronuncie solo por la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula abusiva (dispositivo 1) o por las fechas de sus sentencias de 23 de enero de 2019 o aquellas del

TJUE de 9 de julio de 2020 (Rainfeinssen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 669/18), de 16 de julio de 2020 (Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y 259/19); en las suyas declaraba por primera vez que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían atribuirse los gastos una vez expulsada la cláusula del contrato que contiene dicha cláusula (dispositivo 2 o segundo criterio); en las señaladas de 2020 el TJUE declaró que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (dispositivo 3 o tercer criterio).

Hemos expresado con duda que el TJUE esté vedando como *dies a quo* el momento del pago de lo indebido porque estamos de acuerdo con la reciente resolución de la 15 AP-Barcelona de 9 de diciembre de 2021, en la que solicita al TJUE se pronuncie sobre dicho *dies a quo* bajo el argumento de que en la STJUE 2021 Caso Profit Credit Slovakia s.r.o., el TJUE no considera que en todo caso en que se compute el plazo desde el pago se esté contraviniendo el principio de efectividad, que «*el TJUE consideró contrario a la Directiva la norma nacional en la medida en que el cómputo del plazo podía iniciarse antes de que se efectuaran todos los pagos*». Por ello, solicita que se pronuncie sobre este *dies a quo* con los argumentos de que la cláusula de imputación de todos los gastos de formalización del contrato es, primero, diferente de otras como las cláusulas suelo, multidivisa o comisiones que estén presentes durante la vida del contrato; y, segundo, que ante la duda de que el consumidor medio no profesional del Derecho deba tener no solo conocimiento del hecho de la abusividad de la cláusula sino de su efecto jurídico («la valoración jurídica» —dice—), esto es, que conozca que tras el pago de la última factura decaería su derecho a reclamar, que se pronuncie sobre si dicha información debe entenderse cumplida con el criterio que asiente de futuro el Tribunal Supremo o basta con la apreciación de las circunstancias del caso por el Tribunal nacional.

No tendremos que esperar más que lo que tarde el TJUE en pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo en su Auto de 22 de julio de 2021, a que conteste sobre este otro *dies a quo*, porque la AP de Barcelona pide la acumulación de su cuestión prejudicial a dicho auto (Parte Dispositiva, *in fine*); pronunciamiento del TJUE que tendrá que extenderse a la cuestión también planteada por la AP Barcelona relativa a si el conocimiento que debe tener el consumidor medio sobre dicha valoración jurídica, esto es, que el *dies a quo* sea el momento de pago de la última factura, se deba tener antes de iniciarse el pago o después de que expire (FD TERCERO-13); tema que considera la Audiencia importante en el ámbito territorial de Cataluña dado que el plazo de prescripción de 10 años contemplado en el artículo 121.20 CCCat. es no solo muy superior a aquellos plazos que han sido ya tratados por el TJUE, sino que puede

ser mucho más amplio habida cuenta de que si se interrumpe por mera reclamación extrajudicial, se iniciaría otra vez.

3. LA «NOTORIEDAD» DEL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS POR ABUSIVA Y LA «ABUSIVIDAD» DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMAS DE OBJETIVAR EL CRITERIO «SUBJETIVO» DEL *DIES A QUO*

Desde nuestro punto de vista, la posición jurisprudencial predominante que fija de forma objetiva el *dies a quo* en el momento del pago de los gastos hipotecarios, ante la exigencia de conocimiento del hecho que origina el derecho, se encuentra en la encrucijada siguiente: o afrontar que dicho criterio objetivo debe suavizarse con la exigencia de empezarse a indagar individualmente, en cada caso que le llegue si hubo conocimiento por el acreedor del hecho que provoca su derecho a tiempo del plazo de prescripción o criterio subjetivo, lo que supone tanto como renunciar a la prescriptibilidad de la acción de restitución y enfrentarse con demandas de contratos del pasado; o aceptar otras soluciones que no hagan calificar *a priori* de dramática por «ineficiente» la situación del acreedor que encuentra cerrado el tiempo de accionar su derecho al reembolso de los gastos pagados cuando toma conocimiento tarde de que la cláusula que los albergaba era nula por abusiva, pues han transcurrido 5 o 10 años desde que los pagó, so pena de enfrentarse a la opinión del TJUE.

En esa encrucijada no parece eficiente paliar la incertidumbre inevitable a la que arroja el criterio subjetivo que se prefiere, ya lo dijimos, por solvente doctrina<sup>57</sup> (es verdad que en términos generales), a través de una «consistente» regulación consistente (admitánnos este juego de palabras), en la suspensión o en la interrupción de la prescripción por ignorancia de la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito; por más que solvente doctrina<sup>58</sup> afirme que la clave para entender que los artículos 14:203 PECL y III-7:203 DCFR, adoptan el sistema subjetivo cuando su dicción es idéntica a la del precepto nacional que aplican nuestros jueces (*ex. art. 1964.2.º CC*), solo puede estar en que la regla general de hacer coincidentes el inicio del plazo de prescripción con el momento en que el crédito es exigible, se complementa con aquella de que el plazo se suspende o no comienza a correr si el acreedor lo ignora o no puede razonablemente conocer la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito (*ex. arts. 14:301 PECL y III-7:301 DCFR*).

Tanto en los artículos 14:203 PECL y III-7:203 DCFR como en los dos casos de interrupción, que no de suspensión (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 15 y nota a pie de página 43)<sup>59</sup> del plazo de prescripción que contempla el artículo 1974 del Código Civil para la re-



clamación judicial y para la extrajudicial del acreedor, el problema seguirá siendo resolver cuándo presuponer el previo conocimiento por el titular de la acción de restitución, si de forma individual o abstracta u objetiva.

Puede salvarse como afirma nuestra doctrina que en nuestro Derecho no exista para las acciones personales sino el principio de *actio nata*, con la invocación de que el artículo 1968.2.º del Código Civil que expresa «desde que lo supo el agraviado» para obligaciones derivadas de culpa o negligencia, puede ser una excepción del artículo 1969 del Código Civil y con la invocación de doctrina jurisprudencial, en concreto la sentencia de 19 de mayo de 1965, que interpreta la expresión del artículo 1969 del Código Civil «desde que pueda ejercitarse» como «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho»; pero, en realidad, seguiríamos sin la regulación consistente que el criterio subjetivo demanda pues tras ello habría siempre que optar por la individualidad o por la abstracción del conocimiento del derecho que genera el derecho.

A) *La abstracción u objetivación del conocimiento del hecho que genera el derecho*

Así las cosas, no queda otro camino que indagar si «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho» que es en lo que traduce la sentencia de 19 de mayo de 1965, la expresión «desde que pueda ejercitarse» del artículo 1969 del Código Civil, debe hacerse de forma individual o de forma abstracta, esto es, para todo un sinfín de contratos de adhesión en los que la cláusula nula ha actuado y producido un empobrecimiento injusto.

Creemos que «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho» sería el criterio subjetivo de prescripción que en los contratos hipotecarios de adhesión habría que precisar de forma abstracta y, además, que afecta tanto al acreedor como al deudor. Eso es lo que están pidiendo en sus autos el Tribunal Supremo y la AP-Barcelona, el momento en que puede razonablemente considerarse que cualquier acreedor está informado o es conocedor del hecho que genera su derecho. Y está bien porque es una forma no solo de evitar al completo la incertidumbre del criterio subjetivo del conocimiento individual sino a la vez de ponderar que puede hacerse, por el momento en que vivimos (y ahora adelantamos nuestra posición), a través de ciertas fechas de sentencias que por su notoriedad suponen un hito en este ámbito del pago de los gastos hipotecarios; lo que supone también subjetivar el criterio objetivo al que se le atribuye ciertas otras objeciones, como antes apuntábamos<sup>60</sup>.

Ya lo dijimos (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 48-50), la «ejercitabilidad» objetiva (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991-2, 2167) de la acción planteada de forma general para todo tipo de acciones por el ar-



título 1969 del Código Civil, la llamada «actio nata», no solo se exceptiona en el propio Código (art. 1968.2.º) sino por la jurisprudencia del TS, que ha aceptado una cierta imposibilidad subjetiva «aparentemente» en dicho precepto. Citando en concreto la sentencia de 19 de mayo de 1965 que habla de que hay que contar la prescripción «desde el momento en que el hecho que lo engendra conste de forma notoria», el autor defiende que no se está pasando de una imposibilidad objetiva a una subjetiva porque es también objetiva la cognoscibilidad efectiva del hecho que genera la acción.

Con razón señala CAÑIZARES LASO<sup>61</sup>, que el plazo de prescripción del artículo 121-23 CCCat. acoge este criterio subjetivo del conocimiento del acreedor del *dies a quo* pero entreverado con el criterio de la «razonabilidad» en el hecho de conocer las circunstancias que fundamentan su pretensión. Así dice la autora que «se tienen en cuenta las circunstancias subjetivas del titular de la pretensión pero siempre en su objetiva medida de valoración, esto es, con referencia a la diligencia exigible en el caso de la responsabilidad contractual, la buena fe en el tráfico o en el caso del error como vicio del consentimiento».

Digamos que pese a que el artículo 1932 del Código Civil como regla general y objetiva que en principio caracteriza la prescripción no alberga la regla de que esta no corre contra quien no puede hacerla valer («*contra non valentem agere non currit praescriptio*»), sin embargo, es necesario que se conozca por el prestatario el hecho que de que no siempre va a tener derecho a exigir los efectos restitutorios porque se ha decidido jurisprudencialmente que estamos ante el plazo general de prescripción del artículo 1964.2.º del Código Civil y no ante una imprescriptibilidad de la acción de restitución derivada de la acción de nulidad; plazo cuyo *dies a quo* es el conocimiento razonable por el titular de derecho del hecho que lo origina, entendiendo por razonable que desde el punto de vista objetivo dicho sujeto ha podido conocerlo.

Viendo que el Código construye, eso sí, en sede de responsabilidad extracontractual, la prescripción en base al conocimiento del «agraviado», ex. artículo 1968.2.º, (CAÑIZARES LASO, 2018, 108-109), y que la jurisprudencia ha encontrado la forma de objetivar el conocimiento por el agraviado, creemos que hay que, como así lo hace el autor citado, objetivar la subjetividad que nos exige el TJUE en este ámbito de super-protección del consumidor que exige la Directiva 93/13, estableciendo una solución objetiva como es la fecha en que se hace notoria la decisión de que los efectos restitutorios están sometidos a prescripción.

Considerar como *dies a quo* una fecha de una de las grandes sentencias de notoria importancia supone superar tres obstáculos derivados del sistema continental de fuentes, del principio de independencia judicial y de la reticencia de la mayoría de la doctrina de los autores. Lo vemos:

- a) El «realismo jurídico» de la jurisprudencia frente a que las sentencias no son equiparables a las leyes

Resulta cuanto menos curioso que el Tribunal Supremo no atienda el argumento nada desdeñable de la 9 AP Valencia 66/2018 que adopta la 15 AP Barcelona 20/2020 para rechazar que el día inicial del plazo fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015 relativo a que «*las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, ...por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada [se refiere a la de 23 de diciembre de 2015] o la que se dictó sobre cláusula suelo, STS de 9 de mayo de 2013*», y que luego proponga al TJUE que opte entre dos *dies a quo* que se basan en unas concretas fechas de sus propias sentencias uniformes de 2019 o de alguna de las del propio TJUE. Imaginamos que la razón de no tomar en consideración este argumento se debe a que el Tribunal Supremo no construye su doctrina de la prescriptibilidad de la acción de restitución con su sentencia de 23 de diciembre de 2015, pero en el fondo, sea con esta o con la sentencia 747/2010, de 30 de diciembre que sí utiliza para formar doctrina con la de 27 de febrero de 1964, en realidad está indicando al TJUE que la fecha de sus sentencias de 23 de enero de 2019 puede consagrar el *dies a quo* que necesita uniformar entre sus órganos jurisdiccionales.

Lo expuesto deja entrever que el Tribunal Supremo no entiende de la misma forma que las AAPP de Valencia y de Barcelona el funcionamiento del artículo 1.6 del Código Civil o significado de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho español por el que puede afirmarse que las sentencias no son normas jurídicas.

Podría afirmarse que el Tribunal Supremo está adoptando, consciente o no, por aquella postura doctrinal desdeñada tras la Ley de Bases 17-III-1973 que, en el comentario al precepto de fuentes, recordaba DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN<sup>62</sup> conforme a la cual la jurisprudencia podía «...operar de forma similar o paralela a como lo hacen las que pueden llamarse genuinas normas jurídicas»: la doctrina llamada del «realismo jurídico». Doctrina que, en efecto, con la Ley de Bases y la dicción final del precepto no triunfó, pero que hoy habría que desempolvar habida cuenta de dos consideraciones: primero, que el sistema jurisdiccional europeo, basado en que a instancia de nuestros órganos jurisdiccionales el TJUE marca directrices de actuación o no actuación para no vulnerar la normativa europea en la aplicación de nuestras normas, nos aleja del sistema continental que tabula la labor del juez y del legislador así como la independencia predicada de cualquier órgano judicial; y segundo, que sin necesidad de modificar la ambigua expresión verbal «complementará» del artículo 1.6 del Código Civil podríamos ampliar la labor «pseudo-legislativa» de la doctrina reiterada que emana

del TS, sobre todo si se unifica doctrina con las directrices del Tribunal de Luxemburgo. Si a las pruebas nos remitimos<sup>63</sup>, el Tribunal Supremo está planteando al TJUE sin expresarlo, el valor del fracasado «realismo jurídico» que no triunfó en los setenta y que hoy es evidente que existe, de forma que la interpretación normativa del TJUE, deberá de estar situada en la cúspide del sistema de fuentes<sup>64</sup> y así, aceptar que tras el pronunciamiento, esperamos lo antes posible, de esta cuestión prejudicial del *dies a quo* de la acción de restitución, produzca una doctrina obligatoria para ser seguida tanto por los órganos judiciales estatales como por el ciudadano.

Tampoco se entiende que la 9 AP Valencia rechace, con el argumento transcrito de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no se puede exigir su conocimiento, la fecha en que se dictó la STS de 23 de diciembre de 2015 cuando opta como *dies a quo* por el momento del pago de los gastos que supone el inicio del enriquecimiento injusto, lo que supone que se sabe el día cierto y la aceptación de una construcción del enriquecimiento injusto al menos en el Derecho Común, que nace de manos del Tribunal Supremo y no del legislador.

b) Valor de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo frente a la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores

Si no convence el argumento del realismo jurídico, el artículo 1.6 del Código Civil puede, mejor, debe de alojar la interpretación del TJUE respecto al real conocimiento por el consumidor atento y perspicaz de lo acontecido sobre la posibilidad de poder impugnar lo indebidamente pagado, en la labor jurisprudencial llevada a cabo por el TS, la cual ha sido valorada por el propio TJUE y desde nuestro punto de vista refuerza el lugar que ocupa en el sistema jurisdiccional.

No hay duda de que, por una parte, como recuerda RODRÍGUEZ IZQUIERDO<sup>65</sup> nada impide que los jueces nacionales puedan seguir insistiendo con cuestiones prejudiciales sobre la interpretación acerca de un mismo precepto europeo ya interpretado, pero el TJUE considera incumplimiento del Derecho de la Unión la infracción por el juez nacional de su propia jurisprudencia (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, Köbler<sup>66</sup>, apdo. 56); y por otra, que en un doble asunto sobre vencimiento anticipado, el TJUE, en sus sentencias de 7 de agosto de 2018<sup>67</sup> (Asunto Banco de Sabadell y Escobedo Cortés C-94/17<sup>68</sup> y de 14 de marzo de 2019 (Asunto Dunai C-118/17)<sup>69</sup> tiene en cuenta la manifestación del Abogado General (punto 113), que afirmó<sup>70</sup>:

*«...que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer la función de armonización de*

la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales»; de este modo y respecto del Asunto Dunai, el TJUE-Sala Tercera, el TJUE recoge en su declaración 2) que:

*«La Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente».*

No puede considerarse pues algo nuevo para nosotros plantearnos el valor de la función jurisdiccional dentro de nuestro sistema de fuentes; se incluye, como vemos, dentro del paquete de sentencias llamadas a enjuiciar la abusividad de ciertas cláusulas habituales en los contratos de hipotecas, y hay ya que tenerlo en cuenta para salvar la crítica del valor de la jurisprudencia de nuestro TS, el cual, intenta reforzarlo utilizando las propias palabras arriba transcritas del Abogado General en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019<sup>71</sup> (FD OCTAVO-2).

c) *Actio nata* «notoria» frente a la resistencia de la doctrina de autores

Que sea de sobra conocido por el consumidor que puede acabarse el plazo de prescripción de 5 años es lo que cuenta. Esa «enorme notoriedad» que se propicia a través de la oportuna publicidad de la resolución es ponderada prácticamente por la mayor parte de nuestra doctrina actual, pero no hasta el punto de pasar a afirmar consecuentemente que las fechas de las resoluciones que consideran notorias puedan ser un *dies a quo* óptimo. Así, MARÍN LÓPEZ<sup>72</sup> aun afirmando que «podría tener cierta importancia» la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015 (21 de enero de 2016) por su enorme notoriedad (es la primera que declara abusiva los gastos) y publicidad (se hace su publicidad en la web del CGPJ), sin embargo sostiene que no puede fijarse una fecha concreta por la que deba iniciarse el plazo de prescripción, habiéndose de estar al caso concreto en el que se analice si el prestatario conocía los hechos que fundamentan su pretensión (nulidad

de la cláusula y posibilidad de reclamación de algunas cantidades). Postura que es admitida por CARRASCO PERERA<sup>73</sup>, cuando a pesar de que concluía, en su artículo de 2017 y con la esperanza de que fuera la última vez que tuviera que escribir sobre esta cuestión del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios que el *dies a quo* empieza a correr desde el pago de los gastos indebidos; sin embargo, afirmaba «voy a dar por buena la tesis [se refiere a MARÍN LÓPEZ] de que un consumidor tiene la carga razonable de conocer la jurisprudencia a medida en que esta se publica en la web del CGPJ». MARTÍNEZ GÓMEZ<sup>74</sup>, últimamente también, a pesar de que entiende citando a CARRASCO PERERA, que el conocimiento del consumidor sobre lo que acontece incluso en la jurisprudencia, está más que asegurado en el plazo de 5 años por el ambiente y presión de los caza-pleitos de consumo e incluso porque también las entidades públicas como el Ministerio de Consumo también informa de ello a través de sus notas informativas<sup>75</sup>, apunta que no puede asumirse ninguna de las dos posibles fechas de las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y las de 23 de enero de 2019 porque sus pronunciamientos son distintos: la primera fija la nulidad de la cláusula y las de 2019 sus efectos.

AÑÓN CALVETE<sup>76</sup> en concreto rechaza la fecha de la sentencia de Pleno de la Sala Primera núm. 705 de 23 de diciembre de 2015, porque entiende que la abusividad ha de declararse caso por caso, en función de los requisitos que deben concurrir para la calificación de abusividad (condición de consumidor, cláusula no negociada, desequilibrio importante, etc.); y ACHÓN BRUÑÉN<sup>77</sup>, en particular entiende que tampoco pueden tenerse en cuenta las sentencias de 23 de enero de 2019 para fijar el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas por gastos de la hipoteca (apdo. C.), porque si el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 ya estableció que la sentencia de 9 de mayo de 2013 no podía tomarse como referencia para fijar la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de esta cláusula, por el mismo razonamiento no puede tomarse aquella.

Por lo dicho, estos dos últimos autores siguen anclados en considerar como inicio del plazo el momento en que se declara la nulidad de la cláusula. AÑÓN CALVETE<sup>78</sup> partiendo de que los jueces «*aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*», ACHÓN BRUÑÉN<sup>79</sup> por varias razones: por un lado, de la expresión de la STJUE «*los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva*», dice se puede inferir que los efectos restitutorios derivan de la declaración de la nulidad, por lo que es de lógica que sea este momento el *dies a quo* del plazo de prescripción; por otro lado, observa que la propia Comisión Europea en las Observaciones formuladas a las cuestiones prejudiciales de la sentencia, considera cohe-

rente que la prescripción, si es consecuencia de la declaración de nulidad, no pueda empezar a correr antes de que la misma se efectúe. La verdad es que la autora se manifiesta en contra tanto de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de restitución (apdo. A.) como de la tesis que fija como *dies a quo* de la acción de restitución el momento en que se realizaron los pagos (apdo. B), motivando esta última en la consideración vista del TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020, que encuentra dificultad de que un consumidor pueda conocer que es abusiva a tiempo de ejercer en plazo su derecho de reembolso, lo que vaciaría de contenido la propia declaración de nulidad pues se generaría un enriquecimiento injusto a favor de la entidad bancaria y en que no podría aplicarse el cómputo inicial del plazo del artículo 1969 del Código Civil aplicable a cualquier tipo de acción que no tenga especial previsión: el día en que pueda ejercitarse la acción. Así, se adhiere a las opiniones doctrinales que consideran que hasta que no se haya declarado la nulidad judicialmente, las partes vienen obligadas a sus respectivas acciones pues son ley entre ellas (*ex. art. 1091 CC*).

Por la doctrina que antecede, aplaudimos a DURÁN RIVACOBA cuando tomando en consideración la publicidad de las resoluciones del Alto Tribunal realizada esencialmente por la prensa más generalista y por ciertos despachos de abogados, últimamente y con ocasión de las sentencias que han declarado abusivas las cláusulas de las tarjetas *revolving*, llega a afirmar que conforman un panorama actual propicio para defender que pueda plantearse la prescripción de las acciones desde dichas resoluciones, ya que el consumidor concernido ha podido darse por enterado de la circunstancia de lo que supone la pérdida del plazo<sup>80</sup>.

Por lo apuntado, no podemos llegar a concluir que la mayoría de la doctrina acepte la posibilidad de una fecha notoria como *dies a quo* y eso que ya contábamos con algunas Audiencias que desde que se emitieron las SSTS de 23 de enero de 2019, bien aceptan su fecha como *dies a quo* adecuado (por ejemplo, la sección 1ª AP-Lugo<sup>81</sup> que entendió que el inicio del cómputo del plazo de prescripción general previsto por el artículo 1964.2.º del Código Civil para los supuestos de gastos hipotecarios que tratamos, sería la fecha de las SSTS de 23 de enero de 2019 [FD SEGUNDO, apdo. 34 *in fine*]<sup>82</sup>), bien se decantan por la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (caso de la SAP- Palencia, 393/2019 de 15 de noviembre de 2019<sup>83</sup>, de la SAP de Gerona de 10 de mayo de 2021<sup>84</sup> (FJ QUINTO), de la sentencia de Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 de junio de 2021, (FD SEGUNDO) y de la más reciente sentencia 537/2021, de 21 de julio (FD SEGUNDO *in fine*)<sup>85</sup> de la sección 1ª AP-Orense (AP-OU)<sup>86</sup>.

La tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, para Tribunal de Lugo, ahora en sentencia de 23 de febrero de 2021<sup>87</sup>, «dejan al consumidor en una situación de indefensión

*constriniéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico»; «situar el inicio del cómputo en el momento de la declaración de abusividad comporta «de facto» una acción de enriquecimiento injusto imprescriptible lo que no es la solución adoptada por nuestro derecho interno»; y de entre las dos posibles opciones, las fechas de las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y las de 23 de enero de 2019, prefiere esta última porque aunque el día de inicio del plazo en la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015, tiene el valor de que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva, no fija con la debida concreción los efectos de la nulidad como sí lo hace la sentencia de 23 de enero de 2019; concreción que para la AP Orense parece no ser decisiva sino que por la STS de 23 de diciembre de 2015 es de general conocimiento la posibilidad de ejercicio de la acción.*

#### 4. NUESTRA CONCRETA OPCIÓN DE *DIES A QUO*: LA FECHA DE LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019

Por todo lo que antecede, valoramos que el Tribunal Supremo haya cambiado su inicial postura y creemos está siendo coherente con lo que anteriormente ha interpretado respecto del artículo 1969 del Código Civil de forma que la combinación entre los principios de seguridad jurídica y de efectividad (que no son otros en el caso que analizamos, que los criterios objetivo y subjetivo de prescripción), le lleva a proponer al TJUE las opciones de considerar alguna de las fechas en que se dictaron sus sentencias de 2019 o algunas de las del TJUE.

En efecto, hay que combinar ambos principios para poder cumplir con el artículo 6.1 Directiva 93/13. Y a este respecto, consideramos que entre las dos fechas de las SSTS, 23 de diciembre de 2015 y 23 de enero de 2019, es preferible la de las cuatro sentencias de 2019, resoluciones que, aunque no se pronuncian sobre el inicio del plazo de prescripción, sí que atienden a la distribución de gastos entre prestamista y prestatario, cosa que no hace, como bien apunta ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA<sup>88</sup>, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre el Tribunal Supremo por tratarse de una acción colectiva en la que no procedía determinar concretamente las cantidades a reintegrar.

Preferir una u otra fecha no provocaría tanta inseguridad jurídica como la que se genera atendiendo al criterio de la declaración de nulidad de la cláusula omnicomprendensiva de gastos (la cláusula quinta llamada habitualmente), que albergan la mayoría de los contratos de crédito hipotecario que se celebraron por lo menos antes de 2015, fecha de la sentencia de la STS 23 de diciembre de 2015, que dejó claro incluso a cualquier orden jurisdic-



cional que había abusividad y se podía instar el reembolso de las cantidades pagadas. Así, como ya se dijo, se limitaría que hasta los herederos de dichos contratos pudieran instar la reclamación.

Pero, además, como entre las dos fechas restantes de las sentencias que el Tribunal Supremo propone al TJUE, esto es, la suya de las sentencias de 2019 y la del propio TJUE de 16 de julio de 2020, no hay mucha diferencia, cualquiera de las dos fechas podría ser un buen *dies a quo*, porque dejaría un plazo de cinco años que terminaría bien en 2023 bien en 2024 para instar la restitución de los gastos entremezclados y daría tiempo al usuario a conocerlo por la repercusión mediática que seguro va a tener; conocimiento que, aunque sea de este tenor, seguro propiciará oportunidades al prestatario que pagó para reclamar, no como la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015 que, de ser tenida como *dies a quo*, habría ya terminado con dicha oportunidad en diciembre de 2020.

En cualquier caso y como puede deducirse, fijando cualquiera de estas fechas, no juega el artículo 1939 del Código Civil al que remitía el artículo 1964.2.º del Código Civil cuando fue reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ya que este solo jugaría si establecemos como *dies a quo* uno, como así hicieron y apreciaron la 9 AP Valencia 66/2018 y 15 Barcelona 20/2020.

##### 5. *DE LEGE FERENDA...* PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS NOTORIAS Y LEGISLAR UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

No estando muy acostumbrados a entender el «realismo jurídico» que nos lleve a considerar que la jurisprudencia es fuente del Derecho<sup>89</sup>, y salvo que el TJUE nos sorprenda con sus declaraciones, creemos que de futuro se debería proponer la obligatoriedad de publicación en el BOE de cualquier solución europea y de su subsiguiente aplicación por el TS<sup>90</sup>. Así, no habría excusas para no conocer el estado jurídico de la cuestión. La acción sin duda dará lugar a un nuevo enfoque en la interpretación del verbo «complementará» que utiliza nuestro sistema de fuentes (*ex. art. 1.6 CC*), pero no sería sino dejar de forma explícita y una vez más, el juego del respeto al Derecho europeo y de su gran intérprete, el TJUE que, por su parte ya ha dado su punto de vista en este tema de la fuerza de los tribunales superiores de cada Estado miembro respecto a la función de armonización en la interpretación del Derecho, como expusimos (FD OCTAVO-2 STS de 11 de septiembre de 2019, señala los puntos 68 de la STJUE 7 de agosto 2018 (Asunto Banco de Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17) y punto 63 de STJUE de 14 de marzo (Asunto Dunai, C-118/17).

Se complementaría (ahora sí que empleamos esta forma verbal nosotros), esta solución con un Real Decreto Ley que anunciara un cambio en



el artículo 83 TRLGCU por el que se estableciera un plazo concreto de prescripción de aplicación uniforme en nuestro territorio. Los 10 años de prescripción previstos en el artículo 121.20 CCCat. se nos antoja muy largo y ya estamos viendo que el plazo de 3 años sería estar acorde con los proyectos europeos. Además, habría que incorporar a nivel nacional el criterio subjetivo o de conocimiento razonable por parte del titular del derecho de las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra la cual se puede ejercitar que refleja el artículo 121-23<sup>91</sup> CCCat. Precepto que podría servirnos de reflexión si, como creemos, deberíamos tender a una cierta unificación<sup>92</sup> hasta que llegue el día de afrontar un mismo sistema de obligaciones y contratos<sup>93</sup>. Aunque el plazo no cubriría el gran ciclo de vida del crédito hipotecario, probablemente evitaríamos acciones tardías o extemporáneas como manifiesta el Tribunal Supremo en su Auto cuando explica la vigencia del antiguo plazo de 15 años del artículo 1964.2.º del Código Civil sobre todo, porque esta vez, vendría ya combinado con la publicidad de la fecha de la sentencia del TS.

Finalmente, la forma de evitar que se reproduzca una situación anómala por sorpresiva de prescripción sobrevenida en contratos de larga duración como los créditos hipotecarios, a nuestro parecer, partiendo del equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el principio de efectividad, sería proporcionar información en la oferta del contrato de los plazos de prescripción existentes para cada tipo de gasto que soportemos como usuarios de préstamos garantizados. De *lege ferenda* consideramos apropiado que se plantee la modificación del artículo 6 LCCI, añadiendo dentro de la información básica que deberá figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, una nueva letra i) que pueda informar que hay gastos que, de discutirse, estarán sujetos a la prescripción de 5 años o de 10 años que se habría previsto en el artículo 83 TRLGDCU. También podría introducirse en la letra d) del artículo 14 LCCI relativo a la copia del proyecto de contrato, que según el precepto «incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato»<sup>94</sup>.

Por último, y despidiendo este artículo, tener hasta 2023 o 2024 para reclamar gastos tampoco supone excesivo tiempo de movimiento de demandas en los juzgados porque por mucho que queramos reclamar como prestatarios será exitoso solo lo que ya fue determinado a favor del prestatario en la distribución de gastos diseñada por las SSTS de 2019, a saber: el 50% de los gastos de gestoría y notaría entre prestamista y prestatario y el 100% de los aranceles registrales al banco como interesado (FD OCTAVO y FD SÉPTIMO puntos 13-18 STS 44/2019<sup>95</sup>). Como con la LCCI, ex. art. 14.1.e)<sup>96</sup>, todos estos gastos menos los de tasación se atribuyen al prestamista, el problema de distribución se habrá acabado y con ello la acción de restitución, su prescripción y su *dies a quo*.

#### IV. CONCLUSIONES

##### 1. STATU QUO

Primero. Ya dijimos (I.1. Primera Parte del artículo), que podemos estar de acuerdo con interpretar el silencio del Código respecto a la prescribibilidad o no de la acción de remoción de gastos como una posibilidad de analizarla, pero una vez que por los contraargumentos apuntados, nos decantamos por considerar que la acción de restitución es lo suficientemente independiente de la acción de nulidad de la que deriva como para considerarla prescriptible, estamos también de acuerdo con la postura mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencial de la aplicación del plazo de prescripción general previsto por el artículo 1964.2.º del Código Civil para las acciones personales que no tengan plazo de prescripción; plazo que tras la reforma de la LEC por Ley 42/2015, 5 octubre, quedó reducido a 5 años y que supone una barrera a aquellas acciones que hayan nacido antes de su entrada en vigor por virtud de la disposición transitoria quinta que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil y ello conlleva a que nunca podrían contabilizarse los años que sobrepasaran octubre de 2020.

Segundo. Ante la discrepancia existente entre las filas de nuestros órganos jurisdiccionales acerca de cuándo comienza a contarse dicho plazo general (*Vid.* I.2 Primera Parte del artículo), consideramos idóneo que la 15 AP-Barcelona plantee al TJUE en su resolución de 9 de diciembre de 2021 si le parece que el *dies a quo* deba ser el día en que se completó el pago de los gastos (lo hace arguyendo que en su STJUE Profit Credit Slovaka s.r.o. nunca expresó que en todo caso en que se compute el plazo desde el pago pudiera contravenir el principio de efectividad, por lo que cuestiona la viabilidad de esta opción en el contexto del plazo de 10 años de prescripción general que contempla el art. 121-22 CCCat); así completa la cuestión prejudicial que el Tribunal Supremo en su auto de 22 de junio de 2021 (parece rectificando su postura inicial de computar el plazo desde el día del pago en base a las SSTS 44-49/2019, de 23 de enero cuya fecha curiosamente luego le sirven para indicar otra opción sobre la que pronunciarse), planteó al TJUE sobre el *dies a quo* con solo estas tres o dos opciones: la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula y las fechas bien de las SSTS uniformes de 2019 o las de las SSTJUE de 9 de julio y de 16 de julio de 2020 que la confirma.

Tercero. Sin embargo, discrepamos de la opinión de que el *dies a quo* deba ser el momento del pago de los gastos por el prestatario, aunque sea buen argumento que es ese momento cuando se produce realmente el desplazamiento patrimonial que exige el enriquecimiento injusto. Y la razón

es la combinación de la inexistencia o falta de *causa retinendi* y la exigencia recordada por el Tribunal de Luxemburgo principalmente en las sentencias de 16 de julio de 2020 y de 22 de abril de 2021 de que el plazo objetivo debería ser razonable en el sentido de que le diera tiempo al consumidor a reaccionar; exigencia que nosotros no podemos materializar señalando las fechas de las sentencias que podrían caso por caso declarar la nulidad de las cláusulas omnicomprendivas de gastos porque iría contra el principio de seguridad jurídica necesario en todo ordenamiento jurídico y que cuya incertidumbre se combate con el instituto de la prescripción. Por eso, preferimos que se inicie fijando una fecha determinada; además no creemos que fijar una u otra de las dos fechas que ofrece el Tribunal Supremo cambie mucho el panorama porque siendo de 2019 o de 2020 que no es otro que en 2023 o en 2024 por aplicación del plazo de 5 años del artículo 1964.2.º terminaría la oportunidad de que el prestatario instara la demanda de los gastos incluidos en la cláusula abusiva.

Cuarto. La razón de que nuestra elección sea una de las fechas de las SSTs es que, acorde con la doctrina del TJUE, no harían «excesivamente difícil» el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar la restitución en base a que:

— fijarían de forma objetiva la subjetividad que se puede y debe apreciar en la «*actio in nata*» del artículo 1969 del Código Civil cuando el TJUE exige que se conozca por el consumidor medio atento y perspicaz lo que le atañe, en este caso, las circunstancias que resulten de considerar que su derecho está sometido a un plazo de prescripción y puede correr un riesgo; nos separamos de la regla general del artículo 1932 del Código Civil resumida en el adagio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*».

— no se iría en contra del sistema de fuentes considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y menos, aquella que provenga del TJUE. Somos conscientes que desempolvamos el llamado «realismo jurídico» que no triunfa en la Ley de Bases de 1973 y que supone que la jurisprudencia puede operar de forma paralela a la norma jurídica, de forma que sin necesidad de cambiar la dicción del artículo 6.1 del Código Civil podamos entender la declaración que sobre estos extremos haga el Tribunal Supremo cuando unifique doctrina conforme a la interpretación que del Derecho de la Unión haga el TJUE, constituyéndose como obligatoria tanto para los órganos judiciales estatales como para el ciudadano. Se está primando la notoriedad y la publicidad de estas doctrinas jurisprudenciales; y

— que fijarían el punto en el que podría apreciarse la doctrina del abuso de la oponibilidad de la prescripción.

## 2. NUESTRAS PROPUESTAS

1. *La fecha de las sentencias uniformes del Tribunal Supremo como mejor dies a quo para resolver el problema actual de las acciones de exigir la condena al pago de los gastos indebidos.*

2. *Desempolvar el llamado «realismo jurídico» para considerar que la jurisprudencia del TJUE que queda consagrada en la doctrina del Tribunal Supremo es fuente del Derecho, esencialmente estableciendo la obligatoriedad de publicar las sentencias notorias en el BOE; así, se respetaría el principio de eficacia o del conocimiento por el prestatario del hecho que genera su derecho y de su término.*

3. *Unificación de plazos de prescripción en España con el criterio subjetivo que preside en cómputo de plazos el artículo 121-23 CCCat. y reducirlo a 3 años para hacerlo armónico con los artículos 14:203 PECL<sup>97</sup> y III-7:203 DCFR.*

4. *Insertar el plazo de prescripción en el TRLGDCU y Código de Consumo de Cataluña.*

5. *Información obligada en la formación del contrato de préstamo de la LCCI del plazo de prescripción y su dies a quo.*

## V. JURISPRUDENCIA

### 2017: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de La Rioja, 314/2017, de 13 de noviembre 2017 (ECLI:ES: APLO: 2017:314)
- SAP de La Coruña, 339/2017, de 18 de octubre 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2170)
- SAP de La Coruña, 338/2017, 18 de octubre (ECLI:ES: APC:2017:2173)
- SAP de Pontevedra, de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES: APPO:2017: 571)
- AP de Asturias, 535/2017, de 23 de noviembre 2017 (ECLI:ES: APPO: 2017:571)

### 2017: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Palma de Mallorca (Sección 5ª), de 12 de diciembre 2017 (ECLI:ES: APIB:2017:2186)
- SAP de La Coruña (Sección 4ª), 494/2017 de 29 de noviembre (ECLI:ES: APC:2017:2609)

2018: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Asturias (Sección 1ª), 628/2018, de 20 de diciembre (*JUR* 2019, 37639)
- SAP de Palencia (Sección 1ª), 315/2018, 19 de septiembre (ECLI:ES:APP:2018:391)
- SAP de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084)

2018: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Barcelona, (sección 15ª), 923/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APB:2018:12088)
- SAP de Burgos, (sección 3ª), 352/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APBU:2018:818)
- SAP de Barcelona, (sección 15ª), S de 25 de julio de 2018 (ECLI:ES:APV:2018:1121)
- SAP de Zaragoza, (sección 5ª), 479/2018, de 15 de junio (ECLI:ES:APZ:2018:1725)
- SAP de Zaragoza, (sección 5ª), 407/2018, de 24 de mayo de 2018 (ECLI:ES: APZ:2018:1272)
- SAP de La Rioja, (sección 1ª), 59/2018, de 21 de febrero
- SAP de Valladolid, (sección 3ª), 68/2018, de 13 de febrero
- SAP de Valencia, (sección 9ª), 66/2018, de 1 de febrero (Roj: SAP V 1121/2018)

2019: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de León (Sección 1ª) 651/2019, de 26 de diciembre (*JUR* 2020, 85709)
- SAP de Albacete, de 21 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 38924)
- SAP de Zamora (Sección 1ª), 397/2019 de 21 de noviembre (*JUR* 2020, 77246)
- SAP de Palencia (Sección 1ª), 285/2019 de 30 julio (*JUR* 2019, 267742)
- SAP de Valladolid (Sección 3ª), 270/2019, de 25 de junio (*JUR* 2019, 235023)
- SAP de Granada (Sección 3ª), 462/2019 de 14 de junio (*JUR* 2020, 10237)
- SAP de Cádiz (Sección 5ª), 323/2019, de 25 de abril (*JUR* 2019, 171339)
- SAP de Zamora (Sección 1ª),180/2019

#### 2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Zaragoza (Sección 5ª), 1071/2019 de 17 de diciembre (*JUR* 2020, 43327)
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª), 958/2019 de 27 de noviembre (*JUR* 2020, 8502)
- SAP de Palencia (Sección 1ª), 399/2019 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APP:2019:617)
- SAP de Palencia, (sección 4ª), 393/2019, de 15 de noviembre de 2019
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), 772/2019 de 12 de noviembre (*AC* 2020, 84)
- SAP de Burgos (Sección 3ª), 445/2019 de 24 de septiembre (*JUR* 2019, 291841)
- SAP de Madrid (sección 28ª Refuerzo) 929, de 11 de septiembre (ECLI:ES: APM:2019:16041)
- SAP de Valencia (Sección 9ª), 829/2019 de 25 de junio (*JUR* 2019, 236104)
- SAP de Teruel (Sección 1ª), 164/2019 de 5 de junio (*JUR* 2019, 226664)
- SAP de Alicante (Sección 8ª), 583/2019 de 13 de mayo (*JUR* 2019, 256762)
- SAP de Lugo, (sección 1ª), sentencia núm. 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295)
- SAP de Pontevedra 226/2019 de 23 de abril (*JUR* 2020, 276886)
- SAP de Murcia, (sección 4ª), 34/2019, de 10 de enero de 2019 (ECLI:ES: APMU:2019:397)

#### 1990-2012: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- STS 265/2015 de 22 de abril (ECLI:ES:TS: 2015:1723)
- STS 557/2012, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6225)
- STS 843/2011, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8900)
- STS 1385/2007, de 8 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:380)
- STS 473/2006, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3034)
- STS 934/2005, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7386)
- STS 812/2005, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6545)
- STS 81/2003, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2003:852)
- STS 772/2001, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6465)
- STS 120/1992, de 11 de febrero
- STS 105/1990, de 24 de febrero

## 2010-2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- STS 662/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3911)
- STS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102)
- STS de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI: ES:TS:2018:4236)
- STS de Pleno (Sala de lo Civil) 705/2015, de 23 de diciembre, (Id. Cendoj: 28079119912015100044)
- STS 485/2012, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5290)
- STS 747/2010, de 30 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7666)

## CUESTIONES PREJUDICIALES

### *2019-2021:*

- Auto Secc. 15 de la AP-Barcelona, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES: APB:2021: 9348<sup>a</sup>)
- Auto de Pleno Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 (ECLI ES:2021: 10157<sup>a</sup>)
- Auto Secc. 9<sup>a</sup> AP Alicante de 22 de enero 2020 (DOUE C/161/25-26, 11 de mayo de 2020)
- Auto JMer núm. 1 Badajoz, de 26 de diciembre de 2019 (notificado a TJUE el 16 de julio de 2020 y retira su cuestión prejudicial el 25 de septiembre de 2020)
- Auto JPI núm. 17 Palma de Mallorca, 47/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES: JPI:2019)

### *Dies a quo del plazo de prescripción:*

#### 1. Fecha del pago de la última factura y/o celebración del contrato

- SAP de Baleares (Sección 5<sup>a</sup>), de 2 de julio de 2021
- SAP de Valencia (Sección 9<sup>a</sup>), de 22 de junio de 2021
- SAP de Alicante (Sección 8<sup>a</sup>), de 30 de diciembre de 2020
- SAP de Murcia (Sección 4<sup>a</sup>), de 17 de diciembre de 2020
- SAP de Castellón (Sección 3<sup>a</sup>), de 6 de noviembre de 2020
- SAP de Madrid (Sección 28<sup>a</sup>), 779/2020, de 19 de marzo (*JUR* 2020, 176402)
- SAP de Barcelona (Sección 15<sup>a</sup>), 20/2020, 8 de enero (ECLI:ES: APB:2020: 2.º)
- SAP de Palencia, 393/2019, 15 de noviembre

2. Fecha de la declaración de nulidad de la cláusula

- AP de Lérida (Sección 2ª) AP sentencia 321/2021 de 7 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APL:2021:387)
- AP de La Rioja (Sección 1ª), sentencia 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES: APLO:2018:114)
- AP de Cáceres, (Sección 1ª), sentencia de 22 de diciembre de 2017

3. Fecha de alguna de las sentencias notorias

3.1. STS de 23 de diciembre de 2015:

- SAP de Ourense, sentencia 537/2021, de 21 de julio (ECLI:ES: APOU:2021:537)
- SAP de Tarragona, (Sección 1ª), sentencia de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES: APT:2021:704)
- SAP de Gerona, (Sección 1ª), sentencia de 10 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APGI:2021:488)
- SAP de Palencia, sentencia 393/2019, de 15 de noviembre

3.2. SSTS de 23 de enero 2019:

- SAP de Lugo (Sección 1ª), de 23 de febrero de 2021 (ECLI:ES: APLU:2021:118)
- SAP de Lugo (Sección 1ª), 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295)

*SSTJUE:*

- STJUE de 10 de junio de 2021 (BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, ECLI: EU:2021:470)
- STJUE de 22 de abril de 2021 (Profit Credit Slovakia s.r.o, C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313)
- STJUE (Sala Cuarta) 16 de julio de 2020, (Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578)
- STJUE (Sala Cuarta) 9 de julio de 2020 (Reiffesisen Bank y Brd Groupe Sociéte Générale, C-698/18 y C-669/18, ECLI: EU:C:2020:537)
- STJUE de 14 de marzo de 2019, (Dunai, C-118/17, ECLI:EU:C:2019: 207)



- STJUE de 7 de agosto de 2018, (Banco de Sabadell y Escobedo Cortés, C-96/2016 y C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011, (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, ECLI:EU: C: 2011:844)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08, ECLI:EU: C:2010:193)
- STJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, ECLI:EU:C:2009:305)

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.R. (1918). *De la prescripción extintiva*, Sección de Derecho Civil bajo la dirección de Clemente de Diego. Madrid: Centro de Estudios Históricos.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La prescripción extintiva*, Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (1980). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Vol. 2.º, La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 6ª edición, Barcelona: Bosch.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1979). *Enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 61-72.
- ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2020). Qué ha cambiado tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas. *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/09/21/que-ha-cambiado-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020-gastos-hipotecarios-comision-de-apertura-prescripcion-de-la-accion-y-costas>
- AÑÓN CALVETE, J. (2021). Plazo de prescripción de la reclamación de restitución de las cantidades pagadas por aplicación de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE 22-4-2021, C-485/19-Profi Credit. *Revista de Derecho vLex*, núm. 203. Disponible en: <https://vlex.es/vid/plazo-prescripcion-reclamacion-restitucion-865822086>
- (2021). Plazo de prescripción de las acciones sin plazo especial. Fin del plazo de prescripción de 15 años. *Actualidad Civil*, núm. 1/ Persona y derechos. A fondo.
- BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2022). La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo* Some keys to the reform of the prescription. In particular, the problem of *dies a quo*. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 89-138.

- CARRASCO PERERA, A. (2017). A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios. *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en : [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion\\_clausula\\_gastos\\_hipotecarios.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf)
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- (1961). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. *Anuario de Derecho Civil*, vol. XIV, núm. 2, 295-341.
- (1975). *Temas de Derecho Civil*. Rivadeneyra, S.A.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2016) Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del common law. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 6-98.
- DE LOS MOZOS, (1960). La inexistencia del negocio jurídico. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XL, núm. 4.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1961). Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, núm. 4, 809-834.
- (1963). En torno al concepto de prescripción, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, núm. 4, 969-1000.
- (1991-1). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (pp. 2093-2095).
- (1991-2). Comentario al artículo 1969 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (pp. 2166-2167).
- (2007). *La prescripción extintiva, En el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas,
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1976). *Sistema de Derecho Civil* (6ª ed.), vol. II. Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2009). La prescripción en los PECL y en el DCFR. *Indret*, núm. 3/2009, 1-29. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/39072763.pdf>
- DURÁN RIVACOBIA, R. (2021). Cuestión prejudicial acerca del comienzo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula. *Diario La Ley*, núm. 9919,1-7. Disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3108/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf>
- LACRUZ BERDEJO (1969). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 470, 569-603.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (1995). Lección 23ª: Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos. En A. López, y V.L. Montes (coords.). *Derecho Civil, Parte General*, (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch (515-558).
- MARÍN LÓPEZ (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 22/2017.

- (2021). Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 40/2210. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8144349.pdf>
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021). Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17 de noviembre de 2020. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 31/2021, (pp. 12-32). doi.org/10.18239/RCDC\_2021.37.2658file:///C:/Users/UNED/AppData/Local/Temp/2658-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12021-1-10-20210118.pdf
- MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000). *El cobro o pago de lo indebido*. Barcelona: Bosch.
- LANDO, O. y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law: Parts I and II*. Kluwer Law International BV.
- OROZCO MUÑOZ (2015). *El enriquecimiento injustificado*. Thomson Reuters Aranzadi.
- REGLERO CAMPOS, F. (1994). Comentario al artículo 1961 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 2.º. Madrid: EDERSA (123-148).
- REDONDO TRIGO, F. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. *Dykinson-AEBOE*, 101-114. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2018-6](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-6)
- RODRÍGUEZ MORATA, F.A. (1993). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 1.º. Madrid: EDERSA (pp. 221-239).
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2017). La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes. *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 483-514.
- SABATER BAYLE, E. (2016). Derecho de obligaciones y actualización del Fuero Nuevo, *Iura Vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, vol. (13/2016), 157-207.
- ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*. Barcelona: Editorial Bosch
- (2002). *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511495113

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.* ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 82 y ss). Queremos también dejar apuntado que ya DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1988, 120), habían señalado que no debería funcionar la excepción del propio plazo de caducidad previsto por el artículo 1303 del Código Civil para aquella parte que actuó con dolo, por la situación de injusticia a la que se llegaría una vez pasado el plazo: que el legitimado en principio para ejercitar la acción de anulabilidad, deberá cumplir con la prestación debida, beneficiándose indebidamente quien actuó de mala fe.

<sup>2</sup> Recordemos que la AP-La Coruña en su sentencia 2609/2017, 29 de noviembre 2017 (ECLI:ES:APC:2017:2609), anteriormente citada, negaba la alegación de la recurrente de la caducidad de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil con el argumento de que la nulidad por contravención de la Ley no es claudicante ni susceptible de confirmación (FD TERCERO). Igualmente la sentencia de la 9 AP Valencia 66/2018, FD-TERCERO, párr. 8.º que cita en apoyo de que no estamos ante un caso de anulabilidad para que se aplique el plazo de 4 años previsto en el artículo 1301 del Código Civil, la STS de Pleno núm. 367, de 8 de junio de 2017, la cual afirma que no estamos en el enjuiciamiento de un caso de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento sino en la evaluación de la transparencia de una condición general.

<sup>3</sup> Se utiliza aquí la forma de indicar los artículos que encuentra más idónea la Ley 29/2002, 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, para sistematizar la legislación civil catalana, de forma que entre los dos números se utiliza un guion corto (vid. punto I preámbulo).

<sup>4</sup> Encontraba en 2002 el legislador catalán tanto la prescripción como la caducidad deficientemente regulada (vid. punto II preámbulo) y adopta el plazo de 10 años de prescripción tanto para las acciones personales como para las reales, derogando el plazo de 30 años que preveía el artículo 344 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña para las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado plazo especial, y las servidumbres, salvo las acciones y derechos reales sobre bienes muebles, que prescribían a los seis años. Luego el plazo en Derecho Común, que originariamente fue más corto (15 años), se modifica trece años más tarde, en 2015, a 5 años, por lo que resta más reducido que el plazo de la ley catalana.

<sup>5</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, BOE núm. 196, de 13/08/2010.

<sup>6</sup> La definición de lo razonable de forma general pero en la materia que nos ocupa, hay que buscarlo en el Artículo 1:302 *Principle of European Contract Law*, OLE LANDO y HUGH BEALE, (2000, 1-93).

<sup>7</sup> Modificada por la disposición final primera de la Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Como dice el punto VI de su preámbulo esta reforma introduce la primera actualización del régimen de la prescripción del Código Civil, y el acortamiento a 5 años del plazo general tiene por objeto ganar un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años.

<sup>8</sup> *Vid.* DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991, 2040-2041), y RODRÍGUEZ MORATA, (1993, 232).

<sup>9</sup> *Vid.* en este punto que la argumentación de la 15 AP Barcelona 20/2020 de por qué aplica este precepto que procede de la Ley 29/2002, de 30 diciembre y no el artículo 1964 del Código Civil en FJ-Segundo 20-23.

<sup>10</sup> ZIMMERMANN, (2008, nota a pie de p. 49, 147).

<sup>11</sup> La reforma del artículo 1964.2.º del Código Civil por Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reduce el plazo de

15 a 5 años y reforma del artículo 344 Compilación del derecho civil de Cataluña por el 121-20 CCCat. por Ley 29/2002, 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, reduce el plazo de 30 a 10 años.

<sup>12</sup> Hay que tener en cuenta que estos autores DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ no han considerado, por el momento en que escriben, la reducción del plazo de duración del artículo 1964.2.º del Código Civil.

<sup>13</sup> Los ejemplos son múltiples. Así, como después veremos, la sentencia de 16 de julio 2020, Asuntos C 224/19 (CY v. Caixabank) y C 259/19 (LG y PK v. BBVA), el TJUE (apdo. 87), en el análisis de la duración del plazo general de prescripción de 5 años del artículo 1964.2.º del Código Civil, considera que es tan razonable y conforme al Principio de efectividad como plazos más cortos, de tres y de dos años que tuvo que calificar en sus SSTJUE de 15 de abril de 2010, asunto Barth (C-542/08, EU: C:2010:193), apdo. 28 y de 15 de diciembre de 2011, asunto Banca Antoniana Popolare Veneta, (C-427/10, EU: C: 2011:844), apdo. 25, siempre que no sea impracticable por su titular; y últimamente, y respecto de un plazo de tres años cuyo comienzo de prescripción comienza legalmente desde que se produce el pago y por tanto, el enriquecimiento injusto, la sentencia TJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o), reitera, que la duración de los plazos procesales no es en sí misma incompatible con los principios de equivalencia y de efectividad (apdo. 58), que lo importante, es que se conozca por el consumidor con antelación dicha duración para que no haya pasado el plazo; entendiéndose que es excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que conceden las Directivas 93/13 y 2008/48, de forma que infringe el principio de efectividad (apdo. 64 y 76. Declaración 1).

<sup>14</sup> Esta redacción procede de la reforma del precepto en 2015 porque antes la dicción era: «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince».

<sup>15</sup> Nos recuerda ZIMMERMANN, (2008, 145), que el instituto de la prescripción (Cap. 14) se sitúa en la III Parte de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL); parte que no hace honor al título: por una parte, porque acoge en su mayor parte verdaderas normas jurídicas y no Principios; y por otra parte, porque no se restringe a los contratos, sino que se extiende a las obligaciones.

<sup>16</sup> En el ámbito internacional hay que tener en cuenta los Principios Unidroit o Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC), muy parecidos en cuanto a la regulación de la «prescripción» (en el Cap. 10), ya que este instrumento acoge verdaderas normas jurídicas y no principios con la diferencia de que su ámbito de aplicación son exclusivamente los contratos.

<sup>17</sup> *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL) y en el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) cuando establecen que el plazo general de 3 años (arts. 14:201 y III-7:201, respectivamente).

<sup>18</sup> Article 14:203: Commencement. (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim.

<sup>19</sup> Article III-7:203: Inicio, (1) El plazo general de prescripción se inicia desde el momento en el que el deudor tiene que efectuar el cumplimiento o, en el caso del derecho de indemnización por daños, desde el momento del acto del cual surge el derecho.

<sup>20</sup> Vid. por todos DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991-2, 2167).

<sup>21</sup> La doctrina clásica se movía en la *actio nata* o criterio objetivo del inicio del plazo de prescripción del que parte el Código civil en el artículo 1969. Pero como luego se aclarará en el cuerpo de este artículo, el Tribunal Supremo acepta por razones de equidad, una aparentemente una imposibilidad subjetiva que impide el comienzo de la prescripción, como apunta ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 44,45, 48 y 49).

<sup>22</sup> «1. El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse».

<sup>23</sup> ZIMMERMANN, (2008, 147) y ZIMMERMANN, (2002, 96).

<sup>24</sup> ZIMMERMANN, (2008, 147 y 149) y ZIMMERMANN, (2002, 96). Por un lado, critica a la Comisión encargada de la reforma del Derecho de Obligaciones del BGB de haberse anclado en el pasado y perpetuar el régimen contenido en el BGB, (el conocimiento en lugar del descubrimiento aplicado a las reclamaciones delictivas), considerando inaceptable que tal Comisión reintrodujera un plazo corto general de prescripción cuyo inicio no dependía del conocimiento o de la posibilidad de conocer; pero por otro lado, no considera que el criterio subjetivo nacido de las discusiones del grupo de trabajo que se constituyó tras el Simposio de Ratisbona, sea del todo positivo o aceptable; toda vez que reconoce que el propio sistema subjetivo tiene el inconveniente de producir más incertidumbre, siendo más fácil establecer un *dies a quo* a partir de una fecha objetiva. Por eso, concluye que para paliar dicho inconveniente este sistema subjetivo debe ir acompañado de una regulación lo más consistente posible (nota a pie de p. 57, 149 y 150).

<sup>25</sup> En este punto coinciden DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 12-13).

<sup>26</sup> ZIMMERMANN, (2002, 92. y en nota a pie de p. 167, 95).

<sup>27</sup> ZIMMERMANN, (2002, 94), cita a Sudáfrica como país que ha implementado desde 1984 tanto para las deudas contractuales como para las no contractuales el criterio subjetivo del comienzo del plazo de prescripción.

<sup>28</sup> Epígrafe 3.3.

<sup>29</sup> ECLI:ES:APLU:2019:295.

<sup>30</sup> ECLI:ES:APLO:2018:114.

<sup>31</sup> Ya sostenía el mismo *dies a quo* en su sentencia de 23 de enero de 2019.

<sup>32</sup> Pone ZIMMERMANN, (2002, 89-90 y nota a pie de p. 130), al Código Suizo de ejemplo de sencillez a la hora de establecer el sistema de prescripción; y señala que el plazo previsto para las acciones sobre enriquecimiento injusto (art. 67 OR), es de un año y ha sido muy criticado.

<sup>33</sup> Recuérdese que la AP Barcelona, aplica el artículo 121-3 CCCat. (FJ SEGUNDO-24).

<sup>34</sup> En el caso de la sentencia de la 9 AP Valencia 66/2018 los pagos se realizan en el año 2000 y estaba vigente el plazo de prescripción de 15 años del artículo 1964 del Código Civil, aprecia la excepción de prescripción, puesto que la demanda no se interpone hasta el 30 de diciembre de 2016 y sobrepasa el tiempo. La 15 AP-Barcelona 20/2020 aprecia también la excepción de la prescripción alegada por el Banco (FJ SEGUNDO-25 *in fine* y 26), aunque en este caso concreto considera que el plazo que se ha de tener en cuenta es el del artículo 121-20 CCCat (FJ SEGUNDO-20-23), de 10 años, el cual se sobrepasa porque la demanda se interpone el 2 de noviembre 2017 y el pago se realiza el 29 de junio de 1999; por tanto, han pasado 18 años.

<sup>35</sup> *Vid.* las AAPP 15 y 9 de Barcelona y Valencia sus SS 923/2018, de 12 diciembre y 234/2018, de 1 febrero 2018, respectivamente.

<sup>36</sup> En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda porque respecto de estos gastos no se estiman los de impuestos y gestoría y sí los de notaría, registro y tasación o valoración del inmueble. Por eso tanto IBERCAJA como los prestatarios apelan.

<sup>37</sup> ECLI:ES:APLU:2019:295.

<sup>38</sup> ECLI:ES: APOU:2021:537.

<sup>39</sup> ECLI:ES:APGI:2021:488.

<sup>40</sup> ECLI:ES:APLO:2018:114.

<sup>41</sup> ECLI:ES:APL:2021:387.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ GÓMEZ, (2021, 13), afirma que el origen de la fecha en que se publicó la Sentencia de 23 de febrero 2015, esto es, el 21 de enero de 2016, se encuentra en la nota informativa que el Ministerio de Consumo publicó el 4 de marzo 2021 sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con los gastos derivados de las hipotecas en la que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción,



para reclamar las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula de gastos, en dicho momento. No obstante, consideramos que cuando el Ministerio aborda la cuestión de cuándo comienza a correr el plazo para poder reclamar la devolución de gastos, (apdo. d.), hace expresa mención a que, si bien estamos ante el plazo de 5 años, según el TJUE no podría empezar a computarse hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión e incita a que se reclamen dichos gastos para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el *dies a quo*.

<sup>43</sup> Añade a esta razón una segunda que podríamos calificar de «equivalencia», esta: porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción, aunque fuera la de nulidad (no se olvide que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).

<sup>44</sup> ROJ: SAP MU 397/2019, ECLI:ES:APMU:2019:397.

<sup>45</sup> *Vid.* no obstante, la explicación del «realismo jurídico» de DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991, 11.

<sup>46</sup> Destacamos esta STJUE de 10 de junio de 2021, punto 47, por su claridad. Se refiere el caso a un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva 93/13.

<sup>47</sup> ANÓN CALVETE, 2021, 3 y MARTÍNEZ GÓMEZ, 2021, 29.

<sup>48</sup> CY v. Caixabank y LG y PK v. BBVA.

<sup>49</sup> Esta cuestión, cuando el TJUE agrupa las 13 cuestiones que le son sometidas por los órganos remitentes de las cuestiones prejudiciales, será la cuestión cuarta relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (apdo. 48).

<sup>50</sup> El caso de la STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C- 34/13 versa sobre la nulidad de un contrato de crédito al consumo que es garantizado con garantía inmobiliaria, (en concreto, sobre la casa familiar en la que reside la recurrente) y que albergaba una cláusula relativa a la ejecución extrajudicial de dicha garantía que permite al prestamista ejecutarla sin mediar control judicial (27), en base al artículo 151 J del Código civil eslovaco (28); por lo que causa dudas al Tribunal Regional de Presov que plantea al TJUE si dicha normativa se opone a las disposiciones de la Directiva 93/13, por ser abusiva o si escapa del ámbito de dicha Directiva. Aunque la normativa procesal relativa a venta de subastas voluntaria cambió en 2014, permitiendo que la persona que alegue vulneración de sus derechos a causa de la infracción de sus disposiciones puede solicitar al juez que declare la nulidad de la venta (32), el TJUE afirma que si bien es verdad que «las disposiciones de la Directiva 93/13 no contienen ninguna precisión sobre la ejecución de las garantías debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente» (83) y (68).

Es la concreción del principio de efectividad que junto con el principio de equivalencia deben condicionar las normativas procesales nacionales no armonizadas. En el concreto caso de la ejecución forzosa, la STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, afirma que «según reiterada jurisprudencia, a falta de armonización en el Derecho de la Unión de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter

interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apdo. 50 y jurisprudencia citada, y Pohotovos', EU:C:2014:101, apdo. 46).

<sup>51</sup> La calificación de la duración de los plazos como razonables o suficientes de esta sentencia es lo primero que debe de apreciar el Tribunal.

<sup>52</sup> Se está refiriendo a las SSTJUE de 15 de abril de 2010 Barth (C-542/08, EU: C:2010:193), apdo. 28 y de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, (C-427/10, EU: C: 2011:844), apdo. 25.

Recordemos además que la duración de los plazos ya había sido analizada por el TJUE en la Sentencia de 10 de septiembre de 2014; en concreto, consideró que «la combinación de los plazos previstos en la Ley sobre las ventas de subasta voluntaria eslovaca, [el de 30 días para impugnar la venta en subasta contados desde la notificación de la ejecución de la garantía y el de tres meses para que la persona se oponga a las modalidades de esa venta desde la adjudicación para actuar (55)], no es comparable al plazo de 20 días que tuvo que considerar en el asunto que dio lugar a la Sentencia del Banco Español de Crédito (EU:2012:349), ni con las circunstancias del asunto resuelto por la sentencia Aziz (EU:C:2013:164, apdos. 57 a 59), en los que la acción del consumidor contra esas medidas estaba condenada a fracasar» (57). De esta forma es claro que consideraba insuficiente los 20 días.

<sup>53</sup> En concreto, la STJUE (Sala Primera) 22 de abril de 2021 señala en su apdo. 58 que ...«el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C698/18 y C699/18, EU:C:2020:537, apartado 58, y de 16 de julio de 2020, CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C224/19 y C259/19, EU:C:2020:578, apartado 84)».

<sup>54</sup> Por cierto, el concepto de «persona consumidora media» ex. artículo 111-2 b) Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña la define como «persona consumidora que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos». El nuevo concepto de consumidor que baraja el TRLDCU 2007 se debe a la Ley 4/2022, de 25 de febrero de 2022, la cual vuelve a modificar el artículo 3. TRLGDCU. *Vid.* también sobre el concepto de consumidor las SAP Pontevedra 31/2018, 18 de enero de 2018, SAP Jaén 333/2018, 4 de abril de 2018, SAP Jaén 565/2018, 30 de mayo de 2018, SAP Pontevedra 486/2016, 20 de octubre de 2016, y STS 594/2017, 7 de noviembre de 2017; últimamente la STS 479/2022, de 14 de junio de 2022 vuelve a abordar (ya lo hizo en las SSTS de 224/2017, de 5 de abril, y 26/2022, de 18 de enero), el concepto de consumidor en contratos de doble finalidad o finalidad mixta (privada y pública), pues no está contemplado en el TRLGDCU aunque puede deducirse del CDO.17 de la Directiva 2011/83/CE, de 25 de octubre de 2011; conforme a dicho considerando, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Criterio que había sido ya utilizado por la Comisión Europea en su Libro verde sobre revisión del acervo en materia de consumo de 15 de marzo de 2017 y que también se refleja en los artículos 1:201 PMCR y I-1:105.



<sup>55</sup> En realidad, los plazos que se ventilan son dos plazos cortos en los que basa el enriquecimiento sin causa en el Derecho eslovaco (*vid. apdo. 9*): uno general u objetivo de tres años que puede ampliarse a 10 si en dicho enriquecimiento puede apreciarse dolo y que comienzan desde el día en que ocurre el enriquecimiento injusto (*ex. art. 107.2 CC*), y otro subjetivo de dos años que implica que el interesado conoce el enriquecimiento sin causa y quien se ha enriquecido, de forma que el plazo comienza desde que dicho interesado tenga dicho conocimiento, (*ex. art. 107.1 CC*). Se trata de un crédito al consumo en el que se incluían dos cláusulas: una por la que la entidad prestamista había cobrado una comisión como contraprestación a la posibilidad de demorar el reembolso del crédito, de la que no hizo nunca uso el prestatario y que después de pagado el crédito, reclama por enriquecimiento injusto; y otra, por la que la TAE en la que no se precisaba el desglose del capital, los intereses y demás gastos que el prestatario debía soportar que, declarada la nulidad, también emerge la cuestión del reintegro de lo indebidamente pagado (apdos. 18 y 19).

<sup>56</sup> En esta reciente sentencia de 22 de abril de 2021 (C-485/19 Profit Credit Slovakia s.r.o., ECLI: EU: C:2021:313), vuelve a dar respuesta a una cuestión planteada, esta vez, por un Tribunal de apelación de Eslovaquia (Tribunal Regional de Prešov), relativa a los plazos de prescripción de la reclamación de la restitución de cantidades pagadas por aplicación de cláusulas abusivas.

<sup>57</sup> ZIMMERMANN, (2008, 147 y 149) y ZIMMERMANN, (2002, 96).

<sup>58</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 13).

<sup>59</sup> Como han apuntado DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, aunque no se conoce la suspensión en nuestro Derecho, hay jurisprudencia que ha admitido posibles supuestos de suspensión. RUIZ VADILLO, (1975, 203), señala que ese «tiempo muerto» en que consiste la prescripción (hacia un símil con el baloncesto), se aplicó por Ley de 1 de abril de 1939, a consecuencia de la Guerra Civil.

<sup>60</sup> La precisión del momento del conocimiento de que la cláusula de gastos es nula por abusiva, no solo debe de predicarse para el titular de la acción sino para el demandado, quien de alegar la prescripción siendo de forma notoria conocido la nulidad de la cláusula predispuesta de gastos, podría dar lugar a su condena a costas por litigar con temeridad. El caso es improbable, porque precisamente para evitar la congestión de demandas que se achaca al criterio objetivo, se inicia por parte de la Audiencia Provincial de Burgos un protocolo de actuación cuyo fin es terminar con aquellos procedimientos en el que se reclaman a los bancos la devolución de los gastos e intereses de demora derivados de las hipotecas que fueron indebidamente cobrados. Dicho protocolo ha sido elaborado a iniciativa de la entidad Caixabank y tiene como base la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019 y en la STJUE de julio de 2018 y propiciará acuerdos extrajudiciales.

<sup>61</sup> CAÑIZARES LASO, (2018, 128). Además, nos recuerda que ha sido de una forma clara a partir del año 2012 con la sentencia de 11 de diciembre de 2012, cuando la jurisprudencia admite el criterio del conocimiento para el inicio del cómputo del plazo de prescripción ligado a una diligencia exigible y que solo puntualmente (señala a este respecto la sentencia de 25 de enero de 1962), se mantenía la llamada «teoría de la realización» que significa que puede ser realizado el derecho que con ella se actúa (págs. 110 y sigs.). Para la autora de *lege ferenda* debería en una futura reforma unificarse los plazos, establecer el criterio subjetivo para activar el cómputo del plazo que parece que para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno conlleva su acortamiento (2018, 122 y 123 junto con el epígrafe 3.5).

<sup>62</sup> 1991, 11.

<sup>63</sup> En Derecho hipotecario la antesala de la mayoría de las modificaciones legislativas está en las decisiones del TJUE tomadas a partir de las cuestiones prejudiciales planteadas.

<sup>64</sup> *Vid.* últimamente, el interesantísimo trabajo de RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, pp. 483-514.

<sup>65</sup> 2017, 494.

<sup>66</sup> ECLI:EU:C:2003:513.

<sup>67</sup> ECLI:EU:C:2018:643.

<sup>68</sup> Se acumula el Asunto mencionado que es un contrato de préstamo hipotecario al Asunto C-96/16, Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet v. Banco de Santander, relativo a un préstamo de consumo con cláusula de interés de demora de un interés de demora del 23,70% (apdo. 22).

<sup>69</sup> El apdo. 63 de STJUE de 14 de marzo (Asunto Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt., C-118/17 o Asunto Dunai), ECLI:EU:C:2019:207, sobre un contrato de préstamo denominado en divisas, donde se interpreta el sistema nacional de interpretación uniforme del Derecho.

<sup>70</sup> Apdos. 68 de la STJUE 7 de agosto de 2018, Sala Quinta (Asunto Banco de Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17).

<sup>71</sup> Roj STS 1761/2019- ECLI:ES:TS :2019:2761.

<sup>72</sup> 2017, 94.

<sup>73</sup> 2017, punto 12, 9 y 3.

<sup>74</sup> 2021, 29.

<sup>75</sup> MARTÍNEZ GÓMEZ, (2021, 13), afirma que el origen de la fecha en que se publicó la Sentencia de 23 de febrero de 2015, esto es, el 21 de enero de 2016, se encuentra en la nota informativa que el Ministerio de Consumo publicó el 4 de marzo 2021 sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con los gastos derivados de las hipotecas en la que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, para reclamar las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula de gastos, en dicho momento.

No obstante, consideramos que cuando el Ministerio aborda la cuestión de cuándo comienza a correr el plazo para poder reclamar la devolución de gastos, (apdo. d.), hace expresa mención a que, si bien estamos ante el plazo de 5 años, según el TJUE no podría empezar a computarse hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión e incita a que se reclamen dichos gastos para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el *dies a quo*.

<sup>76</sup> 2021, 43.

<sup>77</sup> 2020, IV.1.apdo. D).

<sup>78</sup> 2021, 43.

<sup>79</sup> 2020, apdo. D).

<sup>80</sup> Este autor, 2021, Epígrafe 4, dice: «en materia de tarjetas *revolving* me [se]permite[er] disentir, por cuanto la publicidad que se dio, no a las sentencias europeas que pudiesen ser de conocimiento más opaco por el público en general, sino a las del Tribunal Supremo que fueron decisivas en la materia nos facilita un panorama bien distinto y muy favorable a contemplar la prescripción desde aquel momento. Cualquier consumidor preocupado bien pudo advertir la circunstancia y sus repercusiones jurídicas. Ello se avala por la generosa publicidad y noticia que se dio a su anuncio, incluso en los medios de prensa más generalistas y de amplia difusión, a la que se suma la propaganda oportunista de ciertos bufetes de abogados duchos en estas lides, cuyo conocimiento parece insoslayable».

<sup>81</sup> SAP Lugo, 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES:APLU:2019:295).

<sup>82</sup> Dice en su FD SEGUNDO, punto 30: «No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido».

<sup>83</sup> ECLI:ES:APP:2019:531.

<sup>84</sup> ECLI:ES:APGI:2021:488.

<sup>85</sup> ECLI:ES: APOU:2021:537.

<sup>86</sup> Para la SAP PALENCIA cuyo ponente es el magistrado Juan M. Carreras Mañana, 393/2019 de 15 de noviembre de 2019, y también para la señalada AP-OU, esta sentencia de la AP-Lugo, conforma una tercera línea de actuación sobre el *dies a quo* considerando como primera aquellas resoluciones que establecen la fecha del pago de las facturas y la segunda las que vinculan el plazo con la STS de 23 de diciembre de 2015, Boletín Jurisprudencia Palentina, Tomo 1 - febrero de 2020, Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Palencia; la SAP OU 537/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:537 cita (FD SEGUNDO, 3.º párr.), en esta línea a la AP de Cáceres, Sección 1ª, con su sentencia de 22 de diciembre de 2017.

<sup>87</sup> ECLI:ES:APLU:2021:118.

<sup>88</sup> 2020, p. 69.

<sup>89</sup> Es verdad que el TS, en su famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, FD DECI-MOCTAVO (apts. 295-207), condena solo a dar publicidad al fallo de la sentencia en la forma indicada por el Juzgado de Primera Instancia (FD TERCERO), porque no considera que tenga una «utilidad real» publicarlo en el Boletín Oficial del Registro mercantil y tampoco considera pertinente que se publiquen las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su «licitud intrínseca».

Sin embargo, hay que atender a estos dos extremos:

Primero, que el Tribunal Supremo no se está moviendo en el mismo plano que nosotros en este artículo que trata de una acción individual de restitución de gastos hipotecarios accesorios; la sentencia de 9 de mayo de 2013 atendía a una acción colectiva de cesación de las cláusulas suelo instada por Ausbanc Consumo frente a tres entidades bancarias, a la que no se le agrega una acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas. No obstante, el alcance de este tipo de acción colectiva a la que se le adhiere una petición de restitución de cantidades indebidamente pagadas por la existencia de una cláusula referida también a la variabilidad del tipo de interés por abajo, está recientemente esperando una interpretación por parte el TJUE por el auto de 29 de julio de 2022, que ha sido elevado por el Pleno de la Sala de lo Civil del TS; el objeto del litigio es el alcance de esta acción de cesación-restitución que presenta por ADICAE contra prácticamente todas las entidades financieras de España que durante un largo periodo de tiempo utilizaron dicha cláusula suelo no importando los sucesivos cambios legislativos que respecto a su fórmula y sin posibilidad de contrastar la información precontractual ofrecida en cada caso por los consumidores (FD SECTO-10); y

Segundo, lo que queremos que se publicite es no solo que la cláusula de gastos sea abusiva por los dos tipos de criterios que le da el Tribunal Supremo (tanto de transparencia como de abusividad, sino que cuando sea declarada abusiva se le aplique, de momento, el plazo de prescripción de 5 años (aunque nos parece deseable la armonización futura con CCCat y con los PECL/DCFR, el plazo de 3 años) y que se empiece el plazo de prescripción desde la publicación pues es acorde con el espíritu o interpretación de la Directiva 93/13 por el TJUE.

<sup>90</sup> Somos conscientes y felicitamos al BOE por su iniciativa desde 2013 de publicar en la cabecera de cada norma la jurisprudencia de interés que la modifica o interpreta. Se ayuda para ello del CENDOJ, pero no es lo mismo que si se adoptara una sección específica para la publicación de sentencias de especial relevancia como así lo hace para las del Tribunal Constitucional.

<sup>91</sup> «1. *El termini de prescripció s'inicia quan, nascuda i exercible la pretensió, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir*».

<sup>92</sup> Con independencia de que en el caso que nos ocupa en estas páginas consideremos que es preferible como *dies a quo* la fecha de las sentencias del TS, estaríamos de acuerdo con CANIZARES LASO, RDC, 2018, pp. 102 y sigs., en que es necesario uniformar plazos.

<sup>93</sup> Compartimos la opinión de ELSA SABATER, (2016, 157-207), acerca de la necesidad de acercamiento que no destrucción de los Derechos Forales y el Derecho Común y a su postura que es la que sostiene VAQUER ALOY en 2008, de la conveniencia de avanzar hacia posturas colaboracionistas entre el Estado y las CCAA (que encontraría apoyo en la oportunidad de elaborar leyes de transferencia y delegación del artículo 150.2 CE), en las que, comenzando por la necesidad de que el Estado clarifique qué se entiende por «Bases de las obligaciones contractuales» *ex. artículo 149.1. 8.º CE*, se siguiera por la elaboración de un proyecto básico de Libro de Obligaciones y Contratos en el que participaran grupos de expertos tanto del Gobierno o Parlamento Central como de las CCAA (185). La autora hace un análisis de la cuestión del estado de desarrollo o evolución futura de los Derechos forales en materia de Derecho de obligaciones y contratos en general para luego pasar al Fuero Nuevo (178). Téngase en cuenta que su reflexión es anterior a la aprobación de la Ley 21/2019, por la que se modifica el enriquecimiento injusto.

<sup>94</sup> Podría incluirse también en el artículo 262-4.1f) o q) del Código de Consumo de Cataluña intitulado «Información previa al contrato de crédito o préstamo hipotecario».

<sup>95</sup> Los honorarios de gestoría, al contrato que los aranceles de notaría y registro son voluntarios y no tienen una normativa específica. Por ello, los de gestoría se distribuyen por mitad en la resolución porque interesan a ambas partes. Por su parte, la normativa correspondiente a los aranceles registrales a diferencia de la normativa relativa a los aranceles notariales que en general habla de «interesados» y no específica si la redacción de la matriz es interesado el prestatario o el prestamista, indica que puede pedir la inscripción del título en el Registro quien tenga interés en asegurar el derecho que se va a inscribir [art. 6.c) LH], de forma que permite al Tribunal Supremo decidir que quien realmente tiene interés en registrar la hipoteca es el prestamista, por lo que debe correr con dicho gasto.

<sup>96</sup> i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

<sup>97</sup> Article 14:203: Commencement. (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim.

*(Trabajo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado  
para su publicación el 19 de diciembre de 2022)*



# La fianza general (global)\*

## *The general (global) bail*

por

MIKEL MARI KARRERA EGIALDE

*Profesor titular de Universidad (acreditado a catedrático)  
UPV/EHU - Facultad de Derecho*

**RESUMEN:** La fianza general es una garantía personal en la que el garante responde de las deudas presentes y futuras que el deudor principal asume con un acreedor habitualmente sin limitar el tiempo ni la cuantía de las operaciones garantizadas. Los elementos que estructuran el contrato de fianza general presentan peculiaridades propias que deben ajustarse al tratamiento positivo de la fianza que dispone el ordenamiento civil. Ello ha generado sucesivas cuestiones y dificultades de concordancia, especialmente cuando se formaliza en un contrato de adhesión junto al negocio jurídico principal, en suma, variados problemas que la jurisprudencia ha ido resolviendo parcialmente y sin llegar a afrontar una doctrina unificada de la configuración integral de la fianza general que, para su consolidación futura, debería tener una pronta respuesta legislativa.

**ABSTRACT:** *The general guarantee is a personal guarantee in which the guarantor is responsible for present and future debts that the main debtor usually assumes with a creditor without limiting the time or amount of the guaran-*

---

\* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el Dr. GÁLICIA AIZPURUA.

*teed operations. The elements that structure the general security contract have their own peculiarities that must be adjusted to the positive treatment of the bond provided by civil law. This has raised successive questions and difficulties, especially when it is formalized in an adhesion contract together with the main legal business. In short, there are various problems that the jurisprudence has been partially resolving without addressing a unified doctrine of the integral configuration of the general guarantee that, for its future consolidation, should have a prompt legislative response.*

**PALABRAS CLAVE:** Operaciones bancarias. Garantía personal. Fianza. Fianza general. Fianza global. Contrato de adhesión. Lealtad contractual.

**KEY WORDS:** Bank transactions. Personal guarantee. Bail. General security. Global bail. Adhesion contract. Contractual loyalty.

**SUMARIO:** I. LA FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA FIANZA GENERAL.—II. EL FUNDAMENTO DE SU EXISTENCIA: 1. EL VALOR SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 2. LA AUTONOMÍA PRIVADA.—III. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES: 1. LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS. 2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO. 3. EL FUNDAMENTO CAUSAL Y SU DESARROLLO DE BUENA FE. 4. LA TEMPORALIDAD DE LA RELACIÓN.—IV. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—V. LA DEMARCACIÓN DEL PERFIL JURISPRUDENCIAL. 1. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA GENERAL. 2. EL ALCANCE DE LA FIANZA GENERAL. 3. LA TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. 4. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA FUNCIONALIDAD PRÁCTICA DE LA FIANZA GENERAL

Los operadores del comercio, especialmente los «bancarios» para la cobertura de riesgos y el descuento de efectos, tienen la imperiosa necesidad de considerar y juzgar, de modo pragmático, la información objetiva relativa a los deudores que les ayude en la toma de sus decisiones económicas y, así, evitar que los eventuales peligros sobre sus inversiones financieras desemboken en pérdidas. Para eludir dicha necesidad, se recurre a mecanismos que releguen esa información respecto de un deudor de solvencia futura incierta y trasladar los costes de control sobre dicha solvencia; de hecho, el acreedor, en la mayoría de ocasiones, no tiene seguridad en la solvencia efectiva de su

deudor en un mercado asentado en incertidumbres económicas. Para afrontar esta perspectiva, justamente, se recurre a constituir una fianza general (global, universal, ómnibus, *fideiussione omnibus*)<sup>1</sup>. Ésta consiste en constituir, con carácter voluntario e intencional, una garantía personal mediante la que el garante responderá de todas las deudas, presentes y futuras, que el deudor principal haya asumido o vaya a asumir con un acreedor, en su caso sin limitación de tiempo ni de cuantía<sup>2</sup>. De esta manera, el acreedor obtiene dos patrimonios contra los que dirigirse: el del deudor principal y el del fiador garante que presenta la apariencia de tener «bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza» (art. 1828 CC).

Suele ser estereotipo habitual afirmar que las necesidades y pretensiones de los parámetros económicos de la fianza son distintas de las que recogió y reguló el Código Civil, si bien el sistema codificado presenta la suficiente flexibilidad para acoger diferentes modalidades aparte de las tres que ofrece al operador jurídico: fianza simple o básica, fianza solidaria y fianza en garantía de deudas futuras<sup>3</sup>. Asimismo, también se contempla la posibilidad de afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un «contrato» (art. 439 CCo), incluso de «contrato principal de tiempo indefinido» (art. 442 CCo) al que se vincula el contrato accesorio de afianzamiento<sup>4</sup>. Por ello, la línea jurisprudencial no ha tenido inconveniente, más allá de otras fórmulas también tipificadas (aval cambiario, caución, seguro de crédito), en admitir múltiples mecanismos de garantía personal sin reflejo expreso en el Derecho positivo<sup>5</sup>.

Más allá del debate sobre la insuficiencia de la regulación del contrato de fianza, haciendo valer la mencionada elasticidad y maleabilidad del sistema, la fianza general se conforma como una variedad usual utilizada en la práctica bancaria, normalmente en servicios de financiación a empresarios, para que un garante asegure un conjunto de operaciones de determinada especie que en el futuro se establecerán entre el acreedor y el deudor principal. En cualquier caso, si bien lo habitual es que el acreedor principal sea una entidad bancaria<sup>6</sup>, nada impide que la generalización o globalización de la fianza se refiera a un sector de actividad no bancario, es decir, a cualquier operación jurídica.

Precisamente, al tratarse de garantías «personales», el ordenamiento reconoce a las partes la facultad de estructurar sus propias relaciones contractuales de acuerdo a su «conveniencia» (art. 1255 CC) para conseguir el arreglo y ajuste necesario que conforme las utilidades y provechos correlativos entre ambas partes. Desde este principio básico de las relaciones patrimoniales, esta configuración presenta las siguientes peculiaridades:

1. En este caso, el vínculo jurídico del fiador se configura, no como una mera «obligación» fideiusoria<sup>7</sup>, sino propiamente como un efectivo «contrato»



de fianza<sup>8</sup>. Este contrato de fianza es la fuente intencional del que eventualmente nacerá la obligación fideiusoria cuando acontezca el supuesto de hecho que, a su vez, se conforma e integra con las pautas de accesoriedad y subsidiariedad. El término «contrato de fianza», es decir, la calificación de contrato de la fianza general, no figura explícitamente en la regulación del Código, sino que ha sido apuntado en la doctrina jurisprudencial. En esta se reconoce su autonomía e independencia respecto del contrato principal, al que se vincula en garantía de las obligaciones derivadas de este, atribuyendo al fiador la condición de sujeto pasivo de una obligación propia y distinta de la obligación garantizada<sup>9</sup>. De hecho, la fianza asegura todo tipo de obligaciones, pero su fuente siempre será un contrato porque solo puede constituirse convencionalmente.

2. La fianza pasa de ser un mero instrumento de garantía frente al incumplimiento de una obligación a convertirse en un elemento «esencial» agregado al otorgamiento de la financiación por el acreedor. En la operación financiera, de hecho, se convierte en un elemento primordial y natural de la configuración contractual.

3. El fiador «general» participa en la operación jurídica desde una posición informada sobre la situación económica del deudor con plena consciencia y asumiendo el riesgo del incumplimiento de las obligaciones pactadas por el deudor.

4. El acreedor no necesitará renovar y/o «complementar» las garantías ya otorgadas por el mismo fiador cada vez que se establezca una nueva relación obligacional con el deudor.

Para determinar la ordenación de la relación de fianza debe constituirse el título que originará las responsabilidades del fiador con su función de garantía personal de aseguramiento de derechos de crédito concernientes a otra relación jurídica. En consecuencia, los factores que determinan la responsabilidad del fiador son los habituales:

1. El propio título de constitución de la relación que confluye a la consiguiente cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, es decir, de los intereses particulares acordados e iluminados por el principio de la buena fe.

2. El objeto de la relación dirigido a asegurar la satisfacción del interés de un acreedor que delimitará su contenido específico.

3. La razón o causa de la relación que es garantizar el cumplimiento de obligaciones emanadas de otro vínculo jurídico.

Concretamente, en las fianzas generales, en aras de una operatividad eficaz, conviene a las dos partes prever y establecer convencionalmente algunos elementos configuradores básicos<sup>10</sup>:

1. La *cualidad* de las operaciones (juridicidad). La relación del tipo de operaciones respecto de las cuales se presta la garantía (estructura de la obligación). La cobertura se determina por un criterio *per relationem*, pero referido a las operaciones de la manera más amplia posible (por toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes), lo que origina la cuestión de su concreta demarcación.

2. La *cantidad* o cuantía de la garantía (patrimonialidad). Al no limitarse la responsabilidad de los fiadores se suscita la cuestión relativa a la previsión de un máximo de responsabilidad para el fiador, es decir, la fijación de importe máximo garantizado (ámbito de la responsabilidad vinculada a la obligación).

3. El *periodo* de vigencia (temporalidad). Constituyéndose una relación jurídica continuada, el tiempo ilimitado de duración de la garantía aparece acompañado de un correlativo derecho de desistimiento en cualquier momento a favor del fiador (cualidad temporal de las relaciones obligacionales).

## II. EL FUNDAMENTO DE SU EXISTENCIA

### 1. EL VALOR SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La primera base jurídica de la fianza general se sitúa en la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) como razón de ser de las «seguridades» que, en el marco de los negocios patrimoniales, pueden pactarse convencionalmente o imponerse legalmente, sin distinción entre los créditos de los que se debe responder<sup>11</sup>. Por ello, cualquier novedad en el régimen de garantías estimula la especial sensibilidad propia del sector crediticio al afectar y perturbar el sistema de responsabilidad de los deudores, sean principales o auxiliares (garantes). Esta variación se manifiesta desde que el fiador adquiere, en uso de su autonomía de la voluntad, un estatus jurídico (personal) para otorgar mayor solvencia (patrimonial) y responder preferentemente de la efectividad del crédito garantizado adicionando un nuevo patrimonio (por conexión con el sujeto garante) al que es originariamente responsable, y así ampliar las acciones (personales) disponibles del acreedor para satisfacer su derecho de crédito. El mencionado refuerzo de la posición del acreedor mediante la adición de un nuevo patrimonio (en funciones de garantía), para apartar el riesgo de insolvencia del deudor obligado, en la fianza general implica un notable compromiso para el fiador porque no tiene seguridad sobre el alcance exacto de la responsabilidad asumida al no controlar de modo inmediato el nacimiento de nuevas obligaciones que deban quedar al amparo de la cobertura de la fianza.

Ciertamente, la conveniencia de exigir una garantía es el resultado de alguna circunstancia preocupante que, desde la desconfianza, pretende rehabilitar un nivel suficiente de confianza sobre la solvencia de alguien para la satisfacción del crédito, es decir, la libertad de contratación lleva a que el acreedor decida celebrar o no un contrato en atención a la existencia de la fianza general. Sin embargo, alejándose del ámbito propio del acreedor principal, la libertad del fiador (y de todo deudor) se encuentra sujeta por los intereses de otros acreedores propios, lo que lleva a plantear la existencia de límites de la fianza para los acreedores del fiador especialmente cuando su expansión para responder de deudas ajenas sea indeterminada. En este sentido, el valor superior de solidaridad, dotado de relevancia constitucional, permea asimismo todo el sistema de relaciones entre particulares, desde la fase previa a la negociación hasta la fase ejecutiva, concibiendo la comutatividad contractual como la unión o colaboración entre las partes en un instrumento que equilibra los intereses de ambas desde la mutua confianza y la lealtad. Incluso en el régimen de Defensa de la Competencia se justifica también sancionar toda actuación de los responsables de conductas contractuales caracterizadas por su oposición a los estándares mínimos de la solidaridad social.

Esta responsabilidad patrimonial se exterioriza como la función jurídica del activo económico que adquiere relevancia cuando haya que hacer valer una prestación personal del titular. En la fianza el fiador es el responsable subsidiario una vez que haya una obligación principal de la cual se obtenga el efecto espejo y su función económica-social es vincular al que, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, asume las consecuencias del incumplimiento de obligaciones correspondientes a un deudor ajeno. Si la garantía (como obligación subsidiaria) sigue al derecho de crédito (de la obligación principal) es porque la relación de garantía (de la que deriva la primera) sigue a la relación principal (de la que emana la segunda). Por tanto, se trata de un elemento jurídico de carácter accesorio de la relación principal en tanto su eficacia y efectos requieren del incumplimiento previo de alguna obligación del vínculo principal. Este modo de accesoriedad de la fianza es una peculiaridad compuesta de diversos perfiles:

1. La fianza es accesorio en el marco de los activos patrimoniales al tener carácter de crédito accesorio de otro crédito principal (en este sentido los artículos 1212 y 1528 CC). Pero a modo de mera técnica de nivelación o asimilación al derecho de crédito principal que luego adquiere su propia autonomía funcional.
2. Al mismo tiempo se refiere a la manera en que se ordenan las diversas obligaciones que pesan sobre el deudor principal, y que, por lo mismo, se extienden al fiador (en este sentido el artículo 1827.2 CC).

3. La accesoriedad cumple una función estructural para adherir el contrato de fianza en su finalidad de garantía, tanto para responder de una obligación ajena, pero también para habilitar y fundamentar la acción de regreso (reembolso) o subrogación (en la posición del acreedor satisfecho) frente al deudor principal, o de repetición frente al acreedor si este ha cobrado indebidamente<sup>12</sup>. Una relación jurídica en función auxiliar de otra relación que constituye el fundamento de su nacimiento, subsistencia y eventual exigibilidad. La fianza, como estructura con una unión funcional de dependencia, en su construcción y funcionamiento nunca es fin en sí misma, sino que siempre presenta dicho carácter auxiliar. En todo caso, el contrato de garantía también puede configurarse de modo autónomo como negocio causal sin vinculación necesaria con otra relación subyacente; no se trata de suprimir o debilitar el principio de accesoriedad, sino de configurar la garantía personal específica para cada vínculo obligacional sin desnaturalizar su carácter de fianza.

Con esta configuración, la «garantía del crédito» se refiere al mecanismo por el cual el acreedor pretende, sin agravar la responsabilidad del deudor y ampliando su poder jurídico, asegurarse el cumplimiento de la obligación cargando el patrimonio de un fiador. Se trata, como se ha indicado, de una función de refuerzo del derecho de crédito y de ningún modo de un enriquecimiento complementario. Mediante una disposición de autonomía privada se fortalecen las facultades del acreedor en la satisfacción de sus intereses incorporando un elemento al derecho de crédito para que tal añadido incremente las posibilidades de su materialización. El fiador destina todo su patrimonio al ejercicio de las ocasionales acciones ejecutivas del acreedor derivadas del incumplimiento de obligaciones por el deudor principal. Este sistema de predestinación del patrimonio del fiador surge como consecuencia natural de la existencia de deberes propios de prestación emanados del contrato de fianza<sup>13</sup>, y trae consigo la cuestión de la protección del resto de contratantes con el fiador que no se encuentran en la misma posición de igualdad para defender sus intereses.

Es sabido que el principio de responsabilidad patrimonial universal y la garantía son instituciones con distinta funcionalidad porque en esta la seguridad del acreedor que su interés será satisfecho es superior respecto de la que deriva de la inicial responsabilidad genérica del deudor principal. Este aumento objetivo de la seguridad desmejora la capacidad de compromiso del deudor accesorio respecto de sus propios acreedores y, en general, exige el control del pasivo patrimonial que corresponde a cada titular en aplicación del principio de la seguridad jurídica para neutralizar los comportamientos abusivos de la persona en quien se ha depositado la confianza económica y jurídica<sup>14</sup>. Para ello hay que atender a las circunstancias iniciales de la relación y aplicar el criterio de la previsibilidad normal al momento de

constituirse la fianza para relegar los hechos y actos extraordinarios que injustamente puedan trasladarse a la responsabilidad patrimonial universal de las relaciones patrimoniales. Efectivamente, la determinación de la «previsión» del riesgo propio que supone la fianza para el fiador y del ejercicio arbitrario o no abusivo de la institución sirven para inferir un criterio de interpretación estricta del necesario carácter expreso de la fianza; una acreditación indubitada que, en la fianza general, presenta una especial sensibilidad. El fiador debe poder valorar y admitir el nivel de riesgo /capacidad de solvencia asumido en razón de la situación patrimonial y financiera del deudor, ello con independencia de que sea consumidor o profesional. Las técnicas para limitar ese riesgo riguroso del fiador se han encauzado, habitualmente, a través de la imposición de un importe máximo garantizado, de un límite temporal expreso o implícito, de deberes de información del acreedor para con el fiador, o de la previsión de una facultad de revocación de la garantía, a los que se hará alusión más adelante.

## 2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

El segundo soporte jurídico de la fianza general descansa sobre el principio general de autonomía privada. Desde esa base, todo mecanismo voluntario de seguridad dirigido a fomentar el tráfico jurídico nunca debe contemplarse en su inicio con recelos preventivos sobre su adecuación a los principios de la contratación. Cabe entender que no repugna al buen sentido de lo justo y lo moral, es decir, la fianza general está acomodada a las «buenas» costumbres de las relaciones sociales y económicas de trascendencia jurídica. En este sentido, debe aceptarse el principio de libertad negocial y respetar tanto la voluntad de las partes, como la función cardinal de la fianza de dar seguridad al crédito.

La declaración de voluntad del fiador que conforma el consentimiento contractual debe manifestar, de manera explícita y clara, el pleno conocimiento de la naturaleza de la relación y del alcance de las obligaciones asumidas desde su posición deudora. Por ello, deben observarse los aspectos dirigidos a asegurar la voluntad consciente y libre del fiador: la no presunción; la voluntad inequívoca; y especialmente la determinabilidad del objeto del contrato (la garantía) y su alcance económico. Sobre este último aspecto, en la doctrina legal y científica se manifiestan pretensiones de fijar una regla de concreción objetiva de la fianza general sobre una suma máxima de cobertura, pero sin localizar el respaldo legal explícito que lo fundamenta y a expensas de que en futuras reformas normativas pueda establecerse en los contratos de adhesión para proteger a los consumidores. Mientras tanto, algunas expresiones que, aposta, se utilizan

en la redacción del contrato sirven precisamente para llamar la atención del fiador. En alguna jurisprudencia se ha configurado como un criterio de exigencia que tiene por finalidad la protección del deudor, particularmente en lo referente al límite máximo de lo garantizado. Así lo aprecia ESPIGARES (2021, 139): «El carácter expreso de la fianza exige que la voluntad del afianzamiento sea indudable, así como su extensión y sus efectos: la determinación del límite máximo de responsabilidad del fiador debe concurrir en todo caso en la fianza general. No consideramos, sin embargo, que su fijación deba siempre ser expresa, pudiendo deducirse implícitamente del contrato con carácter excepcional. Esto supone, en caso de discrepancia de las partes, reconocer al juez la discrecionalidad necesaria para apreciar la concurrencia o no de este límite en el caso concreto, salvando así pretensiones injustas y declarando válido un contrato que realmente era, y debía producir sus efectos».

Precisamente, situados en el aspecto dinámico, la configuración de la fianza general como contrato continuado requiere, especialmente, introducir factores encargados de verificar la buena fe objetiva en el desarrollo del contrato (art. 1258 CC), e implantar un parapeto de protección frente al eventual comportamiento de mala fe de los partícipes de la obligación garantizada; de este modo se protegen tanto los intereses de ambas partes del contrato (acreedor y fiador), como la seguridad del tráfico económico. Este principio de la buena fe contractual, como límite legal, opera desde la fase de formación (integración) e interpretación (corrección), pero sustancialmente en la fase de ejecución porque se materializa a modo de «carga de salvaguardia»: deber de no incrementar arbitrariamente el riesgo del fiador como cuando el acreedor concede crédito al deudor estando al corriente de su incapacidad económica de satisfacerlo<sup>15</sup>.

Si bien al momento de contratar el acreedor no puede verse afectado por las lagunas de información que el fiador pueda tener respecto de la situación patrimonial del deudor, la buena fe despliega una especial incidencia sobre el deber de información del acreedor al fiador relativo a las circunstancias de riesgo del deudor afianzado, primordialmente de las posteriores novedades y variaciones que recaigan sobre la relación entre el acreedor y el deudor fiado<sup>16</sup>. De este modo, la consideración de la buena fe se erige en patrón de integración del contrato que concede al fiador el derecho a solicitar información sobre la marcha de las operaciones y exige al acreedor un deber de comunicar al fiador los incumplimientos del deudor. Esta conducta informativa operará, salvo estipulación expresa en tal sentido, solo cuando haya sido requerida por el fiador y limitada a los aspectos relevantes y suficientes para ejercer las facultades derivadas de su relación contractual con el acreedor, significativamente el eventual derecho de denuncia. Asimismo, el acreedor deberá informar al fiador

cuando se produzca una modificación «extraordinaria» de la situación de solvencia del deudor, salvo que el fiador pueda conseguir esta información por su propia diligencia y a menor coste. En este núcleo de información deberán incluirse también los «incumplimientos», aun parciales, del deudor, al constituir hechos esenciales relativos a su solvencia y situación crediticia. Efectivamente, aunque el contrato de afianzamiento global no obligue al acreedor beneficiario a informar al fiador sobre el estado de las operaciones garantizadas, el canon de la buena fe viabiliza que el fiador pueda reclamar esa información y el acreedor podrá negarse a facilitarla únicamente cuando exista alguna justificación lícita para ello, como la no disponibilidad de la información, el coste excesivo en su obtención o la posibilidad razonable de que el propio fiador la pueda obtener directamente; este último caso es lo que sucede, en el hábitat más natural de la fianza general, con los socios y administradores de sus propias empresas que tienen un mejor conocimiento del estado de las operaciones cubiertas por la garantía.

Paralelamente, la economía interna de los contratos se ubica en una organización económica de libertad de mercado, pero también de relaciones sociales concurrentes que tienen una expectativa económica estándar de efectividad patrimonial del deudor. Los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, pero forman parte del orden público económico dentro del marco constitucional de modo que su alcance iusprivatista exige limitar conductas y prácticas susceptibles de perjudicar directamente los intereses económicos de los sujetos privados. Vinculado al principio de seguridad jurídica, el orden público económico está implícito en la seguridad del tráfico jurídico. En la fianza general, se trata de un «orden público» de protección jurídica en favor del interés económico del resto de acreedores. Este aspecto de orden público de la responsabilidad patrimonial universal debe actuar sobre las decisiones patrimoniales tomadas en ventaja particular de un acreedor con afección directa sobre el resto de acreedores presentes y futuros del fiador. Tal como se ha indicado anteriormente, la responsabilidad patrimonial universal es una norma general que interesa a los demás agentes sociales y al funcionamiento económico<sup>17</sup>, y debe ser preservada en su esencia frente a las cargas desorbitantes que se puedan derivar de la mera libertad individual al concretar su preferencia reforzada para algunos y relegada para el resto. Se refiere a la presencia de la comunidad social en las relaciones particulares porque estas no pueden desplegarse fuera de aquella. Por su parte, el orden es el estado de legalidad concertada esperable en el marco comunitario; y su carácter público penetra en las relaciones particulares para salvaguardar los intereses de la comunidad social en la utilidad de la interacción de cada miembro con los demás. La cuestión de si este orden público es o no un límite inmanente



a la autonomía de la voluntad se presenta de arduo análisis y dificultosa solución, con resultados que nunca alcanzarán a satisfacer la necesidad de esclarecer un criterio efectivo de carácter general. Todo ello se traduce en el papel valorativo del juez respecto de cada orden público para concretar los criterios básicos de la buena fe que viene a limitar o moderar la libertad de los contratantes.

### III. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

La configuración de la fianza general se rige, como se ha señalado, por el principio de la autonomía de la voluntad y los límites que su régimen establece (art. 1255 CC), y debe reunir los elementos estructurales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC)<sup>18</sup>. El carácter expreso de la fianza se refiere a dos exigencias que precisamente han de concurrir para que sea clara e inequívoca: por un lado, es necesario que conste la voluntad del fiador de garantizar la obligación de que se trate; y, por otro, el contrato debe efectivamente calificarse de fianza para evitar dudas sobre relaciones análogas y errores en las manifestaciones de voluntad de ambas partes.

La característica «estructural» de los distintos negocios de garantía se basa en la constitución de una relación jurídica triangular en la que interviene el acreedor, el deudor y el garante, y en la que se incorpora una nueva relación contractual en satisfacción de una garantía patrimonial de base personal<sup>19</sup>. En este sentido, la fianza general se rige por las normas de la fianza tipificada con una peculiaridad: la accesoriedad no es necesariamente genética, sino que surge *ex post facto* a efectos funcionales. Esta accesoriedad (dependencia funcional) se presentará en toda su dinámica vital y nexo funcional para dar sentido a su existencia (nacimiento, titularidad, ejercicio y extinción)<sup>20</sup>. De esta manera, la fianza general es la delimitación de la estructura dentro de la cual se configuran las eventuales obligaciones fideiusorias conforme al esquema típico codificado; dicho de otro modo, constituye la relación entablada entre el fiador y el acreedor para asumir el riesgo de eventuales pagos correspondiente a eventuales obligaciones que puedan surgir entre el acreedor y deudor de otra relación. Por ello, la fianza general como relación de cobertura no es accesorio de ninguna obligación originaria de aquella; en cambio, cada obligación surgida del contrato de fianza al concretarse los presupuestos de su creación sí adquiere carácter de accesorio y subsidiario respecto de la deuda garantizada<sup>21</sup>. En última instancia, el fiador asume una obligación «accesoria» que, en garantía de la deuda ajena, debe cumplir «subsidiariamente» en defecto de cumplimiento de la obligación fiada por parte del deudor principal<sup>22</sup>.



La figura de la fianza general ha suscitado discusiones doctrinales sobre su validez debido principalmente a la «indeterminación» del compromiso asumido por el fiador. Sin embargo, esa indeterminación responde a una lógica distinta de la que presentan las operaciones financieras aisladas (determinadas) y no es causa de inexistencia o nulidad. Los criterios que alumbran estas bases estructurales se asientan, no tanto en la determinación específica, sino en la «determinabilidad» de los límites cuantitativos y temporales que se despliegan a continuación.

## 1. LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS

La fianza no puede constituirse unilateralmente por voluntad de un único sujeto. En este ámbito contractual, la unilateralidad, frente a una también posible bilateralidad (sinalagma obligacional), significa que solo nacen obligaciones para el fiador y que el acreedor principal, aunque pueda hacerlo, no asume ninguna contraprestación. En definitiva, la constitución de la fianza es consensual derivada de la concurrencia de los consentimientos del acreedor y del fiador en su voluntad de celebrar un verdadero contrato de fianza, acaso con el refrendo del deudor. En ese régimen general no hay criterio alguno en cuanto a las personas que deben formular la oferta y la aceptación, ni al orden que los tratos preliminares han de observar; lo decisivo es que tenga lugar el concurso o la concurrencia de consentimientos y, siendo la fianza de carácter mercantil, consten por escrito (art. 440 CCo). En definitiva, la fianza general se somete a las líneas fundamentales marcadas por la voluntad común de los contratantes conforme a la función económico-social a la que se orienta el contrato de fianza (arts. 1281 a 1283 CC), y a la concurrencia de buena fe en su conformación (arts. 7 y 1258 CC; 57 CCo).

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el acuerdo expreso de voluntades resulta trascendental el control de la voluntad consciente y libre del fiador, y de la consciencia del riesgo real que se asume, como factores que encaucen la aplicación de la normativa general sobre el error contractual. El elemento objetivo principal de su determinación se ubica en la noción del «interés propio» del fiador en el crédito garantizado; así sucede en los casos más habituales de la fianza prestada por socios en sociedades de capital, y la fianza entre cónyuges con objeto de cubrir la circulación de bienes dentro de la familia. Pero este elemento no se vincula a la cualidad del fiador (socio o cónyuge en los citados casos) y no afecta en adelante al acreedor, de modo que, aunque tal interés desaparezca, el acreedor carece de motivos para renunciar a la fianza. Las alteraciones en esas relaciones no pueden repercutir en la fianza asumida en tanto no es ni

característico ni determinante de la fianza y absolutamente irrelevante para los intereses de garantía del acreedor; obviamente, pauta aplicable siempre que tal circunstancia personal no haya sido motivo esencial y cardinal del consentimiento de la operación económica. De esta manera, la fianza asegura la devolución del crédito que, posiblemente, no se hubiese concedido sin esa garantía. Paradigmático es el caso de los socios en cuanto se concibe como mecanismo de técnica jurídica para inhibir o modular el privilegio de la responsabilidad limitada en las sociedades capitalistas a la que se acogen los operadores económicos.

En cualquier caso, no hay que desdeñar el reconocimiento de un ámbito controlable por el fiador, tal como ya se ha adelantado antes. Si bien el fiador se obliga voluntaria y espontáneamente en el umbral contractual, aquel debe mantener un cauce de información sobre aquellos cambios en la situación patrimonial del deudor, de manera que, al formalizarse con estas nuevas operaciones, si el afianzado ha sufrido alguna merma en su solvencia, el fiador deba incluso prestar su autorización, ya que el contexto económico y de solvencia no es el mismo que existió cuando se formalizó la operación marco. Para ello habrá que recurrir al criterio de la «normalidad», es decir, al riesgo típico del contrato al momento de su celebración, de modo que no alcance a las operaciones inusuales (fuera del ámbito habitual de la actividad), ni a las insólitas (no relacionadas con la actividad). Un criterio maleable en función de la oportunidad y facilidad de tener conocimiento del tipo de operaciones que realice el deudor principal, y de la posibilidad de fiscalizar y controlar su realización<sup>23</sup>.

Todo ello se manifestará en la elección entre la variedad de pactos y cláusulas que pueden incorporarse relativas a las circunstancias particulares del caso: en defensa del acreedor pactos tales como el carácter solidario de la deuda o la fianza a primer requerimiento; en defensa del fiador cláusulas de responsabilidad máxima o plazos de vigencia; deberes de información en favor del fiador, o su dispensa en favor del acreedor; procedimiento de notificaciones en los incumplimientos de las deudas; supuestos en que no debe darse más crédito al deudor. Evidentemente, cuando se trata de consumidores todos ellos servirán de elementos de contraste para valorar el «equilibrio» del contrato porque, si bien la autonomía privada facilita la labor, la voluntad de auto-regulación también es un factor importante para apreciar la mesura del modelo de fianza aceptado. Con independencia de todas esas modulaciones, de ningún modo se resta maleabilidad a la estructura del negocio y, junto a la fianza simple y la fianza en garantía de deudas futuras, la fianza general responde a la concurrencia de intereses más complejos entre tres partes por exigencias propias del mercado en que se desarrollen las operaciones económicas garantizadas.

## 2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO

El marco normativo de la fianza general, mediante la propia regulación del contrato de fianza, se caracteriza por la regla de la «determinabilidad» del objeto fideiusorio (art. 1825 CC) en conexión con el principio de accesoriidad (art. 1824 CC)<sup>24</sup>. La fianza general tiene por finalidad constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior. Como en todo contrato, para su existencia es indispensable que el objeto esté plenamente determinado o individualizado, al menos en lo esencial, con acuerdo de voluntades y absoluta aquiescencia, es decir, que se haya prestado con la clara y patente finalidad de obligarse mutuamente. Luego, como en toda fianza, el fiador se obliga a «lo» que debe el principal obligado «porque» y «si» lo debe este<sup>25</sup>; el deudor fiado (principal) «debe el todo de su deuda» cuando sea exigible y, en consecuencia, el fiador no resultará nunca obligado más allá de esa deuda en forma más gravosa. La fianza «no puede extenderse a más de lo contenido en ella» (art. 1827.1 CC): criterio de determinación y extensión cuyos límites objetivos y temporales solo pueden ser alterados con el consentimiento del garante. Es lo que explica el cumplimiento de la obligación que, en su caso, recae sobre el fiador realizando su prestación específica que podrá ser o no idéntica a la del deudor principal.

La perfección del contrato de fianza general no presupone, en modo alguno, la existencia de una previa relación jurídica entre el eventual acreedor y el deudor principal. Justamente, la delimitación de su objeto es el punto neurálgico de la fianza general. Ésta es una «modalidad» de fianza cuya peculiaridad radica, precisamente, en el alcance de su objeto: garantizar todas las deudas derivadas de la relación jurídica entre el deudor y el acreedor<sup>26</sup>. Que esas obligaciones garantizadas sean futuras no impide que este subtipo de contrato de fianza constituya una obligación de carácter firme, es decir, que vincule al fiador como deudor propiamente sin que pueda desligarse unilateralmente de ella<sup>27</sup>.

Dicha particularidad constituye la «materia del contrato» y su «objeto cierto»<sup>28</sup>, siempre limitado a las obligaciones que se generen en el marco de «una» relación jurídica (del cual normalmente nacerán obligaciones homogéneas) o incluso de «varias» relaciones jurídicas (obligaciones heterogéneas) que vinculen al acreedor y al deudor principales<sup>29</sup>. El fiador promete el *idem debitum* de esas obligaciones y se constituye en deudor de una prestación idéntica o una parte de la misma, no otra cosa. Es de esta manera que el fiador yuxtapone su responsabilidad a la del deudor principal con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación de este.

Como resultado de esa yuxtaposición, el objeto de la fianza general no es el crédito garantizado, sino la propia garantía, con independencia de que el crédito principal, mediante vinculación accesoria y subsidiaria, determine el contenido y la extensión de dicha garantía<sup>30</sup>. De suyo hay una relación de dependencia esencial entre el objeto asegurado y la garantía constituida para su seguridad. La garantía es el instrumento que permite al acreedor reforzar su derecho de crédito asegurando la respuesta patrimonial de alguien a la interpelación de satisfacción de la deuda cuando se verifique el incumplimiento del deudor; constituye el modo por el que el contrato de fianza asigna una cualificación jurídica al patrimonio del fiador con la finalidad de responsabilizarse de deudas ajenas.

En la configuración de su objeto, la fianza general que vincula a las partes presenta un contenido objetivo a modo de un papel en blanco al comienzo de un trabajo creativo que se irá perfilando por el elemento conector conforme los actores de la relación principal desarrollen las relaciones obligacionales con reflejo en la responsabilidad del fiador; es decir, el elemento de delimitación del objeto contractual determinará las operaciones de las que procedan las ulteriores obligaciones garantizadas. Su principal particularidad es que, «determinado» el criterio, más o menos amplio, para concretar las obligaciones futuras «determinables» que serán afianzadas, la cuantía del conjunto no tiene un número taxativo, sino que, al ser dinámico, aunque finalista, presenta un carácter funcionalmente ilimitado que ofrece, precisamente, la pretendida agilidad y flexibilidad en la activación de la garantía respecto de obligaciones que van a ir surgiendo en cascada, regular o intermitentemente.

Este carácter indeterminado o impreciso del alcance de la fianza en su génesis exige esa posterior concreción conforme a lo convenido, pero siempre que se encuentre perfectamente determinada la relación jurídica garantizada. Justamente, la supuesta indeterminación del límite máximo ha generado las dudas que ponen en cuestión la validez de la fianza general. Sin embargo, ello no impide la validez de la fianza porque la obligación del fiador será determinada con relación a las obligaciones del deudor principal respecto del acreedor de manera que el objeto del contrato es identificable y determinable.

Ahondando en este perfil, la validez de la fianza general se ha puesto en cuestión, justamente, en función de la determinación de su objeto. El argumento para admitir su validez se encuentra, no solo en la aplicación de las normas y principios generales de las obligaciones, sino expresamente en la disposición que admite la fianza en garantía de deudas futuras (art. 1825 CC). En ningún caso ello supone discordancia con la previsión general (art. 1824 CC), siempre que las obligaciones garantizadas aún no nacidas resulten determinables en el momento de constituirse la fianza desde que las partes fijen las relaciones jurídicas que hagan nacer aquellas obligacio-

nes y el alcance económico de las mismas. Esta identificación suficiente de las partes y de la naturaleza de las deudas garantizadas queda sometida a una interpretación cabal y justa para sujetar la obligación de fianza a los límites de lo razonable y de lo previsible (razonablemente esperable). Si bien el garante no puede conocer de antemano el alcance material de la obligación que va a asumir, quedan establecidos los parámetros objetivos y subjetivos que le permite prever, aproximadamente, el riesgo, su severidad y la consiguiente responsabilidad asumida<sup>31</sup>.

Con ese parámetro, la fianza general no puede ser nula por indeterminabilidad del objeto<sup>32</sup>. De este modo, la fianza general se constituye y existe, pero su eficacia (efectos típicos de la fianza) se encuentra en situación de pendencia respecto de un evento futuro incierto (condición suspensiva): que se constituya el negocio que proyecta obligaciones (principales) garantizadas, es decir, la fianza tiene que comunicarse con y «acceder» (y adherirse) a una obligación (principal) para asegurar la determinación de la deuda y desplegar su eficacia jurídica<sup>33</sup>. Es suficiente que dicha obligación futura afianzada sea determinable sin necesidad de nueva declaración del acreedor y del fiador.

En consecuencia, a diferencia de la eficacia del contrato (fuente), la obligación propia de fianza no es una deuda sometida a condición suspensiva, sino que surge cuando concurren los presupuestos contractuales (que sí constituyen un evento futuro incierto) establecidos en el propio contrato de fianza. Aquélla no existe bajo condición suspensiva, sino que, cuando surge, tiene la consideración de obligación no condicionada; si la deuda futura garantizada no es válida, el fiador tampoco es deudor de una obligación que no adquiere estado jurídico. De esta manera, el carácter expreso de la fianza conlleva a la necesaria determinabilidad de las obligaciones principales a garantizar concretando los criterios para determinarlas. Ello enlaza con el aludido principio de accesoriedad de modo que la fianza será válida si es posible fijar sin duda la obligación garantizada sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes.

La premisa esencial de la mecánica reside en que el criterio determinante de la obligación garantizada no requiera, como se ha indicado, de un nuevo acuerdo de los contratantes para fijar definitivamente la cuantía de lo debido por el fiador, ello en aplicación del régimen general de las obligaciones y de los contratos (arts. 1115, 1256 y 1273 CC)<sup>34</sup>. A partir de ese momento comenzará la dinámica propia de la obligación respecto de los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad. En definitiva, la fianza general puede resultar ineficaz por vulneración de la determinabilidad del objeto fideiusuario si no existen en el contrato criterios de concretización suficientes para la especificación de las deudas futuras, lo cual no debe confundirse con la eventualidad de las dudas que puedan surgir sobre la inclusión de una concreta obligación en el ámbito objetivo de esa fianza general.

Es así que la cuestión de la delimitación del objeto se ubica en las dos sedes naturales para conformar el ámbito específico de objetivación de las relaciones contractuales:

1. En sede de *interpretación*. Si bien el Código Civil exige el carácter expreso de la fianza (sea civil o mercantil), no especifica cómo debe expresarse la misma y, a falta de especialidades sobre su expresión y en el marco de la libertad de medios probatorios, se aplican las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC). Es por ello que esta carencia de principios especiales de interpretación no permite aplicar ni el principio de interpretación restrictiva, ni el de interpretación favorable al fiador. Para ello, conforme a dichas reglas generales, se podrá recurrir a los más variados hechos, comportamientos, actuaciones, documentos y circunstancias particulares para conformar la verdadera expresión que los contratantes hayan consentido en la conformación del contrato de fianza<sup>35</sup>. A partir de su «existencia» expresa (expresada o sin duda deducida), la delimitación del «objeto» sí requiere una manifestación formulada (expresada) que, en la fianza mercantil, habrá de ser documental<sup>36</sup>.

2. En sede de *integración*. Si bien mediante la aplicación de la regla de la buena fe se restringe que, a falta de pacto o frente a eventuales lagunas, no se pueda extender la fianza a obligaciones que no le son consustanciales, se admite que alcance a las consecuencias que naturalmente se derivan de su naturaleza y usos mediante su integración conforme al mecanismo del artículo 1258 del Código Civil. Particularmente, el elemento delimitador del objeto del contrato se someterá al criterio de la «normalidad» en el marco negocios propios de la actividad ordinaria del deudor. Ante la no expresión detallada, se pueden plantear problemas con: la subfianza (el deudor que es fiador de otras obligaciones); las obligaciones cambiarias (cuando la posición acreedora no deriva de una relación directa con el deudor); créditos adquiridos contra el deudor por la entidad acreedora; concesión no justificada e inadecuada de un crédito. Este criterio de la normalidad se refiere a las obligaciones procedentes de la actividad comercial ordinaria entre el acreedor y el deudor, y será tamizada siempre por la posición del fiador respecto del deudor principal.

La determinación del objeto en la fianza, obviamente, no puede quedar sujeta al poder unilateral y discrecional de uno de los contratantes, precisamente porque su carácter expreso exige que la voluntad del afianzamiento y su extensión seas indudables, y su determinación no requerirá nuevo convenio entre las partes. Específicamente, la disposición convencional vendrá referida a la pertenencia a un «género» de obligaciones: las que surjan de la relación jurídica principal cuyas obligaciones se garantizarán. Por su parte, debe recordarse y subrayarse que el alcance del concepto de género

se somete al criterio de la delimitación voluntaria del propio género que las partes consideren oportuno en el marco de sus relaciones contractuales (así, todos los servicios prestados, los suministros entregados, la financiación facilitada, las operaciones comerciales consumadas, etc.) conforme con la intención evidente de los disponentes (art. 1281 CC).

En esta tarea delimitadora del objeto de la fianza general, lo habitual es establecer un máximo de responsabilidad para el fiador, es decir, el importe máximo garantizado. Como se ha señalado anteriormente, esta limitación es puramente voluntaria, sin que haya alcanzado rango de elemento necesario requerido por la doctrina legal<sup>37</sup>. En la defensa del requerimiento de un límite máximo a la responsabilidad del fiador y discrecionalidad judicial no se aportan fundamentos normativos que lo sostengan más allá del mero principio de precaución y conveniencia económica; esto es, establecer una norma con tal requisito de validez para la fianza general es una cuestión de oportunidad política y discrecionalidad del legislador<sup>38</sup>. Por tanto, debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites propios ya conocidos. Precisamente, el principio de seguridad jurídica se supedita al anterior en cuanto es el mismo fiador quien consiente (expresamente) constituir la garantía en tal cualidad (extensión y efectos) y acepta los riesgos inherentes a la misma. Otra cosa es que pueda deducirse incluso implícitamente la voluntad contractual de establecer tal limitación cuantitativa; y, en todo caso, el tope se encuentra presente con carácter cualitativo conforme al criterio de determinabilidad convenido por las partes. Justamente, no establecer el límite cuantitativo máximo no se puede equiparar a que se abran vías a eventuales abusos por parte del acreedor pues, en tal caso, se puede recurrir a los instrumentos jurídicos de defensa generales contra el ejercicio abusivo de los derechos y, en el ámbito contractual, el ejercicio de buena fe como criterio imperativo de conducta; y, por ello, es en este ámbito donde tienen su sede los casos más habituales relacionados con la aplicación del principio de buena fe<sup>39</sup>.

### 3. EL FUNDAMENTO CAUSAL Y SU DESARROLLO DE BUENA FE

La fianza general se rige por las normas que establecen los elementos que integran cualquier contrato y, por ello, también debe tener causa<sup>40</sup>. Sobre la causa en general, la doctrina legal y científica describen panoramas plásticos y contextuales que, en realidad, no llegan a aportar definiciones estructurales y cohesionadas de la causa de los negocios jurídicos<sup>41</sup>. En realidad, esta exigencia que la ley impone al contrato no tiene consistencia de elemento estructural conforme a las conclusiones del profesor GALICIA (2012, 174): «Se trata, simplemente, de un límite a la autonomía de la vo-



luntad, un filtrado de la aptitud del contrato en lo que atañe a la *generación misma* de la obligación *atributiva*, por medio del cual el legislador evita que el empobrecimiento de los particulares ocurra en cualquier modo o manera: las transacciones económicas acordadas entre ellos únicamente han de tener la virtualidad de afectar a la consistencia de sus respectivos patrimonios cuando las atribuciones que importan cuenten con un *quid* que reequilibre la merma padecida, pues, de otro modo, solo la intención liberal constituirá causa suficiente de semejante efecto».

La necesidad de que en la fianza exista causa, cuya existencia y licitud se presumen (art. 1277 CC), impide que existan contratos abstractos de garantías; las propuestas de su configuración como negocio abstracto se realizan, en realidad, desde una acepción distinta de la absoluta falta de causalidad<sup>42</sup>. La fianza, por su carácter accesorio, es un nuevo contrato cuya causa se vincula *per relationem* al interés que se satisface con el cumplimiento de la obligación garantizada. Así como el consentimiento sobre el objeto define a todo contrato (en este caso la fianza general), el requisito de la causa se predica de los contratos principales que, a su vez, «causalizan» a los accesorios<sup>43</sup>. La exigencia causal se reclama de aquellos contratos que generan obligaciones «nuevas» con sustantividad propia; en cambio la fianza genera una obligación *per relationem* a otra obligación ajena (prestación realmente debida por otro). Ciertamente que el acreedor tiene un nuevo derecho de crédito, pero su objeto no presenta un contenido económico-patrimonial diferenciado y autónomo porque su eficacia atiende solamente a una funcionalidad de refuerzo. Por razón de que el objetivo de toda garantía es dar seguridad patrimonial, el acreedor no pretende el cumplimiento o pago de la deuda principal por el fiador, sino que su interés es recabar el cobro del deudor, es decir, no proyecta recabar otra persona que cumpla o pague la deuda, sino alguien que le garantice el cumplimiento de esa deuda por el deudor. Justamente la causa de la fianza es la garantía de la satisfacción del interés del acreedor, mediante la «generación» y asunción de una obligación «atributiva» propia por el fiador para cumplir la obligación de otro subsidiariamente o incluso solidariamente si se pacta; en definitiva, la vinculación voluntaria del fiador general se «limita» a su condición o rol de garante sin alcance atributivo inmediato, no como pagador o cumplidor de obligaciones fideiusorias<sup>44</sup>. Es en este sentido que la causa de la fianza es abstracta como cualidad innata (sin atisbos subjetivos) a la propia noción de garantía que, respecto a la fianza general, se refiere a las operaciones futuras que vayan a realizarse entre dos partes y extiende en el tiempo la vinculación de cobertura del fiador como garante.

Los motivos concretos que llevan al fiador a otorgar la fianza en favor del deudor principal se basan en el interés del fiador en constituir la base financiera que vincula al acreedor y al deudor principal, en definitiva, en el



tipo de vínculo jurídico en que estarán contenidas las obligaciones garantizadas<sup>45</sup>. Esta relación puede traer causa de la correspondencia personal de confianza entre el deudor y el fiador: lazos familiares, matrimoniales o patrimoniales (económicos) directos marcan un carácter particular que debe atenderse para valorar la influencia en la toma de decisiones del deudor que originará la obligación fideiusoria. Cuando la extensión de la responsabilidad a otras personas se establece en razón de un vínculo de filiación, conyugal, contractual (socios administradores), estructural (sociedad matriz que controla la filial) o profesional, la aceptación del riesgo por el fiador responde a algún tipo de interés o causa (la benevolencia, la contraprestación o el interés directo en la relación principal). El garante, lejos de ser neutral, pasa a ser un interesado en la relación afianzada para favorecer operaciones que también le interesan. En estos casos, si el ordenamiento, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, facilita trasvases entre entidades patrimoniales ligadas, el mismo principio debe suministrar mecanismos que neutralicen esos trasvases en perjuicio de los acreedores.

En el momento de su perfección la fianza general o global no requiere la existencia anterior o simultánea de relación crediticia entre los eventuales acreedores y deudores principales; tampoco supone ningún compromiso del eventual acreedor de otorgar crédito al eventual deudor. Ahora bien, sucede normalmente que dicha relación principal existe al momento del celebrarse el contrato de afianzamiento general. En cualquier caso, el motivo que promueve al fiador a consentir el afianzamiento es, primordialmente, la propia prestación de la garantía, es decir, reforzar un derecho de crédito para asegurar su realización (función propiamente jurídica). En este sentido, autorizada doctrina científica sintetiza que «la finalidad típica de la fianza es la de ampliar las posibilidades del acreedor y aumentar su seguridad, permitiendo dirigirse contra un nuevo deudor que intercede por la deuda ajena. Esta descripción de la causa típica del negocio de fianza es importante para determinar la eventual existencia de mecanismos simulatorios. Pues cabe la posibilidad de que bajo la simulación de una fianza se esconda un negocio realmente querido, que puede ser préstamo, donación, sociedad, etc.»<sup>46</sup>. Esta finalidad es única en la fianza general y no se ramifica en razón del número de deudas afianzadas que vayan surgiendo<sup>47</sup>. De este modo, la fianza refuerza objetivamente la seguridad de la satisfacción de los intereses del acreedor porque, mediante la obligación del garante, con causa distinta a la de la principal, la probabilidad de satisfacer dicho interés se amplifica al existir dos vínculos obligatorios con la única y misma finalidad de solventarlo. Su razón de existencia deriva de la necesidad económica conscientemente admitida y colmada por la configuración de la fianza general.

De esa manera la funcionalidad de la causa se presenta a modo de partícula fundamental que ilumina y aglutina el contenido espacio-temporal

del contrato, y no es otra cosa que procurar resguardo y caución al deudor principal por motivo (determinante) de la relación que se tiene con este, normalmente societaria (matrimonial o contractual), para satisfacer los intereses crediticios del acreedor. Configurando la causa del negocio como su caracterización, justificación (causa eficiente) y finalidad (causa final) ante el juicio del Derecho, se materializa en aquello que se pretenda alcanzar con la realización del negocio (el interés económico y ponderación de cada parte), y con la atribución patrimonial de la obligación o prestación, de cada crédito y su correspondiente obligación, que debe ser razonable y lícita, merecedora de amparo jurídico. Esta causa constituye un elemento que interactúa y opera bidireccionalmente entre el fiador y el acreedor mediante el principio de buena fe para alcanzar el resultado esencial de asegurar la efectividad de los intereses que el acreedor proyectó al contraer la obligación principal. Así, como se ha indicado, la causa opera como límite de la autonomía de la voluntad basada en la esencial proporcionalidad ejecutiva de cualquier garantía. Con ello, atendiendo a las dos vertientes innatas de toda obligación, desde el lado de la «deuda» se asegura el cumplimiento de una obligación (deber de prestar), y en la parte de la «responsabilidad» se elimina la eventual insolvencia del deudor principal (deber de responder por incumplir el anterior deber).

Efectivamente, una vez determinado el objeto del contrato se cambia el plano de análisis de lo estático a lo dinámico, es decir, a los efectos que ha de producir conforme al contenido del negocio. De esta manera, superado el juicio de validez del contrato de fianza general en relación al objeto mediante el juicio de determinabilidad de las futuras obligaciones garantizadas, la atención principal debe centrarse principalmente en el modo preciso en que se utiliza y se desarrolla. Una vez asentada la validez de la fianza general, se origina la necesidad de limitar sus efectos en aras de impedir posibles arbitrariedades y abusos desde la posición acreedora en su relación con la deudora principal, y fiscalizar las variaciones irrazonables en los riesgos inherentes a la operación económica que constituyan una justa causa apta para denunciar el contrato. Este comportamiento del beneficiario de la garantía, y también del propio fiador en la dinámica vital del contrato, se sujeta a los límites marcados por el «principio de la buena fe contractual», no solo en los tratos preliminares, sino sustancialmente en su ejecución<sup>48</sup>. Ello requiere valorar la motivación y el comportamiento de las partes, y apreciar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Es en esta fase donde adquiere su mayor virtualidad por cuanto el beneficiario encausa nuevos créditos (garantizados) al deudor principal y ese comportamiento debe ajustarse estrictamente al objeto contractual, sin extensiones ni riesgos imprevistos para el fiador. Superar ese límite en la actuación lo sitúa en el terreno de la arbitrariedad en la concesión del

nuevo crédito y, por tanto, en su ineficacia. El principio de buena fe y la correcta ejecución del contrato auxilia al fiador frente a eventuales comportamientos desleales y arbitrarios del acreedor, quien debe salvaguardar sus intereses propios, pero también debe atender a los «intereses del fiador» en la relación que mantiene con el deudor principal<sup>49</sup>. Para ello habrá de recurrirse a los factores de valoración de la buena fe provenientes de circunstancias subjetivas (comportamiento «legítimo» del acreedor en su interés por seguir concediendo crédito al deudor principal), objetivas (en las relaciones normales del tráfico o comercio en cuestión que desarrolla el deudor principal) y temporales (tracto regular o ya interrumpido durante largo tiempo)<sup>50</sup>. Concretamente, el beneficio unilateral injustificado sería ya un indicio de quebranto de las buenas costumbres negociales.

En paralelo al comportamiento leal del beneficiario de la garantía, el fiador asume el riesgo propio del contrato de fianza general. En principio, el nivel de riesgo (menor o mayor) que acepta el fiador no incide sobre su condición de garante (y solo garante) de una deuda ajena. La asunción de este riesgo contractual por parte del garante y su tratamiento se erige en la clave de la validez y vigor de la fianza general convenida. Efectivamente, debe ser racionalmente asumido, con consciencia del contenido económico y de sus riesgos, y resultado de un sensato y consecuente cómputo económico. Para ello el riesgo asumido se relaciona con el interés que el garante pueda tener en los negocios del deudor, lejos de la mera idea de un fiador desinteresado que requiere protección en razón de su generosidad; y, a su vez, el garante convierte la operación económica en menos costosa para el deudor y más flexible para atender nuevas exigencias de financiación.

Este riesgo asumido por el fiador es elemento esencial del contrato en la conformación de la causa de la fianza general. Este rasgo parece conferir al contrato un carácter aleatorio por la eventualidad de un desplazamiento patrimonial en cumplimiento de una obligación dependiente de un alea. En este sentido, el criterio para diferenciar los contratos condicionales de los contratos aleatorios se centra en la función y efectos que el evento asume en ellos. En el contrato condicional es su misma eficacia la que depende de la producción del acontecimiento en que consiste la condición, mientras en el contrato aleatorio es eficaz desde el mismo momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes, subordinándose a la verificación del acontecimiento futuro e incierto la realización o cuantía de la prestación de cada una de las partes y, en definitiva, la pérdida o ganancia que estas han de obtener del contrato. Desde este punto de vista, pese a los poco claros límites de unos y otros negocios, se puede afirmar que la fianza aseguradora es eficaz desde el momento en que se perfecciona, independientemente de que ocurra o no ocurra el evento.

#### 4. LA TEMPORALIDAD DE LA RELACIÓN

La fianza general se basa en la voluntad del fiador de asumir las obligaciones que en el tiempo puedan generarse, sin necesidad de renovar sucesivamente su consentimiento. En la práctica lo habitual es pactar el afianzamiento por tiempo «indefinido» con el peligro de incrementar de modo irrazonable el saldo final de la responsabilidad asumida. Para afrontar tal indefinición temporal se dispone la denuncia unilateral o derecho de desistimiento para dejar sin efecto la garantía sobre obligaciones determinadas después del ejercicio de dicho derecho; las anteriores, obviamente, subsistirán, aunque venzan y sean exigibles con posterioridad. El fundamento de este desistimiento es la facultad de renuncia libre del contrato que impide las vinculaciones obligatorias de por vida; precisamente, la facultad de denuncia o receso de la relación de fianza existe siempre que su duración sea ilimitada, aunque no se haya pactado (art. 1128 CC), porque en el Derecho de obligaciones no se admiten relaciones obligatorias imperecederas conforme al principio general de que los acuerdos perpetuos no son consentidos por el orden público<sup>51</sup>. Por ello, cuando la fianza general se acuerda por tiempo indefinido, se somete al «derecho de denuncia» unilateral que corresponde al fiador (*ad nutum*), previo aviso y sin necesidad de alegar justa causa, aunque las partes no lo hayan pactado de forma expresa<sup>52</sup>. Obviamente, su ejercicio debe respetar las exigencias del mencionado canon de la buena fe.

En cualquier caso, cuando se vincule a un contrato cuya vigencia temporal sea natural o previsible (realizar una obra o prestar un servicio determinado) se establece un «límite temporal subyacente» implícitamente fijado por las partes, aunque no sea expreso, en cuanto resulte de un modo claro e indubitado de su voluntad. En caso de duda, la fianza se puede dar por extinguida también, por aplicación analógica del artículo 1700 del Código Civil, con la finalización o cese prolongado del «negocio que le sirve de objeto»<sup>53</sup>. Del mismo modo, si la condición o rol personal ha sido sustancial y decisiva en la creación de la relación obligatoria, su desaparición determinará asimismo la finalización de la fianza general. En este sentido, si bien las relaciones personales entre fiador y deudor no condicionan ni afectan a la causa (de garantía) del contrato de fianza, ni tienen valor alguno para extinguir la garantía cuando la relación personal desaparece, la situación varía cuando, sin duda, se hubiese vinculado la pervivencia de la fianza a dicha circunstancia<sup>54</sup>.

Por su parte, la determinación «convencional» del plazo de modo explícito debe responder a la razonabilidad de su duración e interdicción del excesivamente largo e injustificado. Este plazo determinado queda sujeto al régimen general de la justa causa que lo suprime y de la doctrina *rebus sic stantibus*. Para ello, aun cuando la fianza tenga un tiempo de duración

limitado, puede ejercitarse el derecho de renuncia, si se alega justa causa. Argumenta CARRASCO que «este derecho le es reconocido sin más cuando la fianza no tiene término de duración determinada, por la aplicación analógica del artículo 1705 del Código Civil. Pero igualmente debe procederse cuando la fianza está determinada en el tiempo. No se ve la razón de aplicar analógicamente el artículo 1705 del Código Civil a la fianza global de duración indeterminada, y no aplicar una solución similar al artículo 1707 (desistimiento por justo motivo) cuando la relación está limitada temporalmente. Es decir, debe postularse que incluso en la fianza temporalmente limitada cabe desistimiento por parte del fiador con justa causa, si el incremento del riesgo que el fiador sufre por el advenimiento de nuevas circunstancias es irrazonablemente gravoso, y la existencia de un término final no compensa ni protege suficientemente frente a este incremento»<sup>55</sup>. En definitiva, el derecho de denuncia forma parte del contrato (*ex* artículo 1705 CC)<sup>56</sup>, aunque no esté expresamente atribuido al fiador, cuando concurra justa causa para ello (incremento irrazonable de la responsabilidad patrimonial), se preavise conforme a los usos de los negocios, se realice en un momento que no cause perjuicios a la otra parte contractual, y se respete el reiterado principio de buena fe contractual. De esta manera pueden justificarse los periodos de prolongación «razonable» de la fianza general, especialmente para que el deudor adopte medidas oportunas para realizar sus futuras operaciones con el acreedor en un marco temporal prudente. Ahora bien, conviene matizar que, cuando la fianza general queda limitada a una cuantía máxima de responsabilidad, ello no excluye la procedencia del derecho de denuncia en la fianza temporalmente indeterminada, pero sí en la denuncia por justa causa de la fianza general temporalmente determinada porque «la previsión de ese máximo de responsabilidad ya delimita el alcance posible del riesgo asumido al afianzar»<sup>57</sup>.

#### IV. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

De partida, la posición defensora de la vinculación del carácter del fiador a la naturaleza del contrato principal y, así, poder excluir, en su caso, las normas tuitivas en base al principio de accesoriedad absoluta entre ambos contratos no ha tenido mayor recorrido que su inicial aplicación por algunos tribunales. Ciertamente, la separación contractual de las dos relaciones vehicula el tratamiento jurídico autónomo para cada relación porque, si bien en cuanto a su objeto la fianza puede calificarse de contrato accesorio, desde la perspectiva subjetiva se presenta como un contrato diferente que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal<sup>58</sup>.

La jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13 establece que la protección de los consumidores es especialmente importante en aquellos contratos en los que una persona asume personalmente el compromiso de satisfacer la deuda de un tercero, presentándose el contrato de fianza como un contrato distinto respecto al contrato de préstamo principal, de forma que, la calidad en la que actuaron los fiadores, debe apreciarse respecto al contrato de fianza del que son parte o, dicho de otra manera, según un criterio funcional, equivalente a valorar si en su relación contractual actuaron al margen de su actividad empresarial o profesional<sup>59</sup>. Corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una «participación significativa» en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado<sup>60</sup>.

Situados en el exclusivo marco del contrato de fianza general, la extensión de la fianza (generalización) es intrínseca a la naturaleza del contrato (calificación). Si bien hay que distinguir el tratamiento jurídico del contrato y de las cláusulas que la integran, en el contrato de adhesión no existe deliberación sobre cada cláusula y es habitual que una de las partes ni siquiera llegue a conocerlas al momento de dar su consentimiento. Por ello, la superioridad económica y financiera de una de las partes sin ningún control jurídico desemboca en exigencias abusivas a la contraparte. En este sentido, los gabinetes jurídicos de las grandes empresas estimulan su ingenio para aturdir la estructura natural de los contratos y obtener una posición mejorada para sus intereses económicos.

Sin menoscabo de las clásicas vías de impugnación por error esencial que afectan a todos los contratos, la cuestión primordial de la fianza general es si el clausulado de las pólizas de afianzamiento elaborado por la entidad acreedora resulta claro e inequívoco conforme a los requisitos de inclusión propios del contrato de adhesión de las condiciones generales de la contratación (incorporación, interpretación y contenido). Ello no supone devaluar la idea de la autonomía de la voluntad, sino atender también a la libertad de la persona en la configuración de su estado patrimonial porque en la contratación converge con otra persona que actúa como contrapeso de los propios intereses pretendidos. En ese plano, la moralidad de las actuaciones conforme a las buenas costumbres se ha materializado en la idea de los «legítimos intereses económicos» que la Constitución preserva para los consumidores y usuarios (art. 51.1 CE), es decir, en la concreción de lo justo según la equidad y la razonabilidad. Precisamente, la funcionalidad en la racionalización y, a la vez, en la reducción de costes del tráfico jurídico justifican que en la fianza general el fiador acceda a la información suficiente sobre el significado y alcance jurídico-económico del contrato

que suscribe porque, si el contrato y sus cláusulas han sido negociadas por las partes, quedan al margen de la consideración de condiciones generales de la contratación.

Las bases técnicas de esta «globalización» asumida por el fiador deben acomodarse, por un lado, a la normativa sobre condiciones generales y, por otro, al régimen de las cláusulas abusivas (filtro de la cualidad de «consumidor»). El legislador español mantiene esta dualidad normativa, pero vinculada, en la que el tratamiento de las condiciones generales de la contratación no impide la aplicación del régimen protector de consumidores si la cláusula abusiva tiene carácter de condición general. En todo caso, el primer filtro a modo de carga sobre el futuro garante es el establecido por el deber de la auto-responsabilidad del fiador en el acceso, en la comprensión y en la aceptación del riesgo o inseguridad del contrato a suscribir.

En la fianza general sometida a este marco jurídico se aplicará el acostumbrado triple control que dispone el legislador. En primer lugar, el control de *incorporación* entendido como la posibilidad de conocer la concreta existencia de la disposición que establece la extensión de la fianza que cualifica al contrato.

El segundo control se sitúa en verificar la *transparencia* de las cláusulas<sup>61</sup>, referida a la posibilidad de comprender el clausulado. Para ello es la entidad interesada que contrata con un fiador la que debe dejar constancia de que se hizo de forma clara y fácilmente entendible para el suscribiente; tiene la obligación de informar de manera suficiente y acreditada de la extensión, términos y consecuencias de la posición que adquirirá el fiador. Mediante esta información suficiente el fiador general debe adquirir la capacidad para discernir el significado de la extensión global de la fianza y de sus repercusiones o cargas económicas. En esta fase, es conocido que la falta de transparencia de las disposiciones que definen el objeto principal del contrato no son causa de abusividad. Ahora bien, incide en la conformación del consentimiento y en el régimen de su ineficacia. Conforme al mínimo de información contractual exigido cuando la fianza se constituye en un servicio bancario<sup>62</sup>, la disposición de una cláusula de cobertura global sin configurar claramente los límites de responsabilidad vulnerará el requisito de transparencia, de modo que esta falta relativa a la prestación principal del fiador (elemento esencial del contrato) conducirá a la nulidad de la fianza general.

Y el tercer control estudia la eventual *abusividad* de las cláusulas, aunque atendiendo a que esta denominación vinculada al afianzamiento en realidad designa al propio contrato de fianza general; es decir, la «cláusula de afianzamiento» no es una mera cláusula, sino el contrato de fianza. Este control del contenido de la cláusula se realiza tamizándolo por el filtro de la inexistencia de «desequilibrio» importante en la relación contractual porque, aun no siendo transparente, no siempre presentará carácter abusivo.



De esta manera, a pesar de que el control de legalidad de las condiciones generales en el marco del régimen normativo de consumidores y usuarios enjuicia, no el contrato en su totalidad, sino la validez de las estipulaciones contractuales, la fianza sea general o no, integrada como contrato autónomo en el mismo documento que formaliza la relación garantizada, también puede ser objeto de un control de abusividad, pero solamente conforme a la norma legal específica relativa a las cláusulas abusivas sobre garantías y no otras: «*En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*» (art. 88.1 TRLCU)<sup>63</sup>. Esta doctrina ha sido señalada y reiterada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de enero y 12 de febrero de 2020<sup>64</sup> en base a varios argumentos: el principio «pro consumidor» que emana de la disposición constitucional (art. 51 CE); la finalidad tuitiva que la jurisprudencia europea aplica siempre en defensa de los consumidores ante prácticas de «riesgo elevado»; y, especialmente, a la «estrecha dependencia» del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada<sup>65</sup>. Desde la perspectiva del control de contenido, una fianza general formulada mediante condiciones generales en un contrato de consumo podrá considerarse como una garantía desproporcionada cuando implique un riesgo considerable para el fiador adherente. Este análisis requiere necesariamente, tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor. En esos casos, la nulidad se predicará de la cláusula de garantía (contrato de afianzamiento general) como unidad contractual por desproporcionada.

En estas resoluciones la doctrina legal establece, además, unas pautas orientativas para valorar dicha proporcionalidad, aunque, bien es cierto, su aplicación se orienta a restringir considerablemente las posibilidades de apreciar el carácter abusivo de la fianza establecida en el ámbito del Derecho de consumo: debe poder apreciarse con «claridad» la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor; las particulares circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato deben ser «excepcionales» para apreciar la desproporción; y la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía. Hemos mencionado anteriormente que, tal vez, fuera conveniente establecer la exigencia legal de un límite máximo de cobertura de la fianza general cuando el fiador tenga la condición de consumidor, precisamente porque es cuando surge el peligro de establecer una garantía calificable de desproporcionada. Situados en este ámbito, en suma, caben mencionar dos consideraciones prácticas:



1. *Respecto de la inexistencia de un límite máximo de cobertura.* La aplicación de la Ley de condiciones generales no depende de que algunas cláusulas o elementos de una cláusula se hayan negociado individualmente, sino de la apreciación global que lleve a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Por ello, las reglas relativas a las prestaciones y contraprestaciones tienen que someterse al control de transparencia para verificar si, conforme a la claridad en su redacción y plasmación documental, el adherente las ha tenido en cuenta en la adopción de su decisión de contratar. El sistema español no prevé expresamente la necesidad de establecer un límite máximo de la cuantía garantizada y, al no ser exigible, su falta no puede contemplarse desde una eventual aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes, en este caso por su ausencia.

2. *Respecto de garantía calificable de desproporcionada.* La fianza general recogida en condiciones generales con consumidores (imposición de garantía) puede ser calificada como una garantía desproporcionada al riesgo asumido, si bien «se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica» (art. 88.1 TRLGDCU). Cuando no se negocie una cláusula de cobertura global, el consumidor asume un riesgo de tener que pagar una cantidad muy superior a sus previsiones razonables y, en consecuencia, genera una desproporción entre las ventajas que puede obtener y la seguridad que proporciona al acreedor. De este modo, el consumidor fiador, amén de aceptar el riesgo de insolvencia del deudor (riesgo normal en la fianza), asume todos los aumentos de este riesgo que eventualmente se originen por actuaciones abusivas del acreedor. Esta es la vía que le queda al consumidor inexperto para considerar la cláusula (el contrato) de afianzamiento global como abusiva en el marco de la operación principal.

## V. LA DEMARCACIÓN DEL PERFIL JURISPRUDENCIAL

### 1. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA GENERAL

Las decisiones judiciales sobre la fianza general han reflejado distintas consideraciones y reflexiones sobre su validez, magnitud y alcance de los efectos jurídicos derivados. Este tipo de fianzas se admite en la jurisprudencia de una manera absolutamente natural, excepto en la veterana STS de 21 de noviembre de 1924 que confunde la obligación futura con la obligación indeterminada: «Si bien, según el artículo 1825 del Código Civil, puede constituirse fianza para garantizar deudas futuras cuyo importe no sea conocido, ello es refiriéndose expresamente a deudas, y no a obligaciones, y necesariamente al momento de su exigibilidad, y no al de la existencia del

contrato de que se derive, porque de otro modo... vendría a establecerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria sin fianza, y porque habría, si así fuese, una verdadera antinomia entre los precitados artículos 1824 y 1825 del Código Civil, lo que no es ni puede ser»; la STS de 29 de marzo de 1979 también alude a que la fianza futura (y general) solo es posible «cuando existe la obligación de la que puede derivar». Es decir, es válida la fianza por deudas ya contraídas que todavía no sean líquidas y exigibles, pero no la que garantice obligaciones aún no contraídas, pues de otro modo vendría a reconocerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria, sin ninguna principal, y se generará la citada antinomia. Este argumento no es convincente porque, en este caso, la fianza estaba subordinada al nacimiento de la obligación principal, y el fiador solo se obligaba, condicionalmente, en caso de que la obligación futura fuese realidad (obligación del fiador con eficacia sometida a condición). Como se ha venido señalando, hay que distinguir el «efecto de vinculación» del «efecto de obligación»: el fiador está vinculado en el sentido de que no puede revocar el contrato de fianza generador de eventuales obligaciones, pero no está obligado como tal fiador mientras no se cumpla la condición del nacimiento de alguna obligación principal<sup>66</sup>.

Posteriormente, algún atisbo de cambio se detecta en la STS de 20 de febrero de 1987<sup>67</sup> al limitarse a declarar que es válida la fianza de una deuda futura e indeterminada en su cuantía cuando existe la obligación de la que puede derivar, pero sin plantearse la viabilidad del afianzamiento de una obligación futura inexistente en el momento de constituirse la garantía: «Las obligaciones de afianzamiento asumidas por los esposos en las pólizas de afianzamiento mercantil... lo fueron cuando en sus matrimonios regía el régimen económico de gananciales... Esas obligaciones redundaban en beneficio de las sociedades de gananciales respectivas, pues afianzaban operaciones de una sociedad de la que los cuatro cónyuges implicados eran los únicos socios... Al estar la fianza constituida en interés y beneficio de ambas familias, la responsabilidad asumida, aunque unilateralmente por los maridos, está inmersa y redundante haciéndola extensiva al patrimonio ganancial... Problemática que plantea el tema del afianzamiento por deudas futuras, o sea si la obligación del deudor de responder por deudas que puede contraer el afianzado nace en el momento de la prestación de la fianza o solo se origina en la fecha en que ya existe una deuda exigible al obligado principal... Lleva a la conclusión de la existencia de la obligación garantizada en el momento en que la fianza se prestó, con la ineludible consecuencia de responder desde dicho momento los bienes de la sociedad de gananciales del matrimonio del esposo fiador y la aquí recurrente al pago de las deudas que en el futuro pudieran originarse en contra del obligado principal, responsabilidad del patrimonio ganancial que no puede eludir

la circunstancia de que algunos de los bienes, entre ellos el embargado, se atribuyeran a la esposa al otorgar capitulaciones matrimoniales... La obligación futura que se afianza habrá de estar suficientemente determinada, o, al menos, sea determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y del acreedor». En estas manifestaciones se encuentra implícita, sin alusión directa, una intencionalidad de búsqueda de seguridad de estas operaciones en beneficio de los acreedores porque han sido desarrolladas también en favor de los fiadores de la fianza general. De hecho, al tratarse de un subtipo de fianza de obligaciones futuras e inciertas de cuantía desconocida, la cuestión de su validez se considera indiscutible y forma parte de la práctica habitual en el tráfico económico.

Actualmente en ninguna sentencia se cuestiona la admisibilidad de la fianza general. La STS de 26 de octubre de 1990 lo manifiesta claramente al subrayar que «es una forma de obligarse simplemente incluida en la libertad de contratación del artículo 1255 del Código Civil y con la obligatoriedad de todo contrato que denotan los artículos 1091, 1258 y 1278 CC», conforme a la voluntad expresa de las partes<sup>68</sup>. Consolidando dicha doctrina, la STS de 23 de febrero de 2000<sup>69</sup> acepta sin discusión la validez de la fianza general como contrato autónomo respecto a la obligación principal: «La fianza no puede existir sin una obligación válida, lo que excluye una obligación inexistente, pero no impide la fianza de una obligación inexistente hoy pero que existirá mañana, ya que la obligación futura la permite afianzar el artículo siguiente (art. 1825 CC). Se trata de una obligación no nacida pero sí determinable sin necesidad de nuevo convenio (que sería un nuevo contrato de fianza), que no infringe el principio de accesoriedad de la fianza, ya que para su efectividad será preciso que la obligación haya nacido y sea líquida».

Cuestión distinta es que en la fianza general (sobre las cantidades que se lleguen a adeudar) se requiera la previa concreción y liquidación para su efectividad, conforme a las indicaciones de la STS de 17 de febrero de 1962 que pasamos a relatar: «Ambas partes litigantes reconocen que entre la actora y el deudor principal han existido relaciones mercantiles de carácter bancario, descontando la entidad demandante las letras que recibía de «Calzados Coloma SA», en cuya cuenta corriente ingresaba el importe de las mismas, operación de descuento que fue afianzada por la madre de los hoy demandados mediante la carta del tenor literal siguiente: *«Almansa, 21 de junio de 1951.-Banco Hispano Americano.- Albacete.-Muy señores míos: Por la presente garantizo solidariamente a ese Banco las cantidades que le adeude o llegue a adeudarle Calzados Coloma SA, de Almansa, cualquiera que sea el concepto de que procedan, hasta la suma de 300.000 pesetas, más intereses y gastos. Esta garantía permanecerá subsistente, sin limitación de tiempo, mientras no haya sido cancelada y el pago de las responsabilidades*

*resultantes por efecto de la misma habrá de verificarse en esta plaza», y en vigor este afianzamiento se reclama a los herederos de la fiadora el importe de unas letras descontadas y no abonadas, a cuyo pago condena la sentencia recurrida, contra la que se alza un único motivo... en el que se denuncia la infracción por interpretación errónea de los artículos 1825, 1170, 1826 y 1852 del Código Civil, porque cuando la fianza se presta para garantizar deudas futuras no puede ser compelido el fiador al cumplimiento de una parte de las obligaciones del deudor, debiendo el acreedor esperar a que todas ellas se liquiden y se dejen reducidas a una sola, y únicamente cuando tal concreción se ha fijado puede demandarse al fiador del artículo 1825 del Código Civil, precepto que se reputa infringido porque es necesario, antes de exigir el pago, que se fije mediante liquidación la cuantía líquida de la deuda... Siendo el contrato de fianza la garantía personal que se constituye, asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal, sus elementos característicos son los de constituir una obligación accesoria de la principal, a la que debe constantemente seguir, y la de ser subsidiaria, porque el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla, si bien este carácter no es esencial, dado que la doctrina científica admite que pueda un fiador, sin perder su función de tal, obligarse solidariamente con el deudor, en cuyo supuesto desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir la reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que este pueda repetir contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él, y siendo susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones, cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero en tal caso dispone el artículo 1825 del Código Civil, que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, esto es hasta que esté completamente determinada, porque para que el fiador responda es necesario que la obligación principal esté concretada en su «quantum» y en su exigibilidad y el deudor no la haga efectiva, dado que solo se obliga en los mismos casos y términos que los de la persona que garantiza, puesto que su deber de afianzar no puede tener objeto distinto ni más extenso que el de la obligación principal, a tenor del artículo 1826 del Código Civil, de lo que se deduce que el fiador está obligado a pagar cuando el deudor no paga debiendo hacerlo, y por ello puede oponer todas las excepciones que competan a dicho deudor y sean inherentes a la deuda, según le faculta el artículo 1853 CC». A las citadas sentencias se refiere la STS de 29 de marzo de 1979 para aplicar el mismo criterio: «La obligación afianzada puede ser de cualquier tipo, incluso las que dan lugar a deudas futuras, o inciertas en su importe... Se opera entre ambos una situación compensatoria de las partidas de cargo y abono datadas en la cuenta, lo que necesariamente se traduce en unas relaciones y obligaciones que pueden dar lugar, durante el*

curso de la cuenta a un saldo exigible..., la obligación válida determinante de la efectividad de la fianza con relación a las deudas futuras que han de ser consecuencia de aquella».

## 2. EL ALCANCE DE LA FIANZA GENERAL

Después de admitirse la validez de la fianza general, la jurisprudencia no determina límites a su configuración en pronunciamientos de *ratio decidendi*, y únicamente se vislumbran algunos rasgos sugerentes en declaraciones *obiter dicta*. La pretensión de especificar esta configuración y el alcance del contrato de fianza general ha recaído sobre los siguientes elementos:

1. *La determinación del objeto del contrato.* El requisito de determinabilidad del objeto del contrato (arts. 1261.2 y 1273 CC) exige que en la fianza general pueda venirse a conocer qué obligaciones están incluidas en la cobertura concretando, bien la clase de obligaciones afianzadas, o la fuente del vínculo obligacional. Respecto de la «fianza futura», ya precisaba la veterana STS de 13 de diciembre de 1934 que el desconocimiento de la cuantía o importe de la principal y preexistente obligación no hace «incompatible su garantía, toda vez que la fianza existe y comprende cuanto en los documentos se estipuló ya que el único efecto de tal indeterminación está, conforme a aquel artículo (1825 CC), en la suspensión de toda reclamación contra el fiador para su efectividad hasta que sea líquida la deuda y pueda conocerse la excusión de la obligación de fianza». Más recientemente, la STS de 28 de febrero de 2006 asevera que el Código Civil «tolera expresamente, no solo que un tercero garantice el cumplimiento de una obligación existente pero ilíquida, sino también el de una obligación no nacida todavía cuando el afianzamiento se constituye, con tal que quede en ese acto determinada o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado; por más que ello implique referir la accesoriedad no al momento de celebración del contrato de fianza, sino a aquel en que el acreedor pretenda exigir al fiador el cumplimiento de su prestación»<sup>70</sup>. La STS de 29 de abril de 2008 alude incluso a la posibilidad de una determinación implícita de la relación principal: «La causa inicial de contrato (de fianza general) dejó de existir debido al curso de los acontecimientos, o bien no se cumplió la condición a la que ambas partes, no explícita y literalmente pero sí de un modo implícito según los hechos probados, habían supeditado la eficacia de la fianza». En suma, la STS de 23 de febrero de 2000 reitera esta doctrina legal precedente: «La obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no solo que exista la obligación y se desconozca su

importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse (es el caso más frecuente, como el presente) las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas. Y se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de esta, que contempla el artículo 1827 del Código Civil de tal manera que solo se admite la obligación que sea determinable (no la absolutamente indeterminada) por (como mínimo) la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque solo sea como máximo».

2. *La limitación temporal de la vigencia del contrato.* La eficacia de la fianza general, en caso de que no tenga un plazo definido de vigencia (expreso o implícito), requiere reconocer el derecho de desistimiento unilateral (derecho de denuncia) a favor del fiador, previo aviso, sin necesidad alegar justa causa y ejercitado tempestivamente conforme a la buena fe. En este último sentido, en la STS de 16 de septiembre de 1988 «venían constreñidos los fiadores, también contractualmente, a mantener tal garantía personal hasta el término de la operación de crédito formalizada por la póliza... (de modo que) la persistencia y continuación de la operación de crédito no puede verse desvirtuada con la coetánea comunicación de los fiadores dando por concluida su obligación de garantía, porque ello sería tanto como respaldar una actividad no guiada por la buena fe que es exigible no solo en los negocios de comercio conforme al artículo 57 CCo, sino en todos los actos con transcendencia jurídica a tenor del artículo 7.1 CC».

En cambio, cuando se haya establecido un plazo determinado en el contrato de afianzamiento, la STS de 13 de octubre de 2005 señala que su carácter se determina en consideración de las funciones que cumpla ese plazo en el caso concreto y no tiene por qué coincidir con el de la relación cuyas obligaciones se garantizarán: «Realmente, el afianzamiento de deudas futuras (en el caso un afianzamiento general) no es incompatible con la posibilidad de que las mismas venzan después de cumplido un plazo establecido por el fiador. Todo dependerá de las funciones que cumpla ese plazo. Lo primero lo admite, en los términos indicados antes, el artículo 1825 del Código Civil. Lo segundo depende de la interpretación de la voluntad de las partes que celebren el contrato de fianza, en ejercicio de la potestad normativa creadora que les reconoce el artículo 1255 CC».

3. *El control de la responsabilidad del fiador mediante importe máximo.* En relación con si es o no requisito de validez de la fianza general prever en el contrato una cantidad máxima garantizada, la STS de 23 de febrero de 2000 lo exige y genera una «incertidumbre» al exigir el Tribunal Supremo como requisito la necesidad de concretar, desde el momento original, la cuantía, aunque solo sea como máximo<sup>71</sup>. Las ventajas de establecer un

máximo de responsabilidad se derivan de la seguridad jurídica que ofrece, pero debe prevalecer la autonomía de la voluntad mientras no exista una norma legal que lo limite expresamente, con independencia de proponer su conveniencia vinculada además a deberes de información del acreedor. El requisito objetivo del contrato pertenece al ámbito de la discrecionalidad política y, mientras el legislador no opte por dicha *conditio iuris* (fianza general con límite de importe), la doctrina legal no puede requerir un límite a la determinación del objeto contractual que atente el principio de la autonomía de la voluntad, básico de la contratación. Sin embargo, la STS de 18 de marzo de 2002 mantiene aquel criterio<sup>72</sup>: «Aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero si son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación, en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan, y el importe máximo de las mismas».

En cambio, la STS de 26 de junio de 2009 admite que no se fije expresamente un importe máximo porque el garante controlaba el importe de la deuda garantizada mediante un control colateral o indirecto: «Se exige para la validez de la fianza sobre deudas futuras no solo que se trate de obligaciones determinables sino además que se establezca el importe máximo a que alcanza, lo que resulta lógico a fin de evitar que el objeto del contrato quede abierto e incondicionado respecto de cualquier cantidad por la que el afianzado pudiera obligarse en el futuro dejando en realidad indeterminada la obligación del fiador. Sin embargo, tal indeterminación no existe en el caso enjuiciado por la razón elemental de que los suministros cuyo precio queda garantizado por la fianza (de carácter general) establecida son precisamente aquellos efectuados por la parte actora... con destino a las obras que la fiadora... encargara a esta... No cabe entender la existencia de indeterminación ni de un carácter ilimitado respecto de su importe que contraviniera la exigencia jurisprudencial establecida en interpretación del artículo 1825 del Código Civil que, por otro lado, resulta perfectamente compatible con el 1824 del Código Civil, que exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida (a la que se extiende la garantía) que en el caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada... La propia fiadora, dada la especial naturaleza de la garantía constituida, estaba en condiciones de controlar el máximo de la obligación a contraer al referirse precisamente a los suministros que la actora efectuara en el futuro a Construcciones y Reformas Alcaba S.L. para las obras cuya ejecución encargara a esta la propia entidad fiadora».



Más claramente, la STS de 31 de octubre de 1984 prescinde de requerir cuantía máxima y la vincula al propio objeto del contrato: «Para fijar el alcance de la fianza y determinar su contenido hay que atender, según principio capital del derecho de la contratación, a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio *per relationem* con la obligación principal, y es claro que si el afianzamiento garantiza las que hayan de dimanar de todo un conjunto de operaciones futuras, a cuya efectividad se supedita, son conferidos a tal forma de garantía los efectos que le son propios al exigir a los fiadores el cumplimiento de la prestación, precisamente asumida para el caso de no hacerlo la Sociedad deudora, y obviamente no se extiende a más de lo contenido en ella, por lo mismo que tal era el fin perseguido con la fianza, al referirla a las relaciones comerciales que habrían de manifestarse en los suministros que (se) realicen en el futuro». En el mismo sentido, la STS de 13 de febrero de 1998 nítidamente admite la validez de la fianza general «sin que se fijase un límite máximo a la cuantía avalada ni limitación alguna en cuanto al plazo de duración de la fianza».

4. *La aplicación del principio de buena fe.* La STS de 20 de octubre de 1993 excluye que el acreedor esté obligado a notificar al fiador los eventuales incumplimientos parciales salvo que lo establezca el contrato. Sin embargo, esta decisión se adopta en realidad por la circunstancia de que los fiadores estaban en situación de conocer, o poder hacerlo, el incumplimiento contractual y, en general, de informarse sin coste alguno o con un coste poco relevante de las vicisitudes de la relación afianzada.

### 3. LA TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El primer debate se ha situado en las dudas sobre la existencia o no de consentimiento para la conformación del contrato de fianza general que deberían respetar los herederos. En el supuesto de la STS de 23 de marzo de 1988 se interpreta una escritura que refiere, entre otras, solo una propuesta de constitución de fianza, sin que conste la oferta y la aceptación que exige cualquier contrato para su perfección. La sentencia interpreta la normativa sobre la fianza para liberar a los herederos del fiador de pagar las deudas fiadas a cuya satisfacción se comprometió el deudor por la particularidad de que la «oferta» realizada por el fiador fallecido no pudo ser «aceptada» por el acreedor al extinguirse el ofrecimiento con su muerte. De esa manera elude la aplicación del criterio técnico de atender al control de la sociedad deudora por los propios herederos y soslayar que, al conceder crédito al deudor en función de la oferta recibida, el acreedor aceptaba tácitamente en razón del uso practicado, la propuesta (del deudor) propicia a sus intereses



(del acreedor). Este criterio aplicado por el Tribunal Supremo ha sido objeto de severa crítica doctrinal<sup>73</sup>.

Es más frecuente en la práctica la cuestión que se plantea en la STS de 29 de abril de 1992<sup>74</sup>. De partida, parece suscribirse a la tesis restrictiva de la sentencia de 1924 por cuanto entienden resuelta *ex nunc* la relación de garantía con la muerte del fiador. En este caso, la fianza por deudas futuras no puede extenderse a las obligaciones del deudor principal que nazcan una vez fallecido el deudor; doctrina que se reitera en la STS de 5 de octubre de 1998<sup>75</sup>. Sin embargo, salvo que así se acuerde expresa o tácitamente, la fianza general no es un contrato personalísimo y los herederos del garante asumen la posición de su causante<sup>76</sup>, a pesar de lo cual los tribunales tienden a no extender la fianza a las deudas surgidas después de la muerte del fiador. Según CARRASCO (1992), el heredero del fiador sigue obligado, aunque dispone de la facultad de desistir y, además, puede negar el pago cuando así lo requiera la buena fe contractual. El criterio para determinar la concurrencia de la buena fe se sitúa, como se ha mencionado anteriormente, en la posibilidad de control que, como el causante, adquieren o no los herederos; principalmente, si conocen la existencia de la fianza, las operaciones a las que se encuentra adherida, y participan en el surgimiento de las nuevas obligaciones garantizadas. En todo caso, BONARDELL (1994) opina que no cabe extraer consecuencias de aplicación general a las fianzas de obligaciones futuras, sino simplemente inferencias relativas a la incidencia de la muerte en las vinculaciones de duración indefinida.

#### 4. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR

Manifiesta rotundamente la STS de 23 de febrero de 2000 que, «partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil y del concepto del contrato de fianza, artículo 1822 del Código Civil, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir, en principio, su validez, ya que no hay norma que la impida, y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas».

Se ha conformado ya una doctrina legal suficiente que facilita al fiador herramientas en la defensa de su posición en caso de existir cláusulas abusivas tanto en el contrato principal, como en el propio contrato de afianzamiento:

1. La jurisprudencia acepta la posibilidad de que el fiador impugne cláusulas abusivas del contrato principal al que aparece vinculado (usual-

mente un préstamo hipotecario) siempre que tenga la condición de consumidor, con independencia del carácter del deudor principal: «Si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza» (STS de 28 de mayo de 2018). Por ello, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado y el propio compromiso del fiador deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores. En consecuencia, señala la STS de 27 de enero de 2020 que «podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC), el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniera al estado de insolvencia (art. 1829 CC), el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causas de exclusión de la excusión (arts. 1831 y 1833 CC), el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 CC), o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC), etc.».

2. Respecto del propio contrato de fianza, el artículo 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que declara abusiva, por ministerio de la ley, la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, puede aplicarse para declarar la nulidad del contrato por abusividad. Como manifiesta la STS de 27 de enero de 2020, «esta previsión es aplicable no solo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual». En todo caso, esta doctrina jurisprudencial recalca la excepcionalidad de su apreciación: «Esta interpretación extensiva del concepto de «garantías» en el sentido expresado requiere necesariamente (tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica) para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en

que se haya constituido, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor»; la propia sentencia propone factores y criterios orientadores para analizar esa posible abusividad de la fianza por exceso de garantías solicitadas por el acreedor<sup>77</sup>.

Ha sido en la STS de 29 de noviembre de 2021 donde se ha condensado al momento presente la doctrina principal sobre el tratamiento de la fianza en los contratos realizados con consumidores<sup>78</sup>. En la perspectiva que nos afecta ahora, se estima oportuno destacar las siguientes manifestaciones:

1. En los contratos de garantía también se configuran distintos tratamientos según el garante sea o no consumidor (aunque garantice una operación mercantil) porque, si bien el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, los controles de transparencia material y abusividad están reservados y circunscritos a los contratos celebrados con consumidores, con independencia de que lo garantizado sea una operación mercantil no afectada por el Derecho de consumo. Invocando jurisprudencia comunitaria<sup>79</sup>, se explica que, «si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza». Por ello, aunque el contrato de fianza extiende sus efectos sobre el acreedor, el deudor y el fiador (y se documente conjuntamente con el principal en un mismo instrumento), solo son parte del mismo el acreedor y el fiador; y, en consecuencia, este contrato de fianza (las estipulaciones que definen sus elementos esenciales y objeto principal) no es una mera cláusula contractual o condición general del contrato principal al que se vincula, sino un contrato autónomo en el que el fiador puede tener la condición de consumidor y disfrutar de la protección propia del consumidor frente a las cláusulas abusivas.

2. El contrato de fianza, cuando proceda, se someterá a la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios y, en su caso, pueden estimarse abusivas determinadas cláusulas contractuales integradas en el mismo<sup>80</sup>. No para obtener la nulidad íntegra del contrato, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las eventuales cláusulas abusivas. Solo cabrá aquella nulidad cuando pueda apreciarse la abusividad de la garantía en su totalidad por incurrir en la interdicción de las garantías

desproporcionadas; siguiendo el argumento de la sentencia, «existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas».

3. Situados en el ámbito de control de abusividad, para apreciar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto la fianza) y la obligación afianzada, hay que considerar, junto a la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC), el acomodo a la normativa específica: «Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica» (art. 88.1.2 TRLGDCU). En la práctica particular relevancia presentará el tratamiento normativo referente al control de las operaciones realizadas por las empresas y las familias con el sector bancario y otras entidades financieras y de crédito.

## VI. CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico de la fianza general (global) configura la institución desde las siguientes bases estructurales:

I. La regulación del contrato de fianza viabiliza la validez de la fianza general mediante la aplicación de las reglas sobre determinabilidad del objeto contractual (deudas futuras: artículo 1825 CC) conforme con el principio de accesoriadad de toda fianza (art. 1824 CC).

II. En la integración del contenido del contrato de fianza general desempeñan un papel trascendental el principio de buena fe y los usos del sector (art. 1258 CC). De modo más significativo, el canon de la buena fe en la operatividad del contrato permitirá al fiador solicitar información sobre la marcha de las operaciones económicas principales y establecerá al acreedor el deber de comunicarle a aquel los incumplimientos, aun parciales, del deudor garantizado.

III. Aplicando el principio general del Derecho patrimonial referente a la indefinición temporal de la relación de garantía entablada por el fiador general con el acreedor, se disipa el riesgo del incremento irrazonable de la

deuda garantizada mediante el derecho de desistimiento ejercitado conforme a la buena fe, con preaviso al acreedor y en momento tempestivo.

IV. Cuando la fianza general se instrumentalice en un contrato de adhesión junto al negocio jurídico principal, se someterá a los controles tradicionales que afectan a las condiciones generales (incorporación, contenido e interpretación) y, teniendo el fiador la condición de consumidor, al tamiz de la proporcionalidad de la garantía para descartar su eventual carácter abusivo.

V. La paulatina generalización y, por su utilidad económica y jurídica, la extensión multisectorial de la fianza general, exigen un respaldo legislativo inminente y una configuración legal que posibilite su circulación uniforme, es decir, sin inesperadas perturbaciones para el acreedor y con suficientes mecanismos de defensa que amparen los intereses patrimoniales de la parte más débil. Al tratarse de un contrato continuado, el principio de buena fe y lealtad contractual, fundamentales del Derecho patrimonial, adquiere significado protagonismo en la delimitación de los medios más provechosos para la integración y el desenvolvimiento posterior de la fianza general.

VI. Mientras el legislador no disponga un régimen particular sobre la fianza general, cuyo modelo de referencia puede ser la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el Tribunal Supremo, aunque haya perfilado retazos de varios de los elementos contractuales aisladamente para dar solución a los supuestos planteados en casación, no ha tenido ocasión aún de establecer una doctrina legal unificada que determine y aplique la estructura configuradora de la fianza general atendiendo a los parámetros descritos por la doctrina científica como convenientes para la plena funcionalidad de este contrato.

## VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- ATJUE 19/11/2015 (ECLI:EU:C:2015:772)
- ATJUE 14/09/2016 (ECLI:EU:C:2016:700)
  
- STS 21/11/1924 (ECLI:ES:TS:1924:42)
- STS 13/12/1934 (ECLI:ES:TS:1934:3093)
- STS 28/09/1960 (ECLI:ES:TS:1960:1975)
- STS 17/02/1962 (ECLI:ES:TS:1962:2961)
- STS 29/03/1979 (ECLI:ES:TS:1979:90)
- STS 31/10/1984 (ECLI:ES:TS:1984: 148)
- STS 20/02/1987 (ECLI:ES:TS:1987:1177)
- STS 23/03/1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133)
- STS 16/09/1988 (ECLI:ES:TS:1988:6207)

- STS15/12/1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370)
  - STS05/03/1990 (ECLI:ES:TS:1990:2036)
  - STS26/10/1990 (ECLI:ES:TS:1990:1088)
  - STS17/12/1990 (ECLI:ES:TS:1990:9385)
  - STS29/04/1992 (ECLI:ES:TS:1992:3487)
  - STS20/10/1993 (ECLI:ES:TS:1993:7004)
  - STS13/02/1998 (ECLI:ES:TS:1998:967)
  - STS05/10/1998 (ECLI:ES:TS:1998:5608)
  - STS23/02/2000 (ECLI:ES:TS:2000:1397)
  - STS18/03/2002 (ECLI:ES:TS:2002:1935)
  - STS13/10/2005 (ECLI:ES:TS:2005:6142)
  - STS28/02/2006 (ECLI:ES:TS:2006:937)
  - STS30/10/2006 (ECLI:ES:TS:2006:6561)
  - STS29/04/2008 (ECLI:ES:TS:2008:1546)
  - STS26/06/2009 (ECLI:ES:TS:2009:4146)
  - STS05/05/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1126)
  - STS27/01/2020 (ECLI:ES:TS:2020:164)
  - STS12/02/2020 (ECLI:ES:TS:2020:336)
  - STS28/05/2020 (ECLI:ES:TS:2020:1438)
  - STS 03/03/2021 (ECLI:ES:TS:2021:973)
  - STS 29/11/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4376)
  - STS 19/10/2022 (ECLI:ES:TS:2022:3751)
  - STS 21/10/2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946)
- 
- RDGRN 13/06/2019 (BOE-A-2019-10150)
  - RDGRN 27/06/2019 (BOE-A-2019-10879)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO NÚÑEZ, M. (2015). Concurso, fianza y solidaridad. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 63, 45-80.
- ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988). *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 979-1021.
- (1991). STS de 17 de diciembre de 1990. Afianzamiento de deudas futuras. Extensión de la fianza solidaria a obligaciones contraídas por el deudor fiado solidariamente con otras personas no afianzadas, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, 145-151.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La garantía patrimonial y sus formas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 232, 561-592.

- ARIJA SOUTULLO, C. (2002). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo II* (coord. Antonio Cabanillas Sánchez), Madrid: Civitas, Madrid, 1397-1414.
- (2016). Transmisión hereditaria de la fianza. *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo, 25-65.
- BONARDELL LENZANO, R. (1992). Contratos de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. *Contratos bancarios* (dir. Rafael García Villaverde). Madrid: Civitas, 843-896.
- (1994). Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. Inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Derecho del mercado financiero II-2* (coord. Alberto Alonso Ureba y Julián Martínez-Simancas Sánchez). Madrid: Civitas, 305-342.
- (1999). Contrato de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios. Inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Instituciones del mercado financiero IV* (coord. Julián Martínez-Simancas Sánchez). Madrid: La Ley, 1865-1900.
- BUSTO LAGO, J.M. (1999). 5 de octubre de 1998. Fianza general con renuncia del beneficio de excusión. Beneficio de excusión y fianza solidaria. Fianza solidaria y garantía personal atípica con cláusula a primer requerimiento. Muerte del deudor fiado y extinción de la fianza. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 337-352.
- (2006). *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Á. (1991). *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*. Madrid: La Ley.
- (1992). 29 de abril de 1992. Fianza general por deudas futuras. no inclusión de las contraídas por el deudor después de la muerte del fiador. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, 331-345.
- (1993). La fianza general. en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1045-1084.
- (1998). Jurisprudencia en materia de fianza: 1994-1997. *Aranzadi Civil*, núm. 1, 55-70.
- (1999). ¿Se extingue la fianza por la fusión de la sociedad acreedora? (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo y 3 de julio de 1999). *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2201-2217.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). La fianza general. *Tratado de los Derechos de Garantía I*, Cizur Menor: Aranzadi, 207-223.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch.
- (1997). STS de 7 de mayo de 1997. Acción de relevación de fianza contra un cofiador: legitimación pasiva. Acciones de reembolso contra el deudor principal y de reintegro contra el cofiador: no proceden si no se ha satisfecho al acreedor. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, 1017-1028.



- CEPERO ARÁNGUEZ, M.Á.; ESTRADA NOVO, M. (2020). El juicio de abusividad de las cláusulas de fianza incorporadas en un contrato de préstamo hipotecario a la luz de la sentencia núm. 56/2020, de 27 de enero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, núm. 9637, 21 de mayo.
- COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE (1993). La fianza de deudas futuras. Interpretación y perspectivas del artículo 1825 del Código Civil. *Derecho de los Negocios*, núm. 31, 1-12.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas.
- ESPIGARES HUETE, J.C. (2008). La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 901-948.
- (2015). Las pólizas de afianzamiento general: «pólizas escoba», entre la validez y la nulidad (Auto del Tribunal Supremo 11 de marzo de 2015 y SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 25-31.
- (2021). Particularidades de la fianza general u ómnibus: «pólizas escoba». *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil* (dir. Camacho de los Ríos, Espigares Huete y Velasco Fabra), Cizur Menor: Aranzadi, 97-142.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M. (2000). Fianza general por deudas futuras. Presupuestos de validez de las garantías fideiusorias globales. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 53, 727-744.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2012). *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 142-175.
- (2023). El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I.
- GIL RODRÍGUEZ, J.; KARRERA EGIALDE, M.M.; y MIGUEL HERNÁNDO, D. DE (2014). El contrato de fianza. *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias* (coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor: Aranzadi, 285-373.
- GÓMEZ BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza*, Cizur Menor: Aranzadi.
- GÓMEZ VALENZUELA, M.Á. (2021). Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: A propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 630-691.
- GROISMAN, C. (2014). Los límites de la autonomía privada en la constitución de garantías: análisis de la fianza general bancaria. *Anuario de Derecho civil uruguayo*, núm. 44, 785-790.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1988). STS 23 de marzo de 1988. Oferta de reconocimiento de deuda y de constitución de garantía. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16, 251-262.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Artículo 1822 a 1856. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales XXIII* (dir. Manuel Albaladejo), Madrid: Edersa.



- (1995). Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort. *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal* (dir. Ángel Carrasco Perera), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 33-104.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2001). Validez y límites de la fianza general: Comentario a la STS de 23 febrero 2000. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 201-212.
- (2004). *Las garantías personales y su causa*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010). La fianza general. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 29-50.
- (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 189-222.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981). La causa en los contratos de garantía. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 545, 709-755.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). Cláusulas abusivas en el contrato de fianza. *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 24 de octubre.
- MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 785, 1815-1857.
- REYES LÓPEZ, M.J. (1996). *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos: comentarios y jurisprudencia*, Valencia: Editorial General del Derecho, 1996.
- ROCA TRÍAS, E. (1996). Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía. *Tratado de garantías en la contratación mercantil I. Parte general y garantías personales* (coord. Miguel Muñoz Cervera y Ubaldo Nieto Carol), Madrid: Civitas, 127-164.
- VALENZUELA GARACH, F. (1996). El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil I* (coord. Miguel Muñoz Cervera, Ubaldo Nieto Carol), Madrid: Civitas, 421-465.

NOTAS

<sup>1</sup> En el orden positivo, se aludía expresamente a la «garantía global» en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y sus antecedentes): «Alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una *garantía global* para afianzar las *responsabilidades* (obligaciones) que *puedan derivarse* de la ejecución de todos los que celebre con una Administración pública, o con uno o varios órganos de contratación» (art. 98.1). Su enunciación se recoge también en el Marco Común de Referencia (DCFR) sobre principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: «Por “garantía global” se entiende una garantía personal dependiente que cubre un derecho al cumplimiento de todas las obligaciones del deudor frente al acreedor o un derecho de pago del saldo deudor de una cuenta corriente u otra garantía de similar alcance» [IV G 1:101(f)].

<sup>2</sup> Sobre la utilidad y ventajas económicas de la fianza general, CARRASCO PERERA (1993: 1055-1060): reduce costes al acreedor; es inmune al tráfico aparente; y no afecta a la *par conditio creditorum* en los concursos.

<sup>3</sup> Sobre la responsabilidad adquirida en la fianza y su alcance en las operaciones bancarias, ALVENTOSA DEL RÍO (1988: 278-291).

<sup>4</sup> STS de 5 de marzo de 1990: «Al tratar *De los afianzamientos mercantiles*, artículos 439 y siguientes, no se apartó, esta figura de garantía de la fianza del Derecho Común, no ya en cuanto a su mismo *nomen* sino en cuanto a su mismo objeto de *asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil* según su artículo 439».

<sup>5</sup> Observa DIEZ-PICAZO (2008: 484) que «la regulación de la fianza en el Código Civil opera, en cierta medida, como una suerte de Derecho común de las garantías personales, que no impide, naturalmente, otros tipos u otras construcciones, pero que dota a estas últimas, cuando aparezcan, de una cierta excepcionalidad».

<sup>6</sup> La fianza prestada en garantía del «saldo de cuenta corriente bancaria» ha sido tradicionalmente practicada y aceptada; constituye una operación garantizada mediante el otorgamiento de una fianza general.

<sup>7</sup> La «obligación» de cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este, que nace y es exigible cuando existe y sea líquida la obligación principal (arts. 1822 y 1825 *in fine* CC).

<sup>8</sup> El título contractual válido y perfecto desde que concurre el consentimiento de los contratantes sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1254 y 1262.1 CC). CARRASCO PERERA (1993: 1063) reafirma y recalca que «la fianza general no solo sería un contrato con objeto determinado sino, mucho más, un contrato absolutamente determinado. «Todas las deudas» o cualquier otra expresión equivalente, no deja lugar a dudas sobre lo que constituye el objeto de la obligación fideusoria... El contrato tiene un objeto perfectamente determinado en la medida en que no resulta preciso nuevo convenio».

<sup>9</sup> Sobre la naturaleza y caracteres de la «fianza», por todas STS de 27 de enero de 2020: «Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como ha destacado la doctrina, mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto, aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores

(el obligado principal y el fiador). De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de esta respecto de aquella».

<sup>10</sup> La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en general para la fianza en garantía de obligaciones futuras el siguiente elemento: «En este caso, debe determinarse el límite máximo de la responsabilidad asumida por el fiador» (art. 5171-5.1). Y particularmente para la fianza general los siguientes elementos: «Se entiende por fianza general la obligación que asume el fiador para garantizar globalmente el cumplimiento de todas las deudas que sucesivamente puede contraer el deudor en el seno de una relación obligatoria concreta con el mismo acreedor, hasta el límite máximo de responsabilidad que se establezca y durante un periodo de tiempo determinado» (art. 5171-5.2; salvo que se conceda la siguiente facultad al fiador: «No obstante, si en el contrato de fianza general se reconoce al fiador el derecho a desistirse del mismo en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna, puede constituirse la garantía global por tiempo indefinido y prescindirse de la exigencia de determinación del importe máximo de la responsabilidad del fiador. En tal caso, el fiador debe ejercer su derecho de desistimiento tempestivamente y de buena fe, evitando causar perjuicio al acreedor» (art. 5171-5.3).

<sup>11</sup> Según AMORÓS GUARDIOLA (1972: 565-567), precisamente reforzar la situación del acreedor y darle mayor seguridad de cobro es el criterio de distinción conceptual entre responsabilidad patrimonial y garantía en sentido estricto.

<sup>12</sup> Sobre el derecho de regreso del fiador *solvens*, vid. GALICIA AIZPURUA (2023).

<sup>13</sup> La responsabilidad patrimonial universal no es una garantía en sentido propio, sino «algo inherente al crédito mismo, al que nada añade» (DÍEZ-PICAZO: 2008, 395-396); constituye una «forma legal de tutela derivada de la estructura misma de la obligación» (ROCA TRÍAS: 1996, 140).

<sup>14</sup> Cfr. artículo 1111 del Código Civil.

<sup>15</sup> Un listado de conductas contrarias a la buena fe es el elaborado por CARRASCO PERERA (1993: 1079-1083), reseñado posteriormente por INFANTE RUIZ (2010) y ESPIGARES HUETE (2021: 136-138).

<sup>16</sup> Señala DÍEZ-PICAZO (2008: 491) que «la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la validez (de la fianza general), si bien introduciendo limitaciones en los efectos, que pueden derivarse del principio general de buena fe. Entre ellas, destaca la idea de que las operaciones económicas aseguradas deben poderse situar entre las que presentan unas características profesionales dentro de las actividades del acreedor garantizado y por consiguiente se desarrollarán dentro de criterios de normalidad. Como ha señalado MASTROPAOLO, la buena fe juega un papel importante no solo en el proceso de determinación del objeto, de acuerdo con los criterios antes señalados, sino también en el desarrollo de la relación. Así, cuando se modifiquen de forma sustancial las condiciones patrimoniales del deudor principal, el acreedor que goza de la garantía debe comunicarlo al garante y debe obtener autorizaciones especiales para llevar a cabo nuevas operaciones, y si no lo realiza, el garante queda liberado. Se apunta, igualmente, la idea de que, aun no tratándose de contratos con obligaciones recíprocas, pueda aplicárseles la idea de excesiva onerosidad».

<sup>17</sup> La noción de «orden público económico» se despliega por el legislador desde la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, y queda impregnado por el «orden económico constitucional».

<sup>18</sup> Elementos de reflexión en torno a los tres requisitos de perfección del contrato del artículo 1261 del Código Civil para valorar su necesidad o superfluidad, *vid.* GALICIA AIZPURUA (2018).

Este trabajo persigue aportar algunos elementos de reflexión en torno a ellos y su necesidad o superfluidad.

<sup>19</sup> Sobre los efectos de la fianza entre fiador y acreedor, GIL RODRÍGUEZ, KARRERA EGIALDE y MIGUEL HERNANDO (2014), y MILLÁN SALAS (2021).

<sup>20</sup> Sobre la presencia del principio de accesividad en la configuración y dinámica de la fianza *ver* GÓMEZ-BLANES (2008).

<sup>21</sup> CARRASCO PERERA (2015: 214).

<sup>22</sup> GUILARTE ZAPATERO (1990).

<sup>23</sup> ARIJA SOUTULLO (2002: 1401).

<sup>24</sup> Conforme con sus antecedentes: Digesto 46.1.6.2; Partidas V.XII.VI; y artículo 1736 Proyecto CC-1851. En el Derecho comparado posterior: artículo 1938 del Código Civil italiano de 1942, y artículo 628.2 del Código Civil portugués de 1966.

<sup>25</sup> CASANOVAS MUSSONS (1984: 38).

<sup>26</sup> La determinación de la obligación del fiador es consensuada con la voluntad del acreedor, de modo que, recalca CARRASCO PERERA (1999: 1067), «la conducta acordada de acreedor y deudor principal para dar origen a un crédito a favor de aquel... permanece ajena al contrato de fianza y no es una determinación *potestativa* de la obligación del fiador; esta última nace automáticamente en virtud de la remisión implícita en la regla de accesividad. En sentido técnico, la obligación fideusoria *no ha sido determinada* por la conducta del acreedor y deudor principal».

<sup>27</sup> Para Díez-Picazo (2008: 490) la fianza general es una modalidad subtipo de la fianza por deudas futuras que presenta «características peculiares».

<sup>28</sup> En este sentido CARRASCO PERERA (1993: 1062-1065): «La fianza general no solo sería un contrato con objeto determinado, sino, mucho más, un contrato absolutamente determinado... Todas las deudas, o cualquier otra expresión equivalente, no deja lugar a dudas sobre lo que constituye el objeto de la obligación fideusoria... El objeto tiene ya un objeto perfectamente determinado en la medida en que no resulta preciso nuevo convenio; que no se pueda saber hasta el momento final de cuánta cantidad responderá el fiador es una consecuencia normal del requisito institucional de la accesividad... El requisito de la determinabilidad del objeto del contrato no puede utilizarse como mecanismo de control del poder de endeudamiento del obligado principal».

<sup>29</sup> La existencia de esta relación provoca que, en su caso, se incluyan las deudas «cuasicontractuales» siempre que haya un vínculo bastante con dicha relación, y se excluyan las responsabilidades «extracontractuales» y los derechos de crédito adquiridos por «cesión» (deudas de terceros contra el deudor).

<sup>30</sup> La idea de mera «vinculación» (no obligación) del fiador la acoge CARRASCO PERERA (1999: 1070) de BADOSA. De ahí la terminología jurisprudencial referida a las «garantías fideusorias globales» como envolvente de las obligaciones fideusorias presentes o futuras nacidas mediante el vínculo de accesividad cuando se contraigan en su caso las obligaciones principales y mientras puedan surgir (STS 26/02/2000).

<sup>31</sup> En palabras de COSSIO MARTÍNEZ (1993: 2), el «marco en la que se fijan unos índices determinativos del nacimiento de esas deudas futuras».

<sup>32</sup> Reseña Díez-Picazo (2008: 491) que «algunos sectores doctrinales han defendido la invalidez de la fianza *omnibus*, con el argumento de que la completa indeterminación de su objeto hace que el garante no se encuentre en condiciones de valorar y, por consiguiente, de consentir, ni siquiera *per relationem*, el contenido de la garantía prestada. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la validez, si bien introduciendo limitaciones en los efectos, que pueden derivarse del principio general de buena fe». Entre esta doctrina se encuentran entre otros GUILARTE ZAPATERO, DELGADO ECHEVERRÍA, ALONSO SÁNCHEZ y CARRASCO PERERA.

<sup>33</sup> Esta idea aparece expuesta ya por POTHIER: «400. En fin un peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui *doit se contracter*, quoiqu'elle ne le soit pas encore... de manière, néanmoins, que l'obligation resultante de *ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale*; car il est de son essence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale. Suivant ces principes, je veux bien dès aujourd'hui me rendre caution ente vous pour une somme de mille écus que vous vous proposez de prêter à Pierre; mais l'obligation, resultante de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre: tant que vous ne l'aurez pas encore fait, et que la chose sera entière, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui» (*Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français. Dissertation sur Pothier. Traité des obligations*l. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par le même... Tome Ier [-XIme], Paris, 1824-1825).

<sup>34</sup> Principios idénticos en el régimen del contrato de compraventa (arts. 1447 a 1449 CC).

<sup>35</sup> Sobre la interpretación del contrato de fianza (implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso), INFANTE RUIZ (2020).

<sup>36</sup> Estas manifestaciones (fórmulas de estilo) pueden localizarse en las múltiples sentencias sobre la fianza general; algunas recopiladas por CARRASCO PERERA (1993: 1046) e INFANTE RUIZ (2001, 205-206; y 2004, 197-201).

<sup>37</sup> ESPIGARES HUETE (2021: 119) manifiesta su opinión favorable a la «necesidad» de imponer este límite máximo «como regla general».

<sup>38</sup> En ese sentido, es significativa la actuación del legislador italiano que, al establecer tal requisito de máximo de responsabilidad para la validez de la fianza general, mantiene la irretroactividad de la nueva norma, lo que significa reconocer la validez de las fianzas generales anteriores en que no se había establecido límite cuantitativo al importe afianzado.

<sup>39</sup> *Vid.* los casos mencionados por INFANTE RUIZ (2010: pp. 42-43).

<sup>40</sup> Es un negocio causal según lo remarcan LACRUZ BERDEJO (1981: 709), GUILARTE ZAPATERO (1990: 70) o CARRASCO PERERA (1991: 184).

<sup>41</sup> Sobre la causa de las garantías personales, INFANTE RUIZ (2004).

<sup>42</sup> Tesis acogida por la jurisprudencia a partir de la conocida sentencia de 27 de junio de 1941, precedida por la de 14 de enero de 1935, que se reitera en las sentencias de 13 de mayo de 1971, 11 de abril de 1972, 16 de junio de 1978, 6 de octubre de 1980, 19 de octubre de 1982, 14 de mayo de 1984, 12 de junio de 1985, 13 de mayo de 1987 o 18 de noviembre de 1988. En la doctrina coetánea, LACRUZ BERDEJO (1981: 737-742) y CASANOVAS MUSSONS (1984: 87 y 104).

<sup>43</sup> En expresión de la STS de 5 de abril de 2019.

<sup>44</sup> Sobre la causa y la abstracción de la obligación del fiador, CASANOVAS MUS-  
SONS (1984: 57-104); también COSSÍO MARTÍNEZ (1993: 2).

<sup>45</sup> Por los motivos que sean, el fiador (*in rem suam*) tiene interés económico en las obligaciones ajenas, normalmente para hacerlas posibles, de manera que, obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal, hace su propio negocio (CASANOVAS MUSSONS: 1997, 1025). Concretamente, CARRASCO PERERA (1999: 2210) reseña que «la fianza no es un acto de liberalidad en favor del acreedor, ni la causa subjetiva de la oferta de fianza es, precisamente, mejorar la condición del acreedor, sino, por el contrario, la del deudor, que de esta forma recibe crédito, o lo recibe en mejores condiciones».

<sup>46</sup> CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ (2002: 132-133).

<sup>47</sup> Así lo recalcan CARRASCO PERERA (1993: 1071) e INFANTE RUIZ (2004: 617).

<sup>48</sup> CARRASCO PERERA (1993: 1080-1083) recoge un elenco de supuestos en que la regla de buena fe puede entrar en juego: si el acreedor adquiere por cesión los créditos de terceros contra el deudor; si se pretende que el fiador responda como subfiador; si se proyecta incluir en la cobertura fideiusoria una obligación no cubierta por el criterio determinante del objeto del contrato, entre otras.

<sup>49</sup> ARIJA SOUTULLO (2002: 1413). ESPIGARES HUETE (2021: 128-129) da cuenta de la opinión contraria del autor italiano VALCAVI quien argumenta que «no puede pensarse que sea una exigencia del principio de buena fe contractual obligar al acreedor, contra su propio interés, a no conceder crédito: se evidencia, pues, que este principio no cumple la función de protección del fiador que le atribuye la doctrina, quedando este a merced del acreedor por él garantizado. Pero es que se produce una distorsión aún mayor: la generalización de un deber de este tipo aparece extremadamente peligrosa. Imponer a los acreedores una obligación de salvaguardia de los intereses del fiador, en los términos referidos anteriormente, produce como resultado, bajo el pretexto de determinar si se ha respetado o no en el caso concreto tal obligación, encomendar la gestión de la concesión de crédito al juez; y esto no puede conducir sino a una explosión de contencioso y a eludir el interés público al desarrollo económico. Concluye, por estas razones, que el recurso al principio de buena fe resulta una solución no correcta e ingenua». Sin embargo, el mismo autor italiano «no excluye por completo la influencia del principio de buena fe en el desarrollo de la relación de garantía en tanto que el garante, en el ámbito de un riesgo limitado, no responderá en los casos de mala fe del acreedor. Sólo dentro de estos límites estaría justificada la intervención del juez, dirigida a valorar ahora la concreta concesión de crédito en daño del fiador». En definitiva, siempre será procedente un análisis de la mala fe (y de la buena fe) del acreedor en la ejecución del contrato con el deudor principal.

<sup>50</sup> En el caso de la STS de 18 de marzo de 2002 debió de haberse aplicado este principio para declarar extinguido el contrato de fianza general vinculado a una relación jurídica principal que, tras constituirse, no genera ninguna obligación fideiusoria hasta 13 años después (según lo aceptó la resolución judicial) y no correspondía a las relaciones normales del tráfico económico entre las partes del vínculo principal.

<sup>51</sup> DIEZ-PICAZO (2008: 366-368).

<sup>52</sup> Tiene su fundamento en «el principio general... de que no puede existir un contrato que obligue indefinidamente a una persona (art. 1705 CC) ... El fiador no puede ser obligado a una sociedad de pérdidas con carácter perpetuo» (CARRASCO PERERA: 1993, 1075).

<sup>53</sup> En este sentido CARRASCO PERERA (1993), ARIJA SOUTULLO (2002) y ESPIGARES HUETE (2021).

<sup>54</sup> Por ello CARRASCO PERERA entiende que, en la fianza general, la ruptura de la relación matrimonial es suficiente motivo para entender extinguida la fianza prestada por un cónyuge mediante la aplicación del artículo 102.2 del Código Civil acomodada al supuesto.

<sup>55</sup> CARRASCO PERERA (1999, 2211; 2022, 211).

<sup>56</sup> La norma que concede el derecho de desistimiento, con previo aviso y sin necesidad de alegar justa causa, al socio de la sociedad civil para la que no se haya señalado un término temporal.

<sup>57</sup> CARRASCO PERERA (1999: 2214-2215).

<sup>58</sup> Porque la función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como señala la STS de 3 de marzo de 2021, mediante la «constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto, aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)». En la jurisprudencia oficial así lo recogen también las RRDGRN de 13 y 27 de junio de 2019: «El ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se



limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo o crédito concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se debe atender a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal. Es decir, constatada la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, una principal y otra accesoria, las mismas deben ser contempladas de manera autónoma, sin que la accesoria (garantía) *per se* asuma la naturaleza que tuviere la principal (préstamo)».

<sup>59</sup> Distinción contractual recientemente reiterada en las SSTs de 19 y 21 de octubre de 2022, comentadas por MARÍN LÓPEZ (2022): «Esta cláusula no puede ser declarada nula por abusivo o no transparente (salvo que constituya una garantía desproporcionada), sin perjuicio de que puedan serlo determinadas cláusulas del contrato de fianza y de que el contrato, como tal, se pudiera impugnar unitariamente por vicio del consentimiento».

<sup>60</sup> AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016. La participación significativa requiere la capacidad de influir de manera relevante en las decisiones del órgano societario, o la presencia de un interés profesional o empresarial directo con la operación que garantiza. Sobre la vinculación funcional que excluye la condición legal de consumidor se pronuncia nítidamente la STS de 28 de mayo de 2020.

<sup>61</sup> En consonancia con el artículo 1258 del Código Civil, el artículo 80.1 TRLCDCU dispone: «En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

<sup>62</sup> Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE-A-2012-9058): «Norma sexta. Informaciones exigibles. 1. Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la *información precontractual* que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una *decisión informada* sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez... 2. En particular, para los productos y servicios bancarios que se enumeran en este apartado, se deberá facilitar la información que se indica en cada uno de los subapartados siguientes: ... 2.7 *Avales, fianzas y garantías* prestados por la entidad. Se indicará, al menos: (a) *La delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar* la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada. (b) *El contenido y extensión de la garantía* otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma. En particular, se informará expresamente sobre si se recono-

cen o no a la entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía. (c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción que establezca la normativa aplicable, o si se configura como plazo de exigibilidad o caducidad de la garantía, de manera que, automáticamente, al transcurrir el mismo, quedarían extinguidos los efectos de esta. (d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado. (e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada, pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía. (f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido».

<sup>63</sup> Como es sabido, en desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE-L-1993-80526). Texto dispuesto por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (DA 1ª seis: BOE-A-1998-8789).

<sup>64</sup> Se entiende que «esta previsión es aplicable, no solo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual». Comentario de sentencia de CEPERO y ESTRADA (2020).

<sup>65</sup> Así razonada: «Dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia. Esta estrecha vinculación entre préstamo y fianza, en la tipología negocial ahora considerada, ha sido igualmente destacada por la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1998 (*Dietzinger*), al afirmar: «Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva». Existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que, si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante, sí determina su participación no integración en



una relación comercial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas».

<sup>66</sup> Vid., por todos, los trabajos de CARRASCO PERERA.

<sup>67</sup> Reiterada en la SSTs de 20 de febrero de 1987, 17 de diciembre de 1990 y 29 de abril de 1992. Reseña de esta evolución en COSSÍO MARTÍNEZ (1993: 5-6).

<sup>68</sup> STS de 17 de diciembre de 1990, comentada por ALONSO SÁNCHEZ (1991).

<sup>69</sup> Comentada por FERNÁNDEZ ARROYO (2000) e INFANTE RUIZ (2001).

<sup>70</sup> Reiterada por la STS de 26 de junio de 2009.

<sup>71</sup> Tras analizar distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales sobre la cuestión, ESPIGARES HUETE (2021: 119) opina que es necesario imponer un límite máximo a la responsabilidad del fiador al celebrar el contrato): «Siendo este el panorama, para nosotros la determinación del límite máximo de responsabilidad del fiador deberá concurrir en todo caso como regla general; es decir, que no puede faltar en principio en la fianza general. Su fijación podrá ser expresa o excepcionalmente tácita (por ejemplo, habiéndose fijado en la relación garantizada el límite máximo por el que pudiese llegar a responder el deudor principal) y, de no concurrir determinación alguna, se entenderá reconocido a favor del fiador el derecho a instar la nulidad del afianzamiento (sea por vía de acción o de excepción). A salvo de una opinión mejor fundada, creemos que el Tribunal Supremo debe supeditar en todo caso la validez de la figura a la fijación de un límite máximo en la obligación garantizada, esto es, debe imponer un límite máximo a la responsabilidad del fiador. Si falta este límite la consecuencia será, por indeterminación del objeto, la nulidad del afianzamiento. Y esto, aunque sea oportuno reconocer al juez un margen de discrecionalidad razonable a la hora de apreciar las circunstancias del caso concreto, en orden a determinar la concurrencia o no de este límite y, por tanto, la invalidez o no del afianzamiento. En este sentido, una previsión absolutamente arbitraria, artificiosa o simplemente aparente del importe máximo garantizado debe interpretarse como una fianza que no prevé tal límite máximo, pudiendo ser así declarada inválida. No es suficiente, pues, para cumplir la exigencia de fijación del importe máximo garantizado incluir en el texto del contrato cualquier límite del importe».

<sup>72</sup> Comentada por ARIJA SOUTULLO (2002), quien nos alerta de una circunstancia fundamental que la sentencia no tiene en cuenta: se trata de una obligación (afianzada) que surge 13 años después de celebrarse el contrato de afianzamiento y, aun así, se prescinde de la aplicación del principio de buena fe en el desarrollo de todo contrato.

<sup>73</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ (1988).

<sup>74</sup> Comentada por CARRASCO PERERA (1992; 2022, 209).

<sup>75</sup> Comentada por BUSTO LAGO (1998).

<sup>76</sup> COSSÍO MARTÍNEZ (1993: 6), CARRASCO PERERA (1999: 2306) y ARIJA SOUTULLO (2016, 54).

<sup>77</sup> «(a) El importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante la hipoteca (capital, intereses y costas); (b) La tasación de los inmuebles hipotecados; (c) Las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses de demora impone el art. 114 LH); (d) Las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado; (e) La solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC y 105 LH); (f) La correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (vid. art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), que permite tener en cuenta no solo todas las cláusulas del contrato sino también las de «otro contrato del que dependa», incluyendo las relativas al precio, pues como señala uno de los considerandos de la Directiva, si bien «la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto

principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación», sin embargo «en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio»; (g) Su ajuste o no a su normativa específica (disposición adicional 1.18ª LGDCU: «[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica»); (h) El riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc.».

<sup>78</sup> Siguiendo a su precedente inmediato, la STS de 27 de enero de 2020.

<sup>79</sup> AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016.

<sup>80</sup> A modo de ejemplo se citan: el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC); el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniera al estado de insolvencia (art. 1829 CC); el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causas de exclusión de la excusión (arts. 1831 y 1833 CC); el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 CC); el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC); o el pacto de solidaridad en la fianza. Igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato principal que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquel, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (caso de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios). En cambio, resulta coherente con la configuración de la fianza general que el fiador renuncie voluntariamente a la subrogación mientras perviva el contrato de fianza y se paguen al acreedor todos los créditos que resulten garantizados precisamente porque a este le interesa no concurrir con el fiador contra el deudor principal.

*(Trabajo recibido el 25 de enero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)*



# La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía. Justificación y alcance

## *The prohibition of forfeiture clause in guarantee contracts. Justification and scope*

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA  
*Profesora agregada de Derecho mercantil  
de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

RESUMEN: El artículo trata de las distintas razones que la doctrina y la jurisprudencia han aducido para justificar la prohibición del pacto comisorio y su alcance en los contratos de garantía y de la adecuación de la justificación basada en la causa contractual, criterio por el que recientemente se inclina algún autor y parece hacerlo la jurisprudencia. La causa contractual como criterio permite justificar la licitud de negocios jurídicos en ocasiones cuestionados, como es el caso del *leasing*, y también determinar la ilicitud de aquellos negocios indirectos o simulados que ocultan un pacto comisorio, como es el caso de la venta en garantía.

*ABSTRACT: This paper reviews the different reasons that the doctrine and jurisprudence have adduced to justify the prohibition of the forfeiture clause and its scope in guarantee contracts and analyzes the adequacy of the justification based on the contractual cause, a criteria towards which some authors have recently leaned, and on which the jurisprudence seems to rely. The contractual cause as a criterion makes it possible to justify the legality of certain commercial transactions that are sometimes put into question, as*

*is the case with leasing, and to determine the illegality of those indirect or simulated transactions that hide a forfeiture clause, as is the case with using a sale as a guarantee.*

PALABRAS CLAVE: Pacto comisorio. Contratos de garantía. Causa contractual. Pacto marciano. Pacto *ex intervallo*. Compraventa en garantía.

KEY WORDS: *Forfeiture clause. Guarantee contracts. Contractual cause. Martian clause. Ex intervallo clause. Sale as a guarantee.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. EL PACTO COMISORIO EN LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES. 2. EL PACTO COMISORIO EN EL CENSO ENFITÉUTICO. —II. EL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA. 1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO. 2. LA CAUSA COMO ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LA PROHIBICIÓN. A) *Concepto de causa contractual. Antecedentes. Naturaleza.* B) *La causa en los contratos de garantía.* C) *Justificación de la prohibición del pacto comisorio basada en la causa.* D) *Causa e inscripción registral.* —III. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN. CRITERIOS ACTUALES. 1. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. PRESUPUESTOS PARA SU ADMISIÓN. A) *El pacto marciano.* B) *El pacto ex intervallo.* 2. PACTO COMISORIO OCULTO: COMPRAVENTA CON FINALIDAD DE GARANTÍA. A) *Compraventa con pacto de retro.* B) *Compraventa con finalidad de garantía.* —V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En Derecho español, la figura del pacto comisorio se encuentra históricamente vinculada a tres instituciones de derecho común: la compraventa de bienes inmuebles, el censo enfitéutico y los contratos de garantía. Los efectos que produce en cada una de ellas tienen distinto alcance y, por ello, su admisión es también diferente. Así, se admite en la compraventa de inmuebles, donde actúa como concreción de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124; se admite, asimismo, por la similitud de su funcionalidad con la de la compraventa, en el censo enfitéutico, y se prohíbe de manera expresa en los contratos de garantía.

Son diversas las razones que justifican la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía, si bien, doctrina y jurisprudencia se muestran cada vez más partidarias de la aceptación de sus formas atenuadas, esto es, el pacto marciano y el pacto *ex intervallo*, por considerar

que en ellas desaparecen las razones que tradicionalmente han justificado la prohibición.

## 1. EL PACTO COMISORIO EN LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES.

En la compraventa de inmuebles el pacto comisorio consiste en una estipulación expresa por la que las partes acuerdan que, una vez vencido el término de cumplimiento sin que el comprador haya pagado el precio, la venta se resolverá de manera automática. Se trata, por tanto, de una garantía en favor del vendedor que se incorpora al contrato para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago del comprador<sup>1</sup>. El Código Civil no regula este pacto, pero hace referencia a él en el artículo 1504 con vistas a moderar sus efectos. Señala este precepto: *«En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.»*

El artículo 1504 del Código Civil tiene su origen en la *lex commissoria*, regulada en el Título Tercero del Libro XVIII del Digesto de Justiniano. En Derecho romano no existía una acción general de resolución contractual por incumplimiento de una de las partes, consecuentemente, la parte que cumplía su obligación solo podía exigir a la que no lo hacía el cumplimiento de la suya. La *lex commissoria* introdujo la posibilidad de resolver el contrato de compraventa para remediar esta situación<sup>2</sup>. El transcurso del tiempo redujo la fuerza resolutoria del pacto comisorio y se acabó eliminando el efecto automático. Ejemplo de ello es el artículo 1504 del Código Civil que exige frente al impago del precio el requerimiento previo al comprador, al margen de que se haya incorporado o no el pacto comisorio al contrato.

La naturaleza jurídica del pacto comisorio del artículo 1504 del Código Civil es la de un pacto resolutorio expreso que supone una concreción de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015 entiende que esta «especificación», conforme a la interpretación histórica de la especialidad que presentan los artículos 1503 a 1505 del Código Civil<sup>3</sup>, responde a un refuerzo de la protección del vendedor que principalmente se traduce «en una mayor objetivación de la aplicación del efecto resolutorio del contrato». Y este refuerzo también alcanza a otros ámbitos del contrato, como la facultad de suspender la entrega de la cosa ante el riesgo de insolvencia del comprador (art. 1468 CC). Si bien, la diferencia

respecto del marco de aplicación general del 1124 del Código Civil se ha rebajado notablemente<sup>4</sup>.

En cualquier caso, es esencial el cumplimiento de la obligación por una de las partes para que entre en juego la dinámica resolutoria del contrato (art. 1124 CC). El cumplimiento determina la legitimación activa para el ejercicio de la acción, de modo que en ningún caso ampara a la parte incumplidora del contrato frente a la otra parte que cumple o se presta a cumplir (STS de 12 de noviembre de 2014).

El beneficio del artículo 1504 del Código Civil en favor del comprador, propio del principio *favor debitoris*, tiene su antecedente en el artículo 1656 del Código Civil francés y se traduce en un favorecimiento del pago para el comprador de modo que puede realizarse aún después de haber expirado el término establecido. Las SSTs de 16 de febrero y 14 de diciembre de 2015 entendieron que solo podía ser aplicado por la vía de la excepción, pues la legitimación para el ejercicio de la facultad resolutoria solo se contempla en la posición jurídica del vendedor. Si bien, posteriormente se ha admitido por la STS de 29 de febrero de 2016 que, aunque el artículo 1504 del Código Civil se encuentra en el capítulo de las obligaciones del comprador para establecer una especialidad en el régimen de la resolución de la compraventa por impago del precio cuando el objeto es un inmueble, no hay impedimento legal para que comprador y vendedor pacten, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, que dicho artículo se aplique también a los casos de incumplimiento del vendedor.

Para que el efecto del pacto comisorio se produzca es suficiente el requerimiento obstativo del pago. Además, puede insertarse en él otro de reclamación previa del precio, de breve plazo, que, si no se atiende, y sin más plazos, haga funcionar automáticamente la resolución (STS de 18 octubre de 2004 (*RJ* 2004\6571) que anula la sentencia de la Audiencia Provincial por no admitir la inserción de un nuevo breve término, requerido por el acreedor al deudor, para poder pagar el precio pendiente al no haber atendido al otro requerimiento, el resolutorio. Esta sentencia aclara que ello «sin llegar en ningún caso a la solución, más liberalizadora, del Derecho navarro, cuyo Fuero Nuevo regula en sus Leyes 486 y 487 la «venta con pacto comisorio» y que faculta al deudor para el pago del precio en el término de un mes y un día después del requerimiento fehaciente (facultad legal), o en plazo mayor si hubiese sido así fijado al concertarse el «pacto» referido (facultad convencional), aceptando el Código Civil solo esta última, con lo que, en este cambio jurisprudencial, parece que se acerca a dicha disposición»<sup>5</sup>.

El requerimiento para que pueda dar lugar a la resolución de la compraventa se sujeta a forma, de modo que no se puede hacer por *burofax*. Es doctrina jurisprudencial, desde la sentencia de Pleno de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011\5964), que el carácter notarial o judicial del requerimiento

exigido por el artículo 1504 del Código Civil es un requisito de estricta observancia por sus mayores garantías atendida la trascendencia y graves efectos del requerimiento (SSTS 12 de noviembre de 2012 y 7 de febrero de 2014).

En relación con la aplicación a la cláusula comisorio de la facultad moderadora de los tribunales prevista en el artículo 1154 del Código Civil<sup>6</sup>, cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista. De ahí que la moderación proceda cuando se haya cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total se estableció la pena. La finalidad del artículo «no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido.» (SSTS de 6 de junio de 2019, 28 enero de 2020 y 23 de junio de 2020<sup>7</sup>).

En este contexto, cabe recordar que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria de 1946 (LH), tras establecer que para la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, señala: *«la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita»*. Esto supone dotar de funcionalidad al pacto del artículo 1504 del Código Civil en orden a su oponibilidad a tercero<sup>8</sup>. El artículo 11 LH modificó el sistema hasta entonces vigente en el que toda resolución operaba en perjuicio de tercero por la mera constancia del aplazamiento del pago en el Registro, existiera o no pacto comisorio. Ahora, la resolución de la venta de un inmueble solo es oponible a terceros si se inscribe el pacto comisorio<sup>9</sup>.

## 2. EL PACTO COMISORIO EN EL CENSO ENFITÉUTICO

El Código Civil, tras establecer que el censo se constituye cuando se sujetan bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de estos bienes (art. 1605), señala que *«es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio»* (art. 1606 del Código Civil). El artículo 1.637 del Código Civil les denomina condueños y la legislación hipotecaria prevé la inscripción registral (arts. 2.2 LH y 377 RH). En relación con la forma,



la constitución del censo enfiteútico requiere escritura pública (art. 1628 del Código Civil)<sup>10</sup>.

El censo enfiteútico tiene la doble consideración de contrato y derecho real. En tanto derecho real, es un derecho en cosa ajena que el censalista se reserva al transmitir la propiedad de la finca al censatario o enfiteuta (SAP de Málaga de 29 de junio de 1998). El dominio directo es, por tanto, del censalista, que es la persona con derecho a recibir una pensión anual a cambio de la transmisión de la propiedad de la finca; y el dominio útil del enfiteuta, que ostenta la propiedad de la finca y se obliga a pagar un importe con cargo a los frutos que genere.

La naturaleza jurídica de la enfiteusis y el alcance de las facultades del dueño directo también han experimentado una larga evolución. En Derecho romano, Justiniano, refunde la *condictio agri vectialis* y la enfiteusis griega en una sola figura mediante la cual se transmitía al enfiteuta un derecho real de larga duración o incluso perpetuo a cambio de un canon; en la Edad Media surge la teoría del dominio dividido y en épocas más recientes se inicia una tendencia (como ocurre con la legislación especial catalana) dirigida a hacer predominar al titular del dominio útil como verdadero propietario y a configurar el censo como un derecho real sobre finca ajena. Sin embargo, hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente»<sup>11</sup>. (RDGRN de 18 de diciembre de 2017 con referencia a la de 26 de octubre de 2004).

Es inherente a la naturaleza del censo que la cesión de la finca sea perpetua o por tiempo indefinido, aunque redimible *ex* artículo 1608 del Código Civil, de ahí que haya recibido la denominación de arrendamiento perpetuo (SAP de Castellón de 4 de marzo de 2011)<sup>12</sup>.

Regulado el censo enfiteútico en el capítulo II del título VII del libro IV (arts. 1628 a 1656 CC), conectan con el pacto comisorio los artículos 1648, 1649 y 1650<sup>13</sup>. El artículo 1648 del Código Civil recoge los supuestos en que procede el comiso. El comiso es el derecho del censalista o dueño directo a recobrar el dominio útil de la finca, consolidando, de este modo, la plena propiedad<sup>14</sup>, y opera frente al incumplimiento por el enfiteuta de determinados deberes y en determinadas circunstancias, entre otras, la falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos.

La inscripción del dominio directo es voluntaria y puede realizarse en cualquier tiempo, aunque el enfiteuta haya logrado la prescripción del capital, mientras esta circunstancia no haya tenido reflejo registral. La consolidación de los dominios útil y directo, siendo el dueño directo el auténtico dueño, requiere redimir el censo, o que se declare la prescripción del capital conforme al artículo 1620 del Código Civil cuyo reflejo registral requiere

la resolución judicial que así lo declare (RRDGRN de 3 de diciembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016)<sup>15</sup>.

La relación entre el comiso en el censo enfiteútico y el pacto comisorio en la compraventa es, tanto etimológica, como funcional, dado que en ambos casos se permite la resolución de la relación jurídica por incumplimiento del deudor. La facultad de resolver corresponde en ambos casos a una de las partes (al vendedor en la compraventa y al censalista en el censo enfiteútico) ante la falta de pago de la otra parte (del precio en la compraventa, o de la pensión, en la enfiteusis)<sup>16</sup>. Asimismo, hay similitudes en su régimen legal: el artículo 1649 del Código Civil prevé para el comiso por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos la obligación del dueño directo de requerir de pago al enfiteuta judicial o notarialmente y, si este no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, queda expedito el derecho de aquel. Se impide también aquí el automatismo en la resolución. Tanto los artículos 1648 y siguientes, como el artículo 1504 del Código Civil tienen carácter tuitivo, dado que tratan de facilitar al deudor incumplidor la posibilidad de pago para evitar la resolución.

En el censo enfiteútico se recoge expresamente la liberación del deudor con el pago extemporáneo<sup>17</sup>. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

No se prevé forma determinada para el requerimiento que, como previo a la petición de comiso, establece el artículo 1649 del Código Civil para abrir las posibilidades procesales de reversión de la finca al dueño directo, por tanto, si es notarial, se aplica el artículo 202 del Reglamento notarial deja a la discreción del notario efectuar los requerimientos encomendados por correo certificado con aviso de recibo cuando una norma legal no disponga lo contrario (STS de 16 de febrero de 2001).

## II. EL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

### 1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio en los contratos de garantía es el acuerdo de las partes por el que el acreedor puede hacer suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, bien indirectamente mediante su disposición, en el caso de que el deudor incumpla su obligación. El Código Civil lo prohíbe expresamente para la prenda, la hipoteca y la anticresis. Señala el artículo 1859 del Código Civil: *«El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.»* Y el artículo 1884 del Código Civil, para la anticresis: *«El acreedor no adquiere la propiedad*

*del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».*

La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía se remonta al Derecho romano posclásico<sup>18</sup>. Constantino, en la Constitución del año 320 (libro VIII, título XXXVI, ley 3) prohibirá el pacto de *Lex Commissoria* por el que el deudor renunciaba, hasta la satisfacción completa de su obligación, a reclamar la devolución de la cosa dada en garantía. Esta quedaba en poder y propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda. La razón de la prohibición era que, a menudo, se utilizaba esta cláusula para encubrir intereses ilegales añadiendo un excedente al precio de modo que este superaba la cuantía real de la deuda<sup>19</sup>. Justiniano, sin embargo, admitió el pacto marciano, que es el pacto comisorio limitado al justo precio de la cosa<sup>20</sup>.

La prohibición se mantuvo en el derecho intermedio (Partida V, ley 41 del título V y ley 12 del título XIII) y fue incorporada a los Códigos civiles europeos modernos<sup>21</sup>. El Proyecto de Código Civil español de 1851 la recogió en su artículo 1775 señalando: «*El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, aunque así se hubiese estipulado*» y la hizo extensible a la hipoteca en el artículo 1806. No la recogió, sin embargo, el Proyecto de 1882<sup>22</sup>.

La doctrina justifica la actual subsistencia de la prohibición por diversos motivos. Para algunos autores se trata de evitar un enriquecimiento injusto; de impedir que el acreedor se apropie de un bien cuyo valor es, casi siempre, notablemente superior al del crédito garantizado, beneficiándose con ello de la *hyperocha* (diferencia de valor entre el precio de la cosa y el importe del crédito garantizado)<sup>23</sup>. Para otros autores las razones son de tipo procesal y de orden público; el pacto comisorio desnaturaliza las formas de garantía previstas en la ley, y, al permitir la apropiación privada del bien, desvirtúa el principio que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución. Si el acreedor quiere realizar su derecho debe someterse al procedimiento previsto por la ley, siendo inválida cualquier forma de ejecución privada de la obligación<sup>24</sup>. En este contexto, hay quien entiende que la prohibición del pacto comisorio es una manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor<sup>25</sup>, y quien señala que la prohibición obedece a una norma de Derecho sustantivo y no al mero respeto a las reglas procesales que rigen la ejecución y lo justifica por razones históricas<sup>26</sup>. Asimismo, la oposición al pacto comisorio se justifica por razones morales<sup>27</sup>.

A las razones de la prohibición se refieren las resoluciones de 27 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 5464) y 15 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que recuerdan que, como se

ha puesto de relieve en numerosas ocasiones<sup>28</sup>, la resolución de 8 de abril de 1991 (invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 5 de junio de 2008 [RJ 2008\4239]) señaló que «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC)<sup>29</sup>, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como del Centro Directivo»<sup>30</sup>. Estas normas tratan de proteger al deudor de los eventuales abusos del acreedor que tiende a prevalerse de la necesidad de crédito del deudor. Estos abusos se manifiestan en el perjuicio que para este se deriva de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución, que es aprovechada por el acreedor.

Cabe señalar, por último, que las razones que justifican la prohibición del pacto comisorio por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil son extensibles, tanto al pacto entre fiador y deudor principal por el que este, en caso de incumplir su obligación, transmitirá la propiedad de la cosa gravada en pago del crédito satisfecho por el fiador, como el pacto comisorio impropio, por el que el que el acreedor no satisfecho podrá apropiarse de una cosa determinada del deudor incumplidor, distinta de la gravada.

## 2. LA CAUSA COMO ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LA PROHIBICIÓN

### A) *Concepto de causa contractual. Antecedentes. Naturaleza*

El Código Civil no define «causa del contrato» pero deja claro su importancia en cuanto requisito esencial para la existencia del contrato (art. 1261.3 CC) y elemento sobre el que ha de recaer el consentimiento (art. 1262.1 CC). Sí recoge los criterios que han de servir para identificarla (en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC)<sup>31</sup>, y regula los efectos de los contratos sin causa y con causa ilícita o falsa (arts. 1275 y 1276 CC). También establece una presunción *iuris tantum* de su existencia y licitud (art. 1277 CC).

Los antecedentes de los artículos 1261 y 1274 del Código Civil se hallan en la obra de DOMAT, jurista francés del siglo XVII, que considera que la presencia de la causa es un requisito esencial de la obligación (nadie se

obliga sin una razón)<sup>32</sup>. El Código Civil francés exigirá expresamente la causa como elemento esencial del contrato sin definirlo «una causa lícita de la obligación» y lo mismo sucederá con el Código Civil italiano de 1865. Surge, entonces, en estos ordenamientos la necesidad de determinar qué es la causa en tanto requisito de validez distinto del consentimiento y del objeto<sup>33</sup>.

En Derecho romano no existe el requisito de la causa como elemento para la validez del contrato. Los romanistas utilizan la expresión *causa civilis obligandi* para referirse a los requisitos específicos —*datio*, forma o tipo contractual— que dotaban al acuerdo entre dos partes de la fuerza vinculante que sin ellos no hubiera tenido (los simples *pacta* no la tenían). Así, los contratos se forman en virtud de cuatro posibles causas: *re, verbis, litteris y consensu*. Son los canonistas quienes abren camino a la futura exigencia de la causa como requisito del contrato. Para ellos, el contenido lícito y razonable de cualquier acuerdo, aunque no se corresponda con los tipos contractuales romanos, justifica su existencia jurídica y la vinculación de los contratantes. Con ello, desaparece la categoría romana de los *nuda pacta*, que no producían acción. La obligación nace, así, de la sola voluntad del obligado, siempre que exista una causa que la explique y la justifique. Además, los canonistas contemplan el contrato como un acto humano producido en un sistema ético, entendiendo que, para que vincule, debe ser veraz y moral. Por ello, si la operación es simulada, las partes no han querido contratar y si es inconfesable, las partes no hubieran debido contratar. No obstante, los canonistas no conciben la causa como un elemento independiente; se limitan a poner de relieve, además de la necesidad de que la intención de los contratantes se ajuste a las reglas de la moral, la interdependencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos y que la reciprocidad justifica la prestación realizada y la exigencia de su integridad y eficacia en el tiempo.

En España, los civilistas y los canonistas de la antigua doctrina mantuvieron posiciones enfrentadas a la hora de interpretar la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá. Los canonistas consideraban que el pacto nudo era plenamente eficaz en Derecho castellano, mientras que los civilistas entendían derogado únicamente el formalismo de la estipulación, pero vigentes las demás formas y requisitos legales. Los civilistas acabaron más tarde aceptando el concepto canonicista de la causa. La Ley de Bases de 1888 en la Base 20 establece que el Código Civil proyectado siga los principios consagrados por las leyes modernas sobre la naturaleza y la causa de las obligaciones.

A la hora de explicar la naturaleza de la causa, la doctrina se dividió entre los seguidores de la teoría objetiva y los que apoyaban la teoría subjetiva.

Las teorías objetivas se remontan a los civilistas franceses de la escuela de la exégesis y una parte de los españoles que, hasta hace no mucho, se centraron fundamentalmente en la causa del contrato bilateral. Para ellos, la causa es el fin inmediato que se deduce de la estructura del acto y que es común a todo contratante. La causa es un fin típico, independiente de las motivaciones personales e intangibles de cada parte, es un elemento objetivo del contrato, a diferencia del motivo, que es la razón contingente por la que un individuo celebra un determinado contrato. La causa forma parte del acuerdo de voluntades y, en los contratos bilaterales, es, para cada una de las partes, la obligación de la otra. En los unilaterales, y en concreto en los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito (contratos reales), la entrega de la cosa es la causa de la obligación, y en la donación, el *animus donandi*. La doctrina posterior concluirá de lo anterior que la causa, en general, es la «finalidad objetiva del contrato» considerando que la finalidad de un contrato puede ser entendida en dos sentidos: como resultado perseguido objetivamente por las estipulaciones propias de un determinado tipo contractual, o como aquellos efectos que subjetivamente tratan de alcanzar unos determinados contratantes al acordar dichas estipulaciones.

Las teorías subjetivas de la causa surgen en los años 20 del siglo XX con CAPITANT, jurista francés que situará la causa en la subjetividad de los contratantes. Para él, la causa es el fin perseguido por los contratantes (causa final, no causa eficiente). De modo que, en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación asumida por cada parte no es la obligación de la otra, dato objetivo, sino la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de esta obligación. La causa es el motivo determinante o los motivos que han entrado en el «campo contractual», con lo que basta con que el fin perseguido por una de las partes sea conocido por la otra<sup>34</sup>. La función de la causa sobrepasa la formación del contrato para extenderse a su ejecución. La causa justifica, consecuentemente, la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido o la teoría de los riesgos. La teoría de CAPITANT pone de relieve un aspecto del contrato que la doctrina clásica había obviado y que es indispensable para situar la causa ilícita a la que se refieren los Códigos latinos. Ilícitud que es diferente de la referida al objeto y que, por tanto, debe residir en el ánimo de los contratantes, en sus intenciones personales, que varían en cada caso y que, por tanto, no forman parte del contenido estándar del contrato<sup>35</sup>.

La doctrina reformulará luego la teoría objetiva y concluirá que, en cualquier contrato, se encuentra siempre como contenido propio una regulación de intereses y, en íntima conexión con él, una función práctica (función económico social) que le es inherente. Esta función práctica es para algunos autores la causa objetiva del negocio. La causa así entendida cumple una ulterior función como instrumento de calificación del contrato<sup>36</sup>.

RUGGIERO entenderá la causa como el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; la función a la que el negocio, objetivamente considerado se dirige; la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada<sup>37</sup>.

Existe una tercera teoría denominada dualista o sincrética que combina las teorías objetiva y subjetiva y que considera que, si bien los motivos individuales de las partes, que son los que constituyen la realidad extranegocial o intencionalidad subjetiva, son por regla general jurídicamente irrelevantes (entre otras, SSTS 1 de abril de 1998 [RJ 1998, 912] y 21 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2762]), cuando constituyen la razón, aunque no sea exclusiva, de la celebración del contrato y son lícitos y conocidos por ambas partes, deben ser tenidos en cuenta. Esta es la teoría mayoritaria en la actualidad<sup>38</sup>. DE CASTRO identificará la causa con el valor social del negocio que le hace acreedor de la tutela del ordenamiento. Para este autor, la causa objetiva o legal, es también la subjetiva en el ánimo de las partes<sup>39</sup>.

En general, se puede entender que, desde el punto de vista objetivo, la causa es la función o valor económico-social que cumple el contrato en el tráfico jurídico (p.ej. en la compraventa, el intercambio de una cosa por precio o, en la enfiteusis, la cesión de facultades dominicales de una finca a cambio de un canon anual). Este es el sentido del artículo 1274 del Código Civil (STS de 17 de diciembre de 2004), y al que se aplican los requisitos de existencia y veracidad<sup>40</sup>. Y que, en su faceta subjetiva, la causa es el motivo práctico por el que las partes celebran un determinado contrato (p.ej.: compra de un terreno para construir en él un vivero, o constitución de enfiteusis para, con el canon, afrontar gastos). Este es el sentido al que se aplica el requisito de la licitud<sup>41</sup>.

La causa está ligada a la atribución patrimonial, entendida esta como el beneficio evaluable económicamente que se recibe a costa de otra persona y que puede recaer sobre cosas, créditos, servicios, abstenciones y, en general, cualquier posible objeto de la obligación<sup>42</sup>. Este ligamen significa que cualquier atribución patrimonial está basada en una causa. Y, para ser válida, la atribución debe estar justificada por una ley o por una relación voluntaria antecedente que explique el desplazamiento patrimonial (p.ej., la adquisición de la propiedad de una finca está justificada por el contrato de compraventa precedente; este contrato es, por tanto, la causa de la adquisición de la propiedad, la adquisición trae causa del contrato de compraventa).

Dado que cualquier adquisición de una cosa, un crédito o un derecho debe estar sustentada por una causa, el artículo 1274 del Código Civil señala que, en los contratos sinalagmáticos, la causa de la adquisición de un crédito es la deuda de la contraparte. Por ello, la doctrina señala que también es fruto de esta consideración de la causa como propia de la atribución



patrimonial el contenido del artículo 1261-3.º, que incluye dentro de los requisitos esenciales del contrato la existencia de la «causa de la obligación que se establezca»<sup>43</sup>.

*B) La causa en los contratos de garantía.*

Los contratos de garantía tienen por causa o función económica añadir a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC) un refuerzo en favor del acreedor con vistas a que este pueda obtener, al margen de la solvencia o insolvencia del deudor, la plena satisfacción de su crédito. La existencia de un crédito garantizado es, por tanto, elemento esencial de los contratos de garantía. Los respectivos derechos creados por estos contratos tienen carácter accesorio dado que su nacimiento y existencia dependen del crédito principal<sup>44</sup>.

Este refuerzo que supone la garantía puede implicar la adscripción de otro patrimonio o parte de él (fianza limitada a ciertos bienes del fiador) al cumplimiento de la obligación del deudor, de modo que una nueva masa de bienes pasa a responder de las deudas<sup>45</sup>. Y puede consistir, también, en añadir a la responsabilidad del deudor una cosa determinada mediante su sujeción *erga omnes*. Esta puede pertenecer al patrimonio del deudor y, por tanto, estar ya sujeta a responsabilidad *ex* artículo 1911 del Código Civil, con lo que, en caso de insolvencia, se alterará el principio de *par condicio creditorum*, o tratarse de una cosa ajena<sup>46</sup>.

Los contratos típicos de garantía real son la prenda (sobre un bien mueble), y la hipoteca (sobre un inmueble); la anticresis (sobre los frutos de un inmueble), es menos frecuente. Si se conceden por el propio deudor, que es el supuesto que interesa al objeto de este estudio, estas garantías dan lugar a una responsabilidad cualitativamente distinta de la ordinaria y adicional a ella, que recae en la cosa como si esta se independizase del patrimonio global sujeto a responsabilidad para constituir un patrimonio autónomo responsable de una sola deuda. Surge así un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada. La prenda y la hipoteca comportan reipersecutoriedad y prelación (arts. 1921 y sigs. CC)<sup>47</sup>.

En la hipoteca se configura como obligación natural del contrato mantener la integridad de la finca dada en garantía, de modo que si se deteriora, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, puede el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño (art. 117 LH).



Además, se establece en favor del acreedor la subrogación en la indemnización en el caso de destrucción de la cosa dada en garantía (arts. 1877 del Código Civil y 110 LH).

Los contratos de garantía pueden celebrarse, bien separadamente, bien incorporados a un contrato principal, y tienen como única finalidad asegurar (reforzar) el cumplimiento de la obligación garantizada que es la que deriva del contrato principal. La accesoriedad es, por tanto, un elemento característico y permite diferenciarlos de otros en los que se incluyen pactos con la misma finalidad o que, cumpliendo esta finalidad, no tienen únicamente función de garantía<sup>48</sup>.

### *C) Justificación de la prohibición basada en la causa.*

A diferencia de la compraventa y del censo enfitéutico, que son contratos principales en donde la causa se realiza con la transmisión a una de las partes de un bien determinado (compraventa) o de parte del dominio de un bien determinado (censo enfitéutico), en los contratos de garantía, que tienen carácter accesorio, la realización de la causa no implica ninguna transmisión del bien sino un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor del crédito del contrato principal.

Tal y como señala recientemente la doctrina, en los contratos de garantía la causa es y se limita a garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación asegurada, con lo que este no puede pretender la transmisión dominical del bien gravado al exceder las facultades otorgadas por el contrato. Y, como la causa de garantía es diferente de la causa traslativa, no cabe la apropiación por el acreedor del bien dado en garantía<sup>49</sup>. Sin perjuicio de que esa causa traslativa pueda darse en un posterior convenio solutorio<sup>50</sup>. El consentimiento de las partes en los contratos de garantía recae, consecuentemente, sobre los elementos de la causa de garantía, no de la causa traslativa, cuyos presupuestos negociales son distintos<sup>51</sup>.

El Tribunal Supremo también parece tener en cuenta en los últimos años la teoría causal. Así, a la hora de establecer los requisitos de la prohibición de pacto comisorio, señala: «Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un

resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 de mayo)» (SSTS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595) en un caso de configuración de una garantía atípica en favor de los fiadores con los presupuestos del pacto comisorio al que asimila declarando su nulidad absoluta<sup>52</sup>—con referencia a la STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280)—, y 10 de marzo de 2021).

El tratamiento jurisprudencial del pacto comisorio en los contratos de garantía lo recapitula la sentencia de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) señalando como puntos clave:

a) El rechazo en nuestro ordenamiento —artículos 1859 y 1884 CC— de toda construcción jurídica denominada genéricamente «pacto comisorio» por la que el acreedor en caso de incumplimiento de su crédito pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía. Estos pactos no son admisibles al amparo del artículo 1255 del Código Civil y entran en el ámbito del fraude de ley del artículo 6.4.º CC<sup>53</sup>.

b) La nulidad radical y absoluta de los pactos y negocios que infringen los artículos 1859 y 1884 del Código Civil por tratarse de preceptos imperativos y de orden público al afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados, no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores<sup>54</sup>. Así lo señala también la RDGSJFP de 27 de octubre de 2020, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>55</sup>.

La causa contractual permite, por tanto, justificar, de una parte, la pervivencia de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía y, de otra, justificar la licitud de la institución de la dación en pago, que faculta al deudor y al acreedor para acordar la satisfacción de la deuda garantizada, vencida y exigible de cara a evitar la ejecución de la garantía<sup>56</sup>. Y justifica, asimismo, la validez de otras figuras jurídicas, en ocasiones cuestionadas —por su indebida asimilación a los contratos de garantía—, como es el caso del arrendamiento financiero o *leasing*<sup>57</sup>, que es un contrato de financiación por el que el arrendador financiero (propietario) cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y, por regla general, le otorga la facultad de opción de compra al terminar el contrato.

En efecto, la función económico-social que persigue el *leasing* es la de financiar la explotación de un bien que necesita el usuario para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Y esta función es para ambas partes la causa del contrato. Esta consideración, que justifica su admisión por el ordenamiento jurídico, podría plantear la cuestión de la incoherencia con la prohibición de pacto comisorio. No obstante, en el arrendamiento financiero no se cumplen los presupuestos que motivan la aplicación de dicha prohibición. El *leasing* tiene

una configuración propia y distinta de la hipoteca, la prenda o la venta en garantía. El acreedor en el *leasing* parte como propietario del bien cedido y esta condición es la que le garantiza que, en caso de incumplimiento por el usuario de la obligación de pago de las cuotas periódicas, pueda recuperar el coste de la compra del bien y los perjuicios por la frustración de la operación prevista. Por su parte, el arrendatario financiero al explotar el bien cedido obtiene un beneficio que es económicamente cuantificable.

El arrendamiento financiero es, además, un contrato basado en la libertad contractual y la buena fe de las partes en el que existe equilibrio entre los intereses del arrendador financiero —que busca una ganancia por la financiación— y del usuario —que obtiene un bien para el desarrollo de su actividad<sup>58</sup>. Algún autor ha señalado, no obstante, que el régimen de resolución del contrato, en el caso del *leasing* inmobiliario, genera un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero<sup>59</sup>, o, que el procedimiento de corte interdictal para recuperar la cosa previsto para el *leasing* mobiliario genera dicho enriquecimiento injusto<sup>60</sup>. No obstante, la sujeción del contrato a las reglas de la resolución contractual para poder contar con un procedimiento objetivable de valoración del bien y la no aceptación de contratos cuyo incumplimiento resulte ventajoso para el arrendador financiero son criterios de validez del contrato de *leasing* que evitan que se produzca tal enriquecimiento injusto (SSTS de 9 de abril de 2001 y 12 de junio de 1998 [RJ 1998, 6128])<sup>61</sup>. Y, aunque el *leasing* permite al arrendador financiero<sup>62</sup>, ante el incumplimiento del usuario, disponer de mecanismos expeditivos para lograr la mayor satisfacción de su deuda, estos mecanismos, además de conformes con el Derecho, proporcionan seguridad jurídica al arrendador financiero y propician la celebración de futuros contratos de *leasing*<sup>63</sup>.

#### D) *Causa e inscripción registral.*

En un sistema causal como el nuestro, la existencia de la causa como requisito de validez del contrato condiciona el acceso al Registro de los títulos inscribibles.

La causa, que es también fundamento de la teoría del título y el modo, hace que el requisito de la justa causa no se limite al contrato, sino que se extienda al derecho que se adquiere en virtud de tal contrato<sup>64</sup>. La causa, ligada a la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, es el título de la adquisición. De ahí que el deber de calificación del registrador que establece el artículo 18 LH recaiga, tanto sobre el modo (la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción), como sobre el título (la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas —y, por ello, la capacidad de los otorgantes). Deber circunscrito a lo que resulte de las escrituras y de los asientos del Registro.

Por lo anterior, si no existe una justa causa de la adquisición, la inscripción no protegerá al adquirente. Así lo dispone el artículo 33 LH («La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»). Existe una única excepción: el caso del tercero de buena fe (art. 34 LH) que inscribe una adquisición derivada de quien no tiene poder de disposición<sup>65</sup>, y al que se le protege en su adquisición —onerosa<sup>66</sup>— para salvaguardar la función y confiabilidad del Registro, lo que viene a confirmar la regla (se protege al tercero que ha adquirido convencido de haberlo hecho con justo título).

El Registro actúa como un sistema garante de la realidad y validez de la causa. Por este motivo se debe denegar la inscripción de las atribuciones patrimoniales en las que la causa es insuficiente o ilícita. Si bien, ello no impide que, en determinados supuestos, sea posible inscribir una transmisión sin expresar la causa o título por el que se produce la transmisión<sup>67</sup>.

### III. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN. CRITERIOS ACTUALES

#### 1. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. PRESUPUESTOS PARA SU ADMISIÓN

La admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, fórmulas rebajadas del pacto comisorio, tampoco ha sido pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, si bien, en los últimos años se observa una tendencia a favor de su admisión. Así, la jurisprudencia se muestra favorable siempre que concurren los presupuestos que ella misma se encarga de establecer y la doctrina justifica la admisión aduciendo motivos diversos<sup>68</sup>.

##### A) *El pacto marciano*

El pacto marciano es la estipulación por la que se acuerda que, si vencida la obligación el deudor no paga, la propiedad de la cosa gravada pasará al acreedor, previa justa estimación de su valor. Este pacto se admite mayoritariamente por la doctrina siempre y cuando se establezcan medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como puede ser el juicio de peritos, dado que en estas condiciones el pacto garantiza la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones<sup>69</sup>. No obstante, también hay quien lo rechaza por entender que la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales hace que resulte ilícita cualquier modalidad de pacto comisorio<sup>70</sup>.

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595), establece los dos presupuestos que caracterizan la aplicación de la

figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor», con lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto sería admisible.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública lo admite de modo expreso en sus últimas resoluciones. Así, la RDGSJFP de 21 de julio de 2021 (*RJ* 2021, 4175), con referencia a las RRDGRN de 26 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5995) y 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 2547), entiende que son admisibles aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que doten al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. De ahí que resulte admisible el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto, «En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto». (En igual sentido la reciente RDGSJFP de 10 de marzo de 2022).

La resolución de 15 de marzo de 2021 matiza que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria<sup>71</sup>.

La anterior resolución, seguida por la de 10 de marzo de 2022, se hace eco de la ineficiencia que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías pueden suponer, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la frecuente baja calidad de las ofertas (la Ley, en muchos casos, tiene que garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a

conformarse con el 60% o el 70% de esa tasación objetiva) y que ello hace que, en nuestro ordenamiento se vayan abriendo nuevas vías de ejecución más eficientes<sup>72</sup>. Y se refiere a la sentencia de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595) y a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 12/2019, de 18 de febrero de 2019, y 16/2019, 28 de febrero de 2019, donde señala que en la línea de preocupación por que los mecanismos legales de satisfacción del acreedor respeten el carácter conmutativo de las contraprestaciones —propio del pacto marciano— se inscriben, no solo la citada regulación contenida en el Real Decreto Ley 5/2005, sino también la regulación prevista a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues esta faculta al acreedor para reclamar del deudor el pago de la deuda, advirtiéndole que si no lo hace se procederá contra el bien objeto del contrato, de forma que, si el deudor procede a la devolución de la posesión del bien, el acreedor puede optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en pública subasta. En este caso, el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada» —art. 16.2, apartados c) y e)— LVBMP (Ley de venta de bienes muebles a plazos).

Parece justificable, por tanto, la admisión del pacto marciano dado que este, beneficia tanto al acreedor, como al deudor, a quien la aplicación de los mecanismos legales de ejecución podría resultarle más perjudicial que la solución que proporciona el pacto cuando se establecen medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como lo son el juicio de peritos. En estas condiciones el pacto puede suponer un instrumento para garantizar la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones.

### *B) El pacto ex intervallo*

El pacto *ex intervallo* es aquel acordado después de la concesión del crédito y antes de su vencimiento. En la doctrina hay quien entiende que, al no haber una prohibición expresa, debe admitirse, incluso si se pacta antes de que se produzca el incumplimiento<sup>73</sup>, pero también hay quien lo rechaza por los mismos motivos que el pacto comisorio<sup>74</sup>.

De las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero y 10 de marzo de 2021, anteriormente citadas<sup>75</sup>, que recogen los presupuestos de aplicación del pacto comisorio, también se puede deducir que el pacto «*ex intervallo*»

sería admisible, dado que el pacto de apropiación o disposición se caracteriza, precisamente, por ser posterior a la garantía.

Corroborar la anterior consideración la RDGRN de 28 de enero de 2020 que señala que el comiso prohibido es el convenido «ex ante», dado que la razón de la prohibición no es otra que asegurar la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto se pone especialmente de relieve cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Y por ello, tradicionalmente se ha admitido —con cautelas— la introducción de la facultad comisoria hecha con posterioridad al nacimiento de la obligación garantizada —mediante el pacto *ex intervallo*— (SSTS de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082). (En igual sentido la RDGSJFP de 10 de marzo de 2022).

El pacto *ex intervallo* no ofrece, por el momento en que se acuerda, los peligros que sí ofrece el pacto comisorio, siendo necesario, por tanto, el control de la realidad de dicho momento dado que, en otro caso, podría perder su razón de ser. En definitiva, la prohibición del pacto comisorio perderá su razón de ser cuando la realización de la cosa dada en garantía (al margen de la vía utilizada) se efectúe en condiciones que permitan fijar objetivamente el valor del bien y no supone un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Estas condiciones se habrán de valorar caso por caso<sup>76</sup>.

## 2. PACTO COMISORIO OCULTO: COMPRAVENTA CON FINALIDAD DE GARANTÍA

Especial atención han merecido en la doctrina y en la jurisprudencia los supuestos de pacto comisorio oculto, en especial, la compraventa con finalidad de garantía que es una compraventa con pacto de retro que encubre y garantiza un préstamo. Con esta figura, el acreedor busca, para el caso de incumplimiento del deudor, hacer suya la cosa dada en garantía eludiendo el procedimiento de realización de la garantía legalmente previsto<sup>77</sup>.

### A) *Compraventa con pacto de retro*

La venta con pacto de retro o venta a carta de gracia es una compraventa a la que las partes añaden un pacto expreso de retracto convencional en favor del vendedor. Esta venta se regula en el artículo 1507 del Código Civil que, sin definirla, dispone: «*Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor*



*se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado*». El artículo 1518 del Código Civil establece la duración del derecho: cuatro años contados desde la fecha del contrato si no se ha establecido nada al respecto y no más de diez años en caso de que se haya pactado<sup>78</sup>.

Sí ha definido la figura la jurisprudencia al señalar que «la venta con pacto de retro consiste en un convenio por el que la persona que enajenó el dominio de una cosa en virtud de un contrato de compraventa, se reserva el derecho a recuperarla devolviendo al otro contratante la suma recibida y los gastos consignados; se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa» (STS de 23 de octubre de 2002).

La naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de retro no es la de un auténtico retracto. El retracto faculta a subrogarse en la posición del comprador en caso de enajenación de la cosa, con lo que, si el dueño no la enajena, el retracto no puede ejercitarse. Con el retracto convencional, en cambio, es el vendedor quien decide si volverá a adquirir la cosa, de modo que, si ejercita este derecho, se produce la resolución, la venta y la vuelta a la situación originaria (como si la compraventa no se hubiera producido). De ahí que decaigan las cargas que sobre la cosa hubiera impuesto el comprador.

El derecho de retracto tiene, por lo anterior, naturaleza de condición resolutoria que produce efectos frente a terceros si se trata de un inmueble y consta inscrito en el Registro de la Propiedad, y es también un derecho real oponible a terceros incardinado dentro de los derechos reales de adquisición. Estos pueden configurarse como un derecho personal o como un derecho real sobre la cosa y son transmisibles por cualquier título *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, e hipotecables (art. 107.8 LH)<sup>79</sup>.

### *B) La venta con finalidad de garantía.*

El pacto de retro puede utilizarse, no obstante, como mecanismo para obtener/prestar dinero y asegurar la obligación. Así, si el vendedor (prestatario) no cumple su obligación, el comprador (prestamista) puede optar entre exigir el cumplimiento forzoso o apropiarse definitivamente de la cosa vendida. En este segundo caso, no hay propiamente una venta con pacto de retro, dado que no existe precio; el vendedor se obliga a devolver lo mismo que recibe, con lo que se trata simplemente de una vestidura de la llamada «venta en garantía». En el primero, por el contrario, si existe una verdadera venta (no un préstamo ni, consiguientemente, una garantía), aunque, a efectos de la Ley de Usura, pueda tratarse de operaciones sustancialmente equivalentes (RDGRN de 5 de junio de 1991).



En la doctrina se ha señalado que la venta con finalidad de garantía no infringe la prohibición de pacto comisorio por estar limitada a los derechos de garantía típicos<sup>80</sup>. Pero también se ha entendido que se trata de un negocio ilícito por ocultar un pacto comisorio o por tratarse de un negocio simulado<sup>81</sup>.

El Tribunal Supremo entiende que el préstamo o el contrato simulado que disimula un préstamo que incluye un pacto comisorio provoca que dicho pacto incurra en nulidad *ipso iure* conforme a lo dispuesto en el artículo 1859 del Código Civil (STS de 27 enero 2012 [RJ 2012, 3658] que sigue una línea jurisprudencial consolidada, y aplica la doctrina general de la simulación relativa). La simulación relativa supone la expresión de una causa que no existe (la del contrato oneroso de compraventa) y la ocultación o disimulo de la causa realmente existente (la del contrato de préstamo). El contrato aparente no existe, pero sí existe el disimulado, siempre que este reúna los elementos que le son propios. (STS de 11 de febrero de 2005, a la que aluden las SSTs de 22 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2008). La aplicación de la doctrina de la simulación relativa conlleva que el préstamo se declare válido y que, consecuentemente, el prestatario deba devolver la cantidad que le fue prestada, sin que se reconozca la validez de la transmisión del derecho de propiedad, por razón del pacto comisorio.

La prohibición de pacto comisorio se extiende también al negocio de transmisión de propiedad en función de garantía a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada, y no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que también es aplicable a los negocios indirectos con fines de garantía pues, de lo contrario, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos a los que se aplicaría la prohibición que se quiere eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquella (art. 6.4 CC) (STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320)<sup>82</sup>. Esta sentencia recuerda que un caso histórico típico es la llamada «venta a carta de gracia», que es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en el que el supuesto vendedor (y en realidad prestatario) vende al comprador (y en realidad prestamista) el bien con el pacto de retro. De este modo, si en el plazo acordado no ejercita el retracto (en realidad, no devuelve el dinero que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa<sup>83</sup>. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el solo incumplimiento de aquella obligación<sup>84</sup>. No se trata de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación (compraventa con simulación relativa) el supuesto de préstamo con garantía cuando esta consiste en que el acreedor hará suyas las fincas si el deudor no devuelve el capital prestado y sus intereses.

Para la validez de la venta con pacto de retro, la jurisprudencia ha establecido los siguientes requisitos que también recapitula la sentencia de 4 de febrero de 2020:

- a) que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor, a su iniciativa unilateral, por lo que no concurre tal requisito en los supuestos de operatividad de condición resolutoria expresa,
- b) que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo,
- c) que el derecho se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado, pues en otro caso se produce irremisiblemente el fenecimiento del retracto convencional y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla, y,
- d) satisfacción de las prestaciones del artículo 1518, del Código Civil (al respecto, STS de 23 de octubre de 2002)<sup>85</sup>.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en resolución de 21 de julio de 2021 (*RJ* 2021, 4175), también se refiere a los negocios simulados señalando que la prohibición de pacto comisorio se aplica incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos<sup>86</sup>, y recuerda que las RDGRN de 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214); 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184) y 26 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 1461) concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Y aclara que, a diferencia del supuesto objeto de la resolución de 27 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 5464), en el que la opción se pactaba a favor del acreedor hipotecario, en el caso examinado consta en el historial registral la existencia de una hipoteca a favor de una entidad financiera, sin que ni de la escritura de opción, ni del Registro resulte que haya una vinculación entre la deuda garantizada y los optantes futuros compradores de la finca de forma que pueda deducirse que la opción se pacta en garantía de dicha deuda<sup>87</sup>.

La resolución de 21 de julio de 2021 recuerda la de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 1097) que, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial, señala que no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, dado que, por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos reales (art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento

jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (arts. 1261-3.º y 1274 a 1277 CC). Y en la venta en garantía la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar, en función de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación, propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por ser contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados artículos 1859 y 1884 del Código Civil. En consecuencia, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción<sup>88</sup>.

En la misma línea, la resolución de 28 de enero de 2020 recuerda, además, que el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 permite que, en las garantías internacionales que constituyen su objeto, el acreedor garantizado pueda, si así se ha previsto, tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio, o vender o arrendar dicho objeto siempre que se proceda, de acuerdo con su artículo 8, «de una forma comercialmente razonable». De ahí que la resolución señale que la posibilidad del pacto comisorio ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable»<sup>89</sup>. También recuerda que la doctrina reciente pone de relieve que la vigencia de la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento es innegable, extendiéndose tanto a fórmulas típicas como atípicas (entre las cuales se encuentra la opción de compra en garantía)<sup>90</sup>, y no obvia que todos los procedimientos legales de ejecución tienen como objetivo común obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes en beneficio de acreedor y deudor; y que una de las finalidades perseguidas con la prohibición del pacto comisorio es proteger los intereses de ambos. De ahí que dicha doctrina considere que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello, podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

La resolución de 28 de enero de 2020 también señala que, para algún sector doctrinal, si la prohibición del pacto comisorio tiene su máximo sentido cuando dicho pacto tiene lugar en el momento constitutivo de la garantía real, con las debidas cautelas podría admitirse aquel pacto en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía. Si bien, se ha puesto de relieve el riesgo que existe en el pacto *ex intervallo* de simulación o de posibles fraudes, haciendo aparecer en documento el acuerdo entre las partes como que el pacto es posterior, cuando en realidad fue coetáneo al nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones potencialmente abusivas para el deudor<sup>91</sup>.

Por lo señalado hasta ahora, puede concluirse que la causa contractual es también el criterio que permite determinar la validez o invalidez de la venta con pacto de retro. Así, cuando la verdadera causa del negocio de préstamo se oculta bajo la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retro, estaremos en presencia de un negocio indirecto y se aplicará la doctrina de la simulación relativa, que supone la nulidad de la compraventa que encubre un pacto comisorio.

#### IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. En Derecho español, el pacto comisorio (cláusula comisoría) se halla vinculado históricamente a tres instituciones de derecho común: la compraventa de bienes inmuebles, el censo enfiteútico y los contratos de garantía. En cada una de ellas los efectos que produce dicho pacto tienen distinto alcance y, por ello, su admisibilidad también varía.

2. En la compraventa de inmuebles el pacto comisorio es una estipulación expresa por la que las partes acuerdan que, una vez vencido el término de cumplimiento sin que el comprador haya pagado el precio, la venta se resolverá de manera automática. Se trata de una garantía en favor del vendedor que se incorpora al contrato para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago del comprador. El Código Civil se refiere a él en el artículo 1504 del Código Civil. Su naturaleza jurídica es la de un pacto resolutorio expreso que busca proteger al vendedor y que se traduce, principalmente, en una mayor objetivación de la aplicación del efecto resolutorio del contrato. Si bien, la diferencia respecto del marco de aplicación general del artículo 1124 del Código Civil se ha rebajado considerablemente. El beneficio del artículo 1504 del Código Civil opera para el comprador y aún después de haber expirado el término establecido. Comprador y vendedor pueden pactar, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, que dicho artículo se aplique también a los casos de incumplimiento del vendedor.

3. El artículo 1648 del Código Civil recoge los supuestos en que procede el comiso en el censo enfiteúutico, que es la institución relacionada con el pacto comisorio. El comiso es el derecho del censalista o dueño directo a recobrar el dominio útil de la finca, consolidando, de este modo, la plena propiedad. La relación entre el comiso en el censo enfiteúutico y el pacto comisorio en la compraventa es, tanto etimológica, como funcional, dado que en ambos casos se permite la resolución de la relación jurídica por incumplimiento del deudor. La facultad de resolver corresponde en ambos casos a una de las partes (al vendedor en la compraventa y al censalista en el censo enfiteúutico) ante la falta de pago de la otra parte (del precio en la compraventa, o de la pensión, en la enfiteusis). Asimismo, hay similitudes en su régimen legal: el artículo 1649 del Código Civil prevé para el comiso por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos la obligación del dueño directo de requerir de pago al enfiteuta judicial o notarialmente y, si este no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, queda expedito el derecho de aquel. Se impide también aquí el automatismo en la resolución. Tanto los artículos 1648 y siguientes, como el artículo 1504 del Código Civil tienen carácter tuitivo, dado que tratan de facilitar al deudor incumplidor la posibilidad de pago para evitar la resolución. En el censo enfiteúutico se recoge expresamente la liberación del deudor con el pago extemporáneo.

4. Las razones que la doctrina y la jurisprudencia han aducido para justificar la prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía son de diversa índole: a) evitar un enriquecimiento injusto (impedir que el acreedor se apropie de un bien cuyo valor es, casi siempre, notablemente superior al del crédito garantizado, beneficiándose con ello de la *hyperocha* (diferencia de valor entre el precio de la cosa y el importe del crédito garantizado); b) razones son de tipo procesal y de orden público (el pacto comisorio desnaturaliza las formas de garantía previstas en la ley, y, al permitir la apropiación privada del bien, desvirtúa el principio que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución), y c) razones morales (el pacto comisorio permite al acreedor aprovecharse de la situación de necesidad del deudor).

5. La causa está ligada a la atribución patrimonial, entendida esta como el beneficio evaluable económicamente que se recibe a costa de otra persona y que puede recaer sobre cosas, créditos, servicios, abstenciones y, en general, cualquier posible objeto de la obligación. Este ligamen significa que cualquier atribución patrimonial está basada en una causa. Y, para ser válida, la atribución debe estar justificada por una ley o por una relación voluntaria antecedente que explique el desplazamiento patrimonial (p. ej, la adquisición de la propiedad de una finca está justificada por el contrato de compraventa precedente; este contrato es, por tanto, la causa

de la adquisición de la propiedad, la adquisición trae causa del contrato de compraventa).

6. La causa, que es también fundamento de la teoría del título y el modo, hace que el requisito de la justa causa no se limite al contrato, sino que se extienda al derecho que se adquiere en virtud de tal contrato. La causa, ligada a la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, es el título de la adquisición. De ahí que el deber de calificación del registrador que establece el artículo 18 LH recaiga, tanto sobre el modo (la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción), como sobre el título (la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas —y, por ello, la capacidad de los otorgantes). Deber circunscrito a lo que resulte de las escrituras y de los asientos del Registro.

7. A diferencia de la compraventa y del censo enfitéutico que son contratos principales en donde la causa se realiza mediante la transmisión a una de las partes de un bien determinado (en la compraventa) o de parte del dominio de un bien determinado (en el censo enfitéutico), en los contratos de garantía, que tienen carácter accesorio, la realización de la causa no implica transmisión del bien, sino un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor del contrato principal.

8. En los contratos de garantía la causa es y se limita, por tanto, a garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación asegurada, con lo que este no puede pretender la transmisión dominical del bien gravado dado que ello excede las facultades otorgadas por el contrato. Y, como la causa de garantía es diferente de la causa traslativa, no cabe la apropiación por el acreedor del bien dado en garantía. Sin perjuicio de que esa causa traslativa pueda darse en un posterior convenio solutorio. El consentimiento de las partes en los contratos de garantía recae, consecuentemente, sobre los elementos de la causa de garantía, no de la causa traslativa, cuyos presupuestos negociales son distintos.

9. La causa contractual permite justificar, de una parte, la pervivencia de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía y, de otra, justificar la licitud de la dación en pago, que faculta a deudor y acreedor a acordar la satisfacción de la deuda garantizada, vencida y exigible para evitar la ejecución de la garantía (art. 1175 CC). Y justifica, asimismo, la validez de otras figuras jurídicas, en ocasiones cuestionadas —por su indebida asimilación a los contratos de garantía—, como es el caso del arrendamiento financiero o *leasing*, que es un contrato de financiación por el que el arrendador financiero (propietario) cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y,

por regla general, le otorga la facultad de opción de compra al terminar el contrato.

10. Doctrina y jurisprudencia están considerando válidas las formas atenuadas del pacto comisorio en los contratos de garantía (el pacto marciano y el pacto *ex intervallo*). El pacto marciano es la estipulación por la que se acuerda que, si vencida la obligación el deudor no paga, la propiedad de la cosa gravada pasará al acreedor, previa justa estimación de su valor. Parece razonable su admisión, dado que este beneficia tanto al acreedor, como al deudor, a quien la aplicación de los mecanismos legales de ejecución podría resultarle más perjudicial que la solución que proporciona el pacto cuando se establecen medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como lo son el juicio de peritos. En estas condiciones el pacto puede suponer un instrumento para garantizar la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones.

11. El pacto *ex intervallo* es la estipulación acordada después de la concesión del crédito y antes de su vencimiento. La doctrina y la jurisprudencia también se muestran favorables a su admisión dado que la razón de la prohibición no es otra que asegurar la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor. De ahí que la necesidad de impedir el pacto se manifiesta especialmente cuando nace coetáneamente con la obligación a la que se liga su efectividad. No obstante, siempre habrá que vigilar la realidad de los presupuestos de validez del pacto.

12. La prohibición del pacto comisorio se extiende también, en el contrato de préstamo, al negocio de transmisión de propiedad en función de garantía a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada, y no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que también es aplicable a los negocios indirectos con fines de garantía. En otro caso, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil permitiría celebrar negocios fraudulentos a los que se aplicaría la prohibición que se quiere eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquella. La causa contractual es, también aquí, el criterio determinante de la validez o invalidez de la venta con pacto de retro. Así, cuando la verdadera causa del negocio de préstamo se oculta bajo la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retro (compraventa en garantía), estaremos en presencia de un negocio indirecto y se aplicará la doctrina de la simulación relativa, que supone la nulidad de la compraventa que encubre el pacto comisorio. El préstamo se declarará válido y, consecuentemente, el prestatario deberá devolver la cantidad que le fue prestada, sin que se reconozca la validez de la transmisión del derecho de propiedad, por razón del pacto comisorio.



## V. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Vol. II, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, séptima edición, Edit. Bosch, 190 y ss.
- ANDRÉS SANTOS, F.J. (2010): Artículos 1628 a 1654: del censo enfiteútico. Disposiciones relativas a la enfiteusis en *Comentarios al Código Civil*, (dir. Domínguez Luelmo, A., 1777-1789).
- ÁVILA NAVARRO, P. (1994): Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria, *RCDI*, núm. 625, 2581 a 2617.
- BADÍA SALILLAS, Á. (1985): En torno al artículo 1.504 del Código Civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor, *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Edit. Centro de Estudios Hipotecarios, 41 a 66.
- BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio, *Anuario de Derecho Civil*, II, 539 a 572.
- CABALLÉ MARTORELL, A. (2011): Efectos obligacionales y reales del impago del precio en la venta con pacto comisorio, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008), *Tratado de los Derechos de Garantía* (2ª ed.). Edit. Dykinson.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998): *La causa del contrato*, Edit. Bolonia: Real Colegio de España, 1998, ISBN: 84-922192-5-4.
- CORDERO LOBATO, E. (2021): Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, *Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías*.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2001) Garantías personales y reales, *Curso de Derecho mercantil*, T.II, (coord. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., Edit. Civitas. 651-681.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2013): Retroventa, pacto comisorio, usura: criterios delimitadores (y carta de gracia) en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. Cámara Aguila, M.P.; Cordero Lobato, E.; Gutiérrez Santiago, P.; Pérez de Castro, N.; Marín López, M.J.; y Quicios Molina, M.S.; dir. Carrasco Perera, Ángel), Vol. 2, 1329-1340.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2021): La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario, *RCDI* núm. 785, 1547-1604.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*, Edit. Civitas.
- DE GRASSOT, R. (2008): El censo enfiteútico y sus detractores, *Revista La Notaria. 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña = Fonaments i institucions del dret de Catalunya).
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro/ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (2018): *Curso de Derecho Civil 2, Derecho de obligaciones, Vol. 1: Teoría general de la obligación y el contrato*, Edit. Edisofer.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019): Los requisitos de la causa del contrato, según la jurisprudencia del TS. accesible en: <https://idibe.org/tribuna/los-requisitos-la-causa-del-contrato-segun-la-jurisprudencia-del-ts/>.



- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010): El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPrints Complutense, 2010, Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf).
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021): *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*, Edit. Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1963): El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, Vol. 16, Nº 1, 3-32.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil, Vol. III, 5.ª edición*, Edit. Tecnos.
- (2007) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Edit. Thomson Civitas.
- D'ORS, Á. (1991): *Derecho Privado Romano, Octava edición revisada*, Edit. EUNSA, 468. Codex Theodosianus 3, 2, 1.
- D'ORS, Á.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M.J. y BURILLO, J. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, Edit. Aranzadi.
- DURÁN RIVACOBA, R. (1998): *La propiedad en garantía: prohibición de pacto comisorio*, Edit. Aranzadi.
- FAUS PUJOL, M. (2022): Venta con pacto de retro según el Código Civil en *Práctico Contratos Civiles*, Edit. VLex.
- FELIÚ REY, M.I. (1995): *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Edit. Civitas.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001): El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs.
- FERRANDIS PICORNELL, T. (2000): El censo enfiteútico en Cataluña, *Derechos civiles de España*, (coord. Martínez-Simancas Sánchez, J., Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 2, (Cataluña I), 1111-1137.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2012): *Causa y garantía fiduciaria*, Edit. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1895): *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*. Tomo II, 352 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992): *Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado*, *RCDI*, núm. 613, 2463 a 2494.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I. (2012): El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 1415-1450.
- GONZÁLEZ BOU, E. (2003): El censo enfiteútico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista La Notaria*, núm. 6, 15-26.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. (1997): *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Wolters Kluwer.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004). El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 211y sigs.
- HEREDIA CERVANTES, I. (2013): El Convenio de Ciudad del Cabo, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial*, núm. 48, 38-43.

- (2014): La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y sus consecuencias., *La Ley mercantil*, núm. 1, 206-220.
- IRURZÚN GOICOA, D. (1965): La cláusula resolutoria y el pacto comisorio, en *Estudios de Derecho Privado* (dir. Esperanza Martínez-Radio, A. de la), Volumen II, Edit. Revista de Derecho Privado.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa en los contratos de garantía, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 a 755.
- (1994): *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato. Edit. José María Bosch. Tercera edición.
- (2000): *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato. Edit. Dykinson. Primera edición.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (1992): Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, *RCDI*, núm. 608, 63 a 144.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1950): *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, 5ª edición, Edit. Reus.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta. en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.Á. (1992): La prohibición de comiso y la venta a carta de gracia. *Revista Jurídica del Notariado*, N° 2.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Á. (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales, *Revista de Derecho Privado*, 183 y sigs.
- (2007): La causa del contrato, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2007, 2649-2672.
- MARZAL RODRÍGUEZ, P. (2011): Artículo 1648 «Comiso de la finca y devolución al dueño directo»; Artículo 1649 «Petición de comiso por el dueño directo», y Artículo 1650 «Liberación del comiso por el enfiteuta», *Código Civil comentado*, (dirs. Cañizares Laso, A.; Pablo Contreras, P. de; Orduña Moreno, F.J., Valpuesta Fernández, R., Vol. 4, (Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final). (coord., Orduña Moreno, F.J.; Plaza Penadés, J.; Martínez Velencoso, L.; M. Rodríguez Rosado, B.), 609-611, 611-612 y 611-612.
- MAS ALCARAZ, C. (1965): El pacto comisorio, *Estudios de Derecho Privado*, (dir. De la Esperanza Martínez-Radio, A.), vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado.
- MOLL DE ALBA, Ch. (1999): *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria: la figura del pacto comisorio*, Edit. Cedecs.
- (1999): El pacto comisorio en el Código Civil. *Libro homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 663-688.
- MULLERAT BALMAÑA, R. (1971): El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles, *Anuario de Derecho Civil*, 481 a 529.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022): La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX., núm. 1, 35-102.
- REDONDO TRIGO, F. (2007): El pacto marciano, el pacto «ex intervallo» y la fiducia «cum creditore» en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, *RCDI*, núm. 699, 355-375.
- RIVERA FERNANDEZ, M./ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2017): *Lecciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen III, Relación jurídica. Derechos subjetivos, representación y negocio jurídico*. Edit. Tecnos.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1995): *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Ed. Civitas.
- SAPENA TOMAS, J. (1957): Actualidad de la «fiducia cum creditore», *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII, págs. 125-212.
- SCHULZ, F. (1960): *Derecho Romano Clásico*, traducido por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Edit. Bosch.
- TÉLLEZ CODORNIU, L. (1991): Extinción cancelación y redención de los censos enfiteúticos catalanes según la Ley número 6/1990, de 16 de marzo, de los censos catalanes, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, núm. 3, 715-728.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2022): Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791, 1443-1492.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021): La voluntad en el proceso de inscripción: las inscripciones obligatorias. La inscripción constitutiva. Las inscripciones llamadas declarativas y el efecto de no inscribir. La inscripción en el *iter* transmissivo de un derecho: la tradición y la inscripción. La causa y la inscripción. El problema del consentimiento formal. Parte III. El registro de bienes: el Registro de la Propiedad, *Tratado de Derecho civil. Tomo X: la fe pública registral*. (Rams Albesa, J. (Dir.), Lacruz Bescós, J.L. (Coord.) y Quiñones Otero, D.V.D. (Coord.), Edit. Dykinson, 391- 415.
- VON THUR, A. (2006): *Parte general del Derecho Civil*. Traducción de Wenceslao Roces. Edit. Comares.

## NOTAS

<sup>1</sup> Para un estudio del pacto comisorio en la compraventa por la doctrina reciente vid., entre otros autores, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2013): Retroventa, pacto comisorio, usura: criterios delimitadores (y carta de gracia), en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. Cámara Aguila, M.P.; Cordero Lobato, E.; Gutiérrez Santiago, P.; Pérez de Castro, N.; Marín López, M.J.; y Quicios Molina, M.S.; dir. Carrasco Perera, Á.), Vol. 2, 1329-1340; Caballé Martorell, A. (2011): Efectos obligacionales y reales del pago del precio en la venta con pacto comisorio, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16; GONZÁLEZ POVEDA, P. (1997): *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Wolters Kluwer; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta. en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172, y MOLL DE ALBA, CH. (1999): *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria: la figura del pacto comisorio*, Edit. Cedecs.

<sup>2</sup> D'ORS, Á.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M.J. y BURILLO, J. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I «Constituciones Preliminares y Libros 1-19»*, Edit. Aranzadi, 675 y sigs.

<sup>3</sup> El artículo 1503 del Código Civil dispone: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124». Y el artículo 1505 del Código Civil: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación».

<sup>4</sup> La STS de 14 de diciembre de 2015 justifica esta rebaja en el desenvolvimiento de la dinámica resolutoria del contrato que necesariamente ha tendido a aproximar ambas acciones. Así, de una parte, ya se flexibilizó la excesiva rigidez que inicialmente acompañaba a la resolución general del artículo 1124 del Código Civil (voluntad deliberadamente rebelde, etc.) y, de otra, y de forma más acentuada, la aproximación se ha producido con la admisión de la resolución extrajudicial del contrato mediante la declaración unilateral del vendedor en el marco de la acción general de resolución; si bien, dejando su eficacia última, cuando esta sea discutida, a la decisión de los tribunales. En relación con el juego de las excepciones relativas al cumplimiento contractual (la *exceptio non adimpleti contractus*, y la *exceptio non rite adimpleti contractus*) y su relación con la dinámica resolutoria, señala que su ejercicio no viene condicionado ni a la exigencia de un previo requerimiento notarial, ni a la interposición de una demanda reconvenzional. Y cita, entre otras, la sentencia de 20 de noviembre de 2012 que señala las importantes diferencias, tanto conceptuales como de régimen jurídico, que existen entre estas figuras, y la sentencia de 18 de mayo de 2012, que, configura la excepción como un medio de defensa tendente a paralizar la pretensión de cumplimiento, de modo que su ejercicio no impide al demandado el ejercicio de la acción resolutoria en el propio proceso, vía reconvenzional, o en otro distinto como pretensión propia y directa. Asimismo, la parte actora, una vez desestimada su demanda, puede volver a iniciar una reclamación para el cumplimiento, tras cumplir su propia obligación, sin que opere la excepción de cosa juzgada.

<sup>5</sup> En un principio, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que el requerimiento era una notificación al comprador para que se allanara a resolver la obligación sin obstaculizar la extinción contractual, *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1950): *Comentarios*

al Código Civil español, edit. Reus; MARTÍNEZ SARRIÓN, Á. (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales, *Revista de Derecho Privado*, 183 y sigs.; MULLERAT BALMAÑA, R.M. (1971): El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles, *Anuario de Derecho Civil*, 507 y 508 y, entre las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, la de 7 de octubre de 1991 (RA 6892), 18 de octubre de 1994 (RA 7486) o la de 26 de diciembre de 1996 (RA 9279). Consideran el requerimiento del artículo 1504 del Código Civil una intimación al pago, MOLL DE ALBA, CH. (1999): El pacto comisorio en el Código Civil. *Libro homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 663-688; BADÍA SALILLAS, Á. (1985): En torno al artículo 1504 del Código Civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor, *Estudios Jurídicos en homenaje a TIRSO CARRETERO*, Edit. Centro de Estudios Hipotecarios, 44 a 47; MAGARIÑOS BLANCO, V. (1992): Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, *RCDI*, núm. 608, 130 y sigs. y ROVIRA JAÉN, F.J. (1996): *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Edit. Civitas.

<sup>6</sup> Señala el artículo 1154 del Código Civil: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

<sup>7</sup> La STS de 23 de junio de 2020 analiza una cláusula inserta en un contrato de compraventa de inmueble que establecía: «Será causa de resolución de pleno derecho del presente contrato de compraventa el impago de tres o más de las cantidades aplazadas del precio, tanto consecutivas como alternas. En caso de producirse el incumplimiento mencionado, el vendedor podrá resolver el contrato de compraventa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil, a cuyo fin requerirá al comprador de resolución. Producida la resolución, el comprador perderá, en beneficio del vendedor, las cantidades entregadas hasta ese momento a cuenta del precio, considerándose dicha pérdida en concepto de indemnización de daños y perjuicios que al vendedor le provoca la no consumación de esta compraventa.»

<sup>8</sup> La Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 modificó el párrafo 3 del artículo 11 LH que ahora dispone: «Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie». En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.

<sup>9</sup> Para un estudio de los efectos de esta inscripción *vid.* GÓMEZ GÁLLIGO, F. (1992): Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado, *RCDI*, núm. 613, 2463 a 2494.

<sup>10</sup> En las Partidas era requisito de forma la constancia por escrito, que se mantuvo en el Ordenamiento de Alcalá y evolucionó hasta permitir su prueba por los distintos medios admitidos en Derecho, «como ha establecido la jurisprudencia en numerosas sentencias que van desde la de 20 de enero de 1896 a la de 8 de noviembre de 1930, estando en este supuesto reconocida la existencia del censo enfiteútico y su permanencia lo que, a efectos del valor de las fincas sobre que recae es trascendente a falta de otros datos en su constitución y aún a causa de su sustitución por otras al haberse practicado la concentración parcelaria en la zona». De ahí que pueda recurrirse a la solución del artículo 1611 del Código Civil cuyo párrafo primero es perfectamente aplicable, al igual que a los de otra clase, al censo enfiteútico según ha establecido esta Sala en las sentencias de 14 de junio y 3 de julio de 1946 y 19 de abril de 1965». (STS de 16 de febrero de 2001). Dispone el artículo 1611 pfo. primero del Código Civil». Para la redención de los censos constituidos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará este por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100.»

<sup>11</sup> En la legislación catalana, por el contrario, se considera verdadero dueño al enfiteuta (capítulo V «De los derechos de censo» del título VI (De los derechos reales limitados)

de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales). Vid. FERRANDIS PICORNELL, T. (2000): El censo enfiteúatico en Cataluña, *Derechos civiles de España*, (coord. Martínez-Simancas Sánchez, J., Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 2, (Cataluña I), 1111-1137; GONZÁLEZ BOU, E. (2003): El censo enfiteúatico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista La Notaría*, núm. 6, 15-26; DE GRASSOT, R. (2008): El censo enfiteúatico y sus detractores, *Revista La Notaría. 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña = Fonaments i institucions del dret de Catalunya); TÉLLEZ CODORNIU, L. (1991): Extinció cancelació y redención de los censos enfiteúaticos catalanes según la Ley número 6/1990, de 16 de marzo, de los censos catalanes, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, núm. 3, 715-728. La resolución de 27 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tras recordar que el recurso debe ceñirse a la nota de calificación (cfr. art. 326 LH), sin prejuzgar por ello cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho civil catalán, señala que, no obstante, conoce la existencia de posturas que han cuestionado la indiscriminada aplicación de la prohibición del pacto comisorio a este derecho, y de pronunciamientos judiciales que han abordado la cuestión con planteamientos según los cuales, a la vista de las circunstancias del caso y de las pruebas practicadas en el proceso, han concluido que no existe en tal derecho civil una prohibición general del pacto comisorio.

<sup>12</sup> La SAP de Castellón prosigue: Señalaba en este sentido la STS de 11 de febrero de 1908 que «un arrendamiento perpetuo equivale a un verdadero contrato de censo enfiteúatico, porque la circunstancia de la perpetuidad no se aviene ni conforma con las características intrínsecas de aquel contrato».

<sup>13</sup> Vid., entre otros, MARZAL RODRÍGUEZ, P. (2011): Artículo 1648 «Comiso de la finca y devolución al dueño directo»; Artículo 1649 «Petición de comiso por el dueño directo», y Artículo 1650 «Liberación del comiso por el enfiteuta», *Código Civil comentado*, (dirs. Cañizares Laso, A.; Pablo Contreras, P. De; Orduña Moreno, F.J.; Valpuesta Fernández, R.; Vol. 4, (Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final). / (coord., Orduña Moreno, F.j.; Plaza Penadés, J.; Martínez Velencoso, L.; M., Rodríguez Rosado, B.), 609-611, 611-612 y 611-612.; ANDRÉS SANTOS, F.J. (2010): Artículos 1628 a 1654: del censo enfiteúatico. Disposiciones relativas a la enfiteusis, en *Comentarios al Código Civil*, (dir. Domínguez Luelmo A., 1777-1789).

<sup>14</sup> ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Vol. II, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, séptima edición, Edit. Bosch, 190 y sigs.

<sup>15</sup> Siendo prevalente el dominio directo, es con su titular con quien hay que entenderse para redimir la finca conforme al artículo 1651 del Código Civil (RRDGRN de 10 de octubre de 1988 y 18 de diciembre de 2017). De acuerdo con el artículo 1651 del Código Civil, «la redención del censo enfiteúatico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada».

<sup>16</sup> Señala el artículo 1648 del Código Civil: «Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución: 1.º. Por falta de pago de pensión durante tres años consecutivos. 2.º. Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato o deteriora gravemente la finca».

<sup>17</sup> El artículo 1650 del Código Civil establece: «Podrá el enfiteuta librarse del comiso en todo caso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de pago o al emplazamiento de la demanda (...), y el artículo 1651 del Código Civil: «La redención del censo enfiteúatico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación a menos que haya sido estipulada».



<sup>18</sup> En los Derechos quirritario y clásico el pacto comisorio era lícito y frecuente en la práctica. *Vid.* MOLL DE ALBA, CH., con cita de SCHULZ, F. (1960): *Derecho Romano Clásico*, traducido por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Edit. Bosch., en la 396 que recuerda que «La *lex commissoria* fue aplicable durante todo el periodo clásico, a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor», El pacto... *opus cit.* p. 4; IRURZUN GOICOA, D. (1965) contempla dos razones que avalan la licitud del pacto en el Derecho romano clásico, una ética, y otra, jurídica: «A la moral, más bien utilitaria de la época, no repugnaba que la prenda, de valor muy superior al importe del débito, pasase, incumplido este, en plena propiedad al acreedor, perdiendo el deudor la *hyperocha* (diferencia de valor existente entre el precio justo de la cosa y el importe del crédito garantizado). Juridicamente, de un lado, se consideraba que el deudor era libre de aceptar o no el pacto, pero si lo consentía, quedaba vinculado a él, sin que pudiese investigarse las condiciones de libertad o de necesidad en que se hallase. Por otra parte, la licitud quedaba abonada por su entronque con la fiducia», La cláusula resolutoria y el pacto comisorio, en *Estudios de Derecho Privado*, (dir. Esperanza Martínez-Radio, A. de la), Volumen II, Edit. Revista de Derecho Privado, 32.

<sup>19</sup> D'ORS, Á. (1991): *Derecho Privado Romano, Octava edición revisada*, Edit. EUNSA, 468. Codex Theodosianus 3, 2, 1. Esta prohibición fue recogida en el Código de Justiniano (8, 34, 3), y GARCÍA DEL CORRAL, I. (1895): *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*. Tomo II, 352 y sigs.

<sup>20</sup> D'ORS, Á. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I*, Edit. Aranzadi, 335 y sigs. El nombre de Marciano procede del jurista a quien se dirigió la consulta contenida en el Digesto (20,1,16,9 «puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que, si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian, ad form, hypoth)»).

<sup>21</sup> El artículo 2078 párrafo 2.º del Código de Napoleón solo hará referencia al pacto comisorio en la prenda. El BGB alemán lo prohibirá para la hipoteca (§ 1.149), y la prenda (§ 1.229) y el Código italiano de 1942 en el artículo 1.963 para la anticresis, y en el artículo 2744 para la hipoteca y a la prenda.

<sup>22</sup> Señala, no obstante, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022) que el seguimiento histórico de esta prohibición no es unánime, «aparece en el devenir evolutivo del derecho romano de donde pasa a nuestros textos históricos y, tras algunos vaivenes, se incorpora al Código Civil de 1889 como un límite estructural de la prenda y, en general, de todos los derechos de garantía. A partir de su consagración en el artículo 1859 del Código Civil, mayoritariamente se ha deducido, con cierta inercia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la inviabilidad, por ilicitud, de los pactos que facultaban al acreedor para disponer o apropiarse de la garantía», La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, p. 41.

<sup>23</sup> FELIÚ REY, M. (1995), para quien el origen de la prohibición está ligado a la prohibición del mutuo retribuido y la represión de la usura. Con el tiempo, dado que la usura tuvo una regulación expresa, la prohibición encontró su fundamento en los principios de proporcionalidad, tutela de la parte contratante más débil y no enriquecimiento injusto, y, más recientemente en la noción de protección del interés general. La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, Edit. Civitas, 66 a 88.

<sup>24</sup> *Vid.* BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio, *ADC*, Vol. II, 563 y sigs., y ÁVILA NAVARRO, P. (1994): Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria, *RCDI*, núm. 625, 2611.

<sup>25</sup> En esta línea se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 derogó el artículo 129.2 LH, relativo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipo-

tecaría por constituir un precedente de defensa privada y ser contrario a la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción estatal (art. 117.3 CE). Y la STS de 26 de diciembre de 1998 que proclama la inviabilidad, por ilicitud, de los pactos que facultan al acreedor para disponer o apropiarse de la garantía con el argumento de que la única forma de ejecución extraprocésal de la prenda (salvo que tuviese por objeto valores cotizados) era la contemplada en el artículo 1872 del Código Civil, cuyas previsiones son netamente imperativas.

<sup>26</sup> DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021): *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*, Edit. Aranzadi, Capítulo I.

<sup>27</sup> DURÁN RIVACOBA, R. (1998) señala que este pacto «refleja el torticero aprovechamiento de la necesidad ajena»: *La propiedad en garantía: prohibición de pacto comisorio*, Edit. Aranzadi, p. 29.

<sup>28</sup> La resolución hace referencia a las resoluciones de 26 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5995) y 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 2547), 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016.

<sup>29</sup> Dispone el artículo 1884 del Código Civil: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

<sup>30</sup> Señala el artículo 1175 del Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquel de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Vid.* la STS de 26 de junio de 2020 sobre la prohibición de enriquecimiento injusto.

<sup>31</sup> *Vid.* desarrollo y crítica en Díez-Picazo, L. (1963): El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, Vol. 16, núm. 1, 3-32 y (2007): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Edit. Thomson Civitas, 265-266. *Vid.* también sobre la causa: Clavería Gosalbez, L.H. (1998): *La causa del contrato*, Edit. Bolonia: Real Colegio de España, 1998, ISBN: 84-922192-5-4; y más recientemente, De Pablo Contreras, P./Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2018): *Curso de Derecho Civil 2, Derecho de obligaciones, Vol. 1: Teoría general de la obligación y el contrato*, Edit. Edisofer, y Rivera Fernández, M./Espejo Lerdo de Tejada, M. (2017): *Lecciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen III, Relación jurídica. Derechos subjetivos, representación y negocio jurídico*. Edit. Tecnos.

<sup>32</sup> Seguimos en el recorrido histórico a Lacruz Berdejo, J.L. (1994): *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato*. Edit. José María Bosch (3ª ed.), 440-453. Lacruz critica el hecho de que Domat transfiera, en ocasiones, el requisito de la causa desde la obligación al contrato, como si se tratase de la misma cosa, de modo que en algunas partes de su obra hace de la causa una condición de validez de la convención, e incluso su fundamento exclusivo.

<sup>33</sup> En los Códigos civiles alemán y suizo no se mencionará la causa, ni entre los requisitos del contrato, ni entre sus elementos.

<sup>34</sup> Para Lacruz (2000), el motivo causalizado se sitúa en la línea de figuras como la presuposición o la base del negocio abordadas en diversas épocas por la dogmática alemana. Para este autor, apurando el argumento, tales figuras se pueden poner también en relación el artículo 1275 del Código Civil («Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a



la moral)», y en concreto, con la referencia a los contratos «sin causa», denominación que comprende, no solamente los simulados, sino también, y más precisamente, con aquellos en los que falta el fundamento de la atribución patrimonial o de la obligación. En relación con la presuposición, LACRUZ recuerda que la consideración de tales previsiones y finalidades —incluso las de una sola de las partes— como regulador de la vigencia del negocio jurídico, cobra especial relieve en la obra de WINDSCHEID, que formuló la conocida teoría de la presuposición (condición no desarrollada o limitación de voluntad que se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición). Así, quien manifiesta su voluntad mediando una presuposición, al igual que quien emite una declaración condicionada, solo quiere el efecto jurídico para el caso de que exista o se produzca cierto supuesto de hecho; pero no llega a hacer depender de él la eficacia del negocio. Consecuentemente, tal eficacia debe subsistir aun fallando la presuposición. Ahora bien, como eso no se corresponde con lo que realmente quiere el autor de la declaración, y la subsistencia del efecto jurídico no tiene sustancialmente razón que la justifique, el perjudicado puede, o bien defenderse por medio de excepciones contra las pretensiones que se funden en dicha declaración, o bien intentar, contra el favorecido por el efecto, una acción tendente a hacerlo cesar. Ciertas circunstancias, presentes o futuras, actúan en el espíritu del contratante como motivos esenciales, de tal suerte que si el sujeto supiera que no existen o no llegarán a verificarse, no habría contratado. A diferencia de la condición, su estado de espíritu es de certeza: no de duda. Está convencido de la realidad presente o futura de los motivos que lo inducen a contratar: da por sentada la verificación de determinado supuesto de hecho, o su subsistencia, y presuponiendo que es así, celebra el negocio. Y tan cierto está, que no revela los motivos del acto, y menos hace depender de ellos el efecto del contrato elevando tales motivos a condición explícita. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato. Edit. Dykinson. Primera edición. 441 y 442.*

<sup>35</sup> Para LACRUZ (1994), el motivo relevante es un punto de vista del contrato que se aleja del previsto por el artículo 1274 del Código Civil, influye, de una parte, en el plano ético, al exigir una licitud que trasciende a la intención perceptible de las partes y les exige un mínimo de coincidencia con la moral social, y de otra, en el plano de la efectividad, al reclamar que el fin que las partes se propusieron al contratar sea realizable. Los factores subjetivos no introducen un requisito nuevo porque todo contrato tiene ya una finalidad. Además, es contrario a la realidad vivida y haría inútil el concepto de «causa ilícita» identificar tal finalidad con la nueva intención de adquirir o donar, como hace nuestro Código Civil. *Derecho de obligaciones, opus cit. 445.*

<sup>36</sup> «Causa categórica» en términos de MARTY y RAYNOLD, citados por LACRUZ (1994), *Derecho de obligaciones, opus cit. 445.*

<sup>37</sup> Señala LACRUZ (1994) que en la doctrina se criticó la idea de función social para justificar la tutela del contrato por el ordenamiento jurídico por ser de aplicación limitada. La duda sobre la susceptibilidad de tutela de cualquier acuerdo surge cuando este no se identifica con alguna de las categorías que la ley explícitamente aprueba y regula: contratos nominados o típicos que por su propia función se hallan reconocidos por el Derecho y provistos de una disciplina peculiar. La función del contrato típico no puede en sí ser ilícita puesto que ha sido preestablecida por la ley, y por definición, es acreedora de la protección del ordenamiento. Al acuerdo atípico, sin embargo, se le exige un interés serio y legítimo (CARBONNIER), merecedor de tutela, (MESSINEO). Para LACRUZ puede resultar equívoco hablar de función económico-social del negocio puesto que, en realidad, este desarrolla en cuanto acto individual, una función económico-individual: la correspondiente operación expresa aspiraciones e intereses de uno o más individuos y no es indispensable que coincidan con un determinado interés del procomún: basta que la postura individual no sea opuesta a las normas imperativas de la moral social (buenas costumbres). Y cita a DE CASTRO (para quien: «Las teorías objetivas quedan encerradas en un callejón sin salida. Cuando se entiende que el fin, interés o función

económico-social del que se trata es el buscado o querido por las partes, se recae en la teoría subjetiva. Cuando se define como la función económico-social o práctica del negocio mismo, se identifica con el contenido del negocio. Cuando se le considera como la síntesis de la función jurídica, se le confunde con el negocio en su totalidad. Con el resultado que de uno u otro modo se viene a coincidir con la teoría anticausalista, al confesarse implícitamente que la causa no es un concepto con propio significado». *Derecho de obligaciones, opus cit.* 446.

<sup>38</sup> Vid. en la doctrina DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos...*, opus cit. 275-277, y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2007): La causa del contrato, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2007, 2649-2672, y en la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 2532); 11 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2787) o 25 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4263).

<sup>39</sup> Para DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), las reglas jurídicas sobre la causa han de realizar una doble tarea, que son también las propias de una norma: definir el supuesto de hecho y fijar las consecuencias jurídicas que se le atribuyen. «Las leyes establecen los criterios o medidas conforme a los que se decidirá si hay una causa jurídica suficiente y, en caso afirmativo, cuál sea su especial eficacia (clasificación de la causa). Mas en ello se implica una operación jurídica previa, la de establecer cuáles sean los hechos que habrán de someterse a aquella medición (alcance de la investigación judicial). Esta es la que ha de considerarse el aspecto subjetivo, y aquella otra la que constituye el aspecto objetivo de la causa. El uno supone el otro, por lo que la confusión entre ellos será fácil. La causa puede ser así considerada como aquel propósito negocial que es medido por la regla legal, y también como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial. Equívoco corriente y no solo propio del lenguaje jurídico; así, cuando se habla de un metro de algo, se puede hacer referencia bien a aquello con lo que se mide, como a aquello otro ya medido.» *El negocio jurídico*. Edit. Civitas, 189 y 190.

<sup>40</sup> Los contratos sin causa no producen efecto alguno (art. 1275 CC). La causa ha de existir en el momento de la celebración del contrato; si desaparece posteriormente, se resolverá el contrato (STS de 21 de julio de 2010). Para que un contrato sea válido las partes deben aceptar su función económico-social, de lo contrario, no existirá un verdadero contrato sino una apariencia para conseguir fines distintos a los que el ordenamiento otorga al contrato celebrado. La causa es inexistente cuando el negocio es simulado absolutamente (SSTS de 16 de septiembre de 1991, 21 de septiembre de 1998, 31 de diciembre de 1998 y 3 de noviembre de 2004). El artículo 1275 del Código Civil exige también que la causa sea lícita y señala que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Por regla general, el Derecho no tiene en cuenta la causa en sentido subjetivo, con lo que prescinde de los motivos perseguidos por las partes al celebrar el contrato a la hora de determinar la validez de este (STS de 6 de junio de 2002). Se exceptúa el caso en que ambas partes se propongan alcanzar un fin contrario a las leyes o la moral, o dicha finalidad la persiga solo una de ellas y le conste a la otra, y se exprese en el contrato lo que hará que el contrato sea nulo por ilicitud de la causa (STS 11 abril 1994, como también SSTS de 30 de septiembre de 1988, 21 de noviembre de 1988, 4 de enero de 1991 [RAJ 1991, 106], 30 de noviembre de 2000, 6 de junio de 2002 y 10 de junio de 2015). De ahí que el artículo 1276 del Código Civil establezca que la expresión de una causa falsa en el contrato dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita (STS de 1 de abril de 2000) La prueba de la existencia de otra causa verdadera y lícita corresponde a quien sostiene la validez del contrato (SSTS de 23 de mayo de 1980, 16 de diciembre de 1986 y 26 de noviembre de 1987).

<sup>41</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019): Los requisitos de la causa del contrato, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, accesible en: <https://idibe.org/tribuna/los-requisitos-la-causa-del-contrato-segun-la-jurisprudencia-del-ts/>. Este autor recoge jurisprudencia relevante en materia de causa contractual. Destaca la siguiente: Puesto que el artículo 1277 del Código Civil presume que la causa existe, en la duda, habrá que

entender que el acto jurídico es verdadero y eficaz mientras no se pruebe lo contrario (SSTS de 16 de septiembre de 1991, 30 de abril de 1999 [RAJ 1999, 7002] y 20 de octubre de 2005). La falta de causa en las relaciones contractuales exige prueba a cargo de quien la invoca, bien directa o indirecta de las presunciones que suele ser la operante tratándose de simulación absoluta (STS de 27 de junio de 1996). Es insuficiente, a estos efectos, la demostración de la mera discordancia entre el valor de la finca y el que se hizo figurar en el contrato (STS de 21 de mayo de 2014). Ha de quedar probada la inexistencia de precio y no la mera falta de pago de este, pues, como dice la STS de 5 de mayo de 2016, la falta de pago del precio no puede equipararse a su inexistencia (STS de 11 de febrero de 2016). Se ha desestimado la demanda de declaración de nulidad de una compraventa en favor de las personas que cuidaban de la vendedora, considerando que no había quedado demostrado que el precio pagado fuera vil o irrisorio, constatando que no existe una exigencia legal de que el precio sea justo (STS de 3 de noviembre de 2015). El vendedor (o sus herederos) podrá alegar la simulación absoluta, es decir, la inexistencia de la causa para recuperar sus bienes, si quien aparecía como comprador, se negara a devolvérselos (STS de 23 de octubre de 1992 y 24 de octubre de 1995). El autor señala que, del mismo modo, los acreedores o legitimarios de quien aparecía como vendedor podrán impugnar la validez de la compraventa, en cuanto perjudicados.

<sup>42</sup> LACRUZ (1994) *Derecho de obligaciones, opus cit.* 448.

<sup>43</sup> Cabe recordar aquí la importante aportación de VON THUR, A. (2006) para quien toda atribución jurídica se fundamenta en una finalidad jurídica (la causa), que por lo general establecen las partes. El negocio de atribución patrimonial es causal cuando, como ocurre en la mayoría de las relaciones crediticias, el acuerdo sobre la causa integra el negocio de atribución. Sin embargo, y con más frecuencia, el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento externo que no entra en el *factum* de la atribución; si la atribución se efectúa mediante contrato, para su validez no se exige más que el acuerdo de las partes respecto de la modificación jurídica que pretenden realizar. VON THUR, A. (2006): *Parte general del Derecho Civil*. Traducción de Wenceslao Roces. Edit. Comares.

<sup>44</sup> DIEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos...*, *opus cit.* 279.

<sup>45</sup> La garantía personal únicamente puede existir en relación con una deuda ajena, dado que el deudor responde *ex artículo* 1911 con todo su patrimonio. La garantía real puede establecerse tanto por deuda ajena como propia. La garantía personal más antigua y usual es la fianza. En el ámbito mercantil, cumple también función de garantía el seguro de crédito, contrato en el que el asegurador garantiza al acreedor, a cambio del pago de una prima, y para el caso de que su deudor no cumpla al vencimiento, el pago de una indemnización. Ahora bien, a diferencia de la fianza, el seguro de crédito es un contrato principal.

<sup>46</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa en los contratos de garantía, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 a 755.

<sup>47</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa..., *opus cit.* 710. Señala este autor que, si la garantía real se constituye sobre cosa ajena, quedará sujeta a responsabilidad, como si de un patrimonio propio se tratara, una cosa que antes no lo estaba.

<sup>48</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2001): Garantías personales y reales, *Curso de Derecho mercantil*, T.II, (Coord. URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.), Edit. Civitas. 651.

<sup>49</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022): «La ejecución *opus cit.* p. 43, quien considera como argumento a favor la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) que señala que es un presupuesto del comiso que el pacto de apropiación se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. La STS de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que solo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender».)». Y recuerda que como gráficamente

señalan CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008): *Tratado de los Derechos de Garantía* (2ª ed), p. 208, «la norma prohíbe los pactos que entrañan una apropiación causalizada en la concesión del crédito».

<sup>50</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) señala que, tratándose de una deuda líquida, vencida y exigible, la transmisión del inmueble mediante su venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una finalidad de garantía sino solutoria. Y, con cita de la RDGRN de 20 de julio de 2012, señala que «no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, «por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. art. 1261-3.º, 1274 a 1277 CC)». En parecido sentido, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021) señala que un pacto comisorio *ab initio* coetáneo en el tiempo a la constitución de la garantía, no puede convertirse en un modo de adquisición de la propiedad ante el incumplimiento del deudor, *La prohibición... op. cit.* p. 44.

<sup>51</sup> La STS de 15 de junio de 2008, destaca este aspecto: Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio solo es aparente, la transmisión dominical solo obedece a esa finalidad de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (arts. 1261.3 y 1274 CC).

<sup>52</sup> La STS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017/595) señala, además: «En efecto, desde la literalidad del compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipotecarios se observa, con claridad, que la garantía otorgada se halla causalmente vinculada al nacimiento del futuro crédito de los fiadores, cuya indemnidad se garantiza de forma coetánea a la constitución del préstamo hipotecario, en la misma fecha y en unidad de acto. De forma que la disposición de la vivienda en favor de los fiadores opera automáticamente ante el incumplimiento total o «parcial» de los deudores. Sin ningún procedimiento objetivable de realización del bien y con ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo hipotecario suscrito. Del mismo modo dichos deudores hipotecarios no reciben ninguna contra-garantía por la disposición efectuada en favor de los fiadores, pues para la entidad bancaria continúan sujetos a la relación crediticia y, por tanto, siguen respondiendo de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario».

<sup>53</sup> La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) recuerda, con referencia a la STS de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4239), que el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC). En igual sentido la Resolución de 27 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. De acuerdo con DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), la utilización de un camino indirecto merecerá el estigma de ser en fraude, «si con ello se ha buscado esquivar la sanción que merece el resultado perseguido». Así, la figura del fraude se centra en una anomalía que afecta la causa y que puede determinar su ilicitud o resultar en ser otra la naturaleza del negocio. Se ha de distinguir si se ha contrariado una norma prohibitiva y condenatoria o una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios; en este caso, no habrá causa ilícita, sino sumisión a las reglas correspondientes a la finalidad real del negocio. *El negocio jurídico, opus cit.* 374.

<sup>54</sup> La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) recuerda que es doctrina reiterada de la Sala que la contravención de esta prohibición provoca la nulidad absoluta del pacto

al infringir un precepto de *ius cogens*, incluso de orden público. En efecto, así lo señalan, entre otras, las SSTS de 25 de septiembre de 1986 (*RJ* 1986, 4789), 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 735), 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003), 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474), 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037), 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4239) y RRD-GRN de 12 de septiembre de 2012, 22 de febrero de 2013, y 26 de diciembre de 2018, entre otras, que se refieren también a que el pacto comisorio altera la conmutatividad de las prestaciones. Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2022) señala que, sin embargo, en puridad, no se trata de un problema de conmutatividad (que, en rigor, significa que el intercambio de prestaciones esté previsto de manera fija al perfeccionar el contrato), ni de equivalencia de prestaciones (toda vez que el código en los contratos que suponen intercambio deja su fijación a la voluntad de los contratantes, minimizando la posible incidencia de las acciones rescisorias por perjuicio de una de las partes) y señala que, quizás por ello, el Derecho Civil catalán, más celoso que el Código Civil con la tutela del precio justo y del equilibrio de prestaciones en los contratos onerosos, no consagra (al menos de forma explícita), la prohibición del pacto comisorio (621-46 CCCat), «La ejecución... *opus cit.* 43. La STJC núm. 12/2019, de 18 de febrero, cuyo criterio confirma otra sentencia del mismo tribunal de 28 de febrero de 2019, llega a afirmar que «No existe una regla general prohibitiva con carácter general del pacto comisorio en derecho civil catalán...sin perjuicio de ser rechazado cualquier tipo de enriquecimiento injusto que conforme a las circunstancias del caso revelen un inadmisibles sacrificio patrimonial para el deudor, el propietario del bien o para los dos): La ejecución de la prenda, *La prohibición... op. cit.* p. 46. Como recuerda CORDERO LOBATO, E. (2021) Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio, *Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías*, 626 y ss., en este caso (a diferencia de lo que para la usura prevé el artículo 3 de la ley Azcárate de 1908) no se deriva ninguna sanción para los que infrinjan la prohibición del artículo 1859 del Código Civil y es curioso que se enmarque este precepto dentro del sector de mayor imperatividad, como es el del «orden público», siendo que existen normas estatales y autonómicas (art. 468 del Fuero Navarro) que se desvían de esta regla prohibitiva. En igual sentido DE BARRÓN ARNICHEs, P. (2021): La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario, *RCDI* núm. 785, 1547-1604.

<sup>55</sup> La RDGSJFP de 27 de octubre de 2020 señala que el Tribunal Supremo —Sala Primera— ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003), 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474) y 5 de junio de 2008) «que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.».

<sup>56</sup> Señala el artículo 1175 del Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquel de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil». Vid. la STS de 26 de junio de 2020 sobre la prohibición de enriquecimiento injusto.

<sup>57</sup> La STS de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474) declara la nulidad del pacto comisorio en un contrato de compraventa simulado y en dos casos de contratos simulados de *leasing*. Esto supone un argumento a favor de la licitud, por la causa, del contrato de *leasing* y de la nulidad cuando la causa es simulada.

<sup>58</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de febrero de 2017 recoge los presupuestos de aplicación de la prohibición de pacto comisorio en un caso en el que se analiza la validez del compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a

los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. A este respecto señala: «El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.<sup>a</sup>, ley 41 del Tit. V y 12 del Tit. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición. Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura: En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 mayo)». Y entiende que esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, «en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)».

<sup>59</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) considera que el régimen de resolución del contrato de *leasing* (recuperación del bien por la entidad de *leasing* sin tener que devolver ninguna parte de las cuotas ya percibidas) aplicado a inmuebles vulnera los más elementales principios de justicia material y da lugar a un enriquecimiento injusto para el arrendador financiero en perjuicio del propio arrendatario financiero y de cualesquiera terceros que puedan ostentar algún interés legítimo en la consistencia de su patrimonio. El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, p. 247.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001): El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, N<sup>o</sup> 239, 201 y sigs. Esta autora se refiere al procedimiento previsto en la LVPBM para el caso de que el usuario incumpla su obligación de pago de las cuotas previstas, siempre que el contrato esté inscrito en el RBM o conste en documentos del tipo de los descritos en los números 4 y 5 del artículo 517 LEC, esto es, en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario (DA 1<sup>a</sup>. 3 LVPBM). De acuerdo con DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) este procedimiento de corte interdicial que se dirige a recuperar la cosa, al prescindir de la subasta como medio para obtener el pago de lo debido con el valor de realización del bien, hace que parezca que la propiedad sobre la cosa por la empresa de *leasing* no se configure como función de garantía del pago. Sin embargo, no debe ser esta la conclusión, sino, al contrario, la de sostener la inadecuación del procedimiento dada la verdadera función de garantía que cumple el dominio según se deduce de la articulación de los distintos elementos configuradores de la compleja operación de *leasing*. Por ello, este autor entiende que no le falta razón a la doctrina que sostiene que con el procedimiento de referencia se legitima el pacto comisorio. En su opinión, «la diferencia de trato sin embargo se recorta e incluso desaparece si, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de abril del 2001) el procedimiento indicado se considera dirigido a la recuperación de la cosa por lo que no puede ejercitarse si, previa o simultáneamente, no se ejercita la verdadera acción resolutoria del contrato. Y, por supuesto, al margen quedan las pretensiones dirigidas propiamente al pago, tanto de las cuotas debidas por el usuario como de la indemnización correspondiente al incumplimiento. Es razonable sostener que la acción cuasi-interdicial indicada antes no ha de convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado al combinarse con la acción resolutoria. Un criterio satisfactorio en este sentido consiste en que no debe



aceptarse que el incumplimiento del contrato resulte ventajoso para la financiera. Así lo señaló acertadamente la sentencia de 12 de junio de 1998». El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPrints Complutense, 2010, Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf). p. 27 y 28.

<sup>61</sup> La STS de 15 de abril de 2010 recuerda otras sentencias referidas a la figura del *leasing* inmobiliario, *leasing* de retorno o *lease-back*, y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente de 16 de mayo de 2000 y 2 de febrero de 2006. En relación con la posibilidad de que en el fondo de la operación pueda alojarse el pacto comisorio, señala que es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de *leasing* o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimación del arrendador para formular tercería de dominio, con la posible aplicación de la LRU (Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio. Entre dichos elementos, señala: [...] 7) El equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien objeto del mismo «requisito subrayado por las SSTs de 16 de mayo de 2005 y 10 de febrero de 2005», y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real de bien «cuya falta es especialmente significativa cuando existe una situación de dificultad económica de la empresa arrendataria», unido al carácter homogéneo o progresivo de la amortización (art. 115.44 TR Ley del Impuesto sobre Sociedades) como elemento especialmente demostrativo del mantenimiento de la finalidad económico-social propia del arrendamiento financiero de facilitar mediante un especial régimen de uso de determinado bien o bienes de carácter instrumental, del que este ha querido desprenderse con anterioridad, las actividades productivas del arrendatario. 8) El equilibrio de las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares, la posible situación de dificultad de la empresa concesionaria y, según algunas posiciones doctrinales, el equilibrio, en caso de incumplimiento, entre las prestaciones de ambas partes, en proporción a los perjuicios de carácter financiero que supone para el concedente la frustración del contrato por incumplimiento y, una vez más, en consideración al carácter de bienes muebles e inmuebles del objeto del contrato y la peculiar naturaleza de cada uno de ellos en cuanto a su posible depreciación.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) también considera que la resolución del contrato por incumplimiento no debería dar lugar a un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero y de los terceros interesados en su patrimonio; y, además, que el crédito del arrendador financiero no debería beneficiarse de una preferencia crediticia superior a la de un acreedor hipotecario, El *leasing* inmobiliario..., *opus cit.* p. 248.

<sup>63</sup> Para la justificación de esta figura desde un punto de vista causal nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B. (2022): Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791, 1443-1492.

<sup>64</sup> VIGIL DE QUINONES OTERO, D. (2021): La voluntad en el proceso de inscripción: las inscripciones obligatorias. La inscripción constitutiva. Las inscripciones llamadas declarativas y el efecto de no inscribir. La inscripción en el *iter* transmisivo de un derecho: la tradición y la inscripción. La causa y la inscripción. El problema del consentimiento formal». Parte III. El registro de bienes: el Registro de la Propiedad, *Tratado de Derecho civil. Tomo X: la fe pública registral*. (Rams Albesa, J. (Dir.), Lacruz Bescós, J.L. (Coord.) y Quiñones Otero, D.V.D. (Coord.), Edit. Dykinson, (págs. 391- 415). Para este autor, la explicación de VON THUR, según la cual la causa lo es de la atribución patrimonial cobra especial relevancia en el Registro, 409.



<sup>65</sup> Señala la STS de 20 de abril de 2016: «la anulabilidad del contrato de constitución de la hipoteca ciertamente no sanada por su inscripción (art. 33 LH), no comportó la nulidad ni la anulabilidad de la venta o adjudicación judicial de la vivienda a don Alberto: no comportó la nulidad o anulabilidad del título de adquisición de este, sino un defecto del poder de disposición (*ius distrahendi*) que, conforme a la apariencia registral, tenía la compañía ejecutante sobre la vivienda objeto de la hipoteca». La sentencia continúa «ese es precisamente el tipo de defecto frente al que el artículo 34 LH quiere proteger al adquirente». Y con referencia a la STS de 21 de junio de 2011, que reitera la consolidada doctrina jurisprudencial —que vuelve a aplicar el ATS de 16 de septiembre de 2014— dispone: «El artículo 34 LH contempla los supuestos de adquisiciones *a non domino* [de quien no es dueño] a favor de los terceros de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho). La norma establece la protección del tercero hipotecario justificada (STS de 8 de octubre de 2008) por la necesidad de reforzar la confianza en el Registro y en la realidad de la que este se hace eco, garantizando a todos los que adquieren derechos inscritos llevados de esa confianza que van a ser mantenidos en la titularidad de los mismos, una vez que consten inscritos a su favor, al margen de las vicisitudes que puedan afectar al título del transmitente que no tengan reflejo registral, sin que, por tanto, la titularidad inscrita pueda verse atacada por acciones fundadas en una determinada realidad extrarregistral ajena al contenido del Registro inmediatamente anterior a su adquisición.». La STS del Pleno de 5 de marzo de 2007, precisa que es tercero en el campo del derecho hipotecario el adquirente al que, por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede afectarle lo que no resulta de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro adoleciera de vicios que los invalidaran». Lo relevante de esta doctrina es que sienta como regla que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* (de quien no es dueño) porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparece con facultades para transmitir la finca. En el mismo sentido las SSTS de 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 y 10 de octubre de 2007, 5 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 6 de marzo de 2009 y 23 de abril de 2010.

<sup>66</sup> La RDGRN de 17 de enero de 2003 exige que el carácter de la adquisición quede claro. Así, en el expediente de dominio, para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, ha de indicarse el título material de adquisición de aquel a cuyo favor se reanuda el tracto sucesivo, puesto que son distintos los efectos de la adquisición onerosa y de la gratuita.

<sup>67</sup> Señala VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021): que en el Registro hay una serie de actos para los cuales únicamente se requiere el consentimiento del titular, de modo que no se solicita la causa, y, consecuentemente, tampoco se califica esta. Normalmente son actos modificativos del derecho (por ejemplo, alterar una servidumbre o extinguirla, cancelar una hipoteca o modificar su rango) o del objeto de este (por ejemplo, reducir la cabida registrada de una finca). Sin embargo, en ocasiones, como ocurre con las cancelaciones, se trata de verdaderos actos de extinción de los derechos que implican una adquisición por parte de otra persona: el titular gravado pasa a ser titular libre. Del mismo modo, los negocios sobre el rango siempre tienen una causa, pero ni se pide ni se inscribe (art. 241 RH). Para este autor, si en la práctica un titular viene a consentir un cambio de titularidad sin causa, sea por renuncia o no, se le admite: pensemos por ejemplo en que una sociedad aporta una rama de actividad a otra que la absorbe, y que en dicha rama se aporta una finca que luego en realidad se juzga que no era de la rama si no de otra unidad de negocio de la misma sociedad. ¿Cómo deshacer la inscripción? El procedimiento causalista más puro llevaría a una novación del negocio de fusión. La práctica, en cambio, nos permite un consentimiento formal (de ambas partes afectadas) a la cancelación que ocasiona la «resurrección» de una titularidad cancelada por mero consentimiento que tiene los mismos efectos traslativos que tendría el negocio de nova-

ción, pero sin pedir causa (que la habrá, nadie lo duda), sino solo consentimiento. Así ocurre en el artículo 17 del RD 1093/1997 en relación con la inscripción de operaciones urbanísticas cuando el adjudicatario de la finca de resultado era transmitente o causante del titular actual, que por la inscripción de la operación ve cancelado su derecho. Dicha transmisión tiene ciertamente la causa del negocio que ocasionó la adquisición de la finca de origen por el causahabiente, pero para la operación registral no se pide causa, si no solo consentimiento. Si admitimos soluciones así para casos no previstos, y el legislador va extendiendo poco a poco los supuestos de excepción a nuevas necesidades, entonces el sistema está más afectado por el principio de consentimiento de lo que parece. Si a ello unimos que en la doctrina la causa va perdiendo progresivamente consideración como elemento del negocio (se ha suprimido en Francia, que tanto ha influido nuestro Derecho de obligaciones), de modo que se va pensando en que sus funciones se alcanzan con otros instrumentos (como los límites a la autonomía privada o las causas de nulidad), la concepción causalista tal vez pueda decaer en el futuro hacia un sistema donde se valore como fundamental el consentimiento y se exija, eso sí, que concurren una serie de circunstancias para que la adquisición se considere justa». En lo relativo a la expresión de la causa, la doctrina apunta tres problemas que pueden presentarse en la práctica registral: 1.º) la contradicción, que ocurre cuando al negocio jurídico se le denomina de distintas maneras (p. ej. unas veces compensación y otras, condonación). En tal caso debe suspenderse la inscripción por falta de determinación (art 18 LH), que afecta, tanto a la validez (principio de legalidad), como a la claridad de lo que se inscribe (principio de especialidad); 2.º) la incongruencia, cuando se denomina al negocio jurídico de manera no coincidente con su contenido. En este supuesto, si no existe duda acerca del negocio que realmente se quiere celebrar, se practicará la inscripción como tal, dado que la determinación de la inscripción no compete a las partes sino al registrador. No obstante, en la práctica se suele advertir a las partes de lo que se debe inscribir para que estas decidan si se lleva a cabo, y c) la simulación negocial. Circunstancia, de difícil apreciación por el registrador, que hace que el negocio se inscriba de acuerdo con la causa expresada, sin perjuicio de su posible impugnación (arts 40, 82 LH), La voluntad, *opus cit.*, págs. 413-415.

<sup>68</sup> DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021), señala que el análisis histórico muestra la admisión que tradicionalmente han tenido estas dos versiones «dulcificadas» del pacto comisorio. Su licitud se basa en el principio de autonomía de la voluntad, la inexistencia de riesgos para el deudor y el respeto a los principios jurídicos que rigen los procedimientos ejecutivos. La autora considera que la regla que prohíbe el pacto comisorio no es de justicia material (equivalencia de las prestaciones), sino de justicia formal (exclusión de los acuerdos ejecutivos que permiten la apropiación de la garantía por el acreedor en el momento de conceder el crédito), de ahí que se admita en la modalidad *ex intervallo* (una vez constituida la garantía). En su opinión, la reformulación de la deuda pendiente y no satisfecha encubre un pacto comisorio *ab initio* al permitir que, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor pueda optar entre la exigencia de lo debido o la mal llamada opción de dación en pago que encubre el acuerdo prohibido, y la práctica demuestra que el pacto comisorio *ab initio* se enmascara en una garantía real atípica. *La prohibición del pacto comisorio... opus cit.* 102 y sigs.

<sup>69</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5.ª edición, Edit. Tecnos, 499 y sigs., ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil, III, op. cit.*, 246, FELIÚ REY, M.I. (1995): *La prohibición, opus cit.*, 90 a 95.

<sup>70</sup> Vid. BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): *Teoría general, opus cit.*, 566 y sigs. También RDGRN de 20 de julio de 2012 y SSTS de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082), 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) y 4 de diciembre de 2002). En principio, la nulidad, solo afecta a la cláusula comisorias (STS de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082).

<sup>71</sup> La RDGSJFP de 15 de marzo de 2021 señala que no es este el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan

en modo alguno «en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados)».

<sup>72</sup> La resolución cita como ejemplo de estas nuevas vías el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquella, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido. El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (SSTS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004; y en un caso en que los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —Bolsa de Nueva York—, STS de 24 de junio de 2010). En la doctrina, GALICIA AIZPURUA, G. (2012) critica el Real Decreto Ley 5/2005 y la jurisprudencia citada por erosionar el principio de conmutatividad en relación con la causa de los contratos: *Causa y garantía fiduciaria*, Edit. Tirant lo Blanch. Un análisis del RD-Ley 5/2005 en relación con la extensión de la prohibición de pacto comisorio puede verse en: REDONDO TRIGO, F. (2007): El pacto marciano, el pacto «*ex intervallo*» y la fiducia «*cum creditore*» en las garantías financieras del Real Decreto ley 5/2005, *RCDI*, núm. 699, 355-375.

<sup>73</sup> ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III... op. cit.*, 247, considera lícito el pacto comisorio acordado tras el incumplimiento de la obligación si bien, muestra sus dudas en relación con el acordado del incumplimiento, en especial, en relación con el riesgo de simulación (documentos otorgados simultáneamente, pero con distintas fechas).

<sup>74</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 500, consideran que, aún en el caso de que el deudor al pactarlo ya no esté en una situación angustiosa, el pacto es perjudicial para los demás acreedores. Rechazan también el pacto comisorio *ex intervallo* IRURZUN, D. (1965): *Estudios de...*, *op. cit.*, 63 y MAS ALCA-RAZ, C. (1965): El pacto comisorio, *Estudios de Derecho Privado*, (dir. DE LA ESPE-RANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.), vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, 63. Por su parte, FELIÚ REY, M.I. (1965) considera que debe admitirse tal pacto *ad casum*, siempre que no se vulnere el principio de proporcionalidad entre el valor de lo entregado y lo adeudado, y que se respeten los intereses de los terceros. La prohibición, *opus cit.*, 103 a 105.

<sup>75</sup> Para PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022) esta jurisprudencia permite deducir que «el pacto de apropiación puede ser válido, si actúa como mecanismo de ejecución, sujeto a las reglas de esta, y no como una consecuencia expropiatoria ligada al incumplimiento del deudor, sin que pueda entenderse que dicho pacto dote de causa traslativa al contrato de garantía. La línea que separa el ejercicio del *ius distrahendi* de la apropiación de la garantía prohibida por el código viene marcada por la mediación de un proceso de ejecución que determine el valor del bien pignorado pues el poder del acreedor no puede proyectarse sobre el mismo sino hasta el importe asegurado. El valor «real» u objetivo de la cosa permite diferenciar la parte que se puede aplicar al derecho del acreedor, a su pretensión de reembolso, que es lo que ampara la garantía, y la parte sobrante que corresponde al dueño de la prenda». La ejecución de la prenda, *opus cit.* p. 46.

<sup>76</sup> En este contexto, las RRDGSJFP de 15 de marzo de 2021 y 10 de marzo de 2022 recuerdan que es la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que sirve para dotarla, no solo de autenticidad, sino de adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. Así, si no se adoptan concretas previsiones en lo relativo a las garantías procedimentales pactadas y a la tasación como instrumento de adecuada valoración del bien, no se conjura el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse un pacto se vuelva inequitativo a la hora de ejercitar la opción; lo que no mantiene el equilibrio entre las partes (conmutatividad) y genera el peligro de un posible enriquecimiento injusto. (RDGSJFP de 10 de marzo de 2022 -que señala que en el caso analizado tampoco existe previsión que tenga en cuenta los posibles derechos de terceros afectados).

<sup>77</sup> Sobre esta figura *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compra-venta con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172.

<sup>78</sup> La venta con pacto de retro o a carta de gracia se recoge en el Código Civil, en el Derecho catalán y en la Compilación navarra.

<sup>79</sup> *Vid.* al respecto FAUS PUJOL, M. (2022): Venta con pacto de retro según el Código Civil, en *Práctico Contratos Civiles*, Edit. VLex. Para este autor, el derecho de retracto, desde un punto de vista económico, puede resultar útil cuando el precio de las cosas vendidas puede oscilar mucho. Así, el vendedor ejercitará su derecho cuando el valor de la cosa sea superior al que se le pagó en su día (esto puede ocurrir con los valores mobiliarios). En el caso de venta de inmuebles el precio será normalmente inferior al de mercado, atendida la posible resolución posterior, 120 y sigs.

<sup>80</sup> SAPENA TOMAS, J. (1957): Actualidad de la «fiducia cum creditore», *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII, págs.125-212.

<sup>81</sup> MAS ALCARAZ, C. (1965) recomendó reconfigurar el derecho del acreedor (comprador) en caso de impago de su crédito en el plazo convenido como un derecho de realización del valor de la finca vendida (no como un derecho de apropiación definitiva), destinar el precio obtenido al pago de su crédito y restituir el sobrante al deudor. Con esta reconfiguración, en fase de ejecución, a las garantías típicas se evita todo pacto comisorio. «El pacto comisorio, *opus cit.*, 78; BUSTOS PUECHE, J.E. (1990) consideró que la compraventa con fin de garantía, más que un pacto comisorio oculto es un caso de simulación relativa dado que falta la causa de la compraventa. Teoría general... *opus cit.*, 570. En esta línea se pronunció la DGRN en resolución de 18 de octubre de 1994 al señalar: «Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado».

<sup>82</sup> La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) se refiere a las SSTs de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658) y 20 de diciembre de 2007.

<sup>83</sup> Sobre esta figura *vid.* MARTÍNEZ SANCHIZ, J.Á. (1992): La prohibición de comiso y la venta a carta de gracia. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2.

<sup>84</sup> Las SSTs de 25 de septiembre de 1986 (*RJ* 1986, 4789) y 29 de enero de 1996 también declaran la nulidad del pacto comisorio en un negocio indirecto. La STS de 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003) aclara que existe un pacto comisorio porque «a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que

lo permite (art. 1445 CC), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar esta por ordenarlo el artículo 6.º4 del Código Civil». Las SSTs de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082) y 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 405) sostienen que la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierte la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio. La STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) declara la nulidad absoluta del pacto de retroventa y la STS de 5 de diciembre de 2001 señala que siguen siendo propietarios reales de los bienes que quienes los enajenaron de forma simulada para garantizar el préstamo que se les concedió y, al vencimiento, si no pagan, el supuesto comprador no puede quedárselos, sino que ha de ejecutarlos como cualquier acreedor. En caso contrario, se vulneraría la prohibición del pacto comisorio.

<sup>85</sup> En ocasiones, el Tribunal Supremo ha tratado la venta en garantía desde la perspectiva de su subunción en la categoría de los negocios fiduciarios. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037), señala que la transmisión en garantía es un negocio fiduciario del tipo de la fiducia *cum creditore*. Por ello, el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que, al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a un tercero que estará protegido en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. De acuerdo con esta sentencia, la transmisión de la propiedad con fines de seguridad o «venta en garantía» es un negocio jurídico en el que por un modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no puede pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4.º CC). La STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) considera características de esta transmisión:

1) Que el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del bien sobre el que recae el pacto fiduciario con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y asegurarle que estará sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

2) Que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

3) Que la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

4) Que el fiduciario, en caso de impago de la obligación garantizada, debe proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de contar con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin tener acción real contra este.

El Alto Tribunal ha sostenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo. No obstante, también ha señalado en la sentencia de 26 de abril de 2001 que «la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada «causa fiducia» y cada vez más lo asimila al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez, y que la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones considera que existe simulación (la STS de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad

perseguida, que solo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»; la de 5 de abril de 1993 señala: «lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia»; la de 22 de febrero de 1995, refiriéndose a un negocio fiduciario, dice que «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante» y añade: «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...»; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la «simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes...»; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara «ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo»).

<sup>86</sup> En igual sentido, las RRDGSJFP de 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021 también recuerdan que la prohibición del pacto comisorio se aplica incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. Las RRDGRN de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se había concedido en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Y, con referencia a las RRDGRN de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, señalan que comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos y que el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distrahendi», en que está prevista la suerte de estos.

<sup>87</sup> También la RDGRN de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición del pacto comisorio a una venta con pacto de retro en garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia. Y las resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008 también concluyeron, en relación con la opción de compra examinada ellas, que se concedía en función de garantía atendida la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta, entendiéndose que ello vulnera la prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

<sup>88</sup> La RDGRN de 20 de julio de 2012 se dicta en relación con una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda sujeta a un plazo de amortización no vencido a favor de otra sociedad, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto si llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado. En la fecha de la dación en pago no era una deuda líquida, vencida y exigible, por lo que la DGRN deduce que la dación no pudo responder a una finalidad solutoria sino de garantía. De este modo, el efecto consustancial a toda dación en pago de deuda, que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce sino de modo indirecto y solo para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada.

<sup>89</sup> Sobre los efectos de este Convenio vid., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I. (2012): El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 1415-1450; HEREDIA CERVANTES, I. (2013): El Convenio de Ciudad del Cabo, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial* de Madrid, núm. 48, 38-43; HEREDIA CERVANTES, I. (2014): La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y sus consecuencias, *La Ley mercantil*, núm. 1, 206-220.



<sup>90</sup> La opción en garantía es la constitución sobre un bien inmueble de una garantía que consiste en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su tiempo con la obligación garantizada, estableciéndose como precio de la compra la cantidad debida. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado contraria a la inscripción de esta figura al alcanzarle la prohibición de pacto comisorio (RRDGRN de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de mayo de 1992). FELIÚ REY, M.I. (1995) señala que en la prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía la jurisprudencia prohibitiva de la DGRN contrasta con la del Tribunal Supremo que, en varias sentencias, al tratar de la opción en garantía, elude toda referencia al pacto comisorio y parece admitir ese tipo de opción si no se da un desequilibrio económico entre las partes. El autor considera que la diversidad de criterios se debe a la distinta función que desarrollan y se muestra partidario de admitir la opción en garantía, tanto en el estadio de su calificación registral como en el de aplicación del Derecho al caso concreto, cuando se garantice el principio de proporcionalidad de las prestaciones (cuando se trate de un pacto marciano). «La prohibición, *opus cit.*, 160.

<sup>91</sup> A la vista de todo lo anterior, la resolución de 28 de enero de 2020 considera que ello conduce a una clara conclusión, y es que «a diferencia de las atribuciones de la función jurisdiccional, no es competencia del Centro Directivo, ni del registrador/a que emite la calificación, entrar a analizar las circunstancias o relaciones subyacentes «inter partes» que puedan darse en un determinado caso, y sean expuestas por una de las partes interesadas en él». Y recuerda que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni la Dirección General, «pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los arts. 1859 y 1884 CC). Y esta declaración de principios, goza de un claro refuerzo a la vista de lo que las partes —bajo su responsabilidad y bajo fe notarial— han manifestado en el acta aportada y calificada, y en la que paladinamente se asevera que la opción pactada «no se establece en función de garantía y, por tanto, no constituye la vulneración del principio de prohibición del pacto comisorio al que se refieren los artículos 1859 y 1884 del Código Civil».

*(Trabajo recibido el 21 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)*





# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



La distribución de competencias en  
materia de vivienda entre el Estado  
y las comunidades autónomas  
(A propósito de la Ley por  
el derecho a la vivienda)

*The distribution of powers in matters  
of housing between the State  
and the Autonomous Communities*

por

MARIO CALDUCH ALONSO  
*Graduado en Derecho*

*RESUMEN:* La competencia en materia de vivienda corresponde a las comunidades autónomas según el artículo 148.1.3 de la Constitución española. Esa es la razón por la que la publicación de una ley estatal por el derecho a la vivienda ha suscitado un debate acerca de si debe reconocerse al Estado algún margen para legislar en esta materia. Si se analiza el ordenamiento jurídico puede advertirse que, junto a las normas autonómicas que han regulado distintos aspectos que afectan a la vivienda (viviendas de protección oficial, suelo y urbanismo, entre otros), existen normas estatales que regulan otros aspectos de la vivienda (propiedad y financiación de su adquisición, propiedad horizontal, arrendamiento, normas fiscales, normas procesales, protección de consumidores) o los mismos asuntos que han regulado las normas autonómicas pero con normas cualitativamente distintas (legislación básica en materia de suelo frente a la normativa autonómica de desarrollo). En consecuencia, la cuestión no es tanto reconocer que el

Estado es competente para legislar en materia de vivienda porque lo es, sino que lo que debe hacerse es delimitar el alcance de dicha competencia. No es fácil precisar hasta dónde puede llegar legítimamente el Estado sin invadir la competencia de las comunidades autónomas; para ello, en este estudio, se toman como referencia las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional que se han dictado sobre la cuestión, las cuales ayudan a perfilar qué aspectos referidos a la vivienda pueden ser regulados por normas estatales y cuáles no.

*ABSTRACT: The competence in housing matters corresponds to the Autonomous Communities according to article 148.1.3 of the Spanish Constitution. That is the reason why the processing of a State Bill for the right to housing has given rise to a debate about whether the State should be given some margin to legislate in this matter. If the legal system is analyzed, it can be noted that, together with the regional regulations that have regulated different aspects that affect housing (subsidized housing, land and urban planning, among others), there are state regulations that regulate other aspects of housing (ownership and financing of its acquisition, condominium property, leasing, tax regulations, procedural regulations, consumer protection) or the same issues that have been regulated by regional regulations but with qualitatively different regulations (basic legislation on land versus regional regulations on developing). Consequently, the question is not so much to recognize that the State is competent to legislate on housing matters because it is, but what must be done is to delimit the scope of said competence. It is not easy to specify how far the State can legitimately go without encroaching on the competence of the Autonomous Communities; For this, in this study, the numerous resolutions of the Constitutional Court that have been issued are taken as a reference, which help to outline which aspects related to housing can be regulated by state regulations and which cannot.*

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda. Propiedad. Competencia legislativa.

**KEY WORDS:** Housing. Ownership. Legislative competence.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. CUESTIONES PRELIMINARES: 1. CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO. 2. TRAMITACIÓN DE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA. 3. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LA LEY.—III. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY: 1. EN BASE A QUÉ FUNDAMENTOS EL ESTADO SE ENTIENDE COMPETENTE PARA LEGISLAR EN MA-

TERIA DE VIVIENDA. 2. ARGUMENTOS TENDENTES A LIMITAR O RESTRINGIR LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE VIVIENDA CONTENIDOS EN EL INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 3. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL CGPJ FAVORABLES A UNA MAYOR AMPLITUD DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE VIVIENDA. 4. EL DEBATE A LA TOTALIDAD EN EL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.—IV. ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMPETENCIAL: 1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE VIVIENDA. 2. NORMATIVA ESTATAL DE VIVIENDA. 3. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE. 4. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN BASE A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RESUELVEN ASPECTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE VIVIENDA: A) *Competencias distintas de las de vivienda atribuidas al Estado que se sobreponen de manera clara a la competencia de vivienda atribuida a las comunidades autónomas*: a) Legislación procesal. b) Legislación civil: a') Régimen de contención de rentas de los arrendamientos de vivienda. b') Procedimiento extrajudicial de mediación de carácter voluntario para las entidades bancarias y prestatarios. c') Materias que la ley entiende cubiertas por la competencia estatal en materia de legislación civil. c) Legislación relacionada con la hacienda pública. B) *Competencias distintas de la vivienda atribuidas al Estado que plantean más dudas cuando se relacionan con la competencia de vivienda atribuida a las comunidades autónomas*: artículo 149.1.1 y artículo 149.1.13 CE: a) Los títulos competenciales de los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE: expropiación de viviendas vacías, contenido del derecho de propiedad y función social de la propiedad de la vivienda. b) Contenido del derecho de propiedad. c) Función social de la propiedad de la vivienda. d) Mecanismo expropiatorio del uso de las viviendas.—V. CONCLUSIONES.—DOCUMENTACIÓN.—SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

En este estudio se van a analizar los problemas de competencia legislativa que en materia de vivienda pueden plantearse. Esta cuestión adquiere actualidad porque se ha aprobado recientemente la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

El derecho a la vivienda se encuentra contemplado en la Constitución española, concretamente en el artículo 47, conforme al cual se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y se insta a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y a adoptar las normas pertinentes para la efectividad de este derecho.

Como dice la exposición de motivos de la ley nos encontramos ante un bien esencial de rango constitucional. La relevancia de este bien y su

importancia se aprecia claramente cuando se enumeran los derechos con los que guarda relación y que aparecen también recogidos en la Carta Magna: el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el derecho a la salud (art. 43 CE), el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Además, el derecho a la vivienda debe analizarse teniendo en cuenta la libertad de empresa (art. 38 CE), la función social que está llamada a desempeñar la propiedad privada (art. 33.2 CE), el principio de protección de los consumidores (art. 51 CE), la igualdad de todos los españoles (art. 14 CE), la unidad de mercado (art. 38 CE en relación con el art. 139 CE).

La vivienda es un bien de primera necesidad y, debido a su relevancia, ha sido fuertemente regulada. En este sentido, como el artículo 148.1.3 de la Constitución española atribuye la competencia en esta materia a las comunidades autónomas, la mayoría de normas que han regulado diferentes aspectos de la vivienda son autonómicas. Y, precisamente, esta circunstancia referida ha suscitado el principal obstáculo a la aprobación de la reciente ley estatal de vivienda, ya que se ha cuestionado si el Estado tiene competencia para legislar en la materia y, en caso de que la tenga, en qué medida puede hacerlo para no vulnerar el reparto constitucional de competencias. El análisis de esta cuestión constituirá la parte central del trabajo. Para realizar el estudio he analizado los conflictos de competencia que ha resuelto el Tribunal Constitucional en materia de vivienda en relación a otras normas y que pueden suscitarse con respecto a esta ley. Esta delimitación del trabajo en torno a las sentencias del TC hace que queden fuera del trabajo algunos conflictos de este tipo que puede plantear la ley<sup>2</sup>.

En cuanto a la metodología que he seguido en el desarrollo de este trabajo, me he centrado fundamentalmente en el estudio de la documentación que la tramitación parlamentaria de la ley. Por otro lado, he estudiado leyes estatales que afectan a aspectos relacionados con la vivienda y también he tenido que recurrir a la abundante normativa autonómica dictada en la materia.

Entre la documentación estudiada, además de toda la relacionada con la tramitación de este proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, se encuentran resoluciones del Tribunal Constitucional porque son numerosas las sentencias de este órgano que guardan relación con la vivienda, en cuanto que se han planteado muchos recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas que se han dictado en la materia y porque la vivienda está relacionada con derechos constitucionales de primer orden, como he dicho anteriormente. Además, para paliar los efectos negativos de la crisis del 2008 y de la pandemia sobre el derecho a la vivienda, algunas comunidades autónomas dictaron normas con algunas soluciones novedosas (expropiación



temporal del uso de viviendas de grandes tenedores, sistema de contención de rentas de los alquileres, etc) que han sido recurridas por su dudosa constitucionalidad. De modo que en relación con los problemas competenciales que puede suscitar la vivienda, la doctrina del Tribunal Constitucional es una referencia de primer orden.

## II. CUESTIONES PRELIMINARES

### 1. CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO

Empezaré el trabajo aludiendo al contexto social y económico en el que comienza la tramitación de esta Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, concretamente cuando el proyecto de ley es presentado por el Gobierno al Parlamento para su aprobación. Para ello debo aludir a dos crisis que se suceden en el tiempo y que inciden de manera notable en el derecho a la vivienda: la crisis económica de 2008 y la generada como consecuencia de la pandemia.

La crisis económica que se desata a nivel mundial en 2008 y cuyo origen se encuentra en las hipotecas *subprime* afectó de manera importante al mercado inmobiliario en España, más precisamente al mercado de la vivienda. El desarrollo económico se había basado los años anteriores en el sector de la construcción, de manera que, pese a los precios altísimos de la vivienda en esa época, muchos particulares adquirieron viviendas de manera irreflexiva confiando en la buena marcha de la economía y la facilidad con las que las entidades de crédito ofrecían financiación sin analizar debidamente la solvencia del prestatario. Cuando se desata la crisis económica, muchos ciudadanos no pueden hacer frente a las obligaciones asumidas, de modo que se incrementan las ejecuciones hipotecarias con los consiguientes lanzamientos de sus viviendas. Todo ello generó un grave problema social que determinó la adopción de numerosas normas estatales, siendo la más importante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. También las comunidades autónomas dictaron normas en la materia haciendo uso de la competencia que les atribuye el artículo 148.1. 3 de la Constitución<sup>3</sup>.

Esta crisis de 2008 generó cambios importantes en el acceso a la vivienda en España, en cuanto que la subida de precios obstaculizaba la adquisición de la vivienda en propiedad a grandes sectores de la población, en particular, a los jóvenes para los que resultaba complicado conseguir su primer empleo y por los bajos salarios que, cuando conseguían trabajar, les pagaban, de modo que tal situación les impedía asumir los costes tan elevados que supone adquirir la propiedad de una vivienda. De ese modo

un volumen significativo de la población consideró que el arrendamiento era la vía más adecuada para cubrir la necesidad de vivienda. La Ley de Arrendamientos Urbanos sufrió algunas modificaciones en esa época: en un primer momento, se reforma a través del Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, adoptándose medidas para favorecer la posición de los arrendadores con el objetivo de que pusieran en el mercado las viviendas que no estaban habitadas (duración del contrato, la venta extingue el arrendamiento etcétera); posteriormente, el Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, vuelve a modificarla para, en esta ocasión fortalecer la posición del arrendatario. Por último, también se promulga el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Otro problema importante que planteó el acceso a la vivienda en esa época vino dado porque las Administraciones públicas no disponían de un parque público de vivienda con el que atender las necesidades de los ciudadanos más vulnerables. Hasta entonces las medidas de las Administraciones públicas se habían centrado en la vivienda protegida que permitía el acceso a la propiedad de la misma con un coste menos elevado que la ofrecida en el mercado libre; en esa situación de crisis económica, se percibió que ese modelo era insuficiente e inadecuado para que las Administraciones públicas cubrieran el derecho a la vivienda de los ciudadanos más desfavorecidos.

Cuando parecía que ya la crisis económica de 2008 se superaba, en marzo de 2020, el contagio por el Virus SARS-CoV-2 que originaba la enfermedad COV-19 llevó a la OMS a declarar una pandemia mundial que, además de todas las gravísimas consecuencias sanitarias que provocó, frustró la recuperación económica y el mercado de la vivienda se vio nuevamente afectado: muchos ciudadanos perdieron su trabajo —definitiva o temporalmente— lo que les impidió hacer frente al pago de la renta de los alquileres aumentándose considerablemente los desahucios por impago; así mismo, las obligaciones asumidas para adquirir la propiedad de la vivienda dejaron de cumplirse en un volumen considerable, lo que afectó nuevamente al derecho a la vivienda que la Constitución reconoce a los ciudadanos en el artículo 47.

Más recientemente, en febrero de 2022, se produce la invasión de Ucrania por Rusia. Esta guerra que está teniendo lugar actualmente en un país europeo —aunque no es miembro de la Unión Europea— ha ahondado la situación de crisis económica provocando una escalada inflacionista que está afectando al mercado inmobiliario aumentando el coste de producción de las viviendas y, en consecuencia, el precio de la propiedad de las mismas; la subida de la inflación provoca la subida del precio de las rentas de los arrendamientos que debe reajustarse anualmente al índice de precios al consumo que se ve irremediadamente influido por la inflación<sup>4</sup>; la subida de

los alquileres referenciados al Índice de Precios al Consumo puede generar a corto plazo muchos desahucios provocando que los grupos sociales más vulnerables vean más complicado todavía el acceso a la vivienda.

En cuanto al contexto político en el que se presenta este proyecto de ley por el derecho a la vivienda, hay que tener en cuenta que España en el momento en que comienza la tramitación de esta ley se encuentra dirigida por un Gobierno de coalición con miembros del PSOE y de Unidas-Podemos que tienen repartidas las carteras ministeriales. Esta medida gubernamental parece que fue una contrapartida que se aceptó para que Unidas-Podemos apoyara los últimos presupuestos generales que el PSOE quería aprobar. De modo que esta ley sería una compensación de carácter político, como destacan otros grupos políticos en sus intervenciones durante la sesión del Parlamento en la Sesión Plenaria número 159, celebrada el jueves 10 de marzo de 2022, cuando se produce el debate de totalidad de este proyecto de ley. Esto es importante para aclarar las bases ideológicas de algunas medidas propuestas en la ley. Aunque justo es decir que la propuesta al parlamento se hace desde dos ministerios, uno del que es titular una ministra del PSOE y otro del que es titular una ministra del grupo Unidas-Podemos.

Y es, precisamente, en ese contexto económico, social y político en el que el Gobierno de la nación decide proponer una ley estatal de vivienda cuya tramitación expone en el epígrafe siguiente.

## 2. TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

La tramitación de este proyecto procede de una iniciativa adoptada por los Ministerios de Transporte, movilidad y agenda urbana y el de Derechos sociales y Agenda 2030 —del primero es titular un miembro del PSOE y del segundo un miembro de Unidas-Podemos—. Estos dos ministerios propusieron la adopción de una ley estatal de vivienda mediante la publicación de un *anteproyecto de ley por el derecho a la vivienda*<sup>5</sup>.

En cumplimiento del artículo 133.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del artículo 26.6 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, este Anteproyecto se abre a la participación ciudadana para recabar cuantas aportaciones puedan y quieran hacer otras personas y entidades; este trámite se mantuvo abierto hasta 18 de noviembre de 2021.

Se remitió dicho anteproyecto de ley por el derecho a la vivienda al Consejo General del Poder Judicial para que evacuara el informe preceptivo en base a lo previsto en el artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Fue designado como ponente el vocal don Álvaro CUESTA MARTÍNEZ, cuyo informe se debatió en el pleno del Consejo el

14 de enero de 2022. Dicho informe fue rechazado —por 15 votos a 6— al estimarse las alegaciones que suponen una enmienda a la totalidad presentadas por el vocal don Enrique Lucas MURILLO DE LA CUEVA, designándose a este vocal junto a don José Antonio BALLESTERO PASCUAL para emitir un nuevo informe<sup>6</sup>. Este segundo informe se aprueba —por 15 votos a 6— con fecha de 27 de enero de 2022<sup>7</sup>. Dicho informe contiene varios votos particulares: uno de ellos se limita a poner en evidencia que el Informe definitivo ignora los estudios que se habían elaborado en el seno del CGPJ sobre la vivienda, mientras el segundo es más profundo y afecta a todo el contenido del informe definitivamente aprobado. Entre los vocales que formulan este segundo voto particular se encuentra el autor del primer Informe —Alvaro CUESTA MARTÍNEZ— que no llegó a aprobarse, por lo que puede deducirse que este voto particular puede ser el primer informe que fue rechazado por el pleno del CGPJ.

A grandes rasgos puede decirse que el informe viene a señalar las dificultades competenciales existentes para que el Estado legisle en materia de vivienda, mientras que el voto particular es más favorable al reconocimiento de la competencia estatal en materia de vivienda. Más adelante, expondré las conclusiones del informe y del voto particular.

Posteriormente, el 2 de febrero de 2022, a iniciativa del Gobierno —artículo 87 de la Constitución—, se presenta el proyecto de ley por el derecho a la vivienda (121/000089)<sup>8</sup>. Se tramitó con carácter urgente en la Comisión de Transportes, movilidad y agenda urbana, en la que se sucedieron numerosas comparecencias de expertos para informar sobre diversos aspectos de la iniciativa legislativa<sup>9</sup>.

Esta iniciativa legislativa fue objeto de debate de totalidad en el Pleno del día 10 de marzo de 2022. Este debate permite conocer el posicionamiento de los diferentes grupos parlamentarios con respecto a la iniciativa legislativa. Se presentaron cinco enmiendas a la totalidad de devolución al Gobierno presentadas por los Grupos Parlamentarios Ciudadanos, Popular en el Congreso, Plural (Sr. Bel Accensi), Plural (Sra. Illamola Dausà) y Vasco (EAJ-PNV), que son todas ellas rechazadas; también se presentó una enmienda a la totalidad de texto alternativo presentada por el Grupo Parlamentario Republicano que tampoco prosperó. Se presenta una solicitud de los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural de avocación por el Pleno de la Cámara de la deliberación y votación final del proyecto de ley que fue aprobada. La avocación es una técnica que consiste en trasladar el ejercicio de la competencia para resolver en un asunto concreto desde un órgano jerárquicamente inferior a otro superior<sup>10</sup>.

La lectura de la transcripción de dicho debate permite apreciar cuáles son los aspectos del proyecto de ley que más controversia suscitaron en dicho trámite: la invasión de competencias de las comunidades autóno-

mas, la regulación del contenido del derecho de propiedad privada sobre la vivienda, la distorsión del mercado del alquiler porque se pretende una fijación de precios al margen del mercado, la inseguridad jurídica porque puede fomentar la ocupación ilegal de viviendas, además de que altera el mercado de la vivienda en cuanto que puede retraer la oferta. Las posturas favorables a la adopción de este proyecto como ley se enfocan en destacar la importancia de disponer de una ley estatal de vivienda y se defiende que la técnica usada no invade las competencias autonómicas.

El 20 de abril de 2023 se reactiva el trámite parlamentario, aprobándose en el Pleno del Congreso de los Diputados el 27 de abril de 2023. A continuación pasa al Senado. Y se aprueba definitivamente el 24 de mayo, publicándose en el Boletín Oficial del Estado el 25 de mayo de ese mismo año.

### 3. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LA LEY

La Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda no regula un aspecto concreto de la vivienda, sino que pretende ser generalista, es decir, pretende regular el derecho a la vivienda con una gran amplitud, lo cual le hace proponer normas tanto del ámbito jurídico-público como del ámbito del Derecho privado.

El objeto de la ley se fija en el artículo primero, indicando que quiere regularse el derecho a acceder a una vivienda digna y la función social de la vivienda. Se establecen los fines que deben perseguir las políticas públicas de vivienda —artículo 2—, y se contiene un elenco de definiciones. Es destacable que el artículo 5 regula la acción pública para impugnar los actos y disposiciones dictados en aplicación de gran parte de la ley, legitimando a personas jurídicas sin ánimo de lucro que defiendan intereses generales vinculados con la protección de la vivienda. Este título preliminar concluye con la formulación del principio de igualdad y de no discriminación en materia de vivienda.

El título I regula la función social de la vivienda y su régimen jurídico, incorporando un elenco de derechos y deberes del ciudadano en relación con la vivienda. Además, se fija el contenido del derecho de propiedad sobre la vivienda, desde una perspectiva positiva —artículo 10— y negativa —deberes y cargas en el artículo 11—.

En el título II se recogen los principios generales de la actuación pública en materia de vivienda (rehabilitación, regeneración y renovación urbana, accesibilidad universal al parque de vivienda, situaciones de especial vulnerabilidad, ordenación territorial y urbanística, vivienda protegida, vivienda asequible incentivada, zonas de mercado residencial tensionado y colaboración de los grandes tenedores en dichas zonas), la actuación del Estado en materia de vivienda (planificación y programación estatal, colaboración

público-privada y fondo social de vivienda y la creación del Consejo Asesor de Vivienda) y la colaboración entre administraciones públicas.

El título III se dedica a regular los parques públicos de vivienda, para pasar a regular en el título IV las medidas de protección y transparencia a los ciudadanos en materia de vivienda y la regulación de la percepción de cantidades a cuenta del precio de vivienda por construir.

Para finalizar, se introducen algunas modificaciones en la Ley de arrendamientos urbanos para establecer un sistema de contención de las rentas de los alquileres en determinadas zonas tensionadas, se incentivan fiscalmente, en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, los arrendamientos de viviendas en determinadas circunstancias. Fiscalmente se procede a un recargo en el impuesto de bienes inmuebles cuando se trata de viviendas desocupadas con carácter permanente. Además, se modifica la Ley del suelo y rehabilitación urbana (Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

También se introduce una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los lanzamientos de viviendas, además, se regulan algunas cuestiones que guardan relación con el ejercicio de acciones en el caso de ocupación ilegítima de una vivienda — disposición final quinta— que, en los últimos tiempos ha sido objeto de una preocupación social importante.

Puede comprobarse que la Ley 12/2023 regula numerosos aspectos del derecho a la vivienda, tanto públicos como privados.

Aunque son muchas las novedades y las cuestiones que suscita la ley, nos adentramos ahora en el estudio de uno de los problemas que suscita: si el Estado tiene competencia para dictar una norma reguladora del derecho a la vivienda.

### III. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY

Las dudas acerca de la competencia estatal para legislar en la materia las suscita el artículo 148.1.3 de la Constitución que atribuye a las comunidades autónomas la competencia en materia de vivienda y el hecho de que los Estatutos de Autonomía hayan incorporado esa materia entre sus competencias exclusivas<sup>11</sup>.

#### 1. EN BASE A QUÉ FUNDAMENTOS EL ESTADO SE ENTIENDE COMPETENTE PARA LEGISLAR EN MATERIA DE VIVIENDA

Según la exposición de motivos de la Ley 12/2023, el Estado se considera obligado, por el artículo 47 CE, a proteger el derecho a acceder a una

vivienda digna y se considera que el conjunto de normas elaboradas por las comunidades autónomas para resolver los problemas de vivienda causados por la pandemia ha *puesto en evidencia la inexistencia de una legislación estatal sobre vivienda que sirva de parámetro de constitucionalidad a la elevada producción normativa autonómica en la materia*<sup>12</sup>.

La exposición de motivos para fundamentar la competencia del Estado en la materia, se refiere al artículo 149.1.1 CE que le permite regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales. Y se explica que, si el Estado regulara —en la medida en que pueda— la vivienda, se conseguiría la igualdad en relación con la propiedad de la vivienda, pero también con el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. Además, la exposición de motivos para justificar la existencia de una legislación estatal en la materia menciona sus competencias en las siguientes materias que estarían relacionadas con la misma: legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) y legislación civil (149.1.8 CE); establecimiento de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (149.1.11 CE); hacienda general y deuda del Estado (art. 149.1.14 CE); protección del medio ambiente (art. 149.1.23); y bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25).

Si bien en la exposición de motivos se alude a numerosos títulos competenciales que podrían justificar la legislación estatal en la materia, finalmente, la disposición final séptima enumera los artículos concretos de la CE en base a los que el Estado dictaría esta norma: el primero es el artículo 149.1.1 CE, referido a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, el segundo es el artículo 149.1.13, referido a las bases y a la coordinación de la planificación general de la actividad económica<sup>13</sup>; curiosamente este número 13 no se menciona en la exposición de motivos. Además, una serie de preceptos se dictan acogiendo a la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE), procesal (art. 149.1.6 CE) y de hacienda general (art. 149.1.14 CE).

Como he dicho en la introducción, la vivienda afecta a numerosos ámbitos del Derecho y en la Ley se alude a todos aquellos vinculados con ella directa o indirectamente para los cuales la Constitución española otorga competencia al Estado.

A continuación, aludiré a los argumentos que aparecen recogidos en el Informe del Consejo General del Poder Judicial y en uno de los dos votos particulares que se formulan al mismo, pues dicho informe se dedica fundamentalmente a esta cuestión.



2. ARGUMENTOS TENDENTES A LIMITAR O RESTRINGIR LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE VIVIENDA CONTENIDOS EN EL INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El informe definitivamente aprobado por el CGPJ —conclusión cuarta— acaba afirmando, en relación a la invocación del artículo 149.1. 1.º CE, que esta competencia puede alegarse *cuando es imprescindible para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos del título I CE*. Se entiende que la existencia de una pluralidad de regulaciones autonómicas no es razón suficiente para su invocación porque la pluralidad legislativa se deduce del principio de autonomía que recoge la propia Constitución. Además, se alude al *riesgo de vaciamiento* de los títulos competenciales autonómicos.

Por otro lado, con respecto al artículo 149.1.13 CE —bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—, la conclusión quinta del informe del CGPJ dice que este título competencial es muy amplio y cualquier previsión normativa puede relacionarse con la *ordenación general de la economía, los objetivos de la política económica o la unidad de mercado*. También dice que debe interpretarse de manera que no se deje *sin espacio a la actividad de las comunidades autónomas exigiendo una correspondencia suficiente de las concretas previsiones o medidas que se amparen en el citado artículo con los intereses y fines generales de la política económica o la unidad de mercado y una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general*.

Se concluye que estos títulos competenciales pueden justificar la intervención normativa del Estado como última ratio para garantizar la igualdad, *pero solo cuando los demás medios disponibles se revelen insuficientes para ello*.

En términos generales, el informe del CGPJ es restrictivo a la hora de reconocer al Estado competencia para legislar en materia de vivienda.

3. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL CGPJ FAVORABLES A UNA MAYOR AMPLITUD DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE VIVIENDA<sup>14</sup>

En uno de los dos votos particulares al informe aprobado por el CGPJ se pone de relieve —conclusión décima— la posible colisión del Anteproyecto de ley con las leyes estatales del suelo para cuya solución debe hacerse valer el principio de especialidad, y con las leyes autonómicas dictadas en materia de vivienda al amparo del artículo 148.3 CE que deberá resolverse en base al principio de competencia.

Por otro lado, se entiende que al ser una norma básica es acertado que se incorporen disposiciones contenidas en otras leyes como la regulación de las cantidades entregadas a cuenta en las viviendas por construir que

actualmente se contiene en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Este informe considera que es correcto que el Estado central se ampare en dichos títulos competenciales (arts. 149.1.1 y 13 CE) para elaborar una normativa básica en materia de vivienda porque entiende que la legislación autonómica dictada sobre la misma no garantiza el principio de unidad de mercado ni la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos.

En este sentido debe tomarse en consideración la STC 16/2018, que declara inconstitucionales algunas normas autonómicas por afectar la competencia del número 13 del artículo 149.1 CE, lo que deja un resquicio al Estado para legislar en materia de vivienda.

Este informe, además, viene a decir que el carácter básico de la ley que se encuentra en tramitación hace que las normas autonómicas de vivienda la tengan como un *parámetro de constitucionalidad*.

También, se dice — conclusión decimoprimer apartada IV— que las disposiciones civiles, procesales y relacionadas con la fiscalidad encajan en la competencia estatal en la materia al amparo de los artículos 149.1.8 y 6 CE.

De modo que puede decirse que este voto particular es más favorable que el informe definitivamente aprobado a reconocer al Estado competencia para legislar en la materia de una manera más amplia.

#### 4. EL DEBATE A LA TOTALIDAD EN EL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

En el debate a la totalidad que se desarrolló el 10 de marzo de 2022 una gran parte de las intervenciones se refieren al hecho de que el Estado no puede legislar sobre vivienda. Así se pronuncian las intervenciones de los representantes de los siguientes grupos parlamentarios: (Grupo Nacionalista Vasco, Ciudadanos, Plural, Republicano, Euskal Herria Bildu), de modo que, además de las implicaciones jurídicas, creo que debe tenerse en cuenta que el debate sobre la competencia estatal para legislar en la materia tiene relevancia en el plano político, más aún si se tiene en cuenta que el Gobierno que propone el proyecto se está apoyando en partidos nacionalistas tanto vascos como catalanes.

#### IV. ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMPETENCIAL

Expuestos los términos en que se ha planteado este debate voy a intentar analizar la cuestión acerca de si el Estado es competente para regular en materia de vivienda y en qué medida y con qué alcance puede legislar.

El derecho a la vivienda se contempla en el artículo 47 de la Constitución el cual reconoce a todos los ciudadanos el derecho a una vivienda digna y adecuada, derecho de los ciudadanos que se corresponde con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacerlo efectivo<sup>15</sup>.

Se habla de la vivienda como derecho, también como servicio público; así QUINTANA LÓPEZ considera que este compromiso impuesto por la Constitución a los poderes públicos es de tal naturaleza que se ha llegado a afirmar, no sin razón para ello, que el sector vivienda se ha transformado en un auténtico servicio público<sup>16</sup>, que se debe manifestar en una pluralidad de prestaciones que los poderes públicos han de realizar con el objeto de hacer efectivo el derecho a la vivienda, prestaciones que, sin embargo, no pueden suponer el desplazamiento de la iniciativa privada en este sector. Así pues, podemos deducir de estas afirmaciones que la Constitución ha querido establecer este derecho a la vivienda como un principio rector de la política social y económica, por lo que el régimen de distribución competencial en esta materia ha de verse afectado por esta circunstancia. Pese a todo, la Constitución, en su artículo 148.1.3, ha permitido que todas las comunidades autónomas hayan asumido a través de sus estatutos de autonomía competencias exclusivas en vivienda lo que, al menos en una primera aproximación, supone la habilitación para legislar, ejecutar y gestionar este sector.

Ahora ya, adentrándonos más directamente en el reparto competencial entre comunidades autónomas y Estado cabe decir que el artículo 47 de la Constitución no constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, sino que este artículo es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de los derechos constitucionales. Dicho precepto no otorga ninguna competencia al Estado tal y como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio. En definitiva, este artículo lo que consigue es hacer posible el ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada correspondiéndole el cumplimiento de dicho derecho a los poderes públicos en general, pero la determinación en concreto del ente o entes responsables de «hacerlo posible» depende del reparto constitucional y estatutario de competencias en la materia, y, como es sabido, en relación con la vivienda las competencias han sido asumidas como exclusivas por las comunidades autónomas.

El problema competencial puede formularse en los siguientes términos: ¿en qué medida puede el Estado regular la vivienda sin invadir las competencias que el artículo 148.1.3 de la Constitución otorga en esta materia a las comunidades autónomas?

Veamos cuál es la regulación autonómica existente en la materia y si hay regulación estatal sobre la misma.

## 1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE VIVIENDA

Los estatutos de autonomía han recogido la competencia en materia de vivienda y, en ejercicio de la misma, las comunidades autónomas han dictado normas en la materia. Entre todo el conjunto de regulación autonómica sobre la materia pueden diferenciarse aquellas leyes de vivienda que pretenden tener un alcance generalista de aquellas otras normas autonómicas que han regulado aspectos parciales de la misma.

Entre las primeras que, al menos nominalmente, pretenden abarcar la regulación de todas las cuestiones que afectan a la vivienda se encuentran las siguientes:

Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias; Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana y Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana—; Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda—; Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía; Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra; Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León; Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País vasco; Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears—; finalmente, Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura.

En la línea de legislación autonómica que aborda la regulación de aspectos parciales de la vivienda se encuentra la dictada por la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>17</sup> y la de otras comunidades autónomas que, como aquella, no pretenden una regulación omnicomprendiva de los ámbitos que se refieren a la misma: Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Castilla-La Mancha, Comunidad Autónoma de Madrid.

La existencia de normativa autonómica sobre vivienda no impide que existan normas estatales, como expongo seguidamente.

## 2. NORMATIVA ESTATAL DE VIVIENDA

Como la vivienda es un bien cuya regulación presenta múltiples vertientes y aspectos, hay que tener en cuenta que, antes de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda, había regulación estatal relativa a ciertos aspectos que inciden, directa o indirectamente, en este ámbito. Puede afirmarse, por lo tanto, que el Estado había regulado muchos aspectos de la vivienda.

Así, el Estado ha regulado la configuración del derecho de propiedad sobre la vivienda cuando está constituida en régimen de propiedad horizontal, a través de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Ahora bien, en el ámbito en el que más regulación estatal existe en materia de vivienda es en el de los contratos que permiten el acceso a la vivienda, debiendo destacarse la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En lo atinente a la compraventa de vivienda, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, regula cuestiones tan relevantes como la responsabilidad civil por falta de conformidad en la compraventa o construcción de vivienda, o las cantidades entregadas a cuenta cuando se compra una vivienda que aún tiene que edificarse. Dentro del ámbito contractual también se han dictado normas de protección de los consumidores relativas a la información precontractual que debe suministrarse en la compraventa y arrendamiento de vivienda al consumidor, concretamente se trata del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas<sup>18</sup>. Debe mencionarse también la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario que regula los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda.

Las crisis económicas que hemos mencionado anteriormente provocan una intensa actividad normativa para intentar paliar los problemas de vivienda. A la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, le siguen otras como la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, el Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda y, finalmente, el reciente Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Además, hay que tener en cuenta la normativa estatal de vivienda protegida, y la dictada en materia de urbanismo y suelo que incide en aquella.

Puede afirmarse, por lo tanto, que, pese a tratarse de una competencia de ámbito autonómico, existe regulación estatal sobre aspectos concretos de la vivienda.

Y en el marco de este panorama normativo, con normas estatales y autonómicas que inciden en la regulación del derecho a la vivienda, es en el que se adopta la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda con un alcance muy general.

Conviene señalar que se trata de una ley que pretende regular ampliamente el derecho a la vivienda y sus diversas vertientes, incidiendo en as-

pectos en los que parece que la competencia estatal es clara (arrendamientos urbanos), con otros en los que no parece ser tan evidente por existir ya normativa autonómica (por ejemplo, información precontractual al comprador o arrendatario de una vivienda).

A continuación, se examinan las líneas en torno a las que gira la controversia referida a si el Estado es competente para legislar en esta materia.

### 3. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Aunque en un primer momento puede parecer que esta ley puede suscitar dudas acerca de si supone una invasión de las competencias que en materia de vivienda la CE atribuye a las comunidades autónomas, lo cierto es que la vivienda, como dice PAREJO ALFONSO, en su comparecencia en el Congreso es un bien complejo cuya regulación necesariamente afecta a otros títulos competenciales diversos y muy variados.

La vivienda, como título competencial, ha sido puesto a disposición de las comunidades autónomas por el artículo 148.1.3 de la Constitución, por lo que la totalidad de los estatutos de autonomía han recabado competencias exclusivas al respecto. Sin embargo, para ver cual es el alcance real de la competencia que tienen las comunidades autónomas, es necesario compararla con otros títulos competenciales atribuidos constitucionalmente al Estado.

En este sentido debe tomarse en consideración el artículo 149.1.1 de la Constitución que reserva al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, función de garantía que para el Estado es irrenunciable, y que en materia de vivienda, según el Tribunal Constitucional (sentencia 152/1988, de 20 de julio) debe ser desempeñada por «el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito». Ahora bien, debe señalarse que la legislación en este sentido debe ser básica de modo que el Estado quedaría legitimado para dictar normas en materia de vivienda que tuvieran la consideración de normativa básica que permitiera un desarrollo regulatorio posterior.

Después de la instrumentación que realiza el máximo intérprete de la Constitución de las competencias económicas de que dispone el Estado al servicio del derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, no queda otro camino que analizar el alcance de la posible intervención del Estado en materia de vivienda al amparo del artículo 149.1.11 y 13, con lo cual nuevamente aparece la trascendental importancia del sector de la vivienda para la economía del país.

Así pues, el Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1988 de 20 de julio establece:

«...puede aportar recursos vinculados al ejercicio de sus competencias materiales y en garantía de su efectividad. Por lo contrario, no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto y en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de planificación y de coordinación de la actividad económica y sobre las bases de ordenación del crédito. Si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica».

El planteamiento general anterior ha servido al máximo intérprete de la Constitución para deducir los rótulos competenciales y los titulares que deben pautar el fomento e intervención pública del sector vivienda, pero la delimitación competencial exige mayores precisiones, máxime cuando los límites competenciales han de fijarse por el Tribunal Constitucional a partir de unos instrumentos ya configurados por las partes en conflicto, como ocurrió con los conflictos positivos de competencia acumulados y resueltos por la ya citada STC 152/1988.

En este sentido y a la hora de precisar el alcance de las competencias autonómicas en materia de vivienda, podría referirse que el hecho de que tengan competencia en esta materia no les permite legislar aspectos de la misma relacionados con títulos competencias estatales; así habría que ver en qué medida las comunidades autónomas pueden legislar cuestiones de vivienda que se refieren a legislación procesal, civil o relativas a los impuestos.

La doctrina de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la cuestión puede ser una guía a la hora de precisar qué aspectos referidos a la vivienda corresponde regular el Estado.

#### 4. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN BASE A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RESUELVEN ASPECTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE VIVIENDA

Hay numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional que analizan cuestiones relativas a la competencia de las comunidades autónomas en materia de vivienda. Además, muchas son recientes, porque debido a las dos crisis que se han sucedido en el tiempo —la de 2008 y la pandemia— las comunidades autónomas han dictado medidas urgentes para solventar los



problemas de vivienda, sobre todo los de los ciudadanos más vulnerables, con lo que la normativa autonómica dictada al respecto se ha visto acrecentada por estas circunstancias. Estas medidas que se han venido adoptando eran novedosas (expropiación del uso de viviendas desocupadas, sistemas de retención de rentas de los alquileres, requisitos exigibles antes de iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria, etc.) y, por ello, son muchos los recursos de inconstitucionalidad que se han planteado.

La lectura de estas sentencias permite analizar la cuestión aportando unas líneas más o menos seguras a la hora de resolver los posibles conflictos de competencia que puedan plantearse.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la vivienda; muchas de estas resoluciones resuelven recursos de inconstitucionalidad contra normas por posible invasión de competencias, bien del Estado, bien de las comunidades autónomas, según el caso. De manera que creo que la doctrina que puede extraerse de estas resoluciones puede servir de pauta para concretar qué aspectos de la vivienda entran en el ámbito de la competencia del Estado y cuáles no.

En principio, hay que afirmar la competencia del Estado para legislar en materia de vivienda, porque, como he dicho anteriormente, siempre ha dictado normas sobre esta materia. La competencia estatal se fundamenta en el hecho de que hay aspectos relacionados con la vivienda cuya regulación se conecta a otras materias que están atribuidas exclusivamente al Estado por la Constitución española<sup>19</sup>.

En esta línea, la disposición final séptima de la Ley 12/2023 fundamenta la competencia estatal para dictar una ley de estas características en varios preceptos constitucionales. Concretamente, se hace constar el artículo 149.1.8 CE referente a la legislación civil, el artículo 149.1.6 CE referido a la legislación procesal y el artículo 149.1.14 atinente a la hacienda general. Además, se mencionan el 149.1.1 CE, que alude a la conformación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, y el artículo 149.1.13 relativo a las bases y a la coordinación general de la planificación general de la actividad económica.

Tras la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional, pueden distinguirse una serie de títulos competenciales que, de una manera clara, determinan la atribución de la competencia al Estado, y ello, aunque se trate de normativa que regula temas conectados a la vivienda. En esos casos en los que confluyen varios títulos competenciales puede decirse que la materia cuya competencia corresponde al Estado se superpone sobre la de vivienda atribuida a las comunidades autónomas por el artículo 148.1.3 CE. Consecuentemente, esto va a permitir convalidar constitucionalmente desde el punto de vista competencial algunos preceptos contenidos en la

ley. Estas materias son las referidas a aspectos procesales y civiles; entiendo que también la competencia sobre hacienda pública del Estado se impone a la de vivienda correspondiente a las comunidades autónomas, aunque no haya STC en los últimos años sobre esta cuestión.

Por lo tanto, cuando la regulación sobre vivienda pueda considerarse legislación civil, procesal o relativa a la hacienda pública la competencia es del Estado y no de las comunidades autónomas. Esta idea se puede confirmar en la doctrina del TC como explico a continuación.

*A) Competencias distintas de las de vivienda atribuidas al Estado que se sobreponen de manera clara a la competencia de vivienda atribuida a las comunidades autónomas*

a) Legislación procesal

Cuando la regulación de la vivienda es legislación procesal, el único competente es el Estado, en base a lo establecido en el artículo 149.1.6 CE.

Esta consideración viene confirmada por la STC 32/2019, de 28 de febrero, que se refiere a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, la cual introduce una serie de modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular algunos aspectos de la ocupación ilegítima de viviendas; esta sentencia concluye afirmando la constitucionalidad de las normas porque la legislación procesal es una competencia que corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.6 CE. Por ello, puede afirmarse que la disposición final quinta de la Ley que estoy analizando, referida a normas reguladoras de procedimientos que tienen que ver con la ocupación ilegítima de vivienda, es materia que, desde el punto de vista competencial, corresponde al Estado.

En materia de legislación procesal, a las comunidades autónomas solo se les reconoce competencia si se trata de normas procesales vinculadas a particularidades del derecho sustantivo autonómico que justifique la adopción de normas procesales autonómicas (STC 28/2022, de 24 de febrero). Y en ninguno de los recursos resueltos recientemente por el TC ha concurrido esta circunstancia.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en algunas sentencias sobre la competencia en legislación procesal relacionada con la vivienda, porque muchas comunidades autónomas, para superar las crisis referidas en el apartado correspondiente, dictaron normas que incidían en el procedimiento de ejecución hipotecaria, suspendiendo los lanzamientos, obligando a cumplir determinados requisitos como el

ofrecimiento de un alquiler social a los desahuciados o a los ejecutados, o exigiendo la comunicación a los servicios sociales cuando había situaciones de vulnerabilidad.

En las siguientes materias que incidían en legislación procesal, el Tribunal Constitucional ha declarado la incompetencia de las comunidades autónomas, confirmando, por tanto, la competencia del Estado: suspensión de lanzamientos judiciales durante el estado de alarma y necesidad de acreditar que se ha ofrecido una vivienda en alquiler antes de iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria por parte de los grandes tenedores de vivienda, además de la paralización de los procedimientos iniciados en que no se haya hecho este ofrecimiento (STC 28/2022, de 24 de febrero); obligación de realojar a los ejecutados o desahuciados y obligación de hacer una propuesta de alquiler social (STC 57/2022, de 7 de abril).

También se ha considerado incompetentes a las CCAA para establecer una mediación obligatoria con carácter previo a la interposición de una acción de ejecución hipotecaria (Sentencia 5/2019, de 17 de enero) por entender que se vulnera la competencia estatal en materia de legislación procesal. Tampoco respeta la competencia estatal en materia procesal el establecimiento de un procedimiento extrajudicial de mediación, aunque sea voluntario para los interesados (Sentencia 13/2019, de 31 de enero), si bien en este segundo caso también por invadir la competencia en materia civil del Estado, la cual examino en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, la STC 21/2019, de 14 de febrero, ha considerado que no invadía la competencia estatal en materia procesal una norma aragonesa que decretaba la suspensión del desahucio en determinados supuestos de impago de alquiler, afirmándose la constitucionalidad de la norma.

Las cuestiones que la disposición final séptima de la Ley considera que están cubiertas por la competencia estatal en materia de legislación procesal son las referidas en los siguientes preceptos: el artículo 5 y la disposición final quinta.

El artículo 5 se refiere a la acción pública en materia de vivienda reconociendo legitimación para impugnar los actos dictados en aplicación de los títulos II (acción de los poderes públicos en materia de vivienda), III (parques públicos de vivienda) y del capítulo III del título IV (información y transparencia en materia de vivienda y suelo), además de los legitimados, cualquier persona jurídica sin ánimo de lucro que defienda intereses generales vinculados a la protección de la vivienda.

La disposición final quinta a la que ya he hecho referencia en el epígrafe correspondiente modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil que contiene una serie de normas reguladoras de procedimientos que tienen que ver con la ocupación ilegítima de vivienda.

b) Legislación civil

Otra competencia a la que el Tribunal Constitucional ha aludido en varias ocasiones para declarar que determinadas normas autonómicas dictadas en materia de vivienda son inconstitucionales por invasión de las competencias estatales es la legislación civil que el artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado. De manera que puede afirmarse que cuando la legislación sobre vivienda es Derecho civil, la competencia corresponde al Estado.

Hay que tener en cuenta que el propio artículo 149.1.8 CE, además de al Estado, otorga competencia en legislación civil —aunque no ilimitada— a algunas comunidades autónomas. Precisamente, algunas normas que se han cuestionado ante el TC son de las comunidades autónomas que sí tienen esta competencia, como Aragón y la comunidad catalana. Veamos cuáles son los aspectos que han sido analizados por el Tribunal Constitucional.

a') Régimen de contención de rentas de los arrendamientos de vivienda

Este punto es relevante porque en la disposición final primera de la Ley se contempla un mecanismo de contención de rentas de los arrendamientos de vivienda mediante una modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En relación a esta cuestión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a propósito de varias normas catalanas que habían establecido un mecanismo de este tipo para limitar el precio de los arrendamientos de vivienda en varias ocasiones. Concretamente, la STC 37/2022, de 10 de marzo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas. Aunque la comunidad autónoma de Cataluña tiene competencia en materia de Derecho civil —artículo 149.1.8 CE— no puede legislar en las materias civiles que este mismo precepto reserva en exclusiva al Estado, entre las que se encuentran «las bases de las obligaciones contractuales». El TC considera que una de estas bases de las obligaciones contractuales viene constituida por la libertad de fijación de precios, principio general que viene concretado además específicamente para el arrendamiento de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos —estatal—. De manera que el sistema que intenta fijar el precio de los alquileres y sustraerlos de la autonomía individual va contra el principio de libertad de pacto y de autonomía de la voluntad que puede considerarse una base de las obligaciones contractuales. Por lo tanto, la comunidad autónoma catalana *carece de competencia para incidir sobre las reglas para la determinación de la renta derivadas del contrato de arrendamiento de vivienda*. En consecuencia, esta sentencia declara nulo por

inconstitucional el artículo 6 de la Ley catalana 11/2020 que establecía dicho sistema de contención de rentas de los alquileres. La nulidad de este precepto se extiende a todos aquellos de la misma norma referidos a la contención de rentas. En el mismo sentido y sobre la misma cuestión en relación a otra norma catalana se pronuncia la STC 57/2022, de 7 de abril.

En consecuencia, puede afirmarse que el Estado sí es competente para legislar en materia de contención de rentas de los arrendamientos de vivienda. La regulación estatal en la materia puede plantear dudas de constitucionalidad porque afecta al contenido del derecho de propiedad privada recogido en el artículo 33 de la Constitución, pero no desde el punto de vista competencial, porque el Estado sí es competente en materia de regulación del arrendamiento de vivienda. Además, la Ley incorpora esta regulación mediante una modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que no haya dudas sobre su competencia en la materia.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre algunos aspectos relacionados con la contención de rentas en los alquileres de vivienda que no son propiamente legislación civil, sino que guardan relación con otros ámbitos del Derecho. En este sentido, afirma que, si las comunidades autónomas no tienen competencia para legislar esta cuestión, tampoco pueden regular el control de su cumplimiento mediante un sistema de infracciones y sanciones. Así la STC 57/2022, de 7 de abril, que resuelve un recurso contra una serie de preceptos de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas. Además de reproducir argumentos por la falta de competencia de la comunidad autónoma catalana en materia de regulación de un sistema de contención de rentas del alquiler, considera que en lo atinente al régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de dicha normativa: *careciendo el legislador autonómico de competencia material para implantar ese régimen de contención y moderación de rentas, tampoco la tiene para controlar su cumplimiento o las consecuencias de su infracción, por lo que la regla del artículo 14 incurre en idéntica vulneración competencial y debe ser declarado inconstitucional.*

Sin embargo, la STC 37/2022, de 10 de marzo, reconoce la competencia de la normativa catalana para regular que ciertas entidades locales puedan tomar la iniciativa para la declaración de zonas de mercado tensionado. Se había alegado que estos preceptos invadían la competencia del Estado en materia de fijación de las bases del régimen local (art. 149.1.18 CE), concretamente los artículos 7.4 y 25 de la Ley de Bases de Régimen Local que establecen los requisitos para la atribución de competencias por los entes locales y el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local, se refiere a la delegación de competencias en los entes locales. El TC, sin embargo, entiende que estos preceptos son constitucionales y no invaden las competencias estatales en la materia.

- b') Procedimiento extrajudicial de mediación de carácter voluntario para las entidades bancarias y prestatarios

Otro aspecto de Derecho civil que ha tenido ocasión de examinar el Tribunal Constitucional al hilo de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes de vivienda promulgadas por las comunidades autónomas es la regulación de un procedimiento extrajudicial de mediación al que voluntariamente podían someterse entidades financieras y deudores hipotecarios. La STC 13/2019, de 31 de enero, en la que se interpone un recurso contra la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética que regulaba un procedimiento extrajudicial de mediación al que voluntariamente podían acogerse entidades financieras y deudores hipotecarios. En este caso no se trata de una cuestión procesal —no es una exigencia previa a la interposición de la acción ejecutiva—, de lo que se trata es de la regulación sustantiva de dicho mecanismo de mediación y se entiende por el TC que invade las competencias en materia de legislación civil del Estado en virtud del artículo 149.1.8 CE. Dice el TC en esta sentencia que no es inconveniente para la inconstitucionalidad que la finalidad del procedimiento sea la de proteger a los consumidores, lo que es relevante porque el consumo es también una competencia autonómica.

- c') Materias que el proyecto de ley entiende cubiertas por la competencia estatal en materia de legislación civil

El segundo párrafo de la disposición final séptima de la Ley 12/2023 enumera los artículos que entiende cubiertos por este título competencial y son los siguientes.

Los artículos que conforman el contenido del derecho de propiedad sobre la vivienda, concretamente la fijación de las facultades del propietario (art. 10), y la disposición final primera que introduce en la LAU un sistema de contención de rentas del alquiler; menciona también como normas dictadas al amparo de la competencia en legislación civil los artículos 32 a 36 de la Ley, manteniendo así lo que decía el proyecto, pero estos preceptos en el proyecto contemplaban la entrega de cantidades a cuenta del precio de la vivienda por construir, mientras que la ley en dichos artículos 32 a 36 regula cuestiones relativas al parque público de viviendas.

Cabe decir que el contenido del derecho de propiedad de la vivienda es una materia propia del Código Civil. Este cuerpo normativo solo contiene una definición genérica de la propiedad en el artículo 348. De manera que parece razonable pensar que la regulación del contenido del derecho de

propiedad de la vivienda pueda considerarse materia de Derecho civil y que, en consecuencia, corresponda al Estado.

Por último, el régimen de contención de rentas del alquiler se incorpora a la Ley de Arrendamientos urbanos que también es de ámbito estatal.

c) Legislación relacionada con la hacienda pública

La disposición adicional séptima del proyecto de ley considera que están cubiertos por este título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.14 CE las disposiciones finales segunda y tercera que contemplan respectivamente una serie de incentivos fiscales aplicables en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda y una modulación del recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el impuesto de bienes inmuebles.

*B) Competencias distintas de la vivienda atribuidas al Estado que plantean más dudas cuando se relacionan con la competencia de vivienda atribuida a las comunidades autónomas: artículo 149.1.1 y artículo 149.1.13 CE*

Además de la legislación civil, procesal o sobre la hacienda pública, la disposición final séptima alude a otros títulos competenciales para fundamentar la competencia del Estado en vivienda que le facultan para promulgar esta ley que son el artículo 149.1.1 CE y al artículo 149.1.13 CE; el primero se refiere a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, el segundo, a la regulación sobre las bases de la planificación general de la actividad económica.

Estas dos materias competenciales son las que, según la ley otorgan al Estado competencia para regular el resto de normas contenidas en dicho proyecto y que no estarían cubiertas por los títulos competenciales aludidos en el epígrafe anterior. Ahora bien, no resuelven el posible conflicto competencial que pueda plantearse con tanta claridad ni de manera tan terminante como los referidos en el epígrafe anterior, sino que aquí todo es más difuso y los límites entre lo estatal y lo autonómico no están bien trazados<sup>20</sup>. Se considera que el artículo 149.1.13 CE es uno de los ejemplos más característicos de lo que se llama competencia horizontal o transversal<sup>21</sup>.

Esta falta de precisión en la delimitación de estos títulos competenciales puede dar lugar a una interpretación muy amplia de estas materias atribuidas al Estado lo que conllevaría vaciar de contenido otras competencias de las



comunidades autónomas y una recentralización de las mismas en manos del Estado, por ello deben ser interpretadas limitadamente. El voto particular a la STC 93/2015 de ROCA TRÍAS, decía que la competencia del artículo 149.1.13 no puede servir para atribuir al Estado competencia para regular uniformemente materias como la de vivienda de tal manera que se impida cualquier regulación a las comunidades autónomas.

En este sentido PONCE SOLÉ, considera en relación a la misma STC 93/2015 que la doctrina que establece esta sentencia convierte de facto al artículo 149.1.13 CE en una competencia exclusiva estatal sobre cualquier aspecto económico relevante, eliminando, pues, en la práctica, todas las competencias autonómicas que, como la vivienda, tengan alguna incidencia económica<sup>22</sup>. A ese mismo riesgo de reducción de las competencias autonómicas por aplicación expansiva del artículo 149.1.1 CE alude BARNÉS que habla de una más limitada capacidad de la acción legislativa de las comunidades autónomas a los efectos de establecer sus propias políticas sectoriales sobre las que ostentan competencias legislativas<sup>23</sup>.

- a) Los títulos competenciales de los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE: expropiación de viviendas vacías, contenido del derecho de propiedad y función social de la propiedad de la vivienda

Numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas en recursos de inconstitucionalidad contra normas autonómicas dictadas en materia de vivienda se han fundamentado en los artículos 149.1.1 y 13 CE para anular aquellas por invasión de las normas estatales y confirmar, indirectamente, la competencia del Estado en la materia.

La mayoría de estas resoluciones tratan sobre normas dictadas por varias CC. AA. que, con ocasión de la crisis de 2008, arbitraban una serie de medidas que, con diferente configuración, consistían a grandes rasgos en la conformación del derecho de propiedad sobre las viviendas de manera que el titular del derecho — normalmente se contemplaba esta medida para personas jurídicas que tuvieran la consideración de grandes tenedores de vivienda como entidades financieras<sup>24</sup>— tenía obligación de tener ocupadas o habitadas las viviendas; en caso de no cumplir con esa obligación, amparándose en la función social que debe cumplir la propiedad, se decretaba la posibilidad de expropiar el uso de las viviendas vacías o deshabitadas; el diseño normativo de este mecanismo solía contemplar una privación temporal del uso sobre dichas viviendas.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren al problema competencial que planteó la expropiación del uso de las viviendas vacías o deshabitadas son las siguientes:

STC 93/2015. (FTO jurídico 18). Resuelve recurso contra diversos preceptos del Decreto Ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Además de otras muchas cuestiones sobre las que trata, el fundamento jurídico 18 se centra en la cuestión de la expropiación del uso de la vivienda desocupada.

STC 16/2018, resuelve un recurso contra diversos preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.

STC 32/2018, resuelve un recurso contra la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Que se pronuncia en el siguiente sentido: *La medida autonómica, consistente en la expropiación del uso de la vivienda objeto de un procedimiento de ejecución, por un plazo máximo de tres años a contar desde el lanzamiento acordado por el órgano judicial, difiere sustancialmente y resulta incompatible con las medidas adoptadas por el Estado, en ejercicio de su competencia ex artículo 149.1.13 CE y con incidencia significativa sobre la actividad económica general, para atender a las mismas necesidades [FJ 5].*

STC 43/2018 que resuelve un recurso interpuesto contra la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda.

STC 80/2018, en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana.

STC 97/2018, recurso contra diversos preceptos de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco.

STC 106/2018, sobre diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

STC 8/2019 que revisa preceptos de Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

En algunas de estas sentencias se alegan, para decretar la inconstitucionalidad por invasión de competencias estatales, los artículos 149.1.1 y 149.1.13 mezclándose en ocasiones con otras materias como la legislación civil (149.1.8) o la de ordenación del crédito atribuida al Estado por el artículo 149.1.11 CE.

## b) Contenido del derecho de propiedad

Las normas autonómicas contra las que se interponen los recursos que dan lugar a las sentencias referidas suelen diseñar el contenido del derecho de propiedad, limitándolo en el sentido de que, en el haz de de-

rechos y obligaciones que corresponden al propietario de una vivienda, se incluye el deber de que la misma esté habitada. Se trataba de un incentivo para fomentar que los propietarios de viviendas pusieran en el mercado del alquiler aquellas que no usaban para fines propios. Hay que tener en cuenta que tras la crisis del 2008 y ante la imposibilidad de acceder a la propiedad de la vivienda —por los precios tan elevados y los bajos salarios— muchos ciudadanos se inclinaron por cubrir sus necesidades de vivienda a través del arrendamiento, pero el parque de viviendas destinado al arrendamiento no era muy amplio, de modo que había que fomentar su crecimiento.

La STC 93/2015 no entra a valorar la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan restringir el haz de facultades de uso y disposición del propietario de vivienda obligándole a que la vivienda esté habitada, lo que viene a decir esta STC es que no puede hacerlo a través de un Decreto Ley como hace la CA andaluza, sin que de tal afirmación quepa derivar que el TC entienda que las comunidades autónomas puedan hacerlo a través de una norma con rango legal<sup>25</sup>.

El TC no se pronuncia, por tanto, acerca de si considera que las comunidades autónomas son competentes para precisar el contenido del derecho de propiedad. Pero, podría pensarse que, en principio, el derecho de propiedad sobre la vivienda debe tener el mismo contenido en todo el territorio nacional para garantizar la efectividad del principio de igualdad, por ello las comunidades autónomas no podrían regular este contenido al suponer la infracción del reparto competencial en base al artículo 149.1.1 CE. La profesora MOREU considera que *la innovación en el contenido del derecho de propiedad corresponde al Estado y debe hacerse con pleno respeto a la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1 CE) y sin violentar el núcleo esencial del derecho (art. 53 CE)*<sup>26</sup>.

Cabe advertir que la ley contiene una serie de preceptos que delimitan el contenido del derecho de propiedad y que la disposición adicional séptima los entiende cubiertos competencialmente por tratarse de legislación civil, es decir, en base al artículo 149.1.8 y no en el artículo 149.1.1 CE. La profesora ARIAS MARTÍNEZ afirma que *nadie cuestiona que la propiedad privada es una institución civil cuyo tratamiento normativo se encuentra en el Código Civil y que esta es una materia que, conforme a lo previsto en el artículo 149.1.8 CE corresponde en exclusiva al Estado*<sup>27</sup>.

De cualquier manera, en base a un título competencial u otro, parecería claro que el Estado es competente para legislar en materia del contenido del derecho de propiedad, entre otras razones porque el TC lo ha negado a las comunidades autónomas en algunas de las sentencias más arriba referidas cuando han pretendido obligar al propietario a utilizar las viviendas.

Sin embargo, en la STC 6/2018 se contradice esta doctrina considerando que no es inconstitucional la Ley navarra que obliga a los grandes tenedores a tener habitadas las viviendas (FJ 8).

Lo dicho sobre el contenido del derecho de propiedad debe ser matizado atendiendo a la función social que debe cumplir la propiedad.

c) Función social de la propiedad de la vivienda

Deben distinguirse las normas que sirven para delimitar el contenido del derecho de propiedad sobre la vivienda (art. 33.1 CE) de las referidas a cómo va a desempeñar la función social que la misma está llamada a cumplir (art. 33.2 CE).

Esta cuestión aparece regulada en los artículos 7 a 11 (título I). En este título, entre otros preceptos, el artículo 11. a), obliga al propietario a tener ocupada la vivienda, cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional se pronuncia en las resoluciones más arriba referidas, en algunas de las cuales se reconoce competencia a las comunidades autónomas (STC 16/2018); la profesora MOREU, considera que estas tienen competencia para imponer al propietario el deber de ocupar las viviendas<sup>28</sup>.

De modo que si el TC entiende competente a las comunidades autónomas para regular lo relativo a cómo la propiedad de la vivienda puede cumplir su función social (STC 16/2018), y la ley regula también esta cuestión puede plantearse si efectivamente el Estado tiene competencia en la materia.

Parece contradictorio entender que la obligación de tener ocupada la vivienda deba ser considerado un precepto que delimita el contenido del derecho de propiedad y, al mismo tiempo, pueda considerarse una norma que regula como la vivienda cumple su función social. El problema se plantea porque si prepondera el primer aspecto parece que debería entenderse competente al Estado en base al artículo 149.1.1 (igualdad de los españoles) y al artículo 149.1.8 (legislación civil); si prepondera el segundo aspecto las SSTC consideran competente a las comunidades autónomas, con lo que la conformación que hace la Ley sobre la obligación de los propietarios de tener ocupada la vivienda (art. 11) puede estar invadiendo las competencias que en la materia el TC ha reconocido a las comunidades autónomas.

d) Mecanismo expropiatorio del uso de las viviendas

Más claros son los pronunciamientos del TC en relación al mecanismo expropiatorio de las viviendas vacías o deshabitadas que se contemplaba en la normativa autonómica cuya constitucionalidad se cuestiona en las

sentencias referidas: suele considerarse que las normas autonómicas que establecen esta medida son inconstitucionales por vulnerar la competencia que al Estado reconoce el artículo 149.1.13 CE en la fijación de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica.

El TC suele mencionar que esta medida expropiatoria contradice las medidas que, para solventar la crisis económica del 2008, se adoptaron a nivel estatal, como la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios, de manera que invadiría la competencia estatal en la materia. Por lo tanto, podría pensarse que el Estado podría establecer este mecanismo expropiatorio del que no dispondrían las comunidades autónomas, otra cosa es si este mecanismo respeta el contenido esencial del derecho de propiedad, pero no estaríamos entonces ante un problema competencial sino de otra índole.

Desde otra perspectiva, la profesora ARIAS MARTÍNEZ considera que la medida expropiatoria del uso de las viviendas vacías está cubierta por la doctrina constitucional contenida en la STC 37/1987, de 26 de marzo que viene a reconocer a las comunidades autónomas *la capacidad para determinar la causa expropiandi en el ámbito de sus propias competencias respetando las previsiones contenidas en la legislación de expropiación forzosa estatal*<sup>29</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. En relación a los problemas competenciales que se plantean en relación a la vivienda y que han sido puestos de relieve por el Informe del Consejo General del Poder Judicial y en el debate a la totalidad que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados, cabe afirmar, tras el estudio efectuado, que, pese a que el artículo 148.1.3 CE atribuye esta competencia a las comunidades autónomas, el Estado también tiene margen para legislar en la materia. El problema, más que de reconocimiento de competencia al Estado para legislar en materia de vivienda, es el de la delimitación de su alcance.

II. La competencia del Estado se deriva del hecho de que la vivienda es un bien con múltiples dimensiones y es difícil que la regulación de alguno de sus aspectos no guarde relación con otro título competencial. De manera que, cuando el aspecto regulado confluye con otra materia cuya competencia está atribuida al Estado cabe plantear si son competentes las comunidades autónomas o el Estado.

III. Si las cuestiones que se regulan en relación a la vivienda están conectadas al Derecho procesal entran en conflicto el título competencial de vivienda (art. 148.3 CE) y el relativo a la legislación procesal (art. 149.1.1 CE). El Tribunal Constitucional ha sido claro a la hora de hacer prevalecer

la competencia del Estado en materia de legislación procesal sobre la competencia autonómica en materia de vivienda. Lo mismo cabe afirmar con respecto a la legislación civil. Y, aunque en materia de hacienda pública, no se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, puede decirse que la conclusión a que debe llegarse es la misma.

IV. El posible conflicto competencial que puede plantear el contenido de la ley que la disposición final séptima entiende cubiertos por estas competencias estatales, deben resolverse a favor de la competencia estatal, de manera que la legislación contenida en la ley relativa a la legislación procesal, civil y fiscal es legítima desde el punto de vista competencial.

V. Plantean más dudas los títulos competenciales que se alegan con carácter más genérico en la disposición final séptima para fundamentar la competencia estatal en el resto de materias: el artículo 149.1.1 (condiciones de garantía del principio de igualdad) y 149.1.13 CE (bases y coordinación de la ordenación económica). Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en que he basado fundamentalmente mi trabajo suelen basarse en dichos preceptos para atribuir al Estado la competencia para regular el contenido del derecho de propiedad de la vivienda, pero dichas sentencias consideran que dichos preceptos no impiden a las comunidades autónomas dictar normas sobre cómo la propiedad de la vivienda debe cumplir su función social; dichos preceptos han servido también al Tribunal Constitucional para impedir a las comunidades autónomas dictar normas que contemplaban la expropiación temporal del uso de las viviendas vacías y declararlas inconstitucionales por infringir el artículo 149.1.13 CE.

En este sentido hay que decir que la Ley establece el deber del propietario a tener ocupada la vivienda (art. 11.1.a) de manera efectiva, y podría plantearse si dicha regulación debe entenderse que está regulando el contenido del derecho de propiedad, en cuyo caso sería competente el Estado, o si está regulando la forma en que la propiedad de la vivienda debe atender su función social, en cuyo caso el Tribunal Constitucional entiende que son competentes las comunidades autónomas.

VI. Puede entenderse que los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE otorgan al Estado la competencia para regular las normas que coordinen la ordenación económica en el ámbito de la vivienda, y las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos, pero ello no debería excluir cualquier regulación autonómica en la materia.

VII. Los aspectos de la ley dictados al amparo de los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE, deberían considerarse legislación básica emanada del Estado y la legislación autonómica se podría dictar en desarrollo de la estatal y debiendo respetar sus directrices.

## DOCUMENTACIÓN

Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda: <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/anteproyecto-de-ley-estatal-por-el-derecho-la-viv>

Noticia sobre la desestimación del primer Informe del Consejo General del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/-El-Pleno-rechaza-el-informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-el-Derecho-a-la-Vivienda-y-designa-nuevos-ponentes->

Informe del Consejo General del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-por-el-Derecho-a-la-Vivienda>

Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda 121/000089: Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) XIV legislatura, serie A: Proyectos de Ley, 18 de febrero de 2022, número 89-1. [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-89-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-89-1.PDF)

Tramitación parlamentaria del Proyecto de ley: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=121%2F000089](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000089)

Comparencias de expertos ante la Comisión de Transportes, movilidad y agenda urbana: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=view&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_iniciativas\\_relacionadas=121%2F000089](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=view&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_iniciativas_relacionadas=121%2F000089)

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de viviendas (A través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de consumo*, Madrid: editorial Marcial Pons.
- ARIAS MARTÍNEZ, N. (2019). Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional, en *REALA. Nueva Época*, núm. 11, abril-septiembre de 2019, ISSN: 1989-8975 106-121.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2003). Legislación básica y artículo 149.1.1 CE, en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, [https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica\\_2003.pdf](https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica_2003.pdf)
- (2007). La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79 (II)-2007. 83-143.
- CARRASCO DURÁN, M. (2005). La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad



- económica (art. 149.1.13 de la Constitución), en *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 55-94.
- LÓPEZ RAMÓN, F., Sobre el derecho subjetivo a la vivienda, en *Construyendo el derecho a la vivienda*, coord. por López Ramón, edit. Marcial Pons, Madrid, 2010, 11 a 24.
- El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda, en *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, núm. 212, 2020, 297-308.
- MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., en El alquiler forzoso de la vivienda desocupada, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, mayo de 2017, accesible en <https://indret.com/el-alquiler-forzoso-de-la-vivienda-desocupada/>
- MOREU CARBONELL, E. (2014). Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social, en *Vivienda y crisis económica*, dir. por Alonso Pérez, M. Teresa, Aranzadi, 2014, 369-420.
- (2018). Viviendas vacías, en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, dir. por Alonso Pérez, M. Teresa, Aranzadi, 2018, 27-72.
- PONCE SOLÉ, J. (2004). Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio, *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, 800-822. Accesible en [https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/reflexiones\\_2004.pdf](https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/reflexiones_2004.pdf)
- (2015). ¿Ha expropiado el Tribunal constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos, junio de 2015, en <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>
- (2015). Las vivienda vacías y el Decreto ley catalán 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, 9/04/2015, en <https://transjusblog.wordpress.com/2015/04/09/las-vivienda-vacias-y-el-decreto-ley-catalan-12015-de-24-de-marzo-de-medidas-extraordinarias-y-urgentes-para-la-movilizacion-de-viviendas-provinientes-de-procesos-de-ejecucion-hipotecaria/>
- (2018). ¿Ha devuelto el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas su competencia sobre vivienda? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 2018?, 28/02/2018 en <https://transjusblog.wordpress.com/2018/02/28/ha-devuelto-el-tribunal-constitucional-a-las-comunidades-autonomas-su-competencia-sobre-vivienda-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-22-de-febrero-de-2018/>
- QUINTANA LÓPEZ, T., La actual distribución de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 15, diciembre de 1992. Accesible en <https://vlex.es/vid/distribucion-competencias-urbanismo-67576962>
- El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 109-I, 2017, 225 a 267.

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 57/2022, de 7 de abril (BOE núm. 113, de 12 de mayo de 2022) ECLI:ES:TC:2022:57
- STC 37/2022, de 10 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022) ECLI:ES:TC:2022:37
- STC 28/2022, de 24 de febrero (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2022) ECLI:ES:TC:2022:28
- STC 16/2021, de 28 de enero, (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021) ECLI:ES:TC:2021:16
- STC 32/2019, de 28 de febrero, (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019) ECLI:ES:TC:2019:32
- STC 21/2019, de 14 de febrero (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019) ECLI:ES:TC:2019:21
- STC 5/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019) ECLI:ES:TC:2019:5
- STC 13/2019, de 31 de enero (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019) ECLI:ES:TC:2019:13
- STC 4/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019) ECLI:ES:TC:2019:4
- STC 8/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019) ECLI:ES:TC:2019:8
- STC 106/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264, de 1 de noviembre de 2018) ECLI:ES:TC:2018:106
- STC 97/2018, de 19 de septiembre, (BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2018) ECLI:ES:TC:2018:97
- STC 80/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189, de 6 de agosto de 2018) ECLI:ES:TC:2018:80
- STC 43/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018) ECLI:ES:TC:2018:43
- STC 32/2018, de 12 de abril (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018) ECLI:ES:TC:2018:32
- STC 16/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018) ECLI:ES:TC:2018:16
- STC 93/2015, de 14 de mayo (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015) ECLI:ES:TC:2015:93
- STC 152/1988, de 20 de julio (BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1988) ECLI:ES:TC:1988:152

## NOTAS

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: CC. AA., comunidades autónomas; CE, Constitución española; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial; FJ: Fundamento jurídico; TC: Tribunal Constitucional y STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Por ejemplo, no se analiza el posible conflicto de competencias en relación a las normas de Derecho de consumo (materia competencia que las CCAA han asumido en sus Estatutos) que se incorporan al proyecto relativo a las normas sobre información precontractual en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda.

<sup>3</sup> A título de ejemplo, puede mencionarse el Decreto Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

<sup>4</sup> El indicador adelantado del Índice de Precios al Consumo sitúa su variación anual en el 8,7% en mayo, cuatro décimas por encima de la registrada en abril. La tasa anual del indicador adelantado de la inflación subyacente aumenta cinco décimas, hasta el 4,9%. Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Nota de prensa: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176802&menu=ultiDatos&idp=1254735976607](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176802&menu=ultiDatos&idp=1254735976607)

<sup>5</sup> El Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/anteproyecto-de-ley-estatal-por-el-derecho-la-viv>

<sup>6</sup> Noticia sobre la desestimación del primer Informe elaborado por don Álvaro Cuesta Martínez en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/-El-Pleno-rechaza-el-informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-el-Derecho-a-la-Vivienda-y-designa-nuevos-ponentes->

<sup>7</sup> El Informe del Consejo General del Poder Judicial puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-por-el-Derecho-a-la-Vivienda>

<sup>8</sup> El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda 121/000089 puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-89-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-89-1.PDF) y en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) XIV legislatura, serie A: Proyectos de Ley, 18 de febrero de 2022, número 89-1.

La tramitación parlamentaria puede seguirse en el siguiente enlace: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=121%2F000089](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000089)

<sup>9</sup> Las comparecencias de expertos ante la Comisión de Transportes, movilidad y agenda urbana pueden consultarse en el siguiente enlace: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=view&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_iniciativas\\_relacionadas=121%2F000089](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=view&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_iniciativas_relacionadas=121%2F000089)

Los expertos que han comparecido ante la Comisión son los siguientes: TRAYTER GIMÉNEZ,, MARTÍNEZ GALÍNDEZ, ARRUÑADA, PERTEGUER PRIETO, PAREJO ALFONSO, MARTÍN RODRÍGUEZ, NASARRE AZNAR.

<sup>10</sup> Para comprobar el resultado de las votaciones puede accederse a: <https://www.congreso.es/opedata/votaciones?targetDate=10%2F03%2F2022&targetLegislatura=XIV>

<sup>11</sup> Puede referirse a título de ejemplo, el artículo 71.10 del Estatuto de Aragón aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

<sup>12</sup> SSTC que evidencian la ausencia de regulación estatal: STC 16/2018, de 22 de febrero —FJ 8.º—, STC 80/2018, de 15 de julio, STC 31/2018, de 10 de abril, y la 43/2018, de 26 de abril.

<sup>13</sup> CARRASCO DURÁN, M. (2005): La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 de la Constitución), en *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 55-94.

<sup>14</sup> Los firmantes de este voto particular son los siguientes vocales del CGPJ: Álvaro CUESTA MARTÍNEZ, Calara MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Rafael MOZO MUELAS, María Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ y Pilar SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE.

<sup>15</sup> *Vid.* sobre el derecho a la vivienda como derecho subjetivo: LÓPEZ RAMÓN, Fernando, (2010) Sobre el derecho subjetivo a la vivienda, en *Construyendo el derecho a la vivienda*, coord. por López Ramón, Madrid: Marcial Pons, páginas 15-16: *No encontramos en la formulación legal de ese derecho ninguna restricción que impida identificarlo como un derecho subjetivo, esto es, siguiendo la clásica formulación civilista, como una situación de poder tutelada por el ordenamiento jurídico cuyo contenido puede ser exigido por vía judicial.* También este mismo autor considera que el artículo 5.a) del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, permite configurar el derecho a la vivienda como un verdadero derecho subjetivo en El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda, en *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, núm. 212, 2020, 299.

<sup>16</sup> QUINTANA LÓPEZ, Tomás, (1992). La actual distribución de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en *Revista Catalana de Derecho Público* Núm. 15, diciembre de 1992. Accesible en <https://vlex.es/vid/distribucion-competencias-urbanismo-67576962>

<sup>17</sup> Así en Aragón, se promulga la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida; posteriormente, el Decreto 211/2008, de 4 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de solicitantes de vivienda protegida y de adjudicación de viviendas protegidas de Aragón; además, debe tomarse en consideración el Decreto Ley 1/2009, de 14 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Plan especial de dinamización del sector de la vivienda y se autoriza la prestación de avales por el Gobierno de Aragón. La última norma aragonesa en la materia es el Decreto Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

<sup>18</sup> En la Ley se contemplan normas que regulan la información precontractual en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda, pero debe tenerse en cuenta que en la medida en que se trata de normas de Derecho de Consumo algunas comunidades autónomas también han dictado normas en la materia. Sobre esta cuestión y los problemas competenciales que suscita puede verse: ALONSO PÉREZ, María Teresa, (2010) *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de viviendas (A través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de consumo*, Madrid: edit. Civitas, 33-62.

<sup>19</sup> PONCE SOLÉ, Juli, (2004), Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio, *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, página 806 [Accesible en [https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/reflexiones\\_2004.pdf](https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/reflexiones_2004.pdf) ].

<sup>20</sup> A la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en la interpretación del artículo 149.1.1 CE se refiere: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (2003), Legislación básica y artículo 149.1.1 CE, en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, página 819. [https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica\\_2003.pdf](https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica_2003.pdf)

<sup>21</sup> ARIAS MARTÍNEZ, Natalia (2019): Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional, en *REALA. Nueva Época*, N. 11, abril-septiembre de 2019, ISSN: 1989-8975 109.

<sup>22</sup> PONCE SOLÉ, Juli, (2015). ¿Ha expropiado..., *cit.* Este autor dice, al referirse a la STC 93/2015, que: ante el intento de desarrollar políticas públicas alternativas, la

STC deniega esta posibilidad, construyendo el artículo 149.1.13 CE como un precepto excluyente de alternativas políticas y no como lo que le corresponde ser desde una perspectiva técnica jurídica: la garantía de unas bases estatales en el sector económico.

<sup>23</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (2003), Legislación básica y artículo 149.1.1 CE, en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, página 821. [https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica\\_2003.pdf](https://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2003/legbasica_2003.pdf)

<sup>24</sup> La STC 6/2018 no considera discriminatorio que se establezca un régimen diferente para personas jurídicas porque entiende que estas entidades usan la vivienda como inversión *frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas*, lo cual, *podría justificar razonablemente que el legislador asociase consecuencias diversas al incumplimiento del deber de dar efectiva habitación a la vivienda cuando su titular es una persona jurídica*.

<sup>25</sup> PONCE, Juli, deduce que el TC permite a las CCAA legislar sobre contenido del derecho de propiedad a través de una norma con rango legal. *Vid.* PONCE SOLÉ, Juli (2015): ¿Ha expropiado el Tribunal constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos, junio de 2015, en <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>

<sup>26</sup> MOREU CARBONELL, Elisa (2018): Viviendas vacías, en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, dir. por Alonso Pérez, M. Teresa, Aranzadi, 2018, 42.

<sup>27</sup> ARIAS MARTÍNEZ, Natalia (2019): Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional, en *REALA*. Nueva Época, núm. 11, abril-septiembre de 2019, ISSN: 1989-8975 117.

<sup>28</sup> MOREU CARBONELL, Elisa (2018): Viviendas vacías, *...cit.*, página 43.

<sup>29</sup> ARIAS MARTÍNEZ, Natalia (2019): Las competencias autonómicas..., *cit.*, 110.

*(Trabajo recibido el 13 de diciembre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)*



# DICTÁMENES Y NOTAS





¿Se atribuyen al juzgador nacional facultades integradoras del contrato cuando se declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario? Desde la «doctrina Kásler» hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019\*

*Are integrating contract powers attributed to the national court when an early expiration clause incorporated into a mortgage loan contract is declared abusive? From the «Kásler doctrine» to the decision of the European Court of Justice of October 3<sup>rd</sup>, 2019*

por

DAVINIA CADENAS OSUNA

*Profesora contratada Doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

RESUMEN: Partiendo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el caso «Aziz», que fijó los criterios a considerar

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado» (PID2021-124444NB-I00), financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

en la valoración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y la reforma que la Ley 1/2013 introdujo en el artículo 693.2 LEC para adaptarlo a la doctrina sentada en el referido pronunciamiento, analizamos en nuestro trabajo la evolución experimentada por la jurisprudencia española y comunitaria en la fijación de las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de la precitada cláusula. Especial atención dedicamos a la determinación de las condiciones exigidas para la atribución al juzgador nacional de facultades integradoras del contrato mediante la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional.

*ABSTRACT: Based on the judgment of the European Court of Justice issued in the «Aziz» case, which set the criteria to consider in assessing the abusiveness of the early expiration clause, and the reform that Law 1/2013 introduced in the article 693.2 LEC to adapt it to the doctrine established in the aforementioned decision, we analyze the evolution experienced by Spanish and European jurisprudence in setting the consequences derived from the declaration of abusiveness of the early expiration clause. We pay special attention to the determination of the conditions required for the attribution to the national judge of powers to integrate the contract by replacing the early expiration clause declared abusive by a supplementary provision of national Law.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo hipotecario. Vencimiento anticipado. Cláusulas abusivas. Gravedad del incumplimiento. Integración del contrato. Artículo 693.2 LEC. Artículo 24 LCCI.

*KEYWORDS: Mortgage loan. Early maturity. Unfair contractual terms. Severity of the breach. Integration of the contract. Section 693.2 LEC. Section 24 LCCI.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—III. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 (CASO «AZIZ»): CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. 2. STJUE DE 20 DE ABRIL DE 2014 (CASO «KÁSLER»): ATRIBUCIÓN AL JUEZ DE LA FACULTAD DE INTEGRAR EL CONTRATO PARA GARANTIZAR SU SUBSISTENCIA EN BENEFICIO DEL CONSUMIDOR 3. STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015: POSIBILIDAD DE INTEGRAR EL CONTRATO CUANDO, PESE A LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA

DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, EL USO CONCRETO DE DICHA FACULTAD SE AJUSTA A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y A LAS EXIGENCIAS DEL ARTÍCULO 693.2 LEC. 4. VOTO PARTICULAR A LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015: LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA POR LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 693.2 LEC DESNATURALIZA EL CONTROL DE ABUSIVIDAD. 5. STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019 (CASO «ABANCA»): INAPLICACIÓN DE LA *BLUE PENCIL RULE* Y POSIBLE RENUNCIA DEL CONSUMIDOR AL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. 6. ARTÍCULO 24 LCCI. 7. AA-TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019 (CASO «BANKIA»): TRAS EL SOBRESIEMIENTO DE UN PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA FUNDADO EN UNA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ABUSIVA SE PUEDE INICIAR OTRO CON BASE EN EL ARTÍCULO 693. 2 LEC. 8. STS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO NO PUEDE SUBSISTIR SIN LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DECLARADA ABUSIVA. *A) Contrato de préstamo hipotecario como negocio jurídico unitario o complejo. B) Aplicación supletoria del artículo 24 LCCI.* 9. STJUE DE 3 DE OCTUBRE DE 2019 (CASO «VARUIS»): LA EXISTENCIA DE PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR DERIVADO DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO DEBE APRECIARSE AL TIEMPO DEL LITIGIO.—IV. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON FUNDAMENTO EN EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.—V. APRECIACIÓN *EX OFFICIO* POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ANEXO DE JURISPRUDENCIA: 1. PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES. 2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—VIII. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 1125.I del Código Civil establece que «[l]as obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto solo serán exigibles cuando el día llegue». En tal caso, si el acreedor reclama al deudor el cumplimiento de la obligación antes de que llegue el día fijado, puede este oponer la excepción de falta de vencimiento de la deuda. De igual modo, si el deudor trata de saldar su deuda antes de que venza, el acreedor puede negarse a recibir el pago sin peligro de constituirse en mora, salvo que el plazo se haya establecido en beneficio del deudor y como límite al ejercicio del derecho del acreedor, que, por ende, no podrá exigir el cumplimiento anticipadamente (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2020, 531). Si esto último ocurre, el deudor puede liberarse de su obligación antes de que venza la deuda sin que el acreedor pueda

rechazar el pago, pues, si lo hiciera, se constituiría en mora y el deudor podría recurrir a la consignación (ZUMAQUERO, 2015, 1555)<sup>1</sup>.

Pese a lo establecido en el artículo 1125 del Código Civil, el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo pactado cuando concurra alguno de los supuestos enumerados en el artículo 1129 del Código Civil, que se fundamentan en la pérdida por el acreedor de la confianza en que el deudor vaya a cumplir con la obligación principal. Con base en estos preceptos, y en el artículo 1124 del Código Civil<sup>2</sup>, la jurisprudencia coincide pacíficamente en la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado, que establece las circunstancias en las cuáles el deudor perderá el beneficio del plazo, debiendo restituir al acreedor inmediatamente el importe de la obligación aún no satisfecho, con las relevantes consecuencias que ello entraña tanto para el deudor como para, en caso de existir, el tercer poseedor (MIQUEL GONZÁLEZ, 2017).

Cierto es que la sentencia del Tribunal Supremo<sup>3</sup> de 27 de marzo de 1999<sup>4</sup> declaró, con base en el artículo 6 del Código Civil, en relación con el 1255 del mismo cuerpo legal, la nulidad general de las cláusulas de vencimiento anticipado por garantizar en exceso la posición del acreedor y contravenir las leyes y, especialmente, los artículos 1129 del Código Civil y 127 y 135 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH)<sup>5</sup>. Sin embargo, la referida sentencia contiene un criterio aislado que no puede considerarse jurisprudencia reiterada a los efectos del artículo 6.1 del Código Civil, puesto que ha sido contradicha por el propio Tribunal Supremo en decisiones posteriores en las que afirmó que el asunto enjuiciado por la sentencia de 27 de marzo de 1999 poseía unas particularidades propias que justificaban la decisión del Tribunal en tal sentido (se dejaba el cumplimiento del contrato al arbitrio del acreedor, pese a la prohibición que en tal sentido establece el artículo 1256 CC), además de tratarse de un pronunciamiento *obiter dicta*<sup>6</sup>.

Así pues, en la actualidad, la jurisprudencia admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando se especifiquen claramente en el contrato los supuestos en los que se podrá producir tal vencimiento, sin que ello pueda dejarse al arbitrio unilateral del prestamista en contravención del artículo 1256 del Código Civil, y siempre que concurra justa causa, entendida esta como una «verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo»<sup>7</sup>. De hecho, en algunas sentencias, como las de 12 de diciembre de 2008<sup>8</sup>, 16 de diciembre de 2009<sup>9</sup> y 17 de febrero de 2011<sup>10</sup>, el Tribunal Supremo admitió la validez de cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de amortización del préstamo, sin tener en cuenta que se trataba de contratos de adhesión celebrados con consumidores,

en los que el principio de autonomía de la voluntad no opera en toda su extensión. A nuestro entender, erró el Tribunal al fundamentar la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, sin más, en el artículo 1255 del Código Civil, ya que, como sostiene MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 236-237), «si algo se impone por una parte contratante a la otra, parece claro que su obligatoriedad no se puede justificar por ser un acto de autonomía privada, o, al menos, un acto de autonomía privada igual a aquellos en que no exista imposición».

En todo caso, si la cláusula de vencimiento anticipado se incorpora a un contrato de préstamo o crédito garantizado con hipoteca, los artículos 693.2 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC), y 24 de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (en adelante, LCCI), amparan su validez como fundamento de la ejecución hipotecaria, dejándose de esta forma sin efecto la doctrina contenida en la sentencia de 27 de marzo de 1999.

En definitiva, cuando el contrato de préstamo hipotecario incorpore una cláusula de vencimiento anticipado y se cumpla el presupuesto para su aplicación, el acreedor puede resolver unilateralmente el contrato, declarar el vencimiento total de la deuda y exigir al deudor el pago íntegro de la misma. Si el deudor no atiende a tal requerimiento de pago, el acreedor puede instar el procedimiento de ejecución hipotecaria con base en la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo, constituyendo dicha estipulación, por ende, «el mecanismo de activación de las ejecuciones hipotecarias» (JIMÉNEZ PARÍS, 2019, 1015).

Solo cuando la cláusula de vencimiento anticipado no ha sido negociada individualmente, sino incorporada como condición general a un contrato de adhesión celebrado con un consumidor, se somete al control de contenido para valorar su posible abusividad. Este control posee una doble vertiente: de un lado, un control preventivo (o «ríó arriba») que llevan a cabo notarios y registradores con la finalidad de evitar que se incorporen al contrato cláusulas abusivas; de otro, un control posterior (o «ríó abajo») que realizan los órganos jurisdiccionales en aras de resarcir los daños que cause al consumidor la incorporación al contrato de una cláusula de carácter abusivo.

## II. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre la admisión del control registral de las condiciones generales de la contratación y el alcance de dicho control ha experimentado notables cambios.

En un primer momento, tras la publicación de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, LCU), la Dirección permitió al registrador la calificación de una cláusula como abusiva, tal y como demuestra la resolución de 7 de septiembre de 1988<sup>11</sup>.

En la década de los noventa, sin embargo, el Centro Directivo cambió de parecer, al entender que los medios de calificación de los que disponía el registrador eran limitados y no le facultaban para valorar la abusividad de las condiciones generales con arreglo al artículo 10 LCU<sup>12</sup>.

Tras la reforma operada por la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* (en adelante, Ley 7/1998), el artículo 10.6 LCU<sup>13</sup> prohibía a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles que, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, autorizaran o inscribieran contratos o negocios jurídicos en los que se pretendiese la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Asimismo, en virtud del artículo 258.2 LH<sup>14</sup>, el registrador de la propiedad denegaría la inscripción de las cláusulas contractuales que fueran contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. De estos preceptos parecía deducirse la voluntad del legislador de atribuir a notarios y registradores la facultad de controlar la abusividad de las condiciones generales. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantuvo su negativa a admitir que la labor de calificación de las cláusulas contractuales abarcara su posible abusividad, lo que no impidió a notarios y registradores que velaran por los intereses de los consumidores y usuarios con base, no en el Derecho de consumo, sino en las normas sustantivas civiles e hipotecarias que regulaban el negocio jurídico celebrado (en este caso, el préstamo con garantía hipotecaria)<sup>15</sup>.

La *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, modificó el artículo 12 LH. Tras la reforma, en los préstamos garantizados con hipoteca constituida a favor de las entidades referidas en el artículo 2 de la *Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario* (en adelante, LMH), solo las cláusulas de trascendencia real se sometían a la función de calificación del registrador. Este control registral, sin embargo, no abarcaba las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, que, en caso de calificación favorable de las cláusulas de trascendencia real (previstas en el párrafo primero del artículo 12 LH), se harían constar

en todo caso en el asiento en los términos que resultasen de la escritura de formalización, «aunque se [tratara] de cláusulas que no debieran acceder al Registro por ser contrarias al principio de especialidad, ser nulas por abusivas (aun con sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación) o por cualquier otra causa» (DEL REY BARBA, 2014, 247). De este modo, solo cuando las cláusulas financieras se incorporasen a un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre particulares, o entre un consumidor y una entidad distinta de las previstas en el artículo 2 LMH, se someterían al control de calificación del registrador.

Esta fue la exégesis inicial que del artículo 12 LH hizo la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal y como puso de relieve la resolución de 21 de diciembre de 2007<sup>16</sup>, según la cual, con relación a las cláusulas financieras, «el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 LH— hubieran sido calificadas favorablemente»<sup>17</sup>. No obstante, a partir de la segunda mitad del año 2008, la Dirección tomó un nuevo rumbo en la interpretación del artículo 12 LH, limitando la labor calificadora del registrador con respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras a aquellas que estuvieran afectadas de una tacha apreciable objetivamente, sin que se pudieran analizar aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o cuya abusividad se pusiera en tela de juicio con base en el principio de buena fe o en el artículo 82.1 TRLGDCU, solo pudieran declararse abusivas por decisión judicial<sup>18</sup>. Por tanto, la intervención registral en el control de la abusividad de las condiciones generales no podía fundamentarse en la mera existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, sí podía denegar el registrador la inscripción de tales cláusulas en las tres hipótesis siguientes: 1) cuando concurriera alguno de los supuestos de hecho de los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive; 2) cuando las cláusulas fueran ilegales por contravenir lo dispuesto en una norma imperativa o prohibitiva, y 3) cuando las cláusulas hubieran sido declaradas nulas en sentencia judicial, se hallare esta inscrita o no en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>19</sup>.

En el año 2019, la LCCI introdujo una importante reforma en el artículo 12 LH, que pasó a admitir la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras al declarar que estas, cualquiera que fuera la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las cláusulas de trascendencia real, se harían constar en el asiento en los términos que resultaran de la escritura de formalización.



### III. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Pese a la indudable relevancia del control preventivo de contenido, es en sede judicial donde el examen de la abusividad de las condiciones generales alcanza su mayor extensión. A continuación, examinamos, por orden cronológico, las sentencias españolas y europeas de las que emana la doctrina vigente en materia de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas<sup>20</sup>.

#### 1. STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 (CASO «AZIZ»): CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (caso «Aziz»)<sup>21</sup> fue precursora en el establecimiento de los criterios que el juez nacional debía tomar en consideración para valorar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. En este pronunciamiento, que trajo causa en las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, el Tribunal europeo partió de la premisa de que el artículo 3.1 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante, *Directiva 93/13/CEE*) fijaba en abstracto los elementos que confieren el carácter abusivo a una condición general, a saber, la causación, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que para las partes se desprenden del contrato<sup>22</sup>. Sobre esta base, la relevancia de este pronunciamiento derivaba del hecho de que en el mismo se establecían por primera vez para el concreto caso de la cláusula de vencimiento anticipado las pautas en las que había de fundamentarse su abusividad. De esta suerte, según el Tribunal europeo, para que la cláusula de vencimiento anticipado no fuera abusiva el juez nacional debía constatar el cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones: 1) que la obligación cuyo incumplimiento legitimaba el vencimiento anticipado no fuera abusiva; 2) que el incumplimiento que fundamentaba el vencimiento anticipado pudiera calificarse de grave atendiendo a la duración y cuantía del préstamo (criterio de la proporcionalidad); 3) que el vencimiento anticipado se regulara como una facultad excepcional, y 4) que el Derecho nacional contemplase medios adecuados y eficaces a los que pudiera recurrir el consumidor para remediar los efectos del vencimiento anticipado. Esta última circunstancia se cumplía en el Derecho español, puesto que el artículo 693.3 LEC permitía al deudor la liberación del bien (y el consiguiente sobreesi-

miento del proceso de ejecución hipotecaria) mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviera vencida al tiempo de presentarse la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se fueren produciendo durante el procedimiento y resultaren total o parcialmente impagados. Además, la falta de pago de los plazos de amortización del préstamo y de los intereses pactados implicaba el incumplimiento de una obligación esencial del contrato. Sin embargo, era el criterio de la proporcionalidad el elemento clave en la valoración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

La «doctrina Aziz» marcó un hito en la valoración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado al establecer una correlación esencial entre la cuantía y número de los plazos impagados que fundamentaban el vencimiento anticipado, de un lado, y el importe total del préstamo y el plazo acordado para su devolución, de otro. Así, forjó el Tribunal europeo el criterio de la proporcionalidad, que se importó a nuestro ordenamiento jurídico a través de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (en adelante, *Ley 1/2013*), que otorgó una nueva redacción al artículo 693.2 LEC. Este precepto, en su redacción original, permitía al acreedor que reclamase la totalidad de lo adeudado en concepto de capital e intereses si se hubiera pactado el vencimiento total en caso de impago de «alguno» de los plazos y el convenio se hubiera hecho constar en el Registro. Sin embargo, una cláusula contractual que permitiera el vencimiento anticipado del contrato de préstamo o crédito hipotecario de larga duración ante el impago de una sola cuota, aunque estuviese amparada por el artículo 693.2 LEC, no cumplía con las condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 14 de marzo de 2013 para que la cláusula no fuera abusiva, ya que el incumplimiento que fundamentaba el vencimiento anticipado no podía calificarse de grave en atención a la duración y cuantía del préstamo. Por ello, el precepto fue modificado por la *Ley 1/2013*, que exigió un número mínimo de impagos para que la cláusula de vencimiento anticipado fuera válida. Así, tras la reforma, el artículo 693.2 LEC permitía al acreedor reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses cuando se hubiese convenido el vencimiento total en caso de impago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas que supusiera el incumplimiento por el deudor por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constara en la escritura de constitución<sup>23</sup>. Tras la reforma operada en el artículo 693 LEC por la LCCI, estas exigencias se trasladaron al apartado primero del precepto.

De esta forma, el legislador pretendía cumplir con la condición de que el incumplimiento legitimador del vencimiento anticipado fuera grave aten-

diendo a la duración y cuantía del préstamo para que la cláusula no fuera abusiva. No obstante, la legalidad de una cláusula de vencimiento anticipado por ajustarse a las exigencias del artículo 693.2 LEC no excluía automáticamente su abusividad, de igual modo que su nulidad por contravención de la norma no conllevaba su abusividad cuando no generase un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en los términos previstos en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE (AGÜERO ORTIZ, 2018, 24).

No faltaron voces en la doctrina que abogaron por la insuficiencia de la reforma operada por la Ley 1/2013 para cumplir con las exigencias de proporcionalidad establecidas en la sentencia de 14 de marzo de 2013. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ (2016, 723) sostuvo que el impago de tres cuotas en un préstamo cuya duración fuera de veinte o treinta años no representaría un incumplimiento grave, con lo que el legislador se había quedado corto en la protección de los consumidores, habiendo sido preferible tomar en consideración un tanto por ciento respecto del importe total del préstamo. Además, defendía el autor que el legislador debería haber establecido un régimen especial para los préstamos en los que la hipoteca recayera sobre una vivienda y haber previsto una regulación sustantiva diferenciada para los préstamos hipotecarios en atención a la condición de consumidor o no del prestatario<sup>24</sup>.

Partiendo de la insuficiencia del criterio de los tres plazos mensuales que estableció la reforma de 2013, ACHÓN BRUÑÉN (2017, 120) postuló que para valorar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas no debía prevalecer el criterio de la literalidad del artículo 693 LEC, sino el de la proporcionalidad, que no existiría cuando en un préstamo de larga duración solo se hubieran dejado de pagar tres meses, aunque también podría ocurrir lo contrario. Ante ello, hubo quien defendió que el número mínimo de impagos que exigía el artículo 693.2 LEC tras la reforma constituía solo un criterio de mínimos que no legitimaba la reclamación del total adeudado por el mero hecho de que se hubieran impago tres plazos mensuales, sino que suponía un suelo mínimo para valorar el incumplimiento por debajo del cual se prohibía *ex lege* el vencimiento anticipado, pero que no impedía que, según las circunstancias particulares de cada caso, dicho suelo fuera irrelevante en atención a la cuantía y duración del préstamo y, por tanto, susceptible del control de abusividad<sup>25</sup>. La postura contraria sostuvo PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2014, 283-284), quien defendía que, al estar el artículo 693.2 LEC redactado en sentido positivo, no cabía interpretar que una cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de al menos tres plazos mensuales pudiera ser considerada abusiva en atención a la cuantía y duración del préstamo. Distinto sería, según el autor, si la norma se hubiera redactado en sentido negativo («no podrá

reclamarse la totalidad de lo adeudado si no se hubieran dejado de pagar al menos tres cuotas mensuales»), pues en tal caso sí sería posible declarar abusivas, según las circunstancias, las cláusulas de vencimiento anticipado previstas para el impago de más de tres cuotas mensuales.

2. STJUE DE 20 DE ABRIL DE 2014 (CASO «KÁSLER»): ATRIBUCIÓN AL JUEZ DE LA FACULTAD DE INTEGRAR EL CONTRATO PARA GARANTIZAR SU SUBSISTENCIA EN BENEFICIO DEL CONSUMIDOR

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso «Kásler»)<sup>26</sup>, asumió la doctrina contenida en la sentencia de 14 de junio de 2021 (caso «Banco Español de Crédito»)<sup>27</sup> sobre las consecuencias que entrañaba la abusividad de una cláusula contractual. Este pronunciamiento partió del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en virtud del cual una cláusula abusiva no vincula al consumidor, si bien el resto del contrato seguirá siendo obligatorio siempre que pueda subsistir sin la cláusula controvertida («efecto útil» de la protección del consumidor)<sup>28</sup>. Con base en este precepto, el Tribunal sostuvo que el juez nacional debía extraer todas las consecuencias derivadas de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que vinculaba a un consumidor y un profesional. Así, el juez debía no aplicar la cláusula contractual abusiva en aras de que no produjera efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma ni integrar el vacío que dejaba la inaplicación de la cláusula<sup>29</sup>. En definitiva, siempre que la persistencia del contrato fuera jurídicamente posible según las normas de Derecho interno, aquel debía subsistir sin otra alteración que la que resultara de suprimir la cláusula abusiva<sup>30</sup>. De hecho, señaló el Tribunal de Justicia que la atribución al juez nacional de la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas podría poner en peligro la consecución del objetivo que a largo plazo perseguía el artículo 7 de la Directiva, ya que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aunque llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario<sup>31</sup>.

Con base en este razonamiento, el Tribunal europeo declaró que el artículo 6.1 de la Directiva se oponía a cualquier norma nacional que atribuyera al juez la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula declarada nula por abusiva. Esta podría considerarse la regla general, que, sin embargo, la sentencia «Kásler» excepcionó cuando la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional se ajustase al objetivo del mencionado precepto y permitiera restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes en

el contrato, posibilidad que se limitaba a los casos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su integridad, quedando así el consumidor expuesto a consecuencias que le supondrían una penalización. En tal caso, el juez nacional podía subsanar la nulidad de la cláusula reemplazándola, desde la fecha de celebración del contrato, por una disposición supletoria de Derecho nacional<sup>32</sup>, pues, de lo contrario, quedaría aquel obligado a anular el contrato en su totalidad, pudiendo el consumidor quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, lo que podría frustrar el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato<sup>33</sup>.

3. STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015: POSIBILIDAD DE INTEGRAR EL CONTRATO CUANDO, PESE A LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, EL USO CONCRETO DE DICHA FACULTAD SE AJUSTA A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y A LAS EXIGENCIAS DEL ARTÍCULO 693.2 LEC

En la reforma de 2013, el legislador no incluyó una previsión transitoria para los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que incorporaban una cláusula de vencimiento anticipado por un único impago. En este contexto, las entidades de crédito, de manera generalizada, comenzaron a ajustar su praxis a la nueva redacción del precepto, de manera que, aunque los contratos de préstamo y crédito hipotecario celebrados por ellas contuvieran cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de menos de tres plazos mensuales, las entidades no incoaban el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se superaba el número de impagos mínimo establecido en el precepto. Ante este comportamiento de las entidades de crédito surgió la duda de si la inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado impedía al juez nacional que dedujera las consecuencias derivadas de su carácter abusivo.

Esta cuestión la abordó el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015<sup>34</sup>. En el asunto enjuiciado, la cláusula de vencimiento anticipado legitimaba a la entidad de crédito para exigir anticipadamente la devolución del capital, intereses y gastos en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. La cláusula no superaba los estándares de validez fijados en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 porque ni modulaba la gravedad del incumplimiento en atención a la duración y cuantía del préstamo ni permitía al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. Así, resolvió el Tribunal Supremo que una cláusula de vencimiento anticipado que permitiera la resolución del contrato por impago de un solo plazo, incluso parcial

y respecto de una obligación accesoria, debía ser considerada como abusiva, ya que no se ajustaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Por tanto, la cláusula controvertida no era abusiva simplemente por permitir el vencimiento anticipado del préstamo, sino por los términos en que lo hacía.

Sin embargo, cuando, pese a la abusividad de la cláusula, la entidad de crédito actuase con arreglo al artículo 693.2 LEC, los tribunales debían valorar si la facultad de vencimiento anticipado había sido ejercitada de modo justificado, *id est*, cumpliéndose los criterios de validez establecidos en la sentencia de 14 de marzo de 2013. En tal caso, el juez nacional habría de admitir la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional (en nuestro caso, el artículo 693.2 LEC<sup>35</sup>) como exigencia para evitar la anulación del contrato de préstamo en su totalidad, con la consiguiente exposición del consumidor a consecuencias que para él representarían una penalización, pues se cerraría el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria incluso en los casos en los que el incumplimiento producido hubiera tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado, privándose al consumidor de las ventajas que le ofrecía dicho procedimiento en relación con el juicio declarativo. Tales ventajas eran, según el Tribunal: 1) el remedio enervatorio de la ejecución contemplado en el artículo 693.3 LEC, que permitía neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario<sup>36</sup>; 2) las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa (art. 579.2 LEC)<sup>37</sup>, y 3) el establecimiento de un valor de tasación mínimo a efectos de subasta del setenta y cinco por ciento del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo (art. 682.2.1.º LEC)<sup>38</sup>.

Como bien puso de relieve CUBILLO LÓPEZ (2020, 32 y ss.), estas circunstancias no parecían conllevar un beneficio tal para el deudor que justificase la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC en aras de permitir la subsistencia del contrato con arreglo a la «doctrina Kásler». El remedio previsto en el artículo 693.3 LEC beneficiaba claramente al consumidor, ya que le permitía enervar la ejecución hipotecaria instada contra él consignando los plazos de amortización e intereses del préstamo vencidos e impagados al tiempo de presentación de la demanda, amén de los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se fueran produciendo durante el procedimiento de ejecución y que resultaran impagados total o parcialmente. De esta forma, el deudor lograba detener la ejecución, conservar el bien y mantener la vigencia del contrato. No obstante, el alcance de este remedio era limitado por varias razones: primero, porque solo cuando el bien hipotecado fuera la vivienda habitual, el deudor podría ejercitar la

facultad enervatoria aun sin el consentimiento del acreedor, requiriendo en el resto de casos la solicitud de este; segundo, porque este remedio estaba limitado temporalmente, de modo que, una vez liberado el bien por primera vez, para que pudiera liberarse en sucesivas ocasiones deberían haber transcurrido, al menos, tres años entre la liberación del bien y el nuevo requerimiento de pago; finalmente, esta posibilidad beneficiaba solo a los consumidores que tenían capacidad económica suficiente para poder consignar los importes señalados en el precepto. Asimismo, la fijación de un valor de tasación mínimo, que actuaba como precio de salida en la subasta, no solo beneficiaba al deudor, sino también al acreedor, ya que, cuanto mayor fuera el precio de la venta forzosa del bien garantizado mayor sería la parte del crédito satisfecha. Finalmente, la ventaja que ofrecía el artículo 579.2 LEC tenía también una aplicación muy limitada, pues consistía en una rebaja en la responsabilidad del deudor que operaba solo cuando el bien hipotecado fuera su vivienda habitual y la misma hubiera sido ejecutada, siendo el remate aprobado insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, que continuaría con su reclamación mediante una ejecución. Con todo ello, concluyó CUBILLO LÓPEZ que, a su entender, las consecuencias desfavorables para el consumidor que se derivarían de la anulación del contrato de préstamo hipotecario, y cuya prevención justificaría que se prosiguiera con la ejecución hipotecaria iniciada, ni eran tantas ni tan intensas como para sostener que el cierre de la ejecución hipotecaria y el quedar expedita una posible ejecución ordinaria supusieran una situación especialmente perjudicial para el consumidor. De hecho, a juicio del autor, este resultado a quien perjudicaría siempre es a la entidad prestamista, que tendría que optar entre interponer una nueva demanda de ejecución (ordinaria o hipotecaria) solo por la parte adeudada hasta la fecha o, si quiere reclamar el total de la obligación, esperar a que tenga lugar su vencimiento completo o buscar el título ejecutivo judicial consistente en una sentencia de condena, opciones ambas que podrían dilatarse mucho en el tiempo<sup>39</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo consideró que, aun cuando la cláusula de vencimiento anticipado fuera abusiva atendiendo a su literalidad, era necesario valorar el uso concreto que de dicha facultad hizo la entidad de crédito, pues, si esta al actuar había cumplido con los criterios de validez fijados en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 y con las condiciones previstas en el artículo 693.2 LEC, era posible la integración del contrato para permitir su subsistencia en beneficio del consumidor, posibilitando así la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>40</sup>. Bajo nuestro punto de vista, este razonamiento no resulta acertado, habida cuenta de que el principio de efectividad consagrado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE solo permite al juez,



ante una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, declarar su nulidad, suprimirla del contrato y, consiguientemente, sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, que, ante la nulidad de la cláusula, se queda sin causa. No está facultado el juez para, como hipótesis de valoración, plantearse si al consumidor le resulta más favorable la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria que su sobreseimiento y remisión del acreedor al juicio declarativo. Sin embargo, el Tribunal Supremo se cuestionó al respecto para concluir que la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria beneficiaba al consumidor y, con ello, justificar la aplicación de la doctrina del Tribunal europeo sobre la integración del contrato.

De hecho, esta doctrina fue declarada contraria al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 26 de enero de 2017 (caso «Banco Primus»)<sup>41</sup>, conforme a la cual, para la valoración de la abusividad de una cláusula lo decisivo es la redacción de la misma, y no su efectiva aplicación en la práctica por la entidad, puesto que, en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo. De esta forma, si el juez constata la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado debe, *ex* artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, declarar su abusividad y no aplicarla, aunque el banco no la hubiera aplicado en la práctica y hubiese observado los requisitos establecidos por la disposición supletoria de Derecho nacional aplicable.

#### 4. VOTO PARTICULAR A LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015: LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA POR LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 693.2 LEC DESNATURALIZA EL CONTROL DE ABUSIVIDAD

El magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO formuló un voto particular a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (que se repitió en lo sustancial en la precitada de 18 de febrero de 2016) en el que discrepó, no con la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado enjuiciada, sino con la doctrina jurisprudencial que sentó el Tribunal en favor de la aplicación supletoria del artículo 693.2 del Código Civil para permitir la subsistencia del contrato y, con ello, la continuación del proceso de ejecución hipotecaria. Consideró ORDUÑA MORENO que dicha doctrina, de manera frontal y con carácter general, desnaturalizaba conceptualmente el control de abusividad, neutralizaba su efectividad y función, entrañaba una evidente integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, contravenía la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este ámbito.



A juicio del magistrado, la sentencia desnaturalizaba totalmente el control de abusividad, ya que el objeto del mismo era la concreta configuración de la cláusula predispuesta, y no la licitud de los institutos jurídicos; esto es, la cláusula no era abusiva en abstracto, sino en la concreta configuración que adoptaba en la reglamentación predispuesta. Esto pareció asumirlo el Tribunal Supremo al reconocer que la cláusula de vencimiento anticipado no era ilícita *per se*, sino en atención a los términos en los que permitía la reclamación de lo adeudado. Sin embargo, pese a partir de esta base, el Tribunal realizó el control de abusividad, no según la configuración específica de la cláusula de vencimiento anticipado en el marco de la reglamentación predispuesta y al tiempo de celebrarse el contrato, sino según la previsión abstracta que ofrecía el instituto jurídico tomado como referencia. La consecuencia la expuso ORDUÑA MORENO en términos meridianos:

«ninguna cláusula específica de vencimiento anticipado, de resolución convencional o de pena convencional, por más que resultara claramente abusiva, daría lugar al régimen de ineficacia derivada de pleno derecho de la misma y, por tanto, a la prohibición de no moderación o integración de dicha cláusula, porque siempre se podría argumentar, tal y como hace la sentencia, que la previsión de los institutos del vencimiento anticipado, de la resolución o de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento no son “*per se*” ilícitos».

El magistrado distinguió los dos planos valorativos que subyacen en la dinámica de aplicación del control de abusividad, a saber, el plano pertinente a la calificación del carácter abusivo de la cláusula, de un lado, y el relativo a las consecuencias de la declaración de abusividad, de otro. Con relación al primero, señaló ORDUÑA MORENO que eran los jueces nacionales los competentes para decidir sobre la abusividad de las cláusulas con arreglo a los criterios de valoración fijados en el artículo 693.2 LEC y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y el Tribunal europeo. El segundo de los planos se centraba en la determinación del régimen de ineficacia derivada de la declaración de abusividad. En este ámbito no existía espacio para la interpretación del juez nacional, habida cuenta de que el alcance o efectividad del régimen de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas estaba conformado por la norma con carácter imperativo: no vinculación al consumidor y consiguiente sobreseimiento de la ejecución instada con fundamento en dicha cláusula.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 permitía excepcionalmente la integración del contrato cuando fuera conforme con la finalidad y el efecto disuasorio que perseguía la Directiva 93/13/CEE y la abusividad afectase a un elemento esencial del contrato

principal, permitiendo la integración de este su subsistencia en beneficio del consumidor adherente. En el asunto enjuiciado, entendió ORDUÑA MORENO que no se cumplían estas condiciones porque la integración del contrato que realizó el Tribunal, sustituyendo la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por el artículo 693.2 LEC, operaba en beneficio exclusivo y excluyente de la entidad de crédito, ya que el despacho de la ejecución conllevaba la consecuencia más adversa posible para el consumidor, que no solo tendría que restituir el capital prestado, sino que pasaba directamente a la ejecución patrimonial, frustrándose así cualquier efecto disuasorio que pudiera tener la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado<sup>42</sup>. Por tanto, al no cumplirse las condiciones que la sentencia de 30 de abril de 2014 establecía para la integración del contrato, la continuación del proceso de ejecución hipotecaria con base en la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC vulneraba el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia comunitaria. El referido precepto de la Directiva consagraba la «no vinculación» de las cláusulas abusivas, lo que se traducía en una desvinculación plena de los efectos y consecuencias jurídicas que directamente desplegaba la cláusula abusiva en el marco del contrato celebrado. Esta desvinculación determinaba la ineficacia de la cláusula desde el momento de la celebración y afectaba a todos los actos o negocios cuya validez y eficacia trajeran causa o se sustentasen de manera directa en la cláusula declarada abusiva. Así, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado conllevaría la ineficacia de la ejecución hipotecaria instada por el acreedor al amparo de aquella, con independencia de las circunstancias concretas que acompañaran el curso de la ejecución y, entre ellas, las previstas en el artículo 693.2 LEC. En otros términos, el régimen de ineficacia no podía atender o proyectarse sobre otras circunstancias distintas de las que configuraron la cláusula declarada abusiva.

Además, el magistrado se opuso a la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC por varias razones.

Primera, porque la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula no produce una laguna en el contrato que haya de ser integrada por el juez, sino que determina la aplicación del régimen de ineficacia derivado de tal nulidad<sup>43</sup>. De hecho, el artículo 83 TRLGDCU fue modificado por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, precisamente para suprimir la facultad del juez de integrar la parte del contrato afectada por la nulidad de la cláusula abusiva<sup>44</sup>. Por tanto, únicamente era posible la integración del contrato cuando se cumplieran las condiciones establecidas por el Tribunal europeo en la sentencia de 30 de abril de 2014.

Segunda, el juez nacional no está habilitado para integrar las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de una cláusula porque

tales consecuencias vienen determinadas por el principio de efectividad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE («no vinculación») y por el artículo 3.1 de la norma comunitaria, que ordena al juez nacional que deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula. Así pues, ante la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, el juez, como regla general, no puede integrarla mediante la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional, sino que tiene que no aplicarla y, consiguientemente, sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria instado por el acreedor al amparo de dicha cláusula.

Tercera, no procede la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC porque la configuración negocial o pactada del vencimiento anticipado ha sido calificada de nula y, por ende, inaplicable a todos los efectos, con lo que se carece de título de ejecución<sup>45</sup>. En efecto, como sostiene ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), el juicio hipotecario carece de cognición; es un juicio ejecutivo en el que el acreedor puede pedir la ejecución de la garantía hipotecaria porque tiene un título ejecutivo, a saber, la escritura pública de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad. Si el juez comprueba que la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva porque legitima al acreedor para reclamar el total de lo adeudado simplemente porque deje de pagar una mensualidad o, incluso, los intereses, el acreedor no puede alegar en el juicio ejecutivo que el consumidor ha dejado de pagar más de tres plazos mensuales y que, por tanto, ese impago es «justa causa» de vencimiento anticipado, con independencia del carácter abusivo de la cláusula. En un juicio que carece de cognición, como lo es el hipotecario, el juez no puede entrar a valorar si el acreedor tiene o no justa causa para declarar vencido anticipadamente el crédito si la causa no está recogida en el título que posibilita el despacho de la ejecución. En tal caso, el acreedor solo podrá acudir al juicio declarativo para conseguir la resolución del contrato de préstamo (vencimiento anticipado) y emplear la sentencia como título ejecutivo. Ante esta situación, concluye ALFARO ÁGUILA-REAL que «[e]sto, naturalmente, al Supremo le parece una barbaridad de la que es responsable el legislador español que, como hemos dicho en muchas ocasiones, se ha comportado cruelmente con los deudores. De manera que busca una salida realmente espectacular: hacer tal cosa ¡perjudicaría al consumidor!».

En conclusión, postuló ORDUÑA MORENO que la aplicación en el asunto enjuiciado del artículo 693.2 LEC vulneraba la jurisprudencia comunitaria y comportaba tanto la integración de una cláusula ya declarada abusiva como el «vaciamiento» de su efecto o función disuasoria, habida cuenta de que con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria se transmitía al acreedor predisponente el mensaje de que podía volver a utilizar una cláusula abusiva sin sanción concluyente, confiando, en todo caso, en que la cláusula abusiva empleada sería integrada.

5. STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019 (CASO «ABANCA»): INAPLICACIÓN DE LA *BLUE PENCIL RULE* Y POSIBLE RENUNCIA DEL CONSUMIDOR AL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019<sup>46</sup> sentó la conocida como «doctrina Abanca». Esta sentencia encuentra su origen en las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, dando lugar, respectivamente, a los asuntos acumulados C-70/17 (caso «Abanca Corporación Bancaria») y C-179/17 (caso «Bankia»). El planteamiento de tales cuestiones prejudiciales dio lugar en los juzgados y audiencias a la suspensión de la tramitación de miles de ejecuciones hipotecarias en curso tras materializarse el vencimiento anticipado de los préstamos a la espera de la decisión del Tribunal europeo y la subsiguiente del Tribunal Supremo.

Las cuestiones que se elevaron al Tribunal europeo versaban sobre la interpretación que debía hacerse de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y, concretamente:

1. Si, cuando una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario era declarada abusiva, podía conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacían abusiva. Lo que se planteó al Tribunal era la posibilidad de aplicar a las cláusulas abusivas la *blue pencil rule* o *blue pencil test* («regla del fraccionamiento» o *Teilbarkeit der Klausel*), acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán. La aplicación de esta regla permitiría declarar la nulidad solo de la parte inválida de la cláusula, manteniéndose el resto en la medida que fuera gramaticalmente inteligible, tuviera sentido jurídico y la supresión de la parte abusiva no supusiera la introducción de una norma nueva o distinta de la prevista inicialmente en la cláusula<sup>47</sup>.

2. No admitiéndose la aplicación de la *blue pencil rule*, se preguntó al Tribunal si el procedimiento de ejecución hipotecaria que se inició en aplicación de dicha cláusula se podía continuar tramitando aplicándose supletoriamente una norma de Derecho nacional bajo el argumento de que, si ello no fuera posible, los intereses de los consumidores se verían perjudicados.

Para dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, el Tribunal partió del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en virtud del cual las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y, por ello, los órganos jurisdiccionales remitentes deben abstenerse de aplicarlas. Entendió el Tribunal que el precepto debía interpretarse en el sentido de que se opondría a una norma de Derecho interno que permite al juez nacional integrar el contrato

modificando el contenido de la cláusula abusiva, puesto que dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que sobre los profesionales ejercería la simple no aplicación de las cláusulas abusivas frente a los consumidores, pues aquellos podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aunque se llegaren a declarar nulas, el juez nacional podría integrar el contrato en lo que fuere necesario, garantizando así el interés de los profesionales. Este mismo razonamiento sirve para explicar por qué el Tribunal excluyó la aplicación de la *blue pencil rule* a la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, puesto que la conservación parcial de la cláusula mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva menoscabaría el efecto disuasorio que persigue el artículo 7 de la norma comunitaria<sup>48</sup>. Esto ocurriría cuando el juez nacional, con relación a una misma cláusula, apreciara la abusividad del pacto de vencimiento anticipado por impago de uno o dos plazos mensuales del préstamo y mantuviera la validez del vencimiento que respetase el número mínimo de impagos fijado por el artículo 693.2 LEC. De esta forma, el Tribunal europeo declaró inadmisibles la aplicación del *blue pencil test*, si bien no *in abstracto*, sino con relación al caso concreto (GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, 2019, 56)<sup>49</sup>. En puridad, el Tribunal europeo solo excluyó la aplicación del *blue pencil test* cuando la supresión de la parte abusiva de una cláusula conllevara la modificación de su contenido, afectando a su esencia, y el otorgar a la parte subsistente significado gramatical y jurídico exigiera la aplicación de una norma supletoria de Derecho nacional, pero no cuando la cláusula pudiera fragmentarse y la parte subsistente tuviese pleno significado *per se* (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, 2019, 8).

Por lo que a la segunda cuestión prejudicial respecta, dijo el Tribunal que solo cuando la integración del contrato fuera necesaria para su subsistencia en beneficio del consumidor se permitía la sustitución de la cláusula abusiva por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato (*id est*, por el artículo 693.2 LEC, en la redacción que le otorga la Ley 1/2013). Corresponde al juez nacional comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, si la supresión de la cláusula abusiva conllevaría que el contrato no pudiera subsistir y si la anulación de este expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

En este sentido, afirmó el Abogado General Szpunar, en las conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2018 con relación a los asuntos C-70/17 y C-179/17, que, según la jurisprudencia, el criterio de la persistencia del contrato debía ser apreciado únicamente en el plano jurídico, en la medida que, en virtud de las normas del Derecho interno, dicha persistencia fuera jurídicamente posible. De este modo, no podían ser atendidas consideraciones como el hecho de si la entidad de crédito habría o no concedido un

préstamo sin la garantía hipotecaria o qué consecuencias se derivarían para el acreedor de la eliminación de una cláusula abusiva, debiéndose solo determinar si el contrato quedaría anulado o no conforme al Derecho nacional.

La necesidad de adoptar este enfoque objetivo provocó que el juez no pudiera valorar las consecuencias que se derivarían de la declaración de abusividad de una cláusula y, concretamente, la propia subsistencia del contrato, desde la perspectiva exclusiva del consumidor. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de marzo de 2012 (caso «Pereničová y Perenič»)<sup>50</sup>, que, en su apartado 32, declara que, siguiendo un enfoque objetivo en la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, «la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato»<sup>51</sup>. A tal efecto, entendió el Tribunal europeo que el juez debía considerar, en especial, la seguridad jurídica de las actividades económicas, habida cuenta de que el objetivo perseguido por la Directiva 93/13/CEE y, concretamente, por su artículo 6.1, es reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que restablezca la igualdad entre estas<sup>52</sup>. De esta suerte, coincidimos con VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2019, 9) en que el juez nacional debe valorar la subsistencia del contrato sin la cláusula declarada abusiva atendiendo al fundamento para la celebración del contrato según las partes, de modo que sea razonable pensar que el negocio no habría tenido lugar sin las cláusulas nulas según la voluntad común real o hipotética de las partes, habida cuenta de que la finalidad o la naturaleza del contrato ya no serían las mismas. En definitiva, el perjuicio que al consumidor pueda reportar la anulación del contrato y el subsiguiente sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria no ha de ser tomado en consideración al valorar si el contrato puede persistir sin la cláusula declarada abusiva, sino en un momento posterior cuando, una vez que el juez ha concluido que el contrato no puede subsistir, debe aquel resolver si la anulación del contrato en su integridad somete al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Si, adoptando el referido enfoque objetivo, el juez nacional concluye que el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva debe abstenerse de aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello al entender que le resulta más favorable la continuación de la ejecución hipotecaria incoada por el acreedor en aplicación de la cláusula abusiva que el cauce del juicio declarativo y la consiguiente ejecución ordinaria. Solo el consumidor puede renunciar al principio de efectividad, ya que está configurado a su favor, con lo que el juez nacional, antes de resolver la continuación o sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria, debe abrir un trámite de audiencia para conocer la decisión del deudor al respecto, que será

vinculante para el juez. Así, el Tribunal perfiló la voluntad del consumidor, haciéndola extensiva a la posibilidad tanto de oponerse a la inaplicación de la cláusula abusiva como a la elección de que se aplique el procedimiento de ejecución hipotecario por estimarlo más favorable a sus intereses (ARIAS RODRÍGUEZ, 2019).

FERNÁNDEZ SEIJO (2019, «Cautas aproximaciones...», 122-123) matizó esta sentencia al señalar que la posible integración del contrato no nos remite a un problema de subsistencia o no del mismo una vez anulada la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, sino de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones e intereses de las partes<sup>53</sup>. La cláusula de vencimiento anticipado no constituye un elemento esencial del contrato, pero sí tiene trascendencia para la entidad financiera, que no celebraría el contrato si no tuviera certeza de que podría reclamar al deudor la totalidad de lo prestado en caso de incumplimiento reiterado. En este sentido, resulta muy clarificadora la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2019 (caso «Dunai»<sup>54</sup>, en virtud de la cual el objetivo perseguido por la Directiva 93/13/CEE y, en particular, por su artículo 6.1, consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Sobre esta base, defiende FERNÁNDEZ SEIJO la aplicación del artículo 1124 del Código Civil como norma supletoria para restablecer el equilibrio de las partes tras la declaración de abusividad de una cláusula que habilitaba a la entidad financiera para resolver el contrato con fundamento en incumplimientos no graves.

## 6. ARTÍCULO 24 LCCI

El 16 de junio de 2019 entró en vigor la LCCI, que, en su artículo 24.1, establece los requisitos que han de cumplirse para que se produzca el vencimiento anticipado. Dice el precepto:

«1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.



b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses<sup>55</sup>.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo»<sup>56</sup>.

A diferencia del artículo 693.2 LEC, que requería el pacto de las partes para su aplicación, este precepto tiene carácter imperativo (art. 24.2 LCCI), sin perjuicio de la legitimidad de cláusulas más favorables para el consumidor que contemplen el vencimiento anticipado del crédito para estados moratorios más graves, pese a lo improbable de que tales estipulaciones se incluyan en el contrato (CARBALLO FIDALGO, 2020, 39).

Coincidimos con SÁENZ DE JUBERA (2019, 2085) en que, aunque literalmente el precepto no prevea la exclusión del vencimiento anticipado en otros casos, la interpretación más lógica es que solo pueda producirse cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 24.1 LCCI. En todo caso, la imperatividad del precepto puede menoscabar el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE, ya que la inclusión en un contrato de préstamo hipotecario de una cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago no conllevaría ninguna consecuencia perjudicial para el prestamista, pues, cuando las cuotas vencidas y no satisfechas alcancen la cuantía fijada en el artículo 24.1.b) LCCI, se producirá el vencimiento anticipado con base en dicho precepto (MARTÍN FABA, 2019, 19).

Como se puede inferir de su lectura, por exigencia del artículo 24.1 LCCI el vencimiento anticipado del contrato solo se producirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas alcancen una determinada cuantía, de manera



que, como indica la exposición de motivos de la Ley, «mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado». Además, el vencimiento anticipado solo se vincula al cumplimiento de la obligación principal, y no de obligaciones accesorias.

La disposición transitoria primera de la LCCI, en su apartado primero, señala que la misma no será aplicable a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor (que tuvo lugar el 16 de junio de 2019), consagrando en dichos términos el principio de irretroactividad de la norma. De esta forma, con la entrada en vigor de la LCCI se limitaba la vigencia del artículo 693.2 LEC a los contratos formalizados antes de la entrada en vigor de la LCCI. No obstante, la referida disposición transitoria prevé algunas excepciones a esta regla. Concretamente, dice su párrafo cuarto:

«Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

Así pues, en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI se concede al deudor la facultad de aplicar el artículo 24 LCCI o el 693.2 LEC, según sus intereses<sup>57</sup>. Ahora bien, si el vencimiento anticipado se hubiera producido materialmente antes de esa fecha, con independencia de que se hubiese judicializado o no, la aplicación del artículo 693.2 LEC sería preceptiva, sin que se concediera al deudor la posibilidad de aplicar el artículo 24 LCCI. En suma, solo se admite la aplicación retroactiva del artículo 24 LCCI cuando el vencimiento anticipado se haya producido tras la entrada en vigor de la Ley (retroactividad de grado medio), y siempre que la facultad del vencimiento anticipado se haya pactado expresamente en el contrato.

A efectos de la aplicación tanto del artículo 24 como de la disposición transitoria primera de la LCCI hay que tener en cuenta que la fecha a considerar no es la de celebración del contrato de préstamo, sino la del vencimiento anticipado, con independencia de la tramitación procesal del mismo e, incluso, de que no se hubiera instado el procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo (NARÍN NARROS, 2019, 2706).

En definitiva, con la entrada en vigor de la LCCI se ha limitado la vigencia del artículo 693.2 LEC. De esta suerte, cuando deba integrarse el contrato de préstamo hipotecario debido a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se ha de atender a las reglas anteriores en aras de determinar cuándo resulta aplicable supletoriamente el artículo 693.2 LEC y cuándo el 24 LCCI. Por su parte, en el juicio declarativo la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado se valora comparando la redacción de la cláusula con lo previsto por el Derecho dispositivo, en este caso, el artículo 1124 del Código Civil, sirviendo el artículo 24 LCCI como orientación para determinar cuándo el incumplimiento resulta grave a los efectos del artículo 1124 del Código Civil (ADÁN DOMÈNECH, 2020, 665).

7. AATJUE DE 3 DE JULIO DE 2019 (CASO «BANKIA»): TRAS EL SOBRESIEMIENTO DE UN PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA FUNDADO EN UNA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ABUSIVA SE PUEDE INICIAR OTRO CON BASE EN EL ARTÍCULO 693.2 LEC

En sus autos de 3 de julio de 2019<sup>58</sup>, dictados en los asuntos C-92/16 (caso «Bankia y Rengifo Jiménez y Félix Caiza»), C-167/16 (caso «BBVA y Quintano Ujeta y Sánchez García») y C-486/16 (caso «Bankia y Sánchez Martínez y Sánchez Triviño»), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de Primera Instancia números 6 de Alicante, 2 de Santander y 1 de Fuenlabrada, sobre las consecuencias que entraña la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado.

En los referidos autos, el Tribunal de Justicia reprodujo íntegramente la doctrina contenida en la sentencia de 26 de marzo de 2019, sin dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, a las que no pareció dar demasiada relevancia. En tales pronunciamientos, el Tribunal sostuvo que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, al consagrar el principio de efectividad, debía interpretarse como contrario a la integración del contrato mediante la sustitución de la cláusula declarada abusiva por una norma supletoria de Derecho nacional, integración que comprometería el propósito disuasorio que a largo plazo persigue el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE. Siguiendo su propia doctrina, el Tribunal europeo permitió la integración del contrato solo excepcionalmente cuando fuera necesaria para evitar que la anulación del contrato en su totalidad entrañase una penalización para el consumidor. El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, en aras de evitar la nulidad total del contrato, sustituya la cláusula abusiva por una norma supletoria de Derecho nacional en la medida en que la anulación del contrato exponga al

consumidor a consecuencias perjudiciales. Es el juez nacional el competente para valorar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, si la supresión de la cláusula abusiva conllevaría que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir y, si así fuera, si la anulación del contrato expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, en cuyo caso el juez podría reemplazar la cláusula abusiva por la redacción del artículo 693.2 LEC posterior a la celebración del contrato<sup>59</sup>. Cuando, por el contrario, el juez nacional concluya que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula abusiva deberá abstenerse de aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello por considerar que la ejecución hipotecaria seguida al amparo de dicha cláusula le beneficiaría más que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria.

Finalmente, el auto dictado en el asunto C-486/16 introdujo una importante matización sobre el efecto positivo de la cosa juzgada. El Tribunal se cuestionó si el artículo 7.1 de la Directiva y el principio de efectividad debían interpretarse en el sentido de que se oponen a que un juez nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordene el inicio de un procedimiento ejecutivo en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que haya adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada material, y a que el artículo 552.3 LEC establece la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso de ejecución con fundamento en el mismo título ejecutivo. En el supuesto enjuiciado, la demanda de ejecución hipotecaria pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial no se fundamentaba en la cláusula abusiva incluida en el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal, sino en el artículo 693.2 LEC, tal como quedó redactado en una versión posterior a la firma del contrato. En tal caso, el juez nacional debía valorar si el contrato podía subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva; si no fuera así, podía el juez considerar procedente la sustitución de dicha cláusula por el artículo 693.2 LEC. De esta suerte, cuando se cumplieran los requisitos establecidos en el mencionado precepto, la segunda demanda de ejecución no implicaría que la cláusula abusiva siguiera vinculando a los consumidores, pues la acción se fundaría, no en dicha cláusula, sino en un título distinto, a saber, el artículo 693.2 LEC. En definitiva, el Tribunal aplicó la «doctrina Abanca» y resolvió que el Derecho español no vulneraba el principio de efectividad al permitir que una entidad de crédito, tras sobreseerse un procedimiento de ejecución hipotecaria instado con base en una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, presentase una nueva demanda de ejecución hipotecaria con fundamento en el artículo 693.2 LEC, ya que el Derecho nacional no

reconoce fuerza de cosa juzgada a la resolución previa que declara la abusividad de la referida cláusula<sup>60</sup>.

8. STS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO NO PUEDE SUBSISTIR SIN LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DECLARADA ABUSIVA

Los recursos extraordinarios en cuya tramitación se plantearon las cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia «Abanca» los decidió el Pleno del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019<sup>61</sup>. En el asunto enjuiciado, la cláusula de vencimiento anticipado litigiosa permitía la reclamación de lo adeudado en concepto de capital, intereses, demoras, gastos y costas en casos de impago de cualesquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización o de incumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato. El Tribunal Supremo declaró que la cláusula de vencimiento anticipado no era ilícita *per se*, sino en atención a los términos en los que se redactara. Asimismo, abstracción hecha de la abusividad de la cláusula, los tribunales debían valorar si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor cumplía con las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC y si tal ejercicio estaba justificado con arreglo a los criterios de validez fijados en la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 14 de marzo de 2013, a saber, esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar el vencimiento anticipado.

*A) Contrato de préstamo hipotecario como negocio jurídico unitario o complejo*

En esta sentencia, el Tribunal Supremo asumió la doctrina jurisprudencial comunitaria fijada en la sentencia «Abanca» y los autos de 3 de julio de 2019. No obstante, introdujo una importante novedad: la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un contrato único con dos facetas distintas, que serían el préstamo y la garantía. En un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la restricción de la facultad esencial que confiere el derecho de hipoteca, que es la de atribuir al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC), con lo que la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido. El préstamo hipotecario constituye un negocio jurídico unitario o complejo

en el que la causa del préstamo y de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, de manera que el contrato de préstamo hipotecario de larga duración no puede subsistir si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Así pues, como consecuencia de la unidad del crédito hipotecario, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado impediría la ejecución hipotecaria y, por tanto, entrañaría la nulidad del préstamo, pues la garantía no existe si no hay posibilidad de realizarla, y sin garantía no hay préstamo hipotecario.

Por el contrario, en los contratos de préstamo personal, según el Tribunal Supremo, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no impide la subsistencia del contrato, con lo que no se cumplen los requisitos para su integración mediante la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional. En este sentido, abundan las sentencias en las que los tribunales consideran abusiva la cláusula que permite el vencimiento anticipado cuando el consumidor incumpla cualquiera de sus obligaciones. La valoración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado la debe realizar el juez nacional comparando la redacción de la estipulación con lo que establece el Derecho positivo, en nuestro caso, el artículo 1124 del Código Civil y su interpretación jurisprudencial, con arreglo a las cuales la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota se considera abusiva porque no basta cualquier incumplimiento para resolver el contrato. De esta forma, los tribunales declaran no ajustado a Derecho el vencimiento anticipado que lleva a cabo la entidad, pero mantienen el contrato de préstamo personal y condenan al consumidor a pagar las cantidades adeudadas al tiempo de interponerse la demanda<sup>62</sup>.

Los contratos de préstamo hipotecario, sin embargo, entendió el Tribunal Supremo que no podían subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, con lo que, en aras de evitar una nulidad total del contrato que expusiera al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, permitió la integración del contrato mediante la sustitución de la cláusula abusiva por la aplicación del artículo 693.2 LEC<sup>63</sup>. A juicio del Tribunal, las consecuencias desfavorables para el consumidor derivadas de la nulidad total del contrato serían: «la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo<sup>64</sup>, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria —a las que [se hace] referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero— y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al artículo 1124 del Código Civil —sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo».

En definitiva, cumpliéndose las condiciones mínimas previstas en el artículo 693.2 LEC y estando justificado el ejercicio de la facultad de venci-

miento anticipado por parte del acreedor en atención a los estándares de validez establecidos en la sentencia del Tribunal europeo de 14 de marzo de 2013, el procedimiento de ejecución hipotecaria podría continuar con fundamento, no en la cláusula de vencimiento anticipado declarada nula, sino en el referido precepto.

La doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 11 de septiembre de 2019 ha sido objeto de reproche por un sector mayoritario de los autores. Así, según JUAN SANJOSÉ (2015) la cláusula de vencimiento anticipado no es un elemento ni esencial ni natural del contrato, sino accesorio, que se incorpora a este por voluntad de la entidad de crédito y como consecuencia del desequilibrio existente entre el deudor y el acreedor, y no de las características del contrato. En la misma línea, sostiene SÁENZ DE JUBERA (2019, 2082) que el vencimiento anticipado no es una cláusula esencial en el contrato de préstamo hipotecario, de manera que este puede subsistir pese a la abusividad de la cláusula, la cual debe considerarse como no puesta, sin que proceda su integración o moderación. Asimismo, MARTÍN FABÁ (2019, 10-12) considera notorio que, con arreglo al Derecho español, no puede sostenerse que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado produce la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, ni tampoco de los de préstamo e hipoteca, entendidos estos como contratos independientes, puesto que no constituye un elemento esencial de ninguno de dichos negocios<sup>65</sup>. Finalmente, ZUMAQUERO GIL (2021, 245) considera que el vencimiento anticipado no es un elemento esencial ni del contrato de préstamo ni de la hipoteca. De hecho, señala la autora que el artículo 693 LEC contempla la posibilidad de que en el contrato no se incluya una cláusula de vencimiento anticipado, en cuyo caso el acreedor solo podrá reclamar al deudor las cuotas vencidas y no satisfechas. Además, los artículos 1857 y 1875 del Código Civil establecen los elementos esenciales del contrato de hipoteca, no hallándose entre los mismos el vencimiento anticipado<sup>66</sup>.

Por el contrario, a favor de la nulidad del contrato de préstamo como consecuencia de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva se pronuncia CUBILLO LÓPEZ (2020, 30-31), al entender que, si bien la garantía hipotecaria no se pierde del todo con la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado, «sin duda su virtualidad quedaría muy mermada». Así, coincide el autor con el Tribunal Supremo cuando concluye que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, según la voluntad común real o hipotética de las partes, pues la finalidad o naturaleza jurídica del contrato no serían las mismas. En esta línea, VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2019, 20) entiende que la cláusula de vencimiento anticipado no forma parte del objeto del contrato de préstamo, pero sí tiene carácter esencial atendiendo al fundamento de la celebración del negocio para ambas partes contratantes, ya que es razonable pensar que no se ha-

bría producido conforme a la voluntad real o hipotética de las partes sin la cláusula de vencimiento anticipado nula. Por su parte, GÓMEZ POMAR (2019, 8) concuerda con el Tribunal Supremo en que la desaparición de la cláusula de vencimiento anticipado, sin que exista ningún otro mecanismo que desempeñe una función equivalente en la dinámica contractual y en su vertiente procesal, «vendría, por tanto, a condenar a la relación contractual a su práctica inviabilidad jurídica, al menos manteniendo el contrato *tel que*». Entiende el autor que, en tal caso, es cierto que no faltaría un elemento constitutivo o estructural del contrato en el sentido del artículo 1261 del Código Civil, pero la relación contractual devendría incompatible con la lógica económico-contractual más evidente, ya que supondría obligar a un acreedor, que ha sido privado de los remedios y cauces procesales propios del negocio celebrado, a permanecer en una relación contractual en los términos pactados, pese al incumplimiento reiterado del deudor en una relación de largo plazo con prestaciones periódicas<sup>67</sup>.

Prestamos especial atención a PANTALEÓN PRIETO (2020), quien concuerda con el Tribunal Supremo en que el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir sin que la laguna que causa en el contrato la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva sea integrada mediante la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional (doctrina «Kásler-Abanca»). Sin embargo, autor y Tribunal justifican su postura de distinta manera.

El Tribunal fundamentó la imposibilidad de subsistir el contrato en la desnaturalización de la garantía: el contrato de préstamo hipotecario de larga duración no puede continuar si la ejecución de la garantía hipotecaria resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. PANTALEÓN PRIETO no comprende la referencia a la larga duración del contrato de préstamo, ya que «no es fácil entender» por qué no se desnaturalizaría la garantía real si el contrato de préstamo hipotecario no fuera de larga duración. Además, el autor postula que el hecho de que el prestamista no pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo, por numerosas y cuantiosas que sean las cuotas impagadas, no desnaturaliza la garantía real, pues la acción hipotecaria solo resulta útil para cobrar lo que el prestatario debe, y no lo que no debe aún. Así pues, señala el autor que:

«Lo único que cabe aseverar, por tanto, es algo mucho menos trascendente: que la garantía hipotecaria tiene una utilidad menor para la entidad prestamista, si esta carece de posibilidad alguna de declarar el préstamo anticipadamente vencido o resolverlo por incumplimiento (impago de cuotas) del prestatario; por lo que, de ser este el caso, dicha entidad «pagaría menos» por la garantía hipotecaria en forma de menor tipo de interés remuneratorio del préstamo. Pero nada más: el préstamo continúa siendo de naturaleza propiamente hipotecaria».



PANTALEÓN PRIETO (2020) fundamenta la imposibilidad de subsistencia del contrato en el hecho de que un contrato de préstamo hipotecario, que tiene una duración media de veintiséis años, no puede subsistir sin que el prestamista tenga ninguna posibilidad de declararlo vencido anticipadamente o de resolverlo por incumplimiento del prestatario, aun cuando los impagos sean numerosos y cuantiosos. En tal caso, el prestamista solo podría intentar reiteradamente el cobro de las cuotas no pagadas. En este contexto, PANTALEÓN PRIETO (2019, «En materia...») postula que, al preguntarnos sobre la subsistencia o no del contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, la cuestión que emerge no es si en el Derecho español es posible la existencia de un contrato de préstamo hipotecario sin posibilidad alguna de vencimiento anticipado o resolución por incumplimiento instantáneos del prestamista. A juicio del autor, la pregunta ha de formularse así:

«privar a la entidad financiera prestamista (que impuso la cláusula de vencimiento anticipado abusiva) de toda posibilidad de vencimiento anticipado o resolución por incumplimiento del contrato de préstamo, por numerosos y graves que hayan llegado a ser los impagos de cuotas por parte del consumidor prestatario, ¿impone, o no, a la prestamista una penalización tan desproporcionada —desnaturaliza, o no, de tal manera un contrato sinalagmático de larga duración como típicamente lo es el contrato de préstamo hipotecario—, que deba concluirse que un prestamista y un prestatario medios, actuando ambos de manera leal y equitativa, no lo habrían celebrado con los elementos esenciales con los que lo celebraron?».

Planteada en estos términos la cuestión, concluye PANTALEÓN PRIETO (2020) que el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir jurídicamente sin la cláusula de vencimiento anticipado abusiva porque dejaría de ser propiamente sinalagmático, lo que cambiaría de tal manera la naturaleza jurídica del contrato, habida cuenta de su larga duración típica, que no cabría sostener sensatamente que se habría llegado a celebrar conforme a la voluntad real o hipotética de las partes<sup>68</sup>.

A nuestro juicio, la tesis de PANTALEÓN PRIETO presenta una fisura fundamental, ya que la abusividad y consiguiente nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado no implica la ruptura de la reciprocidad del contrato de préstamo hipotecario, puesto que, a falta de un pacto válido de vencimiento anticipado, siempre será posible aplicar las normas generales del incumplimiento, incluida la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil<sup>69</sup>. De esta forma, nos mostramos en absoluto acuerdo con CAÑIZARES LASO (2020) cuando, siguiendo al profesor MIQUEL GONZÁLEZ, aboga por la necesidad de distinguir entre los planos mate-



rial y procesal en el debate sobre la aplicación del Derecho supletorio en caso de declaración de abusividad de una cláusula contractual. Así, como señala la autora, si en sede de préstamo hipotecario es nula por abusiva una cláusula del título ejecutivo no es posible fundar en ella un procedimiento de ejecución, lo que no impide, siguiendo la teoría de la individualización de la pretensión, que en un juicio declarativo puedan alegarse otros fundamentos jurídicos para resolver el contrato, como puede ser el artículo 1124 del Código Civil, si bien en tal caso deberá acreditarse la existencia de un incumplimiento cualificado<sup>70</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019 resulta discutible por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque en el contrato de préstamo hipotecario la garantía es accesoria. Y, en segundo lugar, porque en nuestro Derecho es *res certae* que lo accesorio sigue a lo principal en lo que a las vicisitudes de eficacia de la relación negocial se refiere. Esta regla, sin embargo, la invirtió el Tribunal en la referida sentencia al erigir el principio de accesoriedad como el imperante en la decisión sobre la validez o invalidez del contrato principal: la cláusula de vencimiento anticipado se considera un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, de manera que la nulidad de aquella implica la anulación de este.

#### B) *Aplicación supletoria del artículo 24 LCCI*

El Tribunal Supremo sostuvo que, al valorar la justificación del ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por la entidad de crédito, podía ser un elemento orientativo de primer orden la comprobación del cumplimiento de los requisitos del artículo 24 LCCI, puesto que la jurisprudencia comunitaria permite que se sustituya una cláusula declarada nula por abusiva por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad a la celebración del contrato<sup>71</sup>. De esta forma, al igual que el Tribunal de Justicia europeo en la sentencia «Abanca», el Tribunal Supremo aceptó la sustitución de la cláusula abusiva por una norma supletoria de Derecho nacional, pero difirió con aquel en la norma a aplicar, pues rechazó la aplicación del artículo 693.2 LEC en favor del artículo 24 LCCI.

En todo caso, la aplicación supletoria del artículo 24 LCCI debe entenderse referida solo a los parámetros cuantitativos fijados en el apartado 1.b) (CUBILLO LÓPEZ, 2020, 28-29), que servirán de referencia para medir la gravedad del incumplimiento del deudor a los efectos de que el juez pueda valorar si la decisión del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo estuvo justificada. De esta forma, el Tribunal Supremo solucionó el problema de la inexistencia de un criterio unánime en la determinación de

la proporcionalidad del incumplimiento del deudor en relación a la cuantía y duración del préstamo (ADÁN DOMÈNECH, 2021, 8). Además, el cumplimiento de las exigencias del artículo 24 LCCI no solo se empleará como parámetro de proporcionalidad en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria para valorar si la entidad acreedora ha ejercitado de modo justificado su facultad de vencimiento anticipado, sino también en el juicio declarativo para valorar la gravedad del incumplimiento a los efectos de la aplicación del artículo 1124 del Código Civil (ADÁN DOMÈNECH, 2021, 8-9).

Por último, el Tribunal señaló *obiter dicta* unas pautas u orientaciones jurisprudenciales que podían aplicarse a los procedimientos de ejecución hipotecaria que se hallaren en curso y en los que aún no se hubiere entregado la posesión al adquirente:

— Los procesos en los que, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio el préstamo por vencido por aplicación de una cláusula contractual nula, deberían sobreseerse sin más trámite<sup>72</sup>.

— Los procesos en los que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio el préstamo por vencido por aplicación de una cláusula contractual nula, y el incumplimiento del deudor no reuniera los requisitos de gravedad y proporcionalidad, deberían sobreseerse sin más trámite.

— Los procesos en los que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio el préstamo por vencido por aplicación de una cláusula contractual nula, y el incumplimiento del deudor reuniera los requisitos de gravedad previstos en la LCCI, podrían continuar su tramitación.

— Los autos de sobreseimiento dictados con arreglo a los dos primeros apartados no surtirán efecto de cosa juzgada con relación a una nueva demanda ejecutiva que se base, no en la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, sino en la aplicación de disposiciones legales. El Tribunal aclaró que la solución adoptada no contravenía el artículo 552.3 LEC, ya que no consistía en un segundo despacho de ejecución con base en el mismo título, sino de ejecuciones distintas fundadas en títulos diferentes (un contrato en el primer caso, la ley en el segundo)<sup>73</sup>. De esta forma, partiendo del principio general *nulla executio sine titulo*, el Tribunal encontró en las «disposiciones legales» un título de ejecución distinto de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, salvando así la contravención del artículo 552.3 LEC. Tales «disposiciones legales» deben entenderse referidas al artículo 24 LCCI (pese a que la jurisprudencia comunitaria se refiere expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción posterior a la reforma de 2013 y a que pueda haber alguna discordancia con el apartado cuarto de la disposición transitoria primera LCCI), pues el artículo 693.2 LEC, en su redacción anterior a la LCCI, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el artículo 24 de esta última Ley es imperativo.

La sentencia no aclaró si lo que debía ser anterior o posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 era la declaración del vencimiento anticipado o el inicio del proceso instado por el acreedor para reclamar dicho vencimiento. Se inclina CUBILLO LÓPEZ (2020, 36) por esta segunda opción, ya que es la fecha de inicio del proceso la que determina, *ex artículo 2 LEC*, las normas procesales que serán aplicables. De este modo, si el proceso se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el juez no dispone de una norma vigente que aplicar supletoriamente en lugar de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, con lo que el proceso deberá ser sobreseído. Por el contrario, si ya hubiese entrado en vigor la Ley 1/2013 al tiempo de iniciarse el proceso, el juez podrá aplicar con carácter supletorio la nueva versión del artículo 693.2 LEC. En este caso, deberá atenderse a si el incumplimiento que fundamenta el ejercicio por el acreedor de su facultad de vencimiento anticipado cumple con los parámetros de gravedad establecidos en el artículo 24 LCCI, que el Tribunal Supremo consideró un elemento orientativo de primer orden al valorar la justificación del ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado. Si, con base en tales parámetros, el incumplimiento no fuera grave, el proceso deberá ser sobreseído; en caso contrario, el proceso podrá continuar su tramitación.

Tampoco se pronunció el Tribunal sobre si la gravedad del incumplimiento del deudor debía valorarse cuando el acreedor hubiera declarado el vencimiento anticipado del préstamo y se lo hubiese comunicado al deudor, o bien cuando se formulara la demanda ejecutiva (en la que debían concretarse las cuotas impagadas hasta ese momento, aunque se reclamara el importe total adeudado del préstamo). Al respecto, postula CUBILLO LÓPEZ (2020, 36-37) que la fecha determinante debe ser la de declaración y comunicación efectiva, pues el vencimiento anticipado surtirá efectos desde entonces, siempre que la comunicación al deudor quede debidamente acreditada.

Finalmente, al no dotar de efectos de cosa juzgada al auto de sobreseimiento, el Tribunal Supremo permitió la incoación de un nuevo proceso de ejecución hipotecaria, solución bajo la que subyace el espíritu que contienen las sentencias de 23 diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, según las cuales el proceso de ejecución hipotecaria resulta más beneficioso para el consumidor que el juicio declarativo y la consiguiente ejecución ordinaria (ADÁN DOMÈNECH, 2021, 13). No obstante, la duplicidad de títulos de ejecución sostenida por el Tribunal Supremo ha sido objeto de crítica por la generalidad de la doctrina bajo el argumento fundamental de que, con independencia de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se incoe con base en la cláusula de vencimiento anticipado abusiva o en el artículo 24 LCCI, el título de ejecución es el mismo, a saber, la escritura de elevación a público del contrato de préstamo hipotecario. Así, defiende CUBILLO

LÓPEZ (2020, 44) que el artículo 24 LCCI no constituye título ejecutivo alguno, sino una norma imperativa que señala cuándo se entenderán vencidos anticipadamente los contratos de préstamo hipotecario a los que resulta de aplicación, «pero nada hace pensar que en estos casos el título que sirva para instar la ejecución de tal vencimiento sea algo distinto de la escritura pública que contiene dichos contratos con su garantía (arts. 517.2.4.º y 682.2 LEC)»<sup>74</sup>. La misma postura mantiene POUSA VELÁZQUEZ (2019, 94), según el cual, ya se inste el procedimiento de ejecución hipotecaria con fundamento en la cláusula de vencimiento anticipado o en el artículo 24 LCCI, el título ejecutivo es el contrato de préstamo hipotecario elevado a escritura pública. Sobre esta base, sostiene el autor que el Tribunal Supremo vulnera tanto el principio *pro consumitore* como los principios de economía procesal, «pues propicia la proliferación de más procedimientos de ejecución que en su día fueron iniciados, sobreesidos y reactivados al amparo de una cosa juzgada que para los ilustres magistrados no es tal». Finalmente, GIMÉNEZ ALCOBER (2019, 127) considera incomprensible y contrario a la Ley (concretamente, al apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la LCCI) el criterio establecido por el Tribunal Supremo:

«[c]on lo sencillo que hubiera sido decir que, una vez establecida, como «*ratio decisionis*» y de obligado cumplimiento, la obligación de integrar el contrato, ello constituía cosa juzgada y permitía la nueva interposición de demandas de ejecución con base a la nueva cláusula de vencimiento!».

9. STJUE DE 3 DE OCTUBRE DE 2019 (CASO «VARUIS»): LA EXISTENCIA DE PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR DERIVADO DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO DEBE APRECIARSE AL TIEMPO DEL LITIGIO

En la sentencia de 3 de octubre de 2019<sup>75</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de Varsovia en el caso «Varuis». El Tribunal partió de la premisa, ya consagrada en la jurisprudencia comunitaria, en virtud de la cual la integración del contrato se permite excepcionalmente para evitar la anulación total del contrato en perjuicio del consumidor. Sobre esta base, el Tribunal aclaró que, si la integración del contrato busca salvaguardar los intereses del consumidor de las consecuencias eventualmente perjudiciales que pudieran derivarse de la anulación total de aquel, la existencia del perjuicio derivado de la anulación del contrato debe apreciarse en el momento del litigio, y no al celebrarse el contrato. En caso de admitirse la integración, la cláusula abusiva será reemplazada por las disposiciones de Derecho interno de carácter supletorio o aplicables en caso de acuerdo entre las partes, sustentándose

esta posibilidad de sustitución en la presunción de que estas disposiciones no contienen cláusulas abusivas<sup>76</sup>.

Asimismo, el Tribunal sometió la integración del contrato a la decisión del consumidor. En otros términos, el juez debe no aplicar la cláusula abusiva *ex* artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y, cuando se cumplan los requisitos establecidos a tal efecto por la jurisprudencia comunitaria, integrar la laguna generada por la cláusula nula, salvo que el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifieste su voluntad de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula, otorgando a la misma un consentimiento libre e informado<sup>77</sup>. En definitiva, es el consumidor quien debe decidir si quiere la aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad o si acepta la alternativa que le puede dar el juez cuando se cumplan los presupuestos para la integración del contrato<sup>78</sup>.

#### IV. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON FUNDAMENTO EN EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Los artículos 556 a 564 LEC regulan la oposición a la ejecución, distinguiendo nítidamente la oposición por defectos procesales (art. 559 LEC), que afectan a la debida incoación y sustanciación del proceso de ejecución, y la oposición por motivos de fondo (art. 560 LEC), que pueden enervar la propia acción ejercitada.

Por lo que respecta a la ejecución hipotecaria, si bien comparte con la ejecución ordinaria los motivos de oposición por defectos procesales del artículo 559 LEC, el artículo 695 del mismo cuerpo legal contempla un listado *numerus clausus* de motivos de fondo de oposición que operan en exclusiva en sede de ejecución hipotecaria.

La constitucionalidad del artículo 695 LEC fue discutida por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, que, con base en el artículo 162 Constitución española, planteó una cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 579, 695 y 698 LEC que el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió mediante auto de 19 de julio de 2011<sup>79</sup>. Por lo que al artículo 695 LEC respecta, se preguntó al Tribunal sobre la conformidad del sistema tasado de motivos de oposición al despacho de la ejecución hipotecaria que prevé el precepto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con la igualdad de las partes en el proceso, el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). En otros términos, se cuestionó al Tribunal sobre la constitucionalidad de la limitación de la capacidad de defensa del ejecutado mediante la res-

tricción de los motivos de oposición que puede alegar a los que establece el artículo 695 LEC, quedando obligado el juzgador a ignorar cualquier otra causa que pueda aducir el ejecutado.

El Tribunal Constitucional rechazó en trámite de admisión la referida cuestión de inconstitucionalidad por considerarla notoriamente infundada, al no tomar en consideración su reiterada doctrina sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales limitadoras de los motivos de oposición en el proceso especial de ejecución hipotecaria. En tal sentido, el mismo Tribunal, en sentencia del Pleno de 18 de diciembre de 1981<sup>80</sup>, sostuvo que la limitación de los motivos de oposición en la ejecución hipotecaria era compatible con el texto constitucional, habida cuenta de que la ausencia de contradicción procesal en el procedimiento de ejecución sumario, amén de ser consecuente con la naturaleza del título, no entrañaba la existencia de indefensión del ejecutado ni la inconstitucionalidad del procedimiento por contravención del artículo 24 Constitución española, pues lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. Así pues, «la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor», de manera que lo que se produce es una limitación de las excepciones que pueden generar el efecto suspensivo «y nada más». Asimismo, el procedimiento especial no tiene carácter definitivo ni, por tanto, produce efecto de cosa juzgada, quedando expedita la posibilidad de incoar el juicio declarativo correspondiente para discutir las cuestiones de fondo suscitadas<sup>81</sup>.

Admitida la constitucionalidad del artículo 695 LEC, el precepto fue objeto de reforma por la Ley 1/2013, cuyo artículo 7.Catorce añadió un nuevo motivo de oposición basado en el carácter abusivo de una cláusula contractual que fundamente la ejecución o que haya determinado la cantidad exigible<sup>82</sup>. Esta reforma vino exigida por la precitada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. En el asunto enjuiciado, el 19 de julio de 2007, el señor Aziz suscribió con «Catalunyacaixa» un contrato de préstamo hipotecario. A partir del mes de junio de 2008, el señor Aziz dejó de abonar las cuotas mensuales debidas, razón por la que la entidad acreedora, en octubre de ese mismo año, acudió a un notario para que otorgara acta de determinación de deuda y, tras requerir sin éxito el pago de lo debido al prestatario, el 11 de marzo de 2009 inició un procedimiento de ejecución reclamando al señor Aziz las cantidades debidas en concepto de principal, intereses vencidos, intereses de demora y costas. El 15 de diciembre de 2009, no habiendo comparecido el demandado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Martorell ordenó la ejecución, enviándose al señor Aziz un requerimiento de pago que no atendió y contra el que no formuló oposición alguna. Finalmente,

el 20 de julio de 2010, se celebró subasta pública para la venta del inmueble hipotecado sin que se presentara oferta alguna, de forma que, según lo previsto en la LEC, el Juzgado admitió la adjudicación del bien por el 50% de su valor. Sin embargo, antes de ser expulsado de la vivienda, el señor Aziz interpuso demanda en proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona solicitando que se anulara por abusiva la cláusula decimoquinta del contrato de préstamo hipotecario (y, por consiguiente, que se declarase la nulidad del procedimiento de ejecución), que regulaba el pacto de liquidez y preveía la posibilidad de que la entidad pudiera recurrir a la ejecución hipotecaria para cobrar una deuda presentando directamente la liquidación mediante el pertinente certificado en el que constara la cantidad adeudada que se exigía. En este contexto, el Juzgado de Barcelona decidió suspender el procedimiento de ejecución y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial preguntando si era contrario a la Directiva 93/13/CEE un ordenamiento jurídico que, como el español, no permitía, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, ni que el ejecutado que tuviera la condición de consumidor o usuario pudiera formular un motivo de oposición a la ejecución fundado en el carácter abusivo de una determinada cláusula incorporada al contrato de préstamo hipotecario, ni que el juez que conociera del proceso declarativo en el que se invocaba la abusividad de la cláusula pudiera adoptar medidas cautelares (en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria) que garantizaran la eficacia plena de su decisión final. El Tribunal europeo partió de que el sistema de protección establecido en la Directiva se fundamentaba en la posición de inferioridad en la que se hallaba el consumidor respecto del profesional en lo relativo tanto a la capacidad de negociar el contenido del contrato como al nivel de información del que disponía. Ante esta evidente situación de desequilibrio, el artículo 6.1 de la Directiva declara que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, previsión que busca reemplazar el equilibrio formal que entre los derechos y obligaciones de las partes establece el contrato por un equilibrio real que permita restablecer la igualdad entre ellas. A tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostuvo que el juez nacional, tan pronto como dispusiera de los elementos de hecho y de derecho necesarios, debía apreciar de oficio la abusividad de una cláusula contractual que se enmarcara en el ámbito de aplicación de la Directiva al objeto de subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional. Continuaba el Tribunal de Justicia declarando que la regulación de las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria y las facultades conferidas al juez encargado de conocer del proceso declarativo correspondía a cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal, si bien con la condición de que el régimen



previsto no contraviniera los principios de equivalencia y efectividad. En el asunto enjuiciado, el Tribunal estimó que el sistema procesal español no vulneraba el principio de equivalencia porque prohibía al juez que conociera de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garantizaran la plena eficacia de su decisión final, no solo cuando apreciara el carácter abusivo, *ex* artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando comprobase que esa cláusula resultaba contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le correspondía a él verificar. Por el contrario, entendió el Tribunal que la normativa procesal española vulneraba el principio de efectividad porque, teniendo en cuenta el carácter irreversible de la adjudicación a un tercero de un bien hipotecado, hacía imposible o excesivamente difícil la aplicación del sistema de protección que la Directiva 93/13/CEE contemplaba para el consumidor. Así, cuando en el litigio principal se procedía a la ejecución del inmueble hipotecado antes de que el juez que conociera del proceso declarativo declarase la abusividad de la cláusula que fundamentaba el título ejecutivo (y, por ende, la nulidad del procedimiento de ejecución), esta decisión, salvo que el consumidor realizara una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal en la que constara que se había expedido la certificación de cargas a la que se refieren los artículos 688.2 LEC y 131 LH<sup>83</sup>, no evitaba que el consumidor sufriera daños irreversibles (a saber, la pérdida de la vivienda), permitiendo solo una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria que resultaba incompleta e insuficiente<sup>84</sup>.

Tras el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se abrieron al legislador español dos posibilidades para adaptar nuestro sistema procesal a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE (HERRERO PEREZAGUA, 2016, 314-315): de un lado, la adición de un nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria basado en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales; de otro, la habilitación al juez que conoce del proceso declarativo en el que se invoca la abusividad para adoptar, como medida cautelar o como pronunciamiento prejudicial, la suspensión de la ejecución, opción esta última que favorece la agilidad y rapidez del procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>85</sup>.

El legislador español eligió la primera de las opciones, que materializó mediante la reforma operada en el artículo 695.1 LEC por la Ley 1/2013, permitiendo al ejecutado, en el marco del propio proceso de ejecución hipotecaria, que alegue la abusividad de una cláusula contractual, si bien solo cuando esta revista trascendencia en el procedimiento ejecutivo, ya sea porque constituya el fundamento de la ejecución o porque hubiese determinado la cantidad exigible. Una vez formulada la oposición, el letrado



de la Administración de Justicia suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo transcurrir quince días desde la citación. En esta comparecencia, el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos presentados y resolverá mediante auto dentro del segundo día (art. 695.2 LEC). De estimar la oposición, el Tribunal acordará mediante auto el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula abusiva fundamente la ejecución; en otro caso, la ejecución proseguirá con la inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.3 LEC). Será recurrible en apelación el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de la cláusula abusiva o la desestimación de la oposición fundada en la abusividad de una cláusula contractual que fundamente la ejecución o determine la cantidad exigible. En los demás casos, el auto que decida sobre la oposición no será recurrible y sus efectos se circunscribirán en exclusiva al proceso de ejecución en el que se dicte (art. 695.4 LEC).

Por último, nos preguntamos qué ocurre con las ejecuciones que se hallasen en curso al entrar en vigor la Ley 1/2013 (el 15 de mayo de 2013), pero habiéndose iniciado o, incluso, finalizado, el periodo de oposición de diez días que establece el artículo 556.1 LEC. Para tales casos, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, en su apartado segundo, contempla un régimen especial en virtud del cual se concede a las partes ejecutadas un plazo preclusivo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley para formular un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de las nuevas causas de oposición recogidas en los artículos 557.1.7.<sup>a</sup> y 695.1.4.<sup>a</sup> LEC. Hasta que se resuelva este incidente el proceso de ejecución quedará en suspenso, con aplicación de los artículos 558 y sigs. y 695 LEC.

## V. APRECIACIÓN *EX OFFICIO* POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el juez debe controlar la abusividad de las cláusulas contractuales, no solo cuando la aleguen las partes, sino también de oficio. Como exponente de esta jurisprudencia destaca la sentencia de 14 de marzo de 2013, en la que el Tribunal consideró que el desequilibrio en el que se halla el consumidor con respecto a la capacidad negociadora y el nivel de información del que dispone solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes contratantes, que se traduce en el deber del juez nacional de apreciar *ex officio* el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a las que resulte de aplicación la Directiva 93/13/CEE, siempre que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, y de extraer las consecuencias

de la nulidad de dicha cláusula, sin tener que esperar para ello a la petición del consumidor en tal sentido<sup>86</sup>.

Esta doctrina fue acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>87</sup>. En este pronunciamiento, el Tribunal afirmó que el artículo 6.1 de la Directiva era una norma imperativa que pretendía reemplazar el equilibrio formal que entre las partes se desprendía del contrato por un equilibrio real que restableciera la igualdad entre ellas. A tal efecto, el Tribunal Supremo consideró fundamental la intervención de oficio del juez mediante el examen de la posible abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos celebrados con consumidores<sup>88</sup>. Esta intervención debía producirse cuando el carácter abusivo de las cláusulas se revelara evidente o se apreciaran motivos razonables para entender que tal abusividad existía, en cuyo caso se había de acordar la práctica de las pruebas pertinentes<sup>89</sup>. Ahora bien, el juez nacional no podía declarar *ex officio* la abusividad de una cláusula contractual. De este modo, si tras ser informado de la abusividad el consumidor manifestase su voluntad de no alegarla, el juez no podía declarar la nulidad de la cláusula, porque el ordenamiento atribuía a aquel la decisión de invocarla, conclusión a la que ya llegó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 26 de marzo y 3 de octubre de 2019.

Así pues, por exigencia del principio de contradicción en el proceso, cuando el juez aprecie de oficio la abusividad de una cláusula, debe informar a las partes y convocarlas a una audiencia en la que el consumidor puede renunciar a invocar el carácter abusivo de la cláusula. Por tanto, cuando el juez aprecie de oficio la abusividad de una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello al entender que le resulta más favorable la continuación de la ejecución hipotecaria incoada por el acreedor en aplicación de la cláusula abusiva que el cauce del juicio declarativo y la consiguiente ejecución ordinaria<sup>90</sup>.

La imposición al juez de la obligación de controlar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 7.1 Ley 1/2013, que añadió al artículo 552.1 LEC<sup>91</sup> un párrafo segundo que, en su redacción vigente, dice como sigue:

«El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciar que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.<sup>a</sup>».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de enero de 2020<sup>92</sup>, matizó que la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula contractual solo podía llevarse a cabo cuando la validez y eficacia de dicha estipu-

lación fuera relevante para resolver las pretensiones formuladas por los litigantes.

Para finalizar, nos planteamos una última pregunta: si el juez, tras realizar un control de oficio, no aprecia la abusividad de las cláusulas contractuales, ¿puede el consumidor oponerse a la ejecución hipotecaria alegando el artículo 695.1.4ª LEC? Al respecto, sostiene PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2014, 280) que, teniendo en cuenta que el artículo 222 LEC se refiere solo a las sentencias firmes, el auto que regula el artículo 552 LEC no produce efecto de cosa juzgada sobre la licitud de la cláusula (ni siquiera en el mismo procedimiento de ejecución), con lo que el deudor puede más adelante oponer el carácter abusivo de las cláusulas con fundamento en el artículo 695.1.4ª LEC.

## VI. CONCLUSIONES

I. El procedimiento de ejecución hipotecaria no puede fundarse en una cláusula nula, de modo que, declarada la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado con la que se incoó el procedimiento, este debería, en principio, sobreseerse. En tal caso, el juez no puede sustentar la pretensión del demandante en los artículos 1124 del Código Civil ni 693.2 LEC, concediendo al demandante lo que le correspondería según el Derecho supletorio, pues ello permitiría al prestamista obtener una ventaja de la utilización de la cláusula abusiva: si el prestamista incoa el procedimiento con base en la cláusula abusiva y el juez, en lugar de suprimir la cláusula y sobreseer la ejecución hipotecaria, integra el contrato y continúa con el procedimiento, se transmite a la entidad acreedora el mensaje de que puede volver a utilizar la cláusula abusiva en otros contratos sin sanción concluyente, pues la misma será integrada y validada por la disposición supletoria de Derecho nacional aplicable. Así pues, ante la abusividad de la cláusula, el juez tendría que sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria y el demandante tendría que acudir al juicio declarativo para resolver el contrato por incumplimiento conforme al artículo 1124 del Código Civil y, en caso de sentencia estimatoria, solicitar la ejecución ordinaria de la sentencia.

II. No obstante, la jurisprudencia comunitaria permite excepcionalmente la integración del contrato mediante la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional en los casos en los que sea necesario para permitir la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

III. En la sentencia de 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo sostuvo que, pese a la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, cuando la entidad de crédito actuase cumpliendo las exigencias del artículo 693.2 LEC, el juez nacional debía valorar si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por el acreedor estaba justificado con arreglo a los criterios de validez

establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. En caso afirmativo, el juez debía admitir la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional como exigencia para evitar la anulación del contrato de préstamo en su totalidad, con la consiguiente exposición del consumidor a consecuencias que para él representarían una penalización, pues se cerraría el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria incluso en aquellos casos en los que el incumplimiento producido tuviera una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado, privándose al consumidor de las ventajas que le ofrece tal procedimiento en relación con el juicio declarativo y la consiguiente ejecución ordinaria.

IV. La integración del contrato mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC plantea varios problemas. En primer lugar, resulta discutible que la cláusula de vencimiento anticipado sea un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario y que, por tanto, su nulidad conlleve la anulación del contrato en su integridad, requisito *sine qua non* para la aplicación de la doctrina comunitaria sobre la integración. Segundo, el artículo 693.2 LEC solo reconoce la facultad de dar por vendido el préstamo anticipadamente cuando haya sido convenida por las partes y, en este caso, no existe tal pacto, puesto que la cláusula ha sido declarada abusiva. De este modo, al ser la cláusula de vencimiento anticipado abusiva y no poderse aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC, el procedimiento de ejecución hipotecaria debe sobrepasarse al carecer de título que lo fundamente.

V. En aras de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la integración del contrato, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, incluyó la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado entre los supuestos excepcionales en los que se permitía tal integración, al entender que este no podía subsistir sin dicha cláusula y que el mantenimiento del contrato resultaba beneficioso para el consumidor al permitir la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, evitándose así que el acreedor tuviera que acudir al juicio declarativo para resolver el contrato con arreglo al artículo 1124 del Código Civil. Así pues, el Tribunal admitió la integración del contrato mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, precepto que, a partir de entonces, fundamentará la ejecución hipotecaria.

VI. La integración del contrato es contraria al efecto disuasorio que pretende el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, ya que a la entidad de crédito en nada perjudica la incorporación al contrato de una cláusula de vencimiento anticipado abusiva: siempre que la entidad de crédito respete en la práctica las exigencias de los artículos 693.2 LEC o 24 LCCI, según el caso, el procedimiento de ejecución hipotecaria podrá continuar con fundamento en tales preceptos. De esta suerte, se transmite a la entidad acreedora el mensaje de que puede volver a utilizar la cláusula abusiva en otros contratos sin sanción concluyente,

habida cuenta de que, en todo caso, dicha cláusula será integrada y validada por la disposición supletoria de Derecho nacional aplicable.

VII. El Derecho español no vulnera el principio de efectividad al permitir que una entidad de crédito, tras sobreseerse un procedimiento de ejecución hipotecaria instado con base en una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, presente una nueva demanda de ejecución hipotecaria con fundamento en el artículo 693.2 LEC.

VIII. Con la entrada en vigor de la LCCI se ha limitado la vigencia del artículo 693.2 LEC. Así pues, cuando el contrato de préstamo hipotecario haya de integrarse debido a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, se ha de atender a las reglas establecidas en el artículo 24.1 y la disposición transitoria primera de la LCCI para determinar cuándo resulta aplicable supletoriamente este precepto y cuándo el artículo 693.2 LEC.

## VII. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

### 1. PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES

- AAP Sevilla de 23 de enero de 2002.
- AAP Tarragona 18 de octubre de 2002.
- AAP Pontevedra de 29 de octubre de 2002.
- AAP Valencia de 3 de julio de 2008.
- AAP Valencia de 9 de diciembre de 2010.
- AAP Madrid de 30 junio de 2011.
- AAP Burgos de 31 de julio de 2012.
- AAP Madrid de 17 de octubre de 2012.
- AAP Cádiz de 29 de septiembre de 2015.
- AAP Valencia de 12 de abril 2017.
- AAP Sevilla de 9 de noviembre de 2017.
- SAP Pontevedra de 6 de febrero de 2015.
- SAP Pontevedra de 30 de octubre de 2015.
- ATS de 15 de octubre de 2013.
- STS de 17 de junio de 1994.
- STS de 22 de julio de 1994.
- STS de 18 de marzo de 1995.
- STS de 27 de marzo de 1999.
- STS de 4 de junio de 2008.
- STS de 12 de diciembre de 2008.
- STS de 16 de diciembre de 2009.
- STS de 17 de febrero de 2011.
- STS de 9 de mayo de 2013.

- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS de 18 de febrero de 2016.
- STS de 27 de febrero de 2018.
- STS de 11 de julio de 2018.
- STS de 11 de septiembre de 2019.
- STS de 12 de noviembre de 2019.
- STS de 14 de noviembre de 2019.
- STS de 12 de diciembre de 2019.
- STS de 8 de enero de 2020.
- STS de 23 de enero de 2020.
- STS de 12 de febrero de 2020.
- SSTS de 19 de febrero de 2020.
- SSTS de 9 de junio de 2020.
- STS de 11 de noviembre de 2020.
- STS de 2 de febrero de 2021.
- ATC de 19 de julio de 2011.
- STC de 18 de diciembre de 1981.
- STC de 17 de mayo de 1985.
- STC de 2 de abril de 1986.
- STC de 14 de julio de 1988.
- STC de 17 de enero de 1991.
- STC de 16 de enero de 1992.
- STC de 30 de junio de 1993.
- STC de 5 de mayo de 1994.
- STC de 27 enero de 1998.
- STC de 29 de noviembre de 1999.

## 2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- ATJUE de 11 de junio de 2015 (caso «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria»).
- AATJUE de 3 de julio de 2019 (casos «Bankia y Rengifo Jiménez y Félix Caiza», «BBVA y Quintano Ujeta y Sánchez García» y «Bankia y Sánchez Martínez y Sánchez Triviño»).
- ATJUE de 17 de noviembre de 2021 (caso «Bankia, S.A.»).
- STJUE de 27 de junio de 2000 (*JUR* 2008\83004).
- STJUE de 21 de noviembre de 2002.
- STJUE de 26 de octubre de 2006.
- STJUE de 4 de junio de 2009 (caso «Pannon»).
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (caso «Pereničová y Perenič»).

- STJUE de 14 de junio de 2012 (caso «Banco Español de Crédito»).
  - STJUE de 21 de febrero de 2013 (caso «Banif Plus Bank»).
  - STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso «Aziz»).
  - STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso «Dirk Frederik Asbeek Brusse»).
  - STJUE de 30 de abril de 2014 (caso «Kásler»).
  - STJUE de 17 de julio de 2014 (caso «Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.»).
  - STJUE de 21 de enero de 2015 (caso «Unicaja»).
  - STJUE de 26 de enero de 2017 (caso «Banco Primus»).
  - STJUE de 7 de agosto de 2018 (casos «Banco Santander» y «Banco de Sabadell»).
  - STJUE de 14 de marzo de 2019 (caso «Dunai»).
  - STJUE de 26 de marzo de 2019 (caso «Abanca»).
  - STJUE de 26 de junio de 2019 (caso «A. y J. vs. Addiko Bank d.d.»).
  - STJUE de 3 de octubre de 2019 (caso «Varuis»).
  - STJUE de 9 de julio de 2020 (caso «X.Z. vs. Ibercaja Banco, S.A.»).
  - STJUE de 25 de noviembre de 2020 (caso «Banca B., S.A. vs. A.A.A.»).
  - STJUE de 29 de abril de 2021 (caso «I.W. y R.W. vs. Bank BPH, S.A.»).
  - STJUE de 2 de septiembre de 2021 (caso «J.Z. vs OTP Jelzálogbank y otros»).
  - STJUE de 8 de septiembre de 2022 (caso «E.K. y otros vs. D.B.P. y otros»).
- 
- 3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO
    - RDGRN de 7 de septiembre de 1988.
    - RDGRN de 2 de julio de 1999.
    - RDGRN de 21 de diciembre de 2007.
    - RDGRN de 14 de enero de 2008.
    - RDGRN de 1 de febrero de 2008.
    - RRDGRN de 8 de febrero de 2008.
    - RDGRN de 22 de febrero de 2008.
    - RRDGRN de 29 de febrero de 2008.
    - RDGRN de 14 de mayo de 2008.
    - RDGRN de 16 de mayo de 2008.
    - RDGRN de 19 de mayo de 2008.
    - RDGRN de 20 de mayo de 2008.
    - RDGRN de 1 de octubre de 2010.
    - RDGRN de 4 de noviembre de 2010.



- RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
- RDGRN de 11 de enero de 2011.
- RDGRN de 18 de noviembre de 2013.
- RDGRN de 24 de marzo de 2014.
- RDGRN de 3 de octubre de 2014.
- RDGRN de 28 de abril de 2015.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2015.
- RDGRN de 21 de octubre de 2015.
- RDGRN de 10 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 17 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 19 de octubre de 2016.

## VIII. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.J. (2017). *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, ed. digital.
- ADÁN DOMÈNECH, F. (2017). STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español. *Diario La Ley*, núm. 8922, de 15 de febrero de 2017.
- (2019). ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a la STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario, 126-132.
- (2019). La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces. *Diario La Ley*, núm. 9498, 15 de octubre de 2019.
- (2019). STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. ¿Doctrina judicial *contra legem*? *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 28-38.
- (2020). La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 650-673.
- (2021). El vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad, 7-18.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2018). La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios. *Revista Justicia y Derecho*, núm. 1, 15-34.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas. *Diario La Ley*, núm. 9439, de 19 de junio de 2019.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El Tribunal de Justicia decide mediante auto una cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 5 de julio de 2015. Disponible en <https://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado>.
- (2016). Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento abusiva. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 22 de enero de 2016. Disponible en <https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-abusiva>.
- (2019). La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado. Entrada en el blog *Derecho mercantil*, de 26 de marzo de 2019. Disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>.
- (2019). ¿Hay algo que no vaya de cláusulas abusivas. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 29 de noviembre de 2019. Disponible en <https://almacendederecho.org/todo-es-un-problema-de-clausulas-abusivas-el-asunto-dziubak>.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. (2019). Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019. *Actualidad Civil*, núm. 5, ed. digital.
- CADENAS OSUNA, D. (2021). La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1978-2022.
- CANO, P. (2021). Formulario: oposición a la ejecución hipotecaria. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad, 44-56.
- CAÑIZARES LASO, A. (2020). Cláusula abusiva de vencimiento anticipado en contrato de préstamo personal. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 91-92, ed. digital. Disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/101116-clausula-abusiva-de-vencimiento-anticipado-en-contrato-de-prestamo-personal>.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2020). Intereses de demora y vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el marco de la legislación sobre cláusulas abusivas y en la ley de contratos de crédito inmobiliario, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año LXXIV, núm. 2234, 3-44.
- CARRASCO PERERA, A. (2012). Las cláusulas abusivas se eliminan sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 145-147. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/111/107>.
- COBEÑA RONDÁN, M. (2021). La cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores: La STS de 11 de septiembre de 2019, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, núm. 1, 157-166.
- CUBILLO LÓPEZ, I. (2020). Evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE y del Tribunal Supremo relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado: convergencias y divergencias. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 1-50.
- DÁVALOS ALARCÓN, V. (2019). Valoración de la sentencia Tribunal Supremo 463/19, de 11 de septiembre, ¿integración a favor del consumidor? *Revista Jurídica*

- sobre *Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 97-117.
- DEL REY BARBA, S. (2014). La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas. En: Olmedo Cardenete, M. e Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (Dirs.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (227-265).
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2019). La doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Publicado en *Notarios y Registradores*, el 14 de abril de 2019. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1980). *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. (2019). Cláusula de vencimiento anticipado: ejecución de la STJUE de 26 de marzo de 2019. Publicado en *Notarios y Registradores*, el 25 de junio de 2019. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/sc/clausula-de-vencimiento-anticipado-ejecucion-de-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 5-25.
- (2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013. *La Ley Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013.
- DUBERT TRILLO, A. (2020). Las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores a la luz de la STS de 11 de septiembre de 2019, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 29, núm. 2, 29-59.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, C. (2018). Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, ed. digital.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2019). Cautas aproximaciones a la sentencia del TJUE sobre la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario, 114-126.
- (2019). Los contextos de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 38-55.
- (2019). Sobre la complicada transversalidad de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 18 de junio de 2019. Disponible en <https://almacenederecho.org/los-contextos-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-del-prestamo>.
- GALÁN SÁNCHEZ, M. (2019). Análisis de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 433/19, de 11 de septiembre. Vencimiento anticipado. consecuencias.

- Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 55-66.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). Quiebra en la doctrina del TJUE: ¿prohibición de integración contractual o moderación obligatoria de las cláusulas declaradas abusivas. En Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J.P. (Dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (835-856).
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J. (2019). La sentencia Abanca Corporación Bancaria: una aproximación distinta del Tribunal de Justicia a la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario, 48-70.
- GIMÉNEZ ALCOBER, P. (2019). Tribuna del consumidor: preguntas prácticas. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 117-131.
- GÓMEZ POMAR, F. (2019). ¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE, *InDret*, núm. 2, 1-12.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Comentario a la sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. (Abusa, que algo (ya) no queda). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, 339-356.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Las modificaciones derivadas de la STJUE 14 marzo 2013 acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y las cláusulas abusivas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, I, 355-372.
- (2020). La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 530-543.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F. (2016). Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor. En Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J.P. (Dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (303-344).
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2019). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 1014-1040.
- (2020). El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 589-621.
- JUAN SANJOSÉ, R.J. (2015). Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de pago, *Diario La Ley*, núm. 8610.
- MARÍN NARROS, H.D. (2019). Nulidad de la condición general de resolución anticipada de los préstamos hipotecarios con consumidores conforme a las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, de 26 de enero de 2017, de 26 de marzo de 2019, SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero de 2016, de 11 de septiembre de

- 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2695-2726.
- MARTÍN FABÁ, J.M. (2016). ¿Se ha estabilizado en las Audiencias Provinciales la doctrina sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios derivada de las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 121-132. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1187/961>.
- (2017). Una buena tesis sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 100-107. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1437/1201>.
- (2019). STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1-23. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_26\\_de\\_marzo\\_de\\_2019\\_sobre\\_vencimiento\\_anticipado\\_del\\_credito\\_hipotecario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf).
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). La solución propuesta por la ley de contratos de crédito inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a la STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario, 6-22.
- (2019). Reflexiones sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado: la STJUE de 26 de marzo de 19 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 66-79.
- MIÑANA LLORENS, V. (2019). Análisis de la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores. Tratamiento jurisprudencial de su abusividad. *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. digital.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2016). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 224-252.
- (2016). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J.P. (Dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (709-740).
- (2017). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G. (Coords.), *Culpa y Responsabilidad*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital.
- PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (2019). La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 31 de marzo de 2019. Disponible en <https://almacenderecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas>.
- (2019). En materia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 6 de junio de 2019. Disponible en <https://almacenderecho.org/en-materia-de-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas>.
- (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). Entrada en el blog *Almacén*

- de Derecho, de 19 de abril de 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-iii>.
- PASQUAU LIANO, M. (2014). Lo abusivo y lo razonable. Facultades del juez para la normalización de los contratos de préstamo hipotecario. En Olmedo Cardenete, M. y Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (Dirs.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (213-226).
- PÉREZ BENITO, J.J. (2017). Las consecuencias de la abusividad y de la falta de transparencia. El polémico artículo 6 de la Directiva. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 3 de marzo de 2017. Disponible en <https://almacendederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva>.
- PÉREZ HERESA, J. (2020). ¿Puede un contrato de préstamo de larga duración subsistir sin cláusula de vencimiento anticipado cuando esta ha sido declarada nula por abusiva? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 91-92, ed digital. Disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10115-puede-un-contrato-de-prestamo-de-larga-duracion-subsistir-sin-clausula-de-vencimiento-anticipado-cuando-esta-ha-sido-declarada-nula-por-abusiva>.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2014). Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria hipotecaria. En Olmedo Cardenete, M. y Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (Dirs.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (277-298).
- POUSA VELÁZQUEZ, J.J. (2019). Cláusula de vencimiento anticipado: evolución jurisprudencial y últimos pronunciamientos judiciales. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 86-96.
- SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). El régimen de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2077-2091.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2019). Comentarios de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario, 95-110.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2019). *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17). *Diario La Ley*, núm. 9171, de 5 de abril de 2018.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á. (2019). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 5-28.
- VALLEJO ROS, C. (2019). Preguntas y respuestas tras la sentencia de la Sala 1ª (Pleno) del Tribunal Supremo, de fecha 11 de septiembre de 2019. *Revista*



*Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a la STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 79-86.

ZUMAQUERO GIL, L. (2015). El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia de préstamos hipotecarios. En Cuadrado Iglesias, M. y Núñez Boluda, M.D. (Dirs.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*. Madrid: La Ley, 1551 a 1600.

— (2021). Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas. *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 2, 221-270.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre el particular, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1980). *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 155-208.

<sup>2</sup> Siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ, entendemos que, en el préstamo, el vencimiento anticipado no se puede equiparar totalmente a la resolución, puesto que, si bien esta última da lugar a la mutua extinción del contrato con cierto efecto hacia el pasado, obligando a la restitución de las prestaciones realizadas, el efecto de aquella en el préstamo únicamente se refiere al futuro —(2017). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G. (Coords.), *Culpa y Responsabilidad*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital—.

<sup>3</sup> Salvo indicación expresa en contrario, todas las sentencias del Tribunal Supremo citadas en el presente trabajo corresponden a la Sala de lo Civil.

<sup>4</sup> *RJ* 1999, 2371.

<sup>5</sup> A juicio de MIQUEL GONZÁLEZ, el Tribunal Supremo se extralimitó en esta sentencia, pues los pactos de vencimiento anticipado no contradicen los referidos preceptos. Así, el artículo 1129 del Código Civil alude a los casos legales de vencimiento anticipado, y no a los convencionales, que no excluye implícitamente. Por su parte, los artículos 127 y 135 LH regulan únicamente los supuestos de ejecución parcial, pero no excluyen una posible ejecución total de la deuda con base en una cláusula de vencimiento anticipado —(2016). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J.P. (Dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (711-712)-.

<sup>6</sup> STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152).

<sup>7</sup> ATS de 15 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 326854) y SSTS de 4 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3196); 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702); 17 de febrero de 2011 (*RJ* 2011, 3316); 23 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5714); 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 619); 12 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 329), y 9 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 1607). En la jurisprudencia menor, AAAP Sevilla de 23 de enero de 2002 (*AC* 2002, 1013); Tarragona de 18 de octubre de 2002 (*AC* 2003, 294); Pontevedra de 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 30038); Valencia de 3 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 308434); Valencia de 9 de diciembre de 2010 (*AC* 2011, 204); Madrid de 30 de junio de 2011 (*AC* 2011, 2065); Burgos de 31 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1531); Madrid de 17 de octubre de 2012 (*AC* 2012, 2343); Cádiz de 29 de septiembre de 2015 (*AC* 2016, 87); Valencia de 12 de abril 2017 (*AC* 2017, 1040), y Sevilla de 9 de noviembre de 2017 (*AC* 2018, 705). *Vid.* también la RDGRN (actualmente, RDGSJFP) de 2 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4753), que reitera la doctrina de la Dirección sobre el carácter inscribible de la cláusula de vencimiento anticipado, lo que presupone el reconocimiento de su validez jurídica.

<sup>8</sup> *RJ* 2009, 152.



<sup>9</sup> *RJ* 2010, 702.

<sup>10</sup> *RJ* 2011, 3316.

<sup>11</sup> *RJ* 1988, 7000.

<sup>12</sup> Por todas, las RRDGRN de 5 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 727); 4 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4835); 1 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5814); 29 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5951), y 6 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6521).

<sup>13</sup> Actual artículo 84 del *Real Decreto Legislativo 11/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLGDCU).

<sup>14</sup> Correspondiente al actual artículo 82 TRLGDCU.

<sup>15</sup> En coherencia con este razonamiento, decía el artículo 7 LCU: «Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio.» En la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 17 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4932); 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6581), y 18 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 1964).

<sup>16</sup> *RJ* 2008, 2086.

<sup>17</sup> *Vid.* también las RRDGRN de 14 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 2091); 1 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 633); 8 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 639 y *RJ* 2008, 2094); 22 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2790); 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2793); 29 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2793 y *RJ* 2008, 8269); 14 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 8279); 16 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3154); 19 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7714), y 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7715).

<sup>18</sup> *Vid.* las RRDGRN de 1 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 5273); 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 21 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 263), y 11 de enero de 2011 (*RJ* 2011, 269).

<sup>19</sup> RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 18 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8046); 3 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5512); 28 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 3300); 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4623); 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 6493); 10 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6495); 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6496), y 19 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5285).

<sup>20</sup> Para un análisis detallado del control judicial de contenido de las condiciones generales de la contratación, *vid.* CADENAS OSUNA, D. (2021). La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1991-1999.

<sup>21</sup> TJCE 2013/89.

<sup>22</sup> Este desequilibrio existirá, no cuando los derechos y obligaciones de las partes sean distintos, lo que siempre ocurrirá en el contrato de préstamo hipotecario, sino cuando tales derechos y obligaciones se separen de manera relevante y en perjuicio del consumidor del Derecho dispositivo aplicable —DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013. *La Ley Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013—.

<sup>23</sup> Lo que imponía el artículo 693.2 LEC para que pudiera reclamarse el total de lo adeudado era el impago de tres plazos mensuales, y no de tres cuotas, de manera que no sería abusiva la cláusula que previera el vencimiento anticipado por impago de una cuota cuando esta no fuera mensual, sino que correspondiera a un plazo de al menos tres meses —ACHÓN BRUÑEN, M.J. (2017), *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero*. Madrid: Dykinson, ed. digital, 119—. En esta línea, la RDGRN de 24 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2066) señaló que el artículo 693.2 LEC exigía el impago de un número de cuotas que supusiera el incumplimiento de un plazo equivalente, al menos, a tres plazos; por tanto, cumplía con tal mandato una cláusula que permitiera el vencimiento

anticipado por impago de una cuota cuando los plazos de devolución del préstamo eran de carácter semestral.

<sup>24</sup> En la misma línea, JUAN SANJOSÉ, R.J. (2015). Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de pago, *Diario La Ley*, núm. 8610; CUBILLO LÓPEZ, I. (2020). Evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE y del Tribunal Supremo relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado: convergencias y divergencias. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 4-5; PASQUAU LIANO, M. (2014). Lo abusivo y lo razonable. Facultades del juez para la normalización de los contratos de préstamo hipotecario. En Olmedo Cardenete, M. y Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (Dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (222).

<sup>25</sup> SSAP Pontevedra (Sección 1ª) de 6 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 79020) y 30 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 254063).

<sup>26</sup> TJCE 2014\105.

<sup>27</sup> TJCE 2012\143.

<sup>28</sup> La Directiva 93/13/CEE dejó a los Estados miembros la determinación del tipo de ineficacia que regiría una vez declarada la abusividad de una cláusula contractual. De esta forma, la Directiva adoptó una solución «de compromiso», pues, teniendo en cuenta las divergencias existentes en las legislaciones nacionales respecto a las «sanciones civiles», no era posible concretar más las consecuencias derivadas de la abusividad de una cláusula —PÉREZ BENITO, J.J. (2017). Las consecuencias de la abusividad y de la falta de transparencia. El polémico artículo 6 de la Directiva. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 3 de marzo de 2017. Disponible en <https://almacenederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva>. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 8.2 de la Ley 7/1998 sostuvo la nulidad de las condiciones generales abusivas incorporadas a contratos celebrados con un consumidor. Por su parte, el artículo 83.I TRLGDCU declaró la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, manteniéndose el contrato obligatorio para las partes en los mismos términos en la medida en que pudiera subsistir sin dichas cláusulas. Como vemos, se trata de una nulidad de pleno derecho relativa que procede directamente de la ley (y no de un pronunciamiento judicial que declare la ineficacia de la cláusula), debiendo el juez únicamente valorar la posible abusividad de la cláusula, sin posibilidad de moderar o integrar el contrato con base en el artículo 1258 del Código Civil y en el principio de buena fe objetiva, facultad que sí le otorgaba el artículo 83.2 TRLGDCU en su redacción original —ZUMAQUERO GIL, L. (2021). Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas. *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 2, 243—.

<sup>29</sup> *Vid.* CARRASCO PERERA, A. (2012). Las cláusulas abusivas se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 145-147. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/111/107>.

<sup>30</sup> *Vid.* también las SSTJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013\145) y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4).

<sup>31</sup> *Vid.* las SSTJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012\143); 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105); 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4); 25 de noviembre de 2020 (TJCE\2020\286), y 29 de abril de 2021 (TJCE\2021\110). Un análisis en profundidad de la STJUE de 14 de junio de 2012 lo encontramos en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Comentario a la sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. (Abusa, que algo (ya) no queda). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, 339-356.

<sup>32</sup> ATJUE de 17 de noviembre de 2021 (TJCE\2021\278).

<sup>33</sup> *Vid.* también la STJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4) y el ATJUE de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015\224).

<sup>34</sup> *RJ* 2015, 5714. También la STS de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 619). Para un análisis de la aplicación en las AAPP de la doctrina contenida en las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 en materia de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado incorporadas a contratos de préstamo hipotecario, *vid.* MARTÍN FABÁ, J.M. (2016). ¿Se ha estabilizado en las Audiencias Provinciales la doctrina sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios derivada de las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 121-132. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1187/961>.

<sup>35</sup> A la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC se opuso CUBILLO LÓPEZ, al entender que dicho precepto no era, en ninguna de sus versiones, una norma de carácter supletorio, puesto que no resultaba aplicable en ausencia de pacto entre las partes (*op. cit.*, 10).

<sup>36</sup> Defendió MARTÍN FABÁ que era difícil que se produjera la liberalización del bien conforme al artículo 693.3 LEC, ya que el deudor solía contar con escasos ingresos y el importe de las cuotas vencidas y exigibles sería elevado —(2019). STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_26\\_de\\_marzo\\_de\\_2019\\_sobre\\_vencimiento\\_anticipado\\_del\\_credito\\_hipotecario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf). Por su parte, DÁVALOS ALARCÓN sostuvo que esta ventaja no parecía ser realmente especial, habida cuenta de que, en el seno del procedimiento ordinario, el deudor podía ir consignando importes a cuenta entretanto se depurase la abusividad de las cláusulas incorporadas al contrato de adhesión —(2019). Valoración de la sentencia Tribunal Supremo 463/19, de 11 de septiembre, ¿integración a favor del consumidor?, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, 110—.

<sup>37</sup> Según DÁVALOS ALARCÓN, tampoco esta constituía una ventaja especial, ya que el Anexo 2 del *Código de Buenas Prácticas* facultaba al deudor para solicitar una quita en el capital pendiente de amortización cuando el plan de reestructuración diseñado resultara inviable en atención a la situación económica del deudor (*ibid.*, 110). Ahora bien, esta solicitud no era vinculante para la entidad acreedora, que tendría la facultad de aceptarla o rechazarla en el plazo de un mes desde que se acreditara la inviabilidad del plan de reestructuración.

<sup>38</sup> A juicio de DÁVALOS ALARCÓN, esta ventaja no tenía por qué favorecer al consumidor en todo caso, puesto que, en situaciones de «burbujas inmobiliarias» (como la que, según el autor, atravesábamos en el año 2019), podíamos encontrar en el procedimiento de ejecución ordinaria un valor de tasación del inmueble más elevado que el consignado en su día en el contrato de préstamo hipotecario (*ibid.*, 110).

<sup>39</sup> En la misma línea, AGÜERO ORTIZ afirmó que «[n]inguno de los beneficios que señalaba el Tribunal Supremo lo son en realidad, ya que el consumidor que no puede afrontar una cuota del préstamo hipotecario a su vencimiento, en ningún escenario posible podrá liberar el bien pagando todas las cuotas impagadas, intereses y costas (693.3 LEC), teniendo además presente que podrá declararse en concurso tras la ejecución y quedar liberado de sus deudas (de cumplir con los requisitos 178 bis de la Ley Concursal). Por lo tanto, no hay ninguna ventaja creíble ni justificada para los consumidores en integrar la cláusula anulada» —(2018). La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios. *Revista Justicia y Derecho*, núm. 1, 29—.

<sup>40</sup> En contra de esta integración se postuló JUAN SANJOSE con fundamento en el principio general del Derecho recogido en el artículo 1256 del Código Civil, según el cual el incumplimiento del contrato no se puede dejar nunca al arbitrio de uno de los contratantes, que es precisamente lo que ocurría cuando el acreedor, a pesar de pactar un vencimiento anticipado de carácter abusivo, dejaba pasar el tiempo y ejecutaba la deuda pasado el plazo fijado en el artículo 693.2 LEC. Con este actuar en fraude de ley,

con abuso de derecho y contrario a la buena fe, lo que buscaba el acreedor era «salvar la situación», modificar unilateralmente el vencimiento con el propósito de conseguir un efecto opuesto al pretendido por la Ley y la jurisprudencia. De esta forma, concluía el autor que, «[s]i se admitiesen acciones como las descritas, se daría pie a que las entidades bancarias siguiesen utilizando dichas cláusulas abusivas, y únicamente en el caso de que fuesen discutidas judicialmente, las adecuasen a la legalidad, moderándolas y acomodándolas a las exigencias normativas, teniendo ello como resultado, por tanto, un efecto perverso y contrario a la naturaleza, espíritu y a lo que precisamente se ha buscado con la norma» (*op. cit.*).

<sup>41</sup> TJCE 2017/31.

<sup>42</sup> En esta línea, sostuvo FERNÁNDEZ CARRÓN que, si bien la ejecución hipotecaria presentaba ciertas ventajas para el consumidor en comparación con el proceso de ejecución ordinaria, quienes verdaderamente se beneficiaban de aquella eran las entidades de crédito cuando recurrían a dicha vía para cobrar sus créditos —(2018). «Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, ed. digital—.

<sup>43</sup> Esta afirmación ha sido duramente criticada por ALFARO ÁGUILA-REAL, según el cual en la STS de 23 de diciembre de 2015 hay un ««dadrillo» de voto particular que dice algunas barbaridades como que la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no produce una laguna contractual» —(2016). Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento abusiva. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 22 de enero de 2016. Disponible en <https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-abusiva>—.

<sup>44</sup> Para un análisis en profundidad de las facultades integradoras y moderadoras del juzgador, *vid.* GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). Quiebra en la doctrina del TJUE: ¿prohibición de integración contractual o moderación obligatoria de las cláusulas declaradas abusivas. En Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J.P. (Dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (844 y sigs.).

<sup>45</sup> Se opuso también DÍAZ FRAILE a la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC con fundamento en su carácter de norma autorizatoria (y no dispositiva), que no admite *pactum contra legem*, pero sí *pactum secundum legem*. De hecho, el precepto solo se aplicaría cuando se hubiera convenido expresamente el vencimiento anticipado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario. Sin embargo, en ausencia de dicho pacto, la norma no podría aplicarse subsidiariamente, al no ser en rigor dispositiva —DÍAZ FRAILE, J.M. (2019). La doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Publicado en *Notarios y Registradores*, el 14 de abril de 2019—.

<sup>46</sup> TJCE 2019/59.

<sup>47</sup> Sobre la *blue pencil rule*, *vid.* SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2019). *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17). *Diario La Ley*, núm. 9171, de 5 de abril de 2018.

<sup>48</sup> Sostuvo el TJUE, en la sentencia de 8 de septiembre de 2022 (*JUR* 2022, 287775), que «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 [...] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual el juez nacional puede declarar el carácter abusivo no de la totalidad de la cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, sino únicamente de los elementos de aquella que le confieren carácter abusivo, de modo que dicha cláusula seguirá siendo parcialmente eficaz tras la supresión de tales elementos, cuando esa supresión equivalga a modificar el contenido de la referida cláusula afectando a su esencia, extremo que corresponderá comprobar al tribunal remitente». Esto no implica, como aclara la STJUE de 29 de abril de 2021 (TJCE/2021/110), que la Directiva imponga al juez nacional que deje sin aplicación, amén de la cláusula declarada abusiva, aquellas otras que no han

sido calificadas como tal, «ya que el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión».

<sup>49</sup> De hecho, esta regla ha sido aplicada en la práctica por el Tribunal europeo en otras ocasiones, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, la sentencia de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018\247), dictada en los casos «Banco Santander» y «Banco de Sabadell». Según el Tribunal, cuando se define un tipo de interés de demora abusivo por incremento en varios puntos porcentuales del tipo de interés remuneratorio, fijándose ambos intereses en una misma cláusula, solo se anula aquel incremento.

<sup>50</sup> TJCE 2012\55.

<sup>51</sup> *Vid.* también las SSTJUE de 29 de abril de 2021 (TJCE\2021\110) y 2 de septiembre de 2021 (TJCE 2021\207).

<sup>52</sup> STJUE de 15 de marzo de 2012 (TJCE 2012\55).

<sup>53</sup> Este parecer lo comparte SÁNCHEZ GARCÍA, quien, aun partiendo de que la cláusula de vencimiento anticipado no constituye un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario y que su anulación no conlleva la nulidad del contrato en su totalidad, entiende que, adoptando un enfoque objetivo en la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, lo que pretendía el Tribunal de Justicia con la sentencia de 26 de marzo de 2019 es que se restableciera el equilibrio entre las partes, teniendo presente, por supuesto, el mayor nivel de protección que la Directiva 93/13/CEE garantiza al consumidor —(2019). «Comentarios de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado». *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a «STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario», 104—.

<sup>54</sup> TJCE 2019\39.

<sup>55</sup> En estos términos proporciona la LCCI un concepto de «impago significativo» a los efectos del vencimiento anticipado, que, a juicio de MATE SATUÉ, resulta más adecuado que el dado por la reforma operada por la Ley 1/2013 en el artículo 693.2 LEC, puesto que, al no tomar en consideración en exclusiva el número de mensualidades impagadas, sino también el periodo en el que se produce el incumplimiento y el capital pendiente de pago, dota de un mayor equilibrio a los derechos de las partes contratantes —(2019). La solución propuesta por la ley de contratos de crédito inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a «STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario», 14—.

<sup>56</sup> La disposición final primera de la LCCI, en su apartado cuarto, añadió a la LH un artículo 129 *bis* que comparte literalidad con el artículo 24 LCCI.

<sup>57</sup> Coincidimos con ADÁN DOMÈNECH en que resulta difícil entender cuándo el deudor preferirá la aplicación del artículo 693.2 LEC frente al artículo 24 LCCI, ya que este exige un mayor número de impagos para que venza el contrato anticipadamente —ADÁN DOMÈNECH, F. (2020). La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 654—.

<sup>58</sup> TOL7.378.596; TOL7.378.595, y *JUR* 2020, 92986.

<sup>59</sup> La facultad del juez nacional de integrar el contrato la limitó el propio Tribunal europeo en su sentencia de 8 de septiembre de 2022 (*JUR* 2022, 287775), al señalar que no podrá aquel modificar el contenido de una cláusula abusiva anulada para mantener la existencia de un contrato que no puede subsistir tras la supresión de la referida cláusula si el consumidor interesado ha sido informado de las consecuencias de la anulación del contrato y ha aceptado las consecuencias de dicha nulidad.

<sup>60</sup> Como sostiene MIÑANA LLORENS, «el artículo 552.3 LEC no impide que se despache nueva ejecución fundada en nueva causa no cubierta por la cosa juzgada de

la anterior ejecución» —(2019). Análisis de la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores. Tratamiento jurisprudencial de su abusividad. *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. digital—.

<sup>61</sup> *RJ* 2019, 3343. A este pronunciamiento se remitieron íntegramente las SSTS de 12 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4679); 14 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 5165), y 12 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5211).

<sup>62</sup> *Vid.* las SSTS de 12 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 329); 19 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 397, *RJ* 2020, 398 y 2020\399), y 9 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 181026).

<sup>63</sup> Recordemos que la STJUE de 26 de marzo de 2019 requería el consentimiento del deudor para no aplicar la cláusula abusiva cuando el juez nacional, adoptando un enfoque objetivo, decidiera que el contrato podía subsistir sin dicha cláusula. De esta manera, se trasladaba la dirección del proceso al deudor, que podía optar por la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva y la consiguiente prosecución del proceso de ejecución hipotecaria por considerarlo más favorable a sus intereses. Sin embargo, en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, el Tribunal Supremo dejó sin virtualidad práctica la audiencia al deudor para decidir sobre la continuación de la ejecución hipotecaria al declarar que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva conllevaba en todo caso la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su integridad —ADÁN DOMÈNECH, F. (2019). «STS 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. ¿Doctrina judicial contra legem?». *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a «STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», 33—. *Vid.* también GALÁN SÁNCHEZ, M. (2019). «Análisis de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 433/19, de 11 de septiembre. Vencimiento anticipado. consecuencias». *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a «STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», 59.

<sup>64</sup> Si se anula un contrato de préstamo hipotecario se debe retornar el negocio realizado a la situación anterior y, a tal efecto, el prestatario deberá devolver al prestamista todo el capital prestado y pendiente de pago. No obstante, si el acreedor insta, con base en el artículo 693.2 LEC, un procedimiento de ejecución hipotecaria para reclamar el vencimiento anticipado del préstamo, lo que busca es que el deudor le pague, sin derecho al plazo convenido, la parte de la obligación que queda por cumplir, incluyendo tanto el principal como los intereses (remuneratorios y moratorios) y las costas —CUBILLO LÓPEZ, I., *op. cit.*, 31-32—. En consecuencia, la subsistencia del contrato y consiguiente continuación de la ejecución hipotecaria, lejos de beneficiar al deudor, le perjudica, pues le causa un perjuicio patrimonial mayor que el que conllevaría la nulidad del contrato y el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria.

<sup>65</sup> ADÁN DOMÈNECH defiende también que el contrato de préstamo hipotecario subsiste a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva —(2019) ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, dedicado a «STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado y Ley de contratos de crédito inmobiliario», 130—.

<sup>66</sup> También, DÍAZ FRAILE, J.M., *op. cit.*: «La prueba de que, a pesar de todo lo anterior, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir, es que el pacto de vencimiento anticipado previsto en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a su generalización en el tráfico jurídico a que ya hemos aludido, puede pactarse o no pactarse. Sería absurdo que tratándose de un pacto voluntario, amparado por una norma que lo autoriza pero no lo impone como necesario, pudiera plantearse que sin dicho pacto el contrato del préstamo hipotecario es nulo, lo que valdría tanto como decir que la ley incurriría en el absurdo jurídico de prever un elemento o requisito no esencial en el contrato (el pacto de vencimiento anticipado) que luego resulta ser esencial en el sentido de que su ausencia genera la anulación completa del contrato. Por la vía de



la interpretación a través del principio de «*reductio ad absurdum*», ha de descartarse la proposición que pretenda afirmar la inviabilidad o nulidad total del préstamo hipotecario por consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado».

<sup>67</sup> Vid. también DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. (2019). Cláusula de vencimiento anticipado: ejecución de la STJUE de 26 de marzo de 2019. Publicado en *Notarios y Registradores*, el 25 de junio de 2019. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/sc/clausula-de-vencimiento-anticipado-ejecucion-de-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>. Este autor sustenta en el artículo 24 LCCI el carácter consustancial al contrato de préstamo hipotecario de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización. El referido precepto establece el vencimiento anticipado obligatorio de los contratos de préstamo sometidos a la LCCI cuando se produzca un impago que cumpla las condiciones previstas en su artículo 24. De esta forma, postula el autor que el artículo 24 LCCI proclama que el vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización del préstamo hipotecario está en la esencia del contrato y que esta se vería sustancialmente modificada si se recurriera a otros remedios que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico (como la exigencia judicial del cumplimiento íntegro del contrato *ex* artículo 1124 del Código Civil o las sucesivas ejecuciones tras cada incumplimiento de uno o varios plazos).

<sup>68</sup> En sentido similar, PÉREZ HEREZA defiende que la subsistencia del contrato sin la cláusula declarada nula «no debe entenderse en un sentido literal, pues es evidente que cabe un contrato de préstamo sin cláusula de vencimiento anticipado, si así lo hubiesen pactado las partes desde el momento inicial»; la subsistencia debe entenderse como la posibilidad de que el contrato se mantenga sin la cláusula nula, guardando el debido equilibrio entre las partes. Y, desde este prisma, entiende el autor que, en los contratos de préstamo de largo plazo, «no parece lógico entender que desaparezca la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y vedado el acceso a la ejecución total hasta que se haya producido el impago de todas las cuotas y transcurrido todo el plazo pactado, el contrato pueda subsistir sin mayor problema». De este modo, PÉREZ HEREZA considera que el elemento determinante para decidir sobre la aplicación supletoria de las normas reguladoras del vencimiento anticipado por impago es el plazo de duración del préstamo, y no la existencia o no de garantía (*id est*, el carácter personal o hipotecario del préstamo), pues el propio artículo 693.1 LEC permite la realización de la garantía en supuestos de impago parcial cuando en el contrato se haya pactado expresamente el vencimiento anticipado —PÉREZ HEREZA, J. (2020). ¿Puede un contrato de préstamo de larga duración subsistir sin cláusula de vencimiento anticipado cuando esta ha sido declarada nula por abusiva? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 91-92, ed digital. Disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10115-puede-un-contrato-de-prestamo-de-larga-duracion-subsistir-sin-clausula-de-vencimiento-anticipado-cuando-esta-ha-sido-declarada-nula-por-abusiva->.

<sup>69</sup> La STS de 2 de febrero de 2021 (*RJ* 2021\314) estima las pretensiones de la entidad de crédito recurrente, que exige la devolución íntegra de lo prestado a los demandados por aplicación de los artículos 1124 y 1129 del Código Civil, y no de la cláusula de vencimiento anticipado expresamente prevista en el contrato de préstamo hipotecario.

<sup>70</sup> En igual sentido, sostiene MARTÍN FABÁ —(2019). «STJUE de...» *op. cit.*, 11—: «La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado desencadena, empero, la imposibilidad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado a través de un procedimiento especial de ejecución, pero no desaparecen las otras vías procesales que tiene a su disposición el acreedor hipotecario».

<sup>71</sup> Defiende ADÁN DOMÉNECH que el contenido de la STS de 11 de septiembre de 2019 es *contra legem*, porque pretende aplicar el artículo 24 LCCI a las ejecuciones suspendidas, en contra de lo previsto en la disposición transitoria primera de dicha Ley, que proscribía la aplicación del precepto a los procesos ya judicializados, como son las ejecuciones hipotecarias suspendidas —(2019), La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre



vencimiento anticipado. Más sombras que luces. *Diario La Ley*, núm. 9498, 15 de octubre de 2019-. *Vid.* también ADÁN DOMÉNECH, F. (2021). El vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a «I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad», 10.

<sup>72</sup> A esta pauta se opuso PANTALEÓN PRIETO, quien sostuvo que no debería sobreseerse el proceso cuando la cláusula de vencimiento anticipado se hubiese declarado nula habiéndose ya cumplido los requisitos previstos en el artículo 24 LCCI. Postuló el autor que, probablemente, lo que quiso decir el Tribunal fue que el proceso debería haberse sobreseído sin más trámite si la entidad acreedora hubiese dado por vencido el préstamo sin que ni siquiera se hubiera producido el impago de tres cuotas mensuales, pero no lo escribió así —(2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 19 de abril de 2020. Disponible en <https://almacenderecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-iii>—.

<sup>73</sup> *Vid.* también las SSTs de 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5389) y 11 de noviembre de 2020 (*RJ* 2020, 4215).

<sup>74</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2019). Los contextos de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. especial, dedicado a «STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», 50.

<sup>75</sup> TJCE 2019\219.

<sup>76</sup> Al respecto, sostiene ALFARO ÁGUILA-REAL que las reglas de la parte general del Derecho de contratos no tienen valor supletorio en esta sede porque no gozan de presunción de no abusividad, ya que no han sido objeto de evaluación específica del legislador para establecer el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Por tanto, el juez no puede apoyarse en exclusiva en tales reglas para cubrir las lagunas que genera la nulidad de la cláusula abusiva —(2019). ¿Hay algo que no vaya de cláusulas abusivas. Entrada en el blog *Almacén de Derecho*, de 29 de noviembre de 2019. Disponible en <https://almacenderecho.org/todo-es-un-problema-de-clausulas-abusivas-el-asunto-dziubak>—.

<sup>77</sup> *Vid.* también la STJUE de 8 de septiembre de 2022 (*JUR* 2022\287775).

<sup>78</sup> Como dice ALFARO ÁGUILA-REAL —(2019). ¿Hay algo...? *op. cit.*—: «La consecuencia impenable es que si la nulidad total perjudica al consumidor (objetivamente, esto es, porque así lo cree el juez, o subjetivamente, porque así lo expresa el consumidor), el juez ha de proceder a aplicar la doctrina Kásler e integrar el contrato con la normativa legal correspondiente. Exactamente lo que hace nuestro Tribunal Supremo con el artículo 24 de la LCCI para regular el vencimiento anticipado una vez declaradas nulas las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en los contratos de préstamo hipotecarios. Ahora bien, si entre esas dos alternativas (la integración del contrato con el derecho supletorio a la Kásler y la nulidad total) el consumidor prefiere la nulidad total, debe accederse a la preferencia del consumidor».

<sup>79</sup> RTC 2011\113.

<sup>80</sup> RTC 1981\41.

<sup>81</sup> Sobre la constitucionalidad del sistema procesal español en sede de ejecución, *vid.* las SSTC de 18 de diciembre de 1981 (RTC 1981\41); 17 de mayo de 1985 (RTC 1985\64); 2 de abril de 1986 (RTC 1986\41); 14 de julio de 1988 (RTC 1988\148); 17 de enero de 1991 (RTC 1991\8); 16 de enero de 1992 (RTC 1992\6); 30 de junio de 1993 (RTC 1993\217); 5 de mayo de 1994 (RTC 1994\128); 27 de enero de 1998 (RTC 1998\19), y 29 de noviembre de 1999 (RTC 1999\222).

<sup>82</sup> Este mismo motivo de oposición se incorporó igualmente al artículo 557.1.7ª LEC, aplicable a la ejecución ordinaria fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

<sup>83</sup> Textualmente, dijo el Tribunal: «en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entraña la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada». Y continuaba: «no obstante [...], habida cuenta del desarrollo y de las particularidades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos». En todo caso, practicada tal anotación preventiva, se suspende el procedimiento ejecutivo ordinario entretanto se esté litigando sobre la nulidad de la hipoteca e, inscrita la anotación en el RP, resulta oponible a terceros adquirentes, que no podrán alegar su desconocimiento para acogerse a la protección que brinda el artículo 34 LH —GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Las modificaciones derivadas de la STJUE de 14 de marzo de 2013 acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y las cláusulas abusivas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, I, 361-362—. Ahora bien, si la anotación preventiva de la demanda es posterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, en virtud del artículo 131 LH queda cancelada por el mandamiento de cancelación referido en el artículo 133 LH. De esta suerte, coincidimos con DOMÍNGUEZ LUELMO en que «[l]a única virtualidad que podría tener tal asiento registral sería destruir la presunción de buena fe del tercero adquirente a que se refiere el artículo 34 LH, evitando que el rematante o adjudicatario de los bienes los adquiriera de modo irrevindicable» —(2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 13—.

<sup>84</sup> *Vid.* también las SSTJUE de 17 de julio de 2014 (TJCE 2014\106) y 26 de junio de 2019 (TJCE 2019\127). En la jurisprudencia española, *vid.* la STS de 27 de febrero de 2018 (RJ 2018, 707).

<sup>85</sup> A favor de la primera de las opciones se postula GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA al considerar que «[l]a continua oposición a una paralización o suspensión del procedimiento ejecutivo puede volverse en contra de la efectividad de la garantía teniendo como efecto rebote, la concesión de menos hipotecas, y la disminución del crédito territorial» —(2013). Las modificaciones..., *op. cit.*, 361—.

<sup>86</sup> *Vid.* también las SSTJUE de 27 de junio de 2000 (JUR 2008, 83004); 21 de noviembre de 2002 (JUR 2018, 83006); 26 de octubre de 2006 (JUR 2018, 83012); 4 de junio de 2009 (JUR 2017, 88970); 14 de junio de 2012 (TJCE 2012\143); 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013\46), y 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013\145).

<sup>87</sup> RJ 2013, 3088.

<sup>88</sup> Esta circunstancia se puso de relieve en el *Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*: «No cabe duda de que para dar pleno efecto a la Directiva (y, en particular, al apartado 1 de su artículo 6, que prevé que las cláusulas contractuales abusivas no deben vincular a los consumidores), debería reconocerse esta valoración *ex officio* a los órganos jurisdiccionales nacionales».

<sup>89</sup> En igual sentido, la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360).

<sup>90</sup> Como declaró la STJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013\46), el juez nacional tiene la obligación «de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consenti-

miento libre e informado a dicha cláusula». *Vid.* también las SSTJUE de 9 de julio de 2020 (TJCE\2020\109) y 2 de septiembre de 2021 (TJCE 2021\207).

<sup>91</sup> Este precepto, aunque se prevea expresamente para la ejecución ordinaria, resulta aplicable también en el marco de la ejecución hipotecaria en virtud de la remisión contenida en el artículo 681.1 LEC —HERRERO PEREZAGUA, J. F., *op. cit.*, 319—.

<sup>92</sup> *RJ* 2020, 57.

*(Trabajo recibido el 2 de febrero de 2023 y aceptado  
para su publicación el 17 de abril de 2023)*



**RESOLUCIONES  
DE LA DIRECCIÓN GENERAL**



## **RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA**

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 1-2-2023

*BOE* 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Esplugues de Llobregat.

**HIPOTECA: PRODUCTOS COMBINADOS AL PRÉSTAMO.**

No puede ser considerada abusiva la estipulación que prevé la contratación de un seguro como producto vinculado cuya contratación bonifica el tipo de interés.

El producto o servicio vinculado puede ser definido, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, como aquel que, cuando se pretende contratar el préstamo, se ofrece dentro de un mismo paquete y debe ser obligatoriamente contratado para obtener la concesión, la financiación solicitada y sus condiciones financieras. Por su parte, el producto o servicio combinado, es aquel que puede ofrecerse en un paquete de productos, pero que también ha de ofrecerse de manera individualizada, de manera que el prestatario pueda contratar únicamente la financiación solicitada. Estos productos accesorios son totalmente opcionales para el prestatario y, con frecuencia, su contratación implica una mejora en las condiciones financieras del préstamo, a través del ofrecimiento de bonificaciones al tipo de interés.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha regulado la venta de productos o servicios accesorios junto a los préstamos hipotecarios, distinguiendo claramente entre productos vinculados y productos combinados. Así, se prohíben, con carácter general, las ventas vinculadas, es decir, ventas de paquetes integrados por el préstamo y otros productos, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario también por separado (art. 17). De este artículo se infiere que solo son admisibles, con carácter de



vinculados al préstamo hipotecario, los productos y servicios a que se refiere el precedente apartado número 3 del artículo 17 (la apertura de cuentas de ahorro o corrientes necesarias para la liquidación de los pagos del préstamo, o, la posibilidad de exigir seguros de daños del inmueble hipotecado o de amortización del préstamo), o que se establezcan en el futuro por la autoridad competente; siempre que no se imponga la entidad que deba prestarlos y se suministre al prestatario la información a que se refiere el apartado número 5 del citado artículo. Sin embargo, se admite expresamente con carácter general el ofrecimiento de productos o servicios, con carácter combinado.

De lo expuesto resulta que la obligación de contratar el seguro de vida o el seguro de amortización de un crédito no se puede considerar, en sí misma, como abusiva, sin entrar a analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto. De las normas antes expuestas de la Ley 5/2019 resulta que la imposición de un contrato de seguro al prestatario para garantizar la devolución de un préstamo hipotecario es lícita, lo que es ilícito es imponerle la contratación del seguro con una determinada compañía aseguradora. En este sentido de validez de las cláusulas de los préstamos hipotecarios que ofrezcan un producto o servicio al prestatario, cuya contratación conlleve una bonificación en el tipo de intereses, siempre que tengan un carácter voluntario, se manifiestan precisamente las sentencias a las que alude la nota de calificación recurrida.

En cuanto al supuesto concreto objeto de este recurso, debe recordarse, en primer lugar, que la calificación registral de las escrituras de préstamo hipotecarios permite denegar la inscripción de aquellas cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 258.2 LH), a lo que debe añadirse, en materia de calificación de cláusulas abusivas, aquellas cláusulas que sean subsumibles de forma objetiva y debidamente fundamentada en la llamada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, sin tener que realizar ningún tipo de ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, que solo pueden ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Este carácter de producto combinado no abusivo no se ve alterado por la contratación del seguro de vida en la modalidad de prima única, con un coste elevado que debe ser financiado, sin que conste en la escritura calificada el ofrecimiento de la posibilidad de contratar un seguro de prima temporal anual renovable, pues tal circunstancia, aparte de no ser objetivamente ilícita o abusiva, no resulta de los términos habituales de las escrituras de préstamo hipotecario sino de las ofertas vinculantes, por lo que queda al margen de la calificación registral.

Resolución de 1-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Boltaña.

**HIPOTECA: CANCELACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 82.5 LH.**

Para cancelar una hipoteca por caducidad legal es preciso que hayan pasado los 21 años que resultan de lo previsto en el párrafo quinto del artículo 82 LH.

No es aplicable en el presente caso el plazo de prescripción de la obligación garantizada con el derecho real de hipoteca sino el de la hipoteca misma. Según

resulta del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho real de hipoteca es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o, en su caso, el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, a lo que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

Es decir, en el caso de la inscripción del derecho real de hipoteca la caducidad del asiento tendrá lugar a los veintiún años: los veinte de la prescripción de la acción hipotecaria (arts. 1964.1 CC y 128 LH) más el año añadido por el citado párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014).

Resolución de 2-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

#### **SUSTITUCIÓN VULGAR: LIBERTAD DEL TESTADOR PARA CONFIGURARLA BAJO EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.**

De la interpretación del testamento resulta que la voluntad de la testadora fue prever una sustitución regida por las normas del derecho de representación.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en un artículo del Código Civil y en el artículo 80 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

La sustitución y el derecho de representación, si bien desarrollan una función semejante, se desenvuelven en ámbitos totalmente distintos. La sustitución es una institución propia de la sucesión testada, de ahí su denominación exacta de sustitución testamentaria, consecuencia del principio de libertad de testar que proclama el artículo 763 del Código Civil, que no queda sujeta en cuanto a la condición de los sustitutos a limitación alguna, y cuyo alcance depende de la exclusiva voluntad del testador (arts. 774, segundo párrafo, 778, 779 y 780). Por el contrario, el derecho de representación constituye una excepción al principio de proximidad en grado (art. 921) propio de la sucesión intestada, lo que supone necesariamente una ausencia de voluntad del causante a la hora de regular su sucesión (art. 658), y está limitado a determinados parientes del causante y únicamente tiene lugar en los casos previstos en el artículo 924, excluyéndose la renuncia (arts. 923 y 929). Ciertamente, no hay duda de que el testador, en ejercicio de su libertad de testar, puede someter su sucesión al derecho de representación del artículo 924. Por esto, el debate de este expediente se centra en interpretar

si, como sostiene el recurrente, el testador estableció una sustitución vulgar o si, como afirma el registrador, empleó el término «derecho de representación» en sentido técnico de esta institución propia de la sucesión intestada.

En el presente supuesto, resulta indubitado que la testadora ha previsto un segundo llamamiento para el caso de que el primero resulte ineficaz. Y, al instituir herederos, «en defecto» de su madre instituida, «a los descendientes matrimoniales de esta, por derecho de representación», está determinando en primer lugar que tales descendientes serán herederos exclusivamente por las causas por las que procede el derecho de representación en la sucesión intestada, esto es para los casos de premoriencia y los de desheredación o incapacidad para suceder excluyéndose la renuncia (*ex* art. 929 CC); y en segundo lugar, a quiénes ha de favorecer el segundo llamamiento, es decir a los que son llamados por representación en la sucesión intestada; en definitiva, que al haber instituido herederos a esos descendientes, solo podrá tener lugar la sucesión en la línea recta descendente de la instituida (art. 925), como así se manifiesta en la cláusula de llamamiento.

Resolución de 2-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Benissa.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe la inscripción de una base gráfica si concurren dudas sobre la identidad de la finca apoyadas en las alegaciones de un colindante.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, pretendida la inscripción de las bases gráficas, y tramitado el expediente, se presenta escrito de oposición por el titular colindante, justificando su oposición tanto en la planimetría de las fincas invadidas, las ortofotos históricas como las certificaciones del Inventario de Bienes Municipal, aportando con ello un principio de prueba del carácter cuanto menos controvertido de la delimitación gráfica de las fincas. Aunque, como señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, poniendo de manifiesto una situación de posible invasión de la finca colindante, especialmente cuando las alegaciones las formula la propia Administración pública en protección del patrimonio demanial.

Resolución de 6-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Meco.

**OBRA NUEVA: EXIGENCIA DE SEGURO DECENAL EN OBRAS DE CAMBIO DE USO.**

Se analizan los casos en los que, tratándose de obras de reforma y cambio de uso del edificio, es exigible el seguro decenal.

El seguro de daños o caución constituye una garantía con la que el legislador pretende tutelar a los adquirentes de viviendas frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción. La ley impone al promotor la obligación de suscribir el citado seguro —cfr. artículo 9.2.d)—; obligación que, conforme a la disposición adicional primera, número uno, del mismo texto legal, es exigible, desde su entrada en vigor, «para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda», y a fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación, establece, a su vez, mecanismos de control, determinando en su artículo 20.1, el cierre registral para las escrituras públicas de declaración de obras nuevas de las edificaciones que entren en el ámbito de aplicación de la ley (cfr. art. 2) «sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19». En la medida en que la reforma llevada a cabo produzca una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tenga por objeto cambiar los usos característicos del edificio, será preceptiva la prestación del seguro decenal.

En primer lugar, es preciso analizar si la certificación expedida por técnico competente que se incorpora a la escritura complementaria carece de fehacencia como afirma la registradora en su nota de calificación. Consta por tanto de manera fehaciente la identidad del firmante del certificado (art. 49 del Real Decreto 1093/1997) y consta también su condición de técnico competente, pues es el arquitecto autor del proyecto y director de la obra, como resulta del propio certificado, de la licencia de obras concedida y del certificado de fin de obra incorporado a la escritura complementada (arts. 50 y 52 del Real Decreto 1093/1997) y debe ser revocado, por tanto, este motivo como determinante de la resolución de este expediente, sin perjuicio del análisis a continuación de los otros motivos señalados por la registradora.

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, en la inscripción de una edificación debe reflejarse: «(...) si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente». Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo). Por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

En cuanto a las restantes exigencias que pueden derivarse del precepto (aparte de la licencia de primera ocupación, de la que tratan las resoluciones citadas), dependiendo de la normativa aplicable, tales como pudieran ser el seguro decenal, el libro del edificio o el certificado de eficiencia energética, no serán necesarias, con carácter general, ya que el cambio de uso no supone una alteración sustancial de los que ya se hubieran aportado para inscribir la obra nueva relativos al total del edificio (cfr. resolución de 30 de noviembre de 2016). En consecuencia, y específicamente en lo que a la obligatoriedad del seguro decenal respecta, debe entenderse que en los títulos que formalicen un mero cambio de uso de elementos aislados integrantes de un edificio no resulta aplicable a efectos registrales la exigencia del seguro, referido al edificio en su conjunto y circunscrita su exigencia en los términos que señaló la resolución de 11 de febrero de 2009, a menos que se pretenda, en línea con lo señalado anteriormente, constatar otras modificaciones que puedan suponer una variación esencial de la composición general del exterior, la volumetría o del conjunto estructural, o cambiar el uso característico del edificio, de modo que los supuestos dudosos, al margen de los afectantes internamente a elementos aislados —cfr. artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal—, se resolverán por la oportuna certificación técnica. Este Centro Directivo tiene establecido por tanto que la modificación del uso característico del edificio es uno de los supuestos que entran dentro del ámbito de aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación y exige por ello la contratación del seguro decenal, y la acreditación del mismo para poder practicar su inscripción. Es decir, tienen la consideración de edificación las intervenciones sobre los edificios existentes que alteren su configuración arquitectónica, y suponen tal alteración las intervenciones totales y las parciales que, o bien produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o bien tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

Que las obras en cuestión cuya inscripción se pretende a través de los títulos calificados suponen un cambio de los usos característicos del edificio no ofrece dudas, ya que los propios recurrentes así lo aseveran en la escritura complementaria. Todo ello lleva a la conclusión de que es necesario en este caso acreditar la constitución del seguro decenal previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, para poder practicar la inscripción, tal como señala la registradora en su nota de calificación.

También se indicó en la resolución de 30 de mayo de 2022 que, en lo que se refiere a la reforma del edificio para la habilitación de las siete viviendas, con acceso desde un portal único, tres de ellas situadas en planta baja y cuatro en planta primera, habilitando así mismo la zona bajo cubierta, debe tenerse en cuenta que este Centro Directivo, en su Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, concluyó en sentido favorable a la exigencia del seguro decenal cuando se trate de obras de ampliación o reforma de edificios que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación definido por su artículo 2.

Como ha recordado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 1 de marzo de 2003, 4 de diciembre de 2006, 11 de febrero de 2009, 15 de mayo de 2015, 5 de junio de 2020 o, más recientemente, la de 11 de abril de 2022), quedan bajo exclusiva responsabilidad del técnico la veracidad y exactitud de las afirmaciones contenidas en el certificado por él expedido y lo mismo debe predicarse de las manifestaciones que efectúe en los documentos que otorgue junto con el titular de la finca. Por ello, la acreditación de si se trata o no de una reforma no esencial, meramente parcial, que no altera la volumetría ni la configuración

estructural del edificio, debe quedar referida al ámbito de competencias —y de responsabilidad— del arquitecto director de la obra, al certificar la finalización de la obra conforme a licencia a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que puedan tales afirmaciones —de carácter técnico, no jurídico— ser desvirtuadas por otro criterio del registrador o de este Centro Directivo, salvo que se trate de casos evidentes.

En cualquier caso, dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto del presente recurso, debe concluirse en la necesidad de prestar el seguro decenal exigido por el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, toda vez que se formaliza una reforma (que no rehabilitación) de la totalidad del inmueble, incluida la zona bajo cubierta, con el fin de habilitar siete viviendas que, ulteriormente y en la misma escritura, pasan a ser configuradas como elementos privativos de la propiedad horizontal constituida en dicho título, todo ello al amparo de una nueva licencia de obra mayor y cambio de uso otorgada en el año 2016.

Resolución de 6-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 6.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE EMITIR LAS NOTAS DE INFORMACIÓN CONTINUADA PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 175 DEL RN.**

Se descarta la posibilidad de usar el correo electrónico como medio hábil para la solicitud y emisión de las notas de información continuada previstas en el artículo 175 del Reglamento Notarial.

Son dos los puntos que hay que tener en cuenta para la resolución de este recurso: de un lado, la consideración del correo electrónico como medio adecuado para solicitar y enviar información registral; y, de otro, si las conclusiones a las que ha llegado este Centro Directivo en anteriores resoluciones, singularmente en la de 23 de mayo de 2022 invocada por la registradora, son de aplicación para el supuesto de que la solicitud de nota informativa la realice un notario para dar cumplimiento al deber que le impone el artículo 175 del Reglamento Notarial.

En cuanto a la idoneidad del correo electrónico, este Centro Directivo llegó a la conclusión de que es preciso que se utilicen sistemas que extremen la seguridad de los servidores depositarios de la información y que impidan ceder involuntariamente el uso de la cuenta de correo, provocar una suplantación de identidad y el acceso a información confidencial. El supuesto contemplado por la citada resolución, ciertamente, hace alusión a una solicitud formulada por un particular. En el supuesto de este expediente, se utiliza un correo corporativo para la remisión de la solicitud, pero este hecho no implica que sea un correo designado solo y exclusivamente a efectos expresamente determinados y excluya la elección de cualquier otro correo. Tampoco el hecho de identificación del remitente impide la posibilidad de acceso y manipulación de su contenido.

Aun presentando amplios márgenes de seguridad, cuando se adoptó el telefax como medio de intercambio de publicidad, el legislador incluyó entre los artículos reformados por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, el artículo 354 a) que regula minuciosamente el procedimiento de emisión de las solicitudes de información pedidas por los notarios mediante telefax, respecto a la descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de fincas registrales. Dicho artículo conserva su redacción hasta la actualidad. A día de hoy, la

previsión normativa contenida en el artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria tras la Ley 24/2005, no se ha desarrollado reglamentariamente, de tal manera que la comunicación objeto de debate en este recurso debe seguir efectuándose por telefax, mientras la posibilidad de realizarla por correo electrónico (a «cualquiera otro medio escrito» se refiere el artículo 175.4 del Reglamento Notarial) no sea objeto del necesario desarrollo (cfr. la disposición final primera del citado Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre), de forma que se garantice la seguridad en las comunicaciones y se cumplan las normas del esquema nacional de seguridad e interoperabilidad.

Ciertamente, en el caso del Registro de la Propiedad no nos encontramos ante una Administración pública, pero la sensibilidad de los datos obrantes en el Registro aconseja la adopción así mismo de medidas extremas de seguridad. Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Las anteriores premisas pueden ser también de aplicación a la información registral emitida en el seno de la colaboración Notarías-Registro, pero en tanto no se desarrolle un nuevo sistema, debe utilizarse el canal específicamente previsto en la regulación actual.

Resolución de 6-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 4.

#### DIVISIÓN HORIZONTAL: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Se considera necesaria la autorización administrativa para inscribir una división horizontal en Baleares al no haber quedado acreditada su antigüedad.

Como cuestión previa a tratar, debe recordarse que el ámbito del recurso es resolver si la calificación negativa del registrador es o no ajustada a Derecho y esto no lo modifica el hecho de haberse solicitado calificación sustitutoria, pues esta debe confirmar o revocar el contenido de la nota de calificación sustituida emitida por el registrador de la propiedad ante el que se presentó el documento.

Entrando en el fondo del asunto, debe determinarse si es exigible autorización administrativa para inscribir una división horizontal constituida sobre una construcción que pretende inscribirse por antigüedad. En el supuesto de este expediente, a la escritura se unen dos certificaciones catastrales, relativas a las dos edificaciones existentes en la misma finca. También se une certificado del técnico competente emitido el día 20 de julio de 2022, que igualmente acredita la existencia de las edificaciones en las citadas fechas. En cuanto a la posibilidad de inscribir el régimen de propiedad horizontal, el registrador justifica su exigencia en lo dispuesto en la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares.

En el presente caso, no existe licencia pues la declaración de obra nueva se hace al amparo del régimen del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley 7/2015, de Suelo y Rehabilitación Urbana. Dado que no queda acreditada la antigüedad de la propiedad horizontal cuya inscripción se pretende, parece exigible la autorización administrativa.



Resolución de 6-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

RECURSO GUBERNATIVO: *DIES AD QUEM* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA PRESENTARLO. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NO CONSTA LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

Se analizan las reglas aplicables al cómputo del plazo para la interposición del recurso. En relación al procedimiento de ejecución directa, se concluye que es defecto subsanable para la inscripción del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación la no constancia de nota marginal de expedición de certificación.

El objeto del recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantiles es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o debe inscribirse el negocio celebrado, circunscribiéndose también, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura de hipoteca, ni tampoco aquellos que no hubieran sido recurridos.

La más abundante y reciente interpretación jurisprudencial de la expresión acerca de que el comienzo del cómputo tiene lugar «a partir del día siguiente», entendió que esta dicción no suponía que el «*dies ad quem*» concluya a las 24 horas del día equivalente en el mes o en el año a aquel en que comenzó el cómputo sino a las 24 horas del día inmediatamente anterior a aquel en que comenzó dicho cómputo, es decir, haciendo coincidir este término con el contenido en la expresión «de fecha a fecha».

En caso de que las notificaciones de las calificaciones negativas sustitutorias se hubieren realizado por correo electrónico —así consta que se efectuó la citada calificación sustitutoria en este supuesto—, debe tenerse en cuenta que el número 7 del citado artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria admite que las comunicaciones que se deban practicar conforme a las reglas de dicho tipo recursivo se pueden realizar por correo, fax, correo electrónico o cualquier otro medio telemático que permita tener constancia de su recepción. En consecuencia, es posible la notificación de la calificación negativa al interesado por correo electrónico si el interesado, al presentar el documento, ha señalado, a efectos de notificaciones, una dirección de correo electrónico (art. 322.2.º LH), o si se trata de una persona jurídica, pues está obligada a entenderse por vía electrónica con la Administración, en aplicación del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ahora bien, para que dicha notificación sea válida a efectos del cómputo del plazo para recurrir, se exige que dicha notificación reúna los requisitos exigidos por el artículo 40.1 de la citada Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En consecuencia, no constando acreditado, por las razones antes expuestas, el momento en que tuvo lugar la notificación al recurrente de la calificación sustitutoria, no puede fijarse un «*dies a quo*» para el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso, por lo que, al no haber alcanzado firmeza el acto impugnado, el recurso debe ser admitido a trámite.

La presente resolución tiene por objeto una calificación registral por la que se deniega la inscripción de un testimonio de auto de adjudicación de inmueble

en procedimiento de ejecución hipotecaria directa, así como el mandamiento de cancelación de cargas, por razón de no haberse expedido la certificación de dominio y cargas y no haberse practicado las preceptivas notificaciones a los titulares de cargas y gravámenes posteriores. Siendo el registrador de la propiedad quien emite la certificación, el funcionario que debe realizar las notificaciones a los citados titulares de inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta, y existiendo la obligación de conservar los justificantes de su realización; el registrador de la propiedad que califique la inscripción de la adjudicación judicial, sea el mismo o sea un sucesor en la oficina, deberá fundamentar la misma en los asientos (nota marginal) y acuses de recibo que obren en el expediente registral, sin que pueda prevalecer la expresión de haberse verificado las notificaciones que conste en el mandamiento de cancelación de cargas, ya derive esta, bien de una redacción formularia del mandamiento o bien de una errónea información suministrada por el Registro.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (vid. resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y 130 y 145 LH). Teniendo en cuenta la citada importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. arts. 145 y 149 LH) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, no puede procederse a la inscripción del testimonio del auto de adjudicación y al mandamiento de cancelación de cargas, si resulta que dicho trámite no se ha cumplido en una determinada ejecución hipotecaria o, como señala la Resolución de 28 de junio de 2021, si se ha llevado a cabo la ejecución de una hipoteca distinta de aquella para la que se expidió certificación de cargas en el procedimiento. No habiéndose extendido la nota marginal de expedición de cargas, su función de dar conocimiento al que accede con posterioridad al registro de la existencia de la ejecución de la hipoteca no se produce, por lo que los titulares posteriores de cargas y gravámenes se ven privados de la oportunidad de intervenir en la subasta o satisfacer el remate del crédito, o simplemente de buscar otras alternativas para defender su crédito.

Ahora bien, debe considerarse que el defecto es subsanable. En este sentido, podría subsanarse el defecto si todos los posteriores titulares a la hipoteca que se ejecuta tuvieron suficiente conocimiento de la tramitación de la ejecución y así se le acredita al registrador.

Resolución de 7-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 2.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CASOS DE USUCAPIÓN.

Incluso en los casos de declaración judicial de adquisición por usucapión extraordinaria es necesario acreditar que se ha demandado a todos los titulares registrales.

El principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención,

en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzarse; en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento (resolución de 11 de noviembre de 2014).

Respecto al supuesto de adquisición por usucapión, es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. resoluciones citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 LH).

En el caso de la usucapión extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento judicial de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores, pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título, siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, en la medida en que la declaración que la ponga fin alterará el contenido de los libros del Registro, deberá ser entablado dicho procedimiento judicial, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión.

Resolución de 7-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Caldas de Reis.

#### HERENCIA: PARTICIÓN DE HERENCIA EN DERECHO FORAL GALLEGO.

Ha de diferenciarse entre la partición testamentaria y las normas establecidas por el testador para hacer la partición. En cualquier caso, es precisa la previa liquidación de la sociedad de gananciales.

Los artículos 273 y 275 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia se refieren, respecto a la partición de la herencia, a dos supuestos distintos: la partición hecha por el testador en primer caso y las normas particionales en el segundo. En el primero, la partición produce efectos por sí misma, al estar realizada por el mismo testador, con el único límite de las legítimas que, dada la especial naturaleza de estas en el derecho gallego, se ve atemperado de forma importante. En el caso de las normas particionales, son los herederos instituidos los que han de realizar la partición cumpliendo las normas establecidas por el testador, pero se requiere la intervención de todos aquellos en el negocio particional y, sin embargo, no de los legitimarios al ser la legítima en el derecho foral gallego un mero derecho de crédito de acuerdo con el artículo 248 de la Ley 14/2006.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas la más reciente de 26 de enero de 2022) que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con

la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador se limita a expresar su voluntad de que, cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o, en su caso, al contador-partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure hereditario*» de los bienes adjudicados a cada heredero.

El legislador gallego, a fin de proveer de recursos que eviten las situaciones de bloqueo derivadas de la falta de colaboración de determinados herederos, ha habilitado sistemas que agilicen y flexibilicen la partición en casos de posibles oposiciones a ella, entre estas, el refuerzo de la partición practicada por los cónyuges, la partición por mayorías, partición conjunta y unitaria. En el presente supuesto, se trata de una partición de la herencia de ambos cónyuges, pero no hay contador-partidor designado ni intervienen los causahabientes de todos ellos, por lo que se hace necesaria la liquidación de los bienes gananciales por los mismos.

Así, en el presente supuesto, tratándose de normas particionales, además del acto preparticional necesario de la liquidación de los bienes comunes, falta la intervención de algunos de los herederos designados por los testadores —dos de las hijas en un caso y la nieta en el otro—, por lo que debe confirmarse el defecto señalado.

Resolución de 7-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

Se reitera la doctrina que sobre el alcance de lo establecido en el artículo 17.12 de la LPH tras la reforma de 2019.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17. Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación de índole turística de las viviendas.

Esta Dirección General ha entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de

usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional. Igualmente, ha puesto de relieve que, al permitir dicha norma limitar o condicionar la actividad de alquiler de índole turística de las viviendas también admite que se establezca una prohibición absoluta de dicha actividad.

Según la escritura calificada, el acuerdo debatido ha sido adoptado en los términos previstos en la regla duodécima del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, pues cuenta con el voto favorable de más de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representan más las tres quintas partes de las cuotas de participación. Por ello, la calificación impugnada no puede ser confirmada.

Resolución de 8-2-2023

BOE 3-3-2023

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

#### **OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.**

A la vista del informe incorporado a la escritura, teniendo en cuenta que se trata de una obra por antigüedad, no hay obstáculo a la inscripción.

En el presente caso, consta acreditado por el informe de la Confederación Hidrográfica que el suelo ocupado por la edificación no tiene carácter demanial ni está afectado por la zona de servidumbre del dominio público hidráulico, sino solo ubicado en la zona de policía. En consecuencia, para inscribir en el Registro de la Propiedad tales edificaciones por la vía del artículo 28 (apartados 1, 2 y 3) del texto refundido de la Ley de Suelo, sería preciso aportar, por exigencia específica de artículo 9 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la «autorización administrativa previa del organismo de cuenca» que «será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las Administraciones públicas».

En cambio, para inscribir tales edificaciones por la vía que ofrece el artículo 28 en su apartado 4, del texto refundido de la Ley de Suelo (que es la vía solicitada por el interesado en el presente supuesto), no es necesario aportar tal autorización administrativa, sino acreditar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en ese apartado 4. En el presente expediente, el propio informe suscrito por el Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Júcar hace constar que «en relación a las construcciones existentes en la parcela 3076411YH1537N0001SJ, localizada en CL (...) Alicante/Alacant (Alicante), no precisa de autorización de este Organismo de cuenca, en tanto no pretenda llevar a cabo actuaciones que afecten al Dominio Público Hidráulico y/o a la zona de policía de un cauce público, en cuyo caso el titular de la misma deberá dirigirse a este Organismo de Cuenca, solicitando la correspondiente autorización», aclarando que las construcciones declaradas no precisan de autorización alguna, aunque serían autorizables y, por tanto, conformes a la normativa especial de dominio público hidráulico. Por lo que de este modo queda acreditado en el presente caso que no existe obstáculo para la inscripción por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo desde el punto de vista de la normativa sectorial en materia de dominio público hidráulico.

Resolución de 8-2-2023

BOE 6-3-2023

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CÓMPUTO DEL AÑO ENTRE TRANSMISIONES EN CASOS DE HERENCIA.

El plazo de un año al que alude el artículo 205 LH, en los casos de adquisición hereditaria ha de computarse desde la fecha del fallecimiento, pero la aceptación de la herencia debe resultar del documento público.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, la rectificación del error de la escritura pública presentada, ni la previa liquidación de la sociedad de gananciales dado que no resulta del título presentado y, por tanto, no ha sido objeto de calificación.

Con independencia del carácter atributivo, declarativo o especificativo que se predique de la partición, es evidente que, en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo respecto del heredero en la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados (cfr. art. 1068 CC). Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.

Lo que debe estudiarse en el presente caso, es si la escritura objeto de recurso recoge dos transmisiones, como entiende la recurrente al afirmar que hubo aceptación tácita de la herencia por parte de la viuda, o una sola transmisión, como parece entender la registradora al exigir que se aporte el título previo de adquisición del primer fallecido. En el ámbito registral la aceptación tácita no puede admitirse, siendo necesaria forma documental pública, tal y como exige el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, como se pronunció este Centro Directivo en resolución de 21 de enero de 1993 exigiendo que la aceptación conste en documento público, siendo solo admisible la aceptación tácita, cuando se trate de escritura pública que tenga por objeto otro acto que «*ex lege*» tenga valor equivalente, como ocurre en la disposición de un bien hereditario concreto (art. 999 CC); por lo que, no habiendo quedado acreditada la aceptación de la herencia en la forma señalada, opera el «*ius transmissionis*» del artículo 1006 del Código Civil. Los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante.

Resolución de 8-2-2023

BOE 6-3-2023

Registro de la Propiedad de Santander, número 1.

**HIPOTECA: PACTO DE INSCRIPCIÓN PARCIAL CUANDO EXISTEN DEFECTOS PARA INSCRIBIR EL PACTO DE EJECUCIÓN DIRECTA.**

El pacto que autoriza la inscripción parcial en caso de denegación de estipulaciones esenciales de la hipoteca ha de ser suficientemente claro y expreso.

El objeto del recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantiles es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o debe inscribirse el negocio celebrado, circunscribiéndose también, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura de hipoteca, ni tampoco aquellos que no hubieran sido recurridos.

En cuanto a esta cuestión de la inscripción parcial del préstamo hipotecario, en el Derecho registral español la regla general sobre posibilidad de inscripción parcial de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad, es que si el pacto o estipulación rechazados por el registrador afectan a la esencialidad del contrato o derecho real cuya inscripción se pretende, la inscripción parcial solo será posible, sin dicho pacto, si media solicitud expresa e indubitada del interesado o interesados (arts. 19 bis y 322 LH y resoluciones de 18 de julio y 19 y 20 de octubre de 2016, 20 de octubre de 2017, 21 de junio, 31 de octubre y 2 de noviembre de 2018 y 21 de junio de 2019), no pudiendo el registrador actuar de oficio en aras a practicar esa inscripción parcial.

En el ámbito de las escrituras de préstamo hipotecario y, en concreto, tratándose de las cláusulas relativas al procedimiento de ejecución hipotecaria judicial o a la venta extrajudicial, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado reiteradamente que tales cláusulas constituyen un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca, por cuanto es característica sustancial de este la realización del valor de la garantía, y el medio más adecuado para ello son los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria que le son propios (sin perjuicio de que la hipoteca pueda ejecutarse por el procedimiento ejecutivo ordinario previsto en los arts. 126 y 127 LH). Por ello, para poder proceder a la inscripción parcial de la hipoteca, o de su novación, sin dichas cláusulas de ejecución, se viene considerando que se precisa solicitud expresa del acreedor que se va a convertir en titular registral de la hipoteca (vid. resoluciones de 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014, 7 de octubre de 2015, 20 de junio y 14 de septiembre de 2016, 19 de septiembre de 2017 y 18 de diciembre de 2019), la cual, dada la transcendencia de dichos pactos, no debe dejar lugar a dudas interpretativas.

Como no se discute en este recurso acerca de la necesidad de un certificado de tasación vigente y emitido por entidad homologada para que pueda inscribirse la cláusula en que se pacta el procedimiento hipotecario directo (art. 682 LEC), la cuestión a resolver en esta resolución es el alcance que debe darse a la solicitud o consentimiento de inscripción parcial recogida en el último párrafo de la estipulación segunda de la escritura calificada, cuyo texto ha quedado antes transcrito.

El notario recurrente considera que la cláusula de solicitud de inscripción que dispone: «Se solicita del Señor Registrador correspondiente la inscripción de la



presente escritura de conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario y en su caso, la inscripción parcial de la misma», es suficientemente expresiva de que la voluntad de las partes ha sido que la hipoteca se inscriba en todo caso, aunque no sea inscribible algún pacto o estipulación, y cualquiera que sea el tipo o naturaleza de dicho pacto. Como ya dijera la resolución de 8 de septiembre de 2021, esa voluntad respecto a esta concreta inscripción parcial podría deducirse de la propia interposición del recurso contra la calificación registral presentado por la entidad acreedora, pero, en este caso, al haberse interpuesto el recurso por el notario autorizante de la escritura, en términos jurídicos y no expresivos de una voluntad manifestada en su presencia, no es posible extraer esa conclusión.

Resolución de 13-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Alcañiz.

#### CONCURSO DE ACREEDORES: LÍMITES A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

No puede el registrador revisar el criterio del juez respecto de la adecuada intervención de los acreedores hipotecarios en el procedimiento con ocasión de la inscripción de una venta de bienes de la masa activa.

Con carácter previo, y en relación con el primer defecto recurrido, debe recordarse que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al escrito de impugnación y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre.

Para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizando la transmisión, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. En consecuencia y como regla general cuando el auto se limite a autorizar la enajenación, el título a efectos de la inscripción será por tanto —como título principal— la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial.

Resulta por tanto incontestable que es competencia y obligación del registrador de la propiedad comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. En consecuencia, estando inscritas las hipotecas en el Registro de la Propiedad, el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los acreedores hipotecarios.

Este Centro Directivo ha señalado reiteradamente que las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (arts. 149.2 y 155.4 LC) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de enero de 2017).

En el supuesto de hecho de este expediente el auto dictado por el juez autorizando la venta del bien en cuestión por el precio indicado, hace constar, además, expresamente que las dos entidades bancarias titulares de créditos con privilegio especial han prestado su consentimiento y beneplácito a la enajenación. Hay por tanto un pronunciamiento judicial expreso tanto respecto del precio como en relación con la debida intervención de los titulares registrales de las hipotecas. Por tanto, excede de las facultades de calificación que los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario otorgan a los registradores discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 13-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Se recuerdan los requisitos y pasos a seguir para rectificar un asiento por un error existente en el título que lo provocó.

El otorgante del título está solicitando la rectificación de un error en la descripción del lindero sur, padecido en la redacción del título que provocó el asiento, que deriva del informe del arquitecto e ingeniero que sirvió de base al acta de actualización de la descripción que se inscribió en el año 2018. Por tanto, estamos ante una inexactitud registral derivada no de un error del Registro, sino de un error en el título que motivó el asiento, pues el Registro ha reflejado el contenido del título.

El error cometido en un título ya inscrito solo puede corregirse rectificando dicho título, con el consentimiento de quienes lo otorgaron, o resolución judicial, como declaró este Centro Directivo en las resoluciones de 29 de noviembre de 2018 y 23 de mayo de 2022, como ocurre en el presente caso. Si tal rectificación afectara a un tercero, dicha rectificación no podrá perjudicarlo.

Por todo lo razonado hasta ahora, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación recurrida, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho, debiendo tramitarse un nuevo expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria con tramite de notificaciones para poder inscribir, en su caso, la rectificación solicitada, por tratarse de la rectificación de un supuesto error, cuya subsanación no puede realizarse, atendiendo al contenido del Registro, sin que sea indubitada la inexistencia de perjuicio para tercero.

Resolución de 14-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Manacor, número 2.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Si no consta inscrita la cláusula que permite a los propietarios hacer modificaciones de los elementos privativos (segregaciones, agrupaciones, desvinculaciones...) será preciso el oportuno acuerdo de la junta de propietarios siempre que desde la fecha del acuerdo no haya habido modificación en la titularidad de las fincas registrales.

La división o segregación de los pisos o locales y sus anejos, en cuanto modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran. Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General (cfr., por todas, las resoluciones de 19 de junio de 2012, 1 de febrero y 7 de mayo de 2014 y 12 de febrero de 2016) ha admitido la validez de las cláusulas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios.

Nada impide que puedan ir más allá, facultando inclusive a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad, pues si puede la junta autorizarlo no constando en estatutos, también podrá haber quedado plasmada anticipadamente la voluntad de los propietarios en este sentido en el título constitutivo y dicha autorización conllevará todos los elementos necesarios para su ejecución, entendiéndose incluido, en su caso, el que se afecten elementos comunes no esenciales para la edificación, quedando conformada, tras la agrupación, la finca resultante como una unidad, si no arquitectónica, sí de destino.

La validez de este tipo de cláusulas estatutarias es igualmente admitida por el Tribunal Supremo, como ponen de relieve las sentencias de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013. Tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, este Centro Directivo ha afirmado que debe entenderse que con la nueva normativa existe el mismo fundamento para admitir la validez de este tipo de cláusulas estatutarias.

En el presente caso, a la vista de la legislación vigente, no ofrece duda que la modificación de descripción de finca, consistente en la desvinculación de un anejo, constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, y que esta modificación afecta a todos los copropietarios del inmueble. Por ello, es determinante que no se ha inscrito la norma estatutaria que ha servido de fundamento a la modificación realizada, por lo que, aun cuando sea válida, no puede vincular a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad (cfr. resoluciones de 16 de mayo de 2002 y 18 de marzo de 2003, entre otras).

Resolución de 14-2-2023

*BOE* 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

#### **SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.**

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal, pero sí a los solares.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herra-

mienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común), como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avalaría su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo afecta al propietario, transmita la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «*mortis causa*», por razón de la posición de los sucesores «*mortis causa*», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

En el presente caso se trata de la transmisión de un solar y cabe la posibilidad de que en él se haya podido realizar una actividad que potencialmente sea contaminante del suelo, por lo que será preciso que el transmitente mani-

fieste, no si el suelo está contaminado o no, sino, más bien, si se ha realizado o no, en la finca transmitida, alguna actividad potencialmente contaminante del suelo. Y, para ello, el notario, en cumplimiento de su obligación de velar por que «el otorgamiento se adecúe a la legalidad», debe informar a las partes adecuadamente de cuáles son esas actividades que potencialmente puedan contaminar el suelo.

Resolución de 14-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Albaida.

#### EXPEDIENTE DE DOMINIO DEL ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que el registrador albergue sobre la identidad de la finca ha de exponerlas al expedir la certificación, a fin de que el notario pueda realizar las diligencias necesarias para aclarar dichas dudas.

Tras la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2001, las actas de notoriedad han desaparecido de entre los medios legalmente habilitados para la acreditación e inscripción de rectificaciones de cabida y georreferenciaciones de fincas, y sin que el nuevo expediente de dominio regulado en el artículo 201 constituya un acta de notoriedad. Por tanto, queda aclarado que nos encontramos ante un expediente de dominio para acreditar la verdadera ubicación, delimitación y mayor superficie de una finca inmatriculada, y no ante un acta de notoriedad.

La registradora, cuando expidió la certificación para la tramitación del expediente de dominio del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria, mal denominado finalmente por el notario autorizante y ahora recurrente como «acta de notoriedad para inmatriculación de exceso de cabida», ya incluyó la advertencia de que la doctrina de este Centro Directivo define el exceso de cabida como la rectificación de un dato erróneo referido a la descripción de la finca, de modo que la superficie que ahora se quiere constatar es la que debió figurar desde el primer momento por ser la realmente contenida dentro de los linderos originariamente registrados.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas del registrador, como ha reiterado este Centro Directivo desde la resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que «el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016)». Por tanto, la actuación de la registradora fue plenamente correcta.

El notario autorizante y ahora recurrente incluye en el expediente una diligencia, recogida en extenso anteriormente, en la que manifiesta las razones por las que debe entenderse que estamos ante una rectificación de descripción y no ante una inmatriculación de una nueva porción de terreno. Con esta concreta manifestación que realiza el notario, deben entenderse disipadas las iniciales razonables dudas de la registradora.

Resolución de 14-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.**

Se reitera el criterio de la Dirección General sobre los requisitos de emplazamiento de la herencia yacente, a la vista de la STS de 9 de septiembre de 2021.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, y se ha hecho constar anteriormente, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada sentencia este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: a) que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. b) que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la comunidad autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada en su momento en el Registro, no puede establecerse la existencia de concretas personas llamadas a la herencia, o sí, por el contrario, no se tiene indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente, ni, en consecuencia, la forma en que han sido citados.

Resolución de 15-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 1.

**CONCURSO DE ACREEDORES: VENTA DE FINCA EN FASE DE LIQUIDACIÓN.**

No es exigible una manifestación expresa de que la venta se realiza en ejecución del plan de liquidación del concurso, dado que así se desprende del conjunto de cláusulas de la escritura.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido.

Esta Dirección General, en resolución de 23 de enero de 2018 ha afirmado que en «cuanto a la exigencia de que la instancia ha de estar suscrita con firma legitimada notarialmente o firmada en la propia oficina del Registro, resulta aplicable la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 4 de julio de 2013, conforme a la cual «la exigencia de identificación del instante no puede limitarse a los medios expresados (comparecencia física o legitimación notarial) sino que debe comprender cualquier otro que cumpla igualmente dicha finalidad ya sea realizada por medios físicos o telemáticos». Entre estos «medios telemáticos» que pueden utilizarse como medio de identificación del firmante se incluye la firma electrónica (cfr. art. 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica». En el caso de la citada resolución, se refería a una instancia presentada en el Registro para causar una inscripción. En el presente supuesto, como consta en el escrito presentado por correo electrónico, «se hace constar que este recurso se presenta por vía telemática y con firma electrónica reconocida del Notario de Barcelona (Horta), Don José Luis MARTÍNEZ-GIL CALERO». Y, a la vista de las circunstancias concretas (de las que no resulta duda alguna sobre la autoría del escrito de impugnación), debe entenderse que no es extemporáneo el recurso y procede entrar en el fondo del mismo.

Respecto del fondo del recurso, debe decidirse si está o no fundada en Derecho la exigencia por parte del registrador de que se especifique que el pleno dominio de la finca se vende y transmite «en ejecución del plan de liquidación del concurso». debe admitirse que el notario, en la labor de indagación sobre la naturaleza y título del negocio que se escritura, ha llegado a la conclusión sobre cuál sea este, y ha plasmado de forma indubitada que se trata de una adjudicación en ejecución del plan de liquidación del concurso, de suerte que, de la propia literalidad de la escritura, considerando las distintas partes de esta, debe entenderse que por las expresiones empleadas se trata, inequívocamente, de una adjudicación en ejecución del plan de liquidación del concurso y no precisa de otra consideración. Por ello, el criterio del registrador, excesivamente formalista, no puede ser confirmado.

Resolución de 15-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Manacor, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de la georreferenciación de una finca si, a la vista de las alegaciones de colindantes, resulta un conflicto entre titulares registrales que no puede ser resuelto en el procedimiento registral.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, relativa a los requisitos para la inscripción de representaciones gráficas, resumida, por ejemplo, en las resoluciones de 5 de abril o 20 de junio de 2022, el registrador califica la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, por posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas,



cuyo titular registral y catastral presenta alegaciones contrarias a la inscripción de la georreferenciación presentada. También y aunque no se exprese en la nota, resulta del escrito de interposición del recurso que ha habido una serie de actuaciones urbanísticas que no han tenido acceso al Registro y que deberían presentarse para ver si han sido citados los titulares registrales de las fincas afectadas, para que no se incurra en una situación de indefensión de los mismos, lo que puede implicar indicio de un acto de modificación de entidad hipotecaria, que excede del ámbito de aplicación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, decide motivadamente, según su prudente criterio, suspender la inscripción, pues resulta una invasión de finca colindante, que puede determinar la existencia de un conflicto latente, que no puede resolverse en el ámbito del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Para fundamentar su alegación el colindante presenta un informe de técnico del que resulta una georreferenciación contradictoria de la que pretende inscribir el recurrente. Resulta evidente la existencia de un conflicto latente, que no puede ser resuelta por el registrador ni por esta Dirección General, por carecer de competencia para ello.

Constatado que existe una controversia entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, dada la oposición de un colindante que resulta no solo ser titular catastral del inmueble catastral afectado en parte por la georreferenciación que pretende inscribir el promotor, sino también titular registral de la finca colindante, si bien no tienen tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación.

Resolución de 15-2-2023

BOE 8-3-2023

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pueden ser rectificadas sin seguir el procedimiento marcado en la Ley. Esto es así también respecto a las administraciones públicas, aunque el principio de fe pública no opera plenamente en perjuicio del dominio público.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

La aplicación de la protección máxima del llamado principio de fe pública registral, enunciado en el citado artículo 34, sobre el mantenimiento en la adquisición del dominio de una determinada finca con una concreta georreferenciación previamente inscrita, se ciñe y limita a los posibles conflictos entre titulares de dominio privado, y en cambio, como regla general, no opera, o lo hace de modo matizado para proteger al titular registral inscrito conforme al artículo 34 frente a las posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del

dominio público, dado que este se rige por el principio constitucional de inalienabilidad e imprescriptibilidad proclamado en el artículo 132 de nuestra Carta Magna.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, pudiera incurrir la administración titular extrarregistral del dominio público, por no haber cumplido su obligación legal de inscribir registralmente tal dominio público (véase el artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), pues el adquirente de buena fe podría invocar, si no la protección máxima del principio de fe pública registral, sí al menos el principio general de protección de la buena fe y apariencia legítima y el de responsabilidad patrimonial por los actos y omisiones administrativas, que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

Resolución de 20-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Albaida.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DESLINDE.

El hecho de que el informe emitido por la administración no se oponga, sino que simplemente se limita a exigir que el interesado promueva un deslinde, no es motivo suficiente para denegar la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La Administración no se opone expresamente a la inscripción de la georreferenciación aportada, ni declara expresamente que la georreferenciación aportada invade el dominio público, sino que exige la realización de un deslinde previo que debe solicitar el titular de la finca en cuestión, que es a quien se le impone la carga de acreditar que no invade dominio público. Por ello el recurso debe ser desestimado, y la nota de calificación recurrida confirmada, debiendo, no obstante, solicitarse nuevamente informe al objeto de que queden disipadas las expresadas dudas que suscitan el referido informe.

Resolución de 20-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Villanova i la Geltrú, número 2.

#### HIPOTECA: CANCELACIÓN DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

En el caso objeto de este expediente, el procedimiento de ejecución directa ha culminado mediante la adjudicación de la finca al acreedor. Pero, no se pre-

tende cancelar la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas como consecuencia de esa adjudicación, sino que, lo que se pretende es la cancelación de la referida nota marginal, como consecuencia de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que a su vez trae causa de la escritura de compraventa, pero formalizada no por el verdadero dueño en virtud del decreto de adjudicación, es decir, «Maximfácil, S.L.», sino por el titular registral que ya no tiene poder de disposición, como resulta de toda la documentación presentada.

Como cuestión previa, el recurso se dirige a la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de la Generalitat de Cataluña. Sin embargo, y de conformidad con los artículos 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución española, 147.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 3 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña, para su resolución es esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública la competente, toda vez que la calificación recurrida se fundamenta solo en preceptos de aplicación general en todo el territorio nacional, en concreto, el Código Civil español, la legislación hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se ventila en el recurso cuestión alguna referida al Derecho de Cataluña.

Ningún obstáculo se aprecia a que la recurrente utilice el soporte papel y la presentación física o el soporte electrónico y la presentación telemática para la interposición de su recurso. Y sobre la cuestión relativa a la falta de legitimación notarial de la firma de la recurrente, alegada por el registrador. Es doctrina de este Centro Directivo que el recurso se caracteriza por la sencillez en su tramitación y la no aplicación de principios formalistas y no cabe, por tanto, imponer un requisito de legitimación de firma que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria no impone expresamente.

La regla general para la determinación del título necesario para cancelar una inscripción de hipoteca la establece el primer párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. También será posible cancelar una hipoteca como consecuencia de la ejecución mediante embargo objeto de una anotación o de otra hipoteca inscrita con anterioridad, en virtud del mandamiento judicial expedido al efecto en el procedimiento de ejecución. E igualmente, se podrá cancelar una hipoteca cuando, habiendo sido objeto de ejecución, esta culminase con el correspondiente decreto de adjudicación.

En el presente caso se presenta un mandamiento judicial librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por el que se traslada el decreto que acuerda la terminación del proceso, ordenando la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación y la propia inscripción de hipoteca. De acuerdo con lo expuesto no es admisible el referido mandamiento judicial como título hábil para cancelar la hipoteca. En el caso objeto de este expediente, el procedimiento de ejecución directa ha culminado mediante la adjudicación de la finca al acreedor. Pero, no se pretende cancelar la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas como consecuencia de esa adjudicación, sino que, lo que se pretende es la cancelación de la referida nota marginal, como consecuencia de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que a su vez trae causa de la escritura de compraventa, pero formalizada no por el verdadero dueño en virtud del decreto de adjudicación, es decir, «Maximfácil, S.L.», sino por el titular registral que ya no tiene poder de disposición, como resulta de toda la documentación presentada.

Resolución de 21-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

#### DONACIÓN: EJERCICIO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Hallándose sujeta una donación a condición resolutoria, procede acceder a la resolución si se presenta acta de notoriedad en la que queda justificado el incumplimiento determinante sin que conste oposición del donatario en los términos que prevé el artículo 209 RN.

Como regla general ha indicado de forma reiterada este Centro Directivo en multitud de ocasiones (cfr., por todas, las resoluciones de 6 de marzo y 10 de junio de 2020 y 15 de enero de 2021), que la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada —referido al artículo 1504 del Código Civil—, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; y, tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.<sup>a</sup> RH).

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 31 de julio de 1995) el artículo 1504 del Código Civil es aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita, y, también puede aplicarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo relativa a dicho precepto.

En el presente supuesto se trata de una cesión gratuita, por lo que la aplicación de esta doctrina debe hacerse de manera cautelosa pues podría suponer que el cumplimiento de la prestación en que el gravamen consiste quede al arbitrio de la parte cesionaria. Por tanto, no hay cláusula penal que deba ser moderada, pues no hay precio ni intereses pactados.

En el caso concreto, se han señalado dos defectos por la registradora: falta aportar el título de cesión; que formulada oposición por el Ayuntamiento de Sanlúcar la Mayor, mediante escrito de alegaciones de fecha 5 de septiembre de 2022, la entidad cedente «Explotaciones Casa Quemada, S.A.», debe acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución. En cuanto al primero de los defectos señalados, el título de cesión consta testimoniado en el acta de inicio de la notoriedad. Por tanto, debe estimarse el recurso en este defecto señalado.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con el pago del precio en la compraventa, en el caso de contratos de cesión gratuita como la documentada en el presente título, concurren muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la

apreciación indubitada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación. En el presente caso se facilita la prueba de un hecho que no es de complicada demostración —la recalificación de unos terrenos—, relacionado con el incumplimiento del adquirente, lo que, en su caso, permite a este oponerse expresamente a la resolución pretendida. La oposición se funda en que se ha cumplido con lo pactado pues fue objeto de aprobación por el órgano autonómico competente (Comisión Provincial de Urbanismo) y, por tanto, se ajusta al tenor literal de la escritura.

En la mayoría de estos casos no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación. Las resoluciones de 29 de abril y 16 de octubre de 1991 venían a reconocer una diferencia por razón de sus efectos: la resolución opera de forma automática en caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado artículo 647, que en tanto no se ejerza mantiene la subsistencia de aquella y que, de la misma manera que es facultativo su ejercicio, voluntaria es la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento. En el presente caso se trata de una escritura de cesión a título gratuito, y la resolución consta inscrita en el Registro como «condición resolutoria», y en términos que no dejan lugar a duda de los parámetros de su cumplimiento, por lo que es indudable que el negocio está sometido a una condición cuyo incumplimiento tiene como efecto la resolución automática del mismo.

Ciertamente que es evidente que no están recalificados los terrenos, y así lo declara la sentencia judicial firme de la que resulta que la declaración de nulidad de la resolución urbanística tiene lugar porque el expediente aprobado no se ajustó a la legalidad urbanística en el ámbito normativo de esa población; en definitiva, la sentencia por sí sola determina que el hecho garantizado con la condición resolutoria no ha tenido lugar y, por tanto, no se ha cumplido la obligación garantizada. De hecho, no se discute este razonamiento en la calificación.

Sentado esto, para determinar si es procedente el defecto señalado —formulada oposición el cesionario mediante escrito de alegaciones, la entidad cedente, debe acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución—, hay que recordar lo que se establece en el número 5 del artículo 209 del Reglamento Notarial: «La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditare al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer (...)». Así, en la manifestación del cesionario mediante escrito de fecha 5 de septiembre de 2022, no se ha acreditado demanda alguna en juicio declarativo; ni siquiera en la instrucción del procedimiento del artículo 209 del Reglamento Notarial se ha alegado la intención de interposición de la misma, lo que hubiera determinado una paralización temporal en tanto se acreditara la citada demanda. Siendo que la regulación de esta oposición se contempla específicamente en el citado artículo 209 del Reglamento Notarial, debe aceptarse la necesidad de la mencionada acreditación de haberse interpuesto demanda en juicio declarativo, quedando la mera oposición del requerido —sin acreditación de interposición de demanda— para los casos de situaciones de comprobación y fijación de hechos que no sean notorios, para los que se exigiría, a falta de acuerdo entre las partes, la correspondiente resolución judicial sobre la existencia de causa de ineficacia del negocio inscrito.

Resolución de 21-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

#### DONACIÓN: EJERCICIO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Hallándose sujeta una donación a condición resolutoria, procede acceder a la resolución si se presenta acta de notoriedad en la que queda justificado el incumplimiento determinante sin que conste oposición del donatario en los términos que prevé el artículo 209 RN.

Como regla general ha indicado de forma reiterada este Centro Directivo en multitud de ocasiones (cfr., por todas, las resoluciones de 6 de marzo y 10 de junio de 2020 y 15 de enero de 2021), que la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada —referido al artículo 1504 del Código Civil—, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; y, tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario).

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 31 de julio de 1995) el artículo 1504 del Código Civil es aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita, y, también puede aplicarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo relativa a dicho precepto.

En el presente supuesto se trata de una cesión gratuita, por lo que la aplicación de esta doctrina debe hacerse de manera cautelosa pues podría suponer que el cumplimiento de la prestación en que el gravamen consiste quede al arbitrio de la parte cesionaria. Por tanto, no hay cláusula penal que deba ser moderada, pues no hay precio ni intereses pactados.

En el caso concreto, se han señalado dos defectos por la registradora: falta aportar el título de cesión; que formulada oposición por el Ayuntamiento de Sanlúcar la Mayor, mediante escrito de alegaciones de fecha 5 de septiembre de 2022, la entidad cedente «Explotaciones Casa Quemada, S.A.», debe acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución. En cuanto al primero de los defectos señalados, el título de cesión consta testimoniado en el acta de inicio de la notoriedad. Por tanto, debe estimarse el recurso en este defecto señalado.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con el pago del precio en la compraventa, en el caso de contratos de cesión gratuita como la documentada en el presente título, concurren muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la apreciación indubitada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

En el presente caso se facilita la prueba de un hecho que no es de complicada demostración —la recalificación de unos terrenos—, relacionado con el incumplimiento del adquirente, lo que, en su caso, permite a este oponerse expresamente a la resolución pretendida. La oposición se funda en que se ha cumplido con lo pactado pues fue objeto de aprobación por el órgano autonómico competente (Comisión Provincial de Urbanismo) y, por tanto, se ajusta al tenor literal de la escritura.

En la mayoría de estos casos no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación. Las resoluciones de 29 de abril y 16 de octubre de 1991 venían a reconocer una diferencia por razón de sus efectos: la resolución opera de forma automática en caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado artículo 647, que en tanto no se ejerza mantiene la subsistencia de aquella y que, de la misma manera que es facultativo su ejercicio, voluntaria es la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento. En el presente caso se trata de una escritura de cesión a título gratuito, y la resolución consta inscrita en el Registro como «condición resolutoria», y en términos que no dejan lugar a duda de los parámetros de su cumplimiento, por lo que es indudable que el negocio está sometido a una condición cuyo incumplimiento tiene como efecto la resolución automática del mismo.

Ciertamente que es evidente que no están recalificados los terrenos, y así lo declara la sentencia judicial firme de la que resulta que la declaración de nulidad de la resolución urbanística tiene lugar porque el expediente aprobado no se ajustó a la legalidad urbanística en el ámbito normativo de esa población; en definitiva, la sentencia por sí sola determina que el hecho garantizado con la condición resolutoria no ha tenido lugar y, por tanto, no se ha cumplido la obligación garantizada. De hecho, no se discute este razonamiento en la calificación.

Sentado esto, para determinar si es procedente el defecto señalado —formulada oposición el cesionario mediante escrito de alegaciones, la entidad cedente, debe acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución—, hay que recordar lo que se establece en el número 5 del artículo 209 del Reglamento Notarial: «La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditare al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer (...)». Así, en la manifestación del cesionario mediante escrito de fecha 5 de septiembre de 2022, no se ha acreditado demanda alguna en juicio declarativo; ni siquiera en la instrucción del procedimiento del artículo 209 del Reglamento Notarial se ha alegado la intención de interposición de la misma, lo que hubiera determinado una paralización temporal en tanto se acreditara la citada demanda. Siendo que la regulación de esta oposición se contempla específicamente en el citado artículo 209 del Reglamento Notarial, debe aceptarse la necesidad de la mencionada acreditación de haberse interpuesto demanda en juicio declarativo, quedando la mera oposición del requerido —sin acreditación de interposición de demanda— para los casos de situaciones de comprobación y fijación de hechos que no sean notorios, para los que se exigiría, a falta de acuerdo entre las partes, la correspondiente resolución judicial sobre la existencia de causa de ineficacia del negocio inscrito.



Resolución de 21-2-2023  
BOE 15-3-2023  
Registro de la Propiedad de Pastrana-Sacedón.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD.

La disolución de comunidad, aunque sea parcial, es título inmatriculador, aun cuando su naturaleza jurídica sea muy discutida.

Este Centro Directivo ha considerado reiteradamente la extinción de comunidad como título inmatriculador. La resolución de 18 de diciembre de 2003 abordó el supuesto de una disolución de comunidad complementada por acta de notoriedad que acredita que es tenido por dueño el que lo es por la disolución, concluyendo que lo que hay que declarar como notoria es la titularidad de los comuneros, admitiendo con ello que dichos comuneros son los transferentes. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en la jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 y 28 de mayo de 2015.

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador. A fin de garantizar la objetividad del procedimiento inmatriculador, debe entenderse que lo relevante en estos supuestos es que el título inmatriculable no sea meramente declarativo, que el procedimiento cuente con la concordancia catastral y que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente para producir la inmatriculación. Por esta razón se consideró también como título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la aportación a la sociedad de gananciales (cfr. resoluciones de 19 octubre de 2010 y 12 de junio de 2020), demostrando que caben títulos inmatriculadores en los que no se exige que la finca sea totalmente ajena.

Las consideraciones anteriores también resultan aplicables a casos como el presente en que se formaliza una «extinción parcial» de la comunidad, de la que se ha ocupado este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 20 de diciembre de 2022). La extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (cfr. resolución de 2 de febrero de 1960), y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal. Si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede en-

tenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Resolución de 21-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Murcia, número 1.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Procede denegar la inscripción del dominio público si de la superposición con la cartografía catastral resulta la invasión del dominio público, aunque la administración competente no haya realizado alegaciones.

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (véase, por ejemplo, la resolución de 26 de abril de 2022 y las en ella citadas) esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

De la superposición de la georreferenciación con la cartografía catastral se constata claramente la invasión de dominio público, sin que se hayan disipado los motivos que provocan esa invasión, para lo cual será precisa que se aporte documentación que disipen las indicadas dudas.

Resolución 22-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD.

Puede constituirse una subcomunidad en uno de los elementos privativos, siempre que en el título constitutivo no se hubiera prohibido.

Este Centro Directivo, ya antes de la entrada en vigor del apartado letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal, admitió la creación de subcomunidades dentro de un concreto elemento privativo en propiedad horizontal, conservando este su objetividad jurídica como elemento independiente dentro de la total propiedad horizontal y sin modificación de la composición personal de la junta de propietarios general, solución a la que por otra parte se acudía con frecuencia, sin plantear problemas su admisibilidad, a la hora de configurar jurídicamente los locales destinados a plazas de garaje.

En la correcta interpretación de este precepto legal nada autoriza para entender que la constitución de una subcomunidad como la que es objeto de la escritura calificada en el presente caso exige que exista una previa norma estatutaria o disposición del título constitutivo de la total propiedad horizontal que expresamente autorice la creación de subcomunidades. Será suficiente que en dicho título constitutivo no se prohíba y que, eso sí, se cumplan los requisitos que, según las características de la subcomunidad de que se trate, sean necesarios.

Resolución de 22-2-2023  
BOE 15-3-2023  
Registro de la Propiedad de Barbate.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Debe denegarse la inscripción de una base gráfica si resultan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

En el presente caso, tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, en el que varios interesados han formulado oposición, el registrador deniega la inscripción de la georreferenciación pretendida expresando dudas fundadas de que no se respeta la identidad de la finca y que incluso se invade georreferenciación ya inscrita para otras fincas.

Resolución de 22-2-2023  
BOE 15-3-2023  
Registro de la Propiedad de Granada, número 6.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Debe denegarse la inscripción de una base gráfica si resultan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, relativa a los requisitos para la inscripción de representaciones gráficas, resumida, por ejemplo, en las resoluciones de 5 de abril o 20 de junio de 2022, el registrador califica la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, por posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, cuyo titular registral y catastral presenta alegaciones contrarias a la inscripción de la georreferenciación presentada, aportando un informe técnico para fundamentarlas.

El registrador ha comprobado que la georreferenciación aportada está incluida en la finca cuyo titular se opone a la inscripción en la aplicación auxiliar homologada del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, para estudiar las representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación y basa las dudas en la identidad de la finca en ese solape total, que encubre una situación patológica.

Ciertamente la descripción de las fincas implicadas dista de toda precisión, que permita una relativa individualización, lo que resulta de la fecha de las inscripciones de las fincas implicadas, todas ellas anteriores, en bastantes años, a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, resultando una descripción meramente literaria de cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas colindantes. Ni con la instancia presentada ni con el escrito de recurso se disipa esa cierta imprecisión. Por tanto, queda patente que existe controversia entre distintos titulares colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino solo la constatación de su existencia.

Resolución de 23-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Castropol.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Debe denegarse la inscripción de una base gráfica si resultan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Como regla general, el elemento que determinará la aplicación de uno u otro procedimiento es la diferencia existente entre la superficie registral de la finca y la que resulta de la representación gráfica que se pretende inscribir. Se aplicará el procedimiento del artículo 9 cuando esa diferencia sea inferior al 10% de la superficie inscrita y el procedimiento del 199 cuando sea superior. Ahora bien, la doctrina de este Centro Directivo, en aplicación de la ley, ha señalado dos matices a esta regla general: en primer lugar, no procede la aplicación del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, sino del artículo 199, cuando la representación gráfica aportada no respete plenamente la cartografía catastral. En segundo lugar, tampoco procede la tramitación del procedimiento del artículo 9, sino la del artículo 199, cuando, aun siendo la diferencia de cabida entre la finca registral y su representación gráfica inferior al 10%, considera el registrador actuante que las dudas de identidad entre ambas fincas requieran la intervención previa de los titulares colindantes a fin de salvaguardar sus derechos.

En consecuencia, existiendo una solicitud expresa de inscripción de representación gráfica, como ocurre en el presente supuesto, está plenamente justificado

el inicio de la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cualquiera que sea la diferencia de superficie, si a juicio del registrador existen colindantes registrales que pudieran resultar afectados por la inscripción de dicha representación y que deben ser notificados previamente a la práctica de la inscripción. No obstante, este Centro Directivo —cfr. la resolución de 27 de septiembre de 2018— pone de relieve que no debe el registrador generalizar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria sobre el más simplificado del artículo 9, sino que solo debe tramitarse —en caso de diferencias de cabida inferiores al 10%— cuando efectivamente existan derechos de terceros colindantes necesitados de protección.

Respecto de los demás supuestos a los que se refiere el artículo 201.1.e) (fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde) no existe ningún inconveniente técnico que impida la tramitación del expediente regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, el Centro Directivo ha considerado factible la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria sobre fincas procedentes de la concentración parcelaria, como es el presente supuesto.

Es doctrina reiterada (cfr. «Vistos») de este Centro Directivo que el juicio por el que el registrador califica las posibles dudas sobre la identidad de la finca inscrita y la representación gráfica aportada no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Así, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016 o 20 de julio de 2018), pero habrá de fundamentarse la causa concreta por la que se supone celebrado un negocio traslativo o invadido el dominio público. Recapitulando esta doctrina, se deduce que la mera existencia de controversia, si estuviera fundada en la posible invasión de finca colindante o dominio público o en la celebración de negocio traslativo, sería suficiente para denegar la inscripción. Sin embargo, la doctrina más reciente ha considerado de suma importancia que las alegaciones sean acompañadas alguna prueba que las sustente.

En el concreto supuesto de este recurso, el registrador fundamenta las dudas de identidad no solo en la magnitud de la diferencia y cambios de cabida y linderos, sino también en el contenido de los documentos aportados por el colindante que cuestionan el derecho de las promotoras sobre la finca cuya inscripción de coordenadas se pretende. En el presente caso, resulta que la finca del opositor es cuando menos colindante con la finca de las promotoras del expediente, extremo que las promotoras recurrentes niegan, lo que confirma el carácter contradictorio de las afirmaciones de ambas partes interesadas. Constatado que existe una controversia entre colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 23-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 31.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no tiene por objeto la revisión o rectificación de asientos ya practicados.

Debe recordarse la doctrina reiterada de este Centro Directivo en relación con el objeto del recurso (*vid.*, entre otras muchas, la resolución de 27 de marzo de 2015), según la cual (con base en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales. Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca (cfr. arts. 1, párrafo tercero, y 40.d) LH).

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, este se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Resolución de 23-2-2023

BOE 15-3-2023

Registro de la Propiedad de Castropol.

#### REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El cumplimiento de los requisitos fiscales del documento para levantar el cierre registral no pueden ser apreciados por el registrador, salvo en casos muy claros, siendo competencia de la oficina liquidadora.

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto

inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral.

Ciertamente, a efectos de la liquidación del impuesto por el concepto «acto jurídico documentado», la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. En el presente caso, declarándose un final de una obra terminada, la posible sujeción o no al impuesto, o su posible exención, queda bajo la exclusiva competencia de la correspondiente oficina liquidadora.

Resolución de 27-2-2023

BOE 20-3-2023

Registro de la Propiedad de Arona.

#### EXPLOTACIONES TURÍSTICAS EN CANARIAS: AFECTACIÓN AL USO.

Mientras no se cancele o modifique la nota marginal que recoge una resolución administrativa excluyendo la afectación de la finca a explotación turística, no cabe hacer constar lo contrario por nota marginal.

La ordenación del uso turístico de los apartamentos corresponde a los distintos cabildos, en este caso al de Tenerife. Y el Cabildo Insular de Tenerife decretó la baja de la explotación turística respecto a determinados apartamentos, razón por la cual no consta la afección de los mismos al uso turístico, según resulta del Registro en la nota al margen antes citada.

En definitiva, consta anotado en el Registro el decreto dictado por el Cabildo Insular de Tenerife, de fecha 4 de julio de 2018, en relación con el expediente incoado por la representación de la entidad recurrente, en el que se solicita el cambio de titularidad del establecimiento turístico alojativo denominado «Hotel (...)», así como la adaptación al decreto 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Alojamiento, y también la modificación de la autorización de apertura, en relación con las unidades y plazas alojativas. Por tanto, hay un acto administrativo que ordena expresamente al registrador «excluir» fincas de ese uso, por lo que tiene presunción de validez, y practicada la nota, está bajo la salvaguarda de los tribunales y solo otra resolución administrativa o una sentencia que claramente ordene su cancelación o rectificación pueden modificarla.

Como alegan los recurrentes, ha sido impugnado al acto de baja de algunas de las fincas al uso turístico, pero no consta anotada en el Registro la resolución del recurso. Por tanto, mientras no se haga constar mediante la documentación administrativa que corresponda la modificación de esa baja de la unidad alojativa, las citadas fincas no se encuentran registralmente adscritas a la explotación turística.

Resolución de 27-2-2023

BOE 20-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### EXPROPIACIÓN FORZOSA: DERECHO DE REVERSIÓN.

Se analiza el alcance y efectos y las diferentes fases en las que se puede encontrar el derecho de reversión expropiatorio.



Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado «a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad» (cfr. art. 19 bis.5.a, LH).

El derecho a resolver la expropiación, o derecho de reversión según la denominación acogida por la ley, surge en los casos de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como en aquellos casos en que hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, y opera en favor del primitivo dueño o sus causahabientes, que son quienes podrán recobrar en su virtud la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado (cfr. art. 54.1 de la Ley sobre expropiación forzosa).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado (cfr. resolución de 26 de noviembre de 2001) que son tres los hitos del iter de la reversión, todos ellos susceptibles de acceso registral: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. La primera es la del derecho de reversión en estado latente o expectante y nace directamente con la propia expropiación y de forma simultánea a la misma. Este derecho constituye un gravamen o carga sobre cosa ajena que, por el momento, la reforma del artículo 54 de la Ley sobre expropiación forzosa operada por la Ley 38/1999 deja claro que, incluso en esta etapa latente, se trata de un derecho ya existente como derecho subjetivo y de contenido patrimonial ya adquirido por su titular incluso antes de que se transforme en un derecho de reversión activo, derecho que es susceptible de transmisión «*inter vivos*» y «*mortis causa*», oponible frente a terceros y por ello inscribible como tal «derecho de preferencia» en el Registro de la Propiedad.

En segundo lugar, una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes previstos en el apartado 1 del artículo 54 de la ley, el derecho de reversión latente deviene en un derecho de reversión pleno, activo o actual de adquisición preferente, como derecho potestativo, similar a un derecho de adquisición o retracto, de carácter real e igualmente oponible frente a terceros, que se desdobra a su vez en dos fases, la previa a su reconocimiento administrativo o judicial y la posterior a dicho reconocimiento, reconocimiento que requiere la previa reclamación potestativa por parte del expropiado o sus causahabientes, como titulares del derecho (cfr. art. 54, apartado 4, de la Ley sobre expropiación forzosa).

Finalmente, en su tercera etapa el derecho de reversión consumado es aquel en que el derecho reversional de adquisición preferente ha sido reconocido y ejercitado de forma completa mediante el pago o restitución de la indemnización expropiatoria en los términos previstos en el artículo 55 de la misma ley, dando paso con ello a su consumación mediante la adquisición o readquisición del dominio. En tal momento el derecho de reversión se agota y extingue.

A pesar de su calidad de condición que determina la naturaleza y extensión del derecho, aquella afectación al fin público o vinculación de destino del bien adquirido por título de expropiación, y correlativo derecho de resolución o reversión para el caso de no cumplirse tal destino o afectación, tal condición y derecho no constituía

con arreglo a la redacción originaria del artículo 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, objeto de inscripción separada y especial en el folio registral de la finca como derecho separado o como gravamen real autónomo. La reforma de la Ley sobre expropiación forzosa llevada a cabo por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que da nueva redacción a los artículos 54 y 55 de aquella, inspirada por la conveniencia de eliminar todo vestigio de cargas ocultas o semi-ocultas en el tráfico jurídico-inmobiliario, ha salido al paso de esta confusa situación, sometiendo el derecho de reversión, también en su fase latente o expectante, al régimen registral de los principios hipotecarios comunes de oponibilidad y fe pública.

Superando la confesión anterior, ahora no hay duda de que el derecho de reversión, incluso en estado latente, debe ser considerado como un derecho real, un «*ius in re aliena*» que grava o constriñe el dominio del adquirente de la finca expropiada, oponible frente a terceros, susceptible de tráfico autónomo (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997, entre otras), de obligada inscripción registral —de forma simultánea a la inscripción de la propia expropiación—, y sujeta a los principios hipotecarios de fe pública y oponibilidad, y no como una simple causa de ineficacia latente de la titularidad adquirida por la expropiación.

Según el especial régimen transitorio incorporado por la Ley 38/1999 en su disposición transitoria segunda, «lo establecido en la disposición adicional quinta [por la que se da nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley] no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión». Por tanto, debe entenderse que también respecto de los derechos de reversión latentes nacidos de las expropiaciones citadas (anteriores a la entrada en vigor de la Ley 38/1999 respecto de las que no se hubiere todavía solicitado a tal fecha la reversión), y aunque el título expropiatorio hubiere sido ya inscrito en un momento anterior a la misma fecha de la entrada en vigor de la reforma, cabe solicitar su constancia registral en el Registro de la Propiedad (que podrá en tal caso practicarse, y a falta de previsión legal expresa al respecto, mediante una nota al margen de la inscripción de la expropiación).

Determinada la forma y efectos de la constancia registral del derecho de reversión en su fase latente —que es la que en particular interesa a los efectos de la presente resolución—, antes y después de la reforma operada en este ámbito por la Ley 38/1999, así como la aplicabilidad de uno u otro régimen, en el supuesto particular de este expediente, con independencia de cuál de los dos regímenes resulte aplicable, no sería posible la inscripción del derecho de reversión solicitada, por resultar así de las exigencias del principio de tracto sucesivo. El propio registrador, en su nota de calificación, considera que a efectos hipotecarios, no cabe realizar una modificación jurídica ni descriptiva, ni un asiento que predetermine lo uno o lo otro, sin el consentimiento del titular registral —por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria— o en virtud de resolución judicial firme, y en este caso no consta la intervención ni el consentimiento del titular de la finca a la que se refieren los títulos aportados, de modo que no puede por tanto realizarse una inscripción, que produciría una mutación jurídica definitiva, sin intervención de su titular registral, lo que vulneraría tanto el artículo 24 de la Constitución como el 1 y el 20 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, el principio hipotecario de especialidad exige que se describan las fincas en los términos exigidos por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, de modo que permitan ser identificadas sin ambigüedad,

individual e independientemente, y además proscribire, salvo excepciones, que se puedan inscribir derechos reales sobre una parte de finca registral sin previa segregación o división de la misma. Estos requisitos no se cumplen en este caso.

Resolución de 27-2-2023

BOE 20-3-2023

Registro de la Propiedad de Arrecife.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca, lo procedente es denegar la inscripción de la base gráfica.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción, puesto que la georreferenciación presentada no puede inscribirse, a juicio del registrador y si ha de modificarse o rectificarse, ya no es la misma georreferenciación presentada si no otra que requiere de nueva tramitación, por lo que procede es la denegación y no la subsanación, pues no cabe subsanación de georreferenciación, sino presentación de una distinta.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, relativa a la inscripción de una rectificación descriptiva, en nuestro caso, una georreferenciación, que implica una modificación de linderos, sin alteración de la superficie, solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral.

El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, decide motivadamente, según su prudente criterio, suspender la inscripción, al apreciar la evidencia de una más que posible invasión de finca colindante, que puede determinar la existencia de un conflicto latente, que no puede resolverse en el ámbito del expediente del artículo 199. En el presente caso, el registrador funda sus dudas en la posible controversia latente respecto de la fracción de terreno, que provoca la oposición del colindante, la cual ha sido comprobada mediante los medios de calificación gráfica de las que dispone el registrador, de la que concluye que se produce esa invasión. Por ello, resulta evidente la existencia de un conflicto latente, que no puede ser resuelto por el registrador ni por esta Dirección General, por carecer de competencia para ello.

Resolución de 28-2-2023

BOE 20-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD

No constando inscrita la constitución de la subcomunidad, la modificación del título constitutivo requerirá el acuerdo de todos los propietarios del edificio conjunto.

Debe tenerse en cuenta que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil es aplicable —según expresa el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal— a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales, y b) participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios. Por tanto, como criterio general, basta con que se acredite la formalización del título constitutivo de una comunidad de propietarios con elementos inmobiliarios, instalaciones o servicios comunes para que puedan legalizarse sus libros de actas en el Registro de la Propiedad, y ello, aunque no esté formalizado en escritura pública el título constitutivo ni esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el título constitutivo de propiedad horizontal no puede perjudicar a terceros si no está inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal). Por eso, de no constar la previa inscripción registral, se deben consignar sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del Reglamento Hipotecario.

En estos casos, para evitar confusiones y clarificar los efectos registrales, será necesario que en la diligencia de legalización se exprese —y no solo en la nota al margen del asiento de presentación y en la nota al pie de la solicitud de legalización— que por no resultar de los asientos del Registro de la Propiedad la constitución de la comunidad de propietarios o usuarios no se ha consignado, por nota al margen de la inscripción de las fincas que según el título la componen, la legalización de dicho libro y que la consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales.

En el supuesto del presente recurso, al no resultar de los asientos del Registro la constitución de la referida subcomunidad, debe concluirse que los acuerdos objeto de debate, que implican la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad del edificio integrado por los dos portales referidos, deben ser aprobados por todos los propietarios de aquel, con la mayoría establecida en el apartado 12 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Resolución de 28-2-2023

BOE 20-3-2023

Registro de la Propiedad de Pina de Ebro.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: TRASCENDENCIA DE LAS ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO CATASTRAL PREVIO.

El hecho de que en el procedimiento catastral se hayan seguido actuaciones con los colindantes, eso no impide que estos puedan realizar alegaciones en el procedimiento del artículo 199 LH.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo,

una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento. Además, incluso en los supuestos de georreferenciación obligatoria, para poder inscribir tal georreferenciación obligatoria, es requisito necesario que, como expresa el artículo 9 de la Ley Hipotecaria «no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita».

En el presente caso en que la georreferenciación pretendida no es de aportación obligatoria, sino potestativa, resulta imperativa la aplicación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria porque así lo ordena el propio artículo 9 invocado por la recurrente, el cual artículo señala que la representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. Y añade que «en ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199».

Hay que partir de la naturaleza autónoma y distinta de dos instituciones que tienen por objeto el territorio, como realidad física, pero al que contemplan de modo distinto, el Catastro, como institución administrativa, que atiende a su realidad física, como reveladora de una capacidad económica y el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, que atiende a la misma realidad física, pero que pone el punto de vista en la persona de un propietario, o titular registral, que tiene un título hábil para adquirir la propiedad. Siendo ello así, con mayor motivo y mayor obviedad debe resaltarse que en la tramitación del procedimiento registral del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, con notificación y concesión de plazo de alegaciones a todos los interesados que proceda, ninguno de ellos ha de quedar vinculado (pues no hay precepto legal alguno del que tal cosa pudiera deducirse), por la actitud pasiva o activa que hubiera adoptado en un anterior procedimiento catastral.

Resolución de 1-3-2023  
BOE 22-3-2023  
Registro de la Propiedad de Tías.

#### URBANISMO: NATURALEZA Y ACTUACIÓN DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.

Se analiza la naturaleza de las juntas de compensación y los requisitos de su actuación en el tráfico.

Conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad los defectos y los ha fundado en diversos preceptos, con una motivación que ha sido suficientemente expresiva de la razón que justifica su negativa a la inscripción, de modo que el recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de impugnación.

Para analizar el fondo del recurso, debe abordarse una cuestión de evidente importancia, cual es la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, pues sin duda incide de forma sustancial en sus facultades y forma de actuación. La relevancia de tal cuestión es patente si se tiene en cuenta que el recurrente afirma que los fines de la junta de compensación son conceptual y sustancialmente equiparables al concepto de objeto social de las sociedades mercantiles. Esa pretendida equiparación no responde a la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, aunque tampoco es correcta la alusión que se hace en la nota de calificación al «objeto social» de aquellas.

Podría concluirse, con la mejor doctrina, que algunos de los actos de la junta de compensación se encuentran bajo el paraguas de lo público y serían revisables en vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso-administrativa; mientras que otros serían actos puramente privados y tendrían acceso a la jurisdicción civil (se citan como ejemplo las controversias sobre cumplimiento y extinción de un contrato por el cual la junta adjudica la ejecución de la obra de urbanización a un tercero, pero no la fase previa de preparación y adjudicación del contrato, que estaría sujeta al Derecho administrativo). Por ello, cuando las juntas de compensación intervengan en funciones públicas delegadas de la Administración actuante, estarían revestidas de naturaleza administrativa, constituyendo una figura típica de autoadministración; en los demás casos, actúan como entidades privadas y, no tratándose de actos de la Administración pública, las actuaciones que realicen en este ámbito —adjudicación de parcelas, venta de solares, etc.— quedan excluidas del análisis de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los preceptos de la legislación urbanística canaria delimitan el marco normativo aplicable a las juntas de compensación (en este caso de la comunidad autónoma de Canarias), siendo el criterio rector que las posibles actuaciones (v.gr. actos de disposición) ajenas al ejercicio directo de funciones públicas han de tener un carácter instrumental respecto de la ejecución del planeamiento. A ello ha de añadirse, siguiendo a la mejor doctrina y en relación con la facultad fiduciaria de disposición de las fincas por la junta de compensación, que la misma se entiende ceñida a las fincas de origen, toda vez que respecto de las fincas de resultado solo cabría la enajenación, por parte de la junta, de aquellas que se hubiese adjudicado con la finalidad de financiar la obra de urbanización, extremo este que es decisivo.

Para cerrar este primer defecto y antes de entrar en el examen del segundo, procede detenerse en la alusión que contiene el recurso a la constatación, en el folio de la registral 40109, de que la junta de compensación se reservó la propiedad para su enajenación directa, con el fin de sufragar los gastos de urbanización y reposición, así como cualquier otro gasto señalado en el proyecto de compensación. Queda claro que la finalidad de las juntas de compensación es esencialmente pública, pues no es otra que ejecutar el planeamiento en tanto que colaboradoras de la Administración pública, ejerciendo unas funciones y desplegando una actuación encaminada a una específica y concreta finalidad que ya se ha indicado, la ejecución del planeamiento; igualmente predicable respecto de aquellos otros actos o negocios jurídicos que escapen del marco conceptual de lo «público-administrativo». Por ello, traer a colación conceptos aplicables a las sociedades mercantiles no tiene amparo en el marco legislativo vigente; a lo que hay que añadir que, si la función primordial de una junta de compensación es la ejecución del planeamiento, en tanto que entidad colaboradora de gestión, en el caso de este recurso se trata de una finca adjudicada a la junta en 2007 (como se indica en apartado «título» de la escritura calificada), lo que es indicativo de

un planeamiento ya ejecutado. Por consiguiente, la constitución de una hipoteca en garantía de una determinada deuda ajena escapa del marco conceptual y funciones (sean público-administrativas o de otra naturaleza) de una junta de compensación, por lo que el defecto ha de ser confirmado.

Es evidente que la reseña que efectúa el notario en la escritura, en orden a las facultades representativas de quien actúa en nombre de la junta de compensación, no se ajusta a dicha doctrina (pese al juicio de suficiencia consignado en la escritura). Tiene razón el registrador al afirmar que en la misma no se reflejan adecuadamente los elementos necesarios para verificar su congruencia con el negocio jurídico documentado, en orden a discernir si el acuerdo elevado a público tenía por objeto la concesión de poder para realizar actos dispositivos; o si era el propio acuerdo de la asamblea autorizando la constitución de hipoteca el que era objeto de ejecución.

Resolución de 1-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Manacor, número 2.

#### **DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CONTROL REGISTRAL.**

Se reitera el procedimiento a seguir por el registrador para verificar que no se invade el dominio público ni se perjudican las servidumbres legales en materia de costas.

El registrador solo ha de emitir informe y remitir el expediente a esta Dirección General «si mantuviera la calificación» recurrida, y no en caso contrario, en que dicha calificación fuera rectificada o revocada, pues el recurso contra una calificación no vigente, sino rectificada o revocada por otra, carecería de objeto. Lo que el notario ahora recurrente plantea al afirmar que «el allanamiento del Registrador conlleva necesariamente la inscripción» es que en caso de recurso la rectificación de la calificación negativa solo pueda hacerse sustituyendo dicha calificación negativa por otra positiva, accediendo a la inscripción. Debe desestimarse la alegación sobre la imposibilidad de dictar nueva nota de calificación cuando la primera nota de calificación ha sido revocada directamente por el registrador que la dictó y sustituida por otra nueva. A ello debe añadirse que, en el presente caso, la segunda nota de calificación no advierte nuevos defectos no advertidos con anterioridad (lo cual sería perfectamente posible en virtud del superior principio de legalidad), sino que matiza y suaviza la primera calificación estimando la alegación subsidiaria del notario recurrente.

En lo que respecta, en particular, a la protección del dominio público marítimo-terrestre, resulta de aplicación el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en la regulación del Reglamento General de Costas es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del art. 33).

Por tanto, con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación



de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. En el caso que ahora nos ocupa, el registrador no ha hecho sino aplicar la doctrina referida de este Centro Directivo, por lo que, existiendo dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público marítimo-terrestre o de las zonas de servidumbre, y ante la falta de información concluyente al respecto en la aplicación gráfica registral homologada, su nota de calificación, solicitando de oficio la certificación pertinente al servicio periférico de costas y aplicando las restantes previsiones normativas, ha de ser confirmada y el recurso contra ella desestimado.

Resolución de 2-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

#### **SOCIEDADES MERCANTILES EXTRANJERAS: ACREDITACIÓN DE SU EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN.**

Se analiza la forma de acreditar la existencia y representación de las sociedades mercantiles extranjeras que actúan en España.

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. art. 19 bis 3.<sup>a</sup> LH). Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someten a la Ley española. Y de acuerdo con lo establecido en la letra b) de la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario (que desarrolla lo previsto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria respecto de la determinación de la persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba), «si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten». Si se trata de una sociedad extranjera, procede en consecuencia hacer mención de su inscripción en el Registro Mercantil o de comercio del país de incorporación o Registro de la sociedad (Budapest, en el supuesto de este expediente). Todas estas exigencias se cumplen en el caso concreto.

Como establece el apartado 3 del artículo 5 del Reglamento de Registro Mercantil, «también podrá acreditarse la existencia y válida constitución de empresarios inscritos, así como la vigencia del cargo y la suficiencia de las facultades

de quienes los representan, mediante certificación, debidamente apostillada o legalizada, expedida por el funcionario competente del Registro público a que se refiere la Directiva del Consejo 68/151/CEE o de oficina similar en países respecto de los cuales no exista equivalencia institucional». También podrá tenerse conocimiento mediante el sistema de interconexión de registros regulado en el artículo 18 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017. No obstante, en el caso de que la sociedad opere a través de un establecimiento secundario o sucursal en España, será suficiente la mención de la inscripción de dicho establecimiento secundario en el Registro Mercantil español, prevista en los artículos 295 y siguientes del Reglamento de Registro Mercantil.

Dado que en relación con la actividad para la sucursal el representante permanente normalmente merezca la consideración de «factor mercantil» le será aplicable lo establecido en relación con esta figura del viejo *«institor»* en el Código de Comercio en su artículo 286: regularmente constituida la sucursal como notoriamente pertenece el representante a la organización de la sociedad, frente a terceros de buena fe se entienden hechos por cuenta de la sociedad, aunque haya extralimitación de facultades, los actos y contratos celebrados en el giro o tráfico del establecimiento secundario.

En definitiva, lo único que es exigible de la sociedad extranjera y de su representante, es la acreditación de su existencia de acuerdo con la legislación de su nacionalidad y la expresión del correspondiente número de identificación fiscal.

Resolución de 2-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 45.

#### VIVIENDA HABITUAL FAMILIAR: TRANSMISIÓN DE CUOTA INDIVISA Y ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL.

Se reitera el criterio de que no es exigible la declaración prevista en el artículo 91 del RH en los casos de transmisión de una cuota indivisa de la vivienda.

Uno de los deberes de los cónyuges es el relativo a la fijación, de común acuerdo, del domicilio conyugal (art. 70 CC). Una vez fijada y establecida la vivienda familiar habitual, queda protegida especialmente por la Ley, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. La técnica de tutela que prevé el artículo 1320 del Código Civil se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge.

El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo.

Debe tenerse en cuenta que, como ya puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 27 de junio de 1994, la finalidad del artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tengan el no

disponible o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente.

En este sentido, la resolución de este Centro Directivo de 10 de noviembre de 1987, en un supuesto similar al presente, afirmó que no deben exagerarse en la calificación registral las exigencias formales, ni imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarán naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario, que no consta, y que, por cierto, vendría a entorpecer la extinción de la comunidad; interpretando, además, que el consentimiento o la autorización que prevé el artículo 91 del Reglamento Hipotecario para la inscripción del acto impositivo exige que el derecho que se transmita sirva de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual. Y añadió que si nadie debe permanecer en la indivisión y cualquiera de los comuneros puede obligar por la vía de la acción de división a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda, al ser esta indivisible, esta forma de extinguir la comunidad no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares, ni a la autorización judicial supletoria, pues ello supondría introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división que es de orden público, favorecida y estimulada por el legislador (cfr., también las resoluciones de 23 de julio de 2011, 18 de noviembre de 2015, 11 de enero de 2018 y 29 de octubre de 2020).

Resolución de 2-3-2023

*BOE* 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

#### DOCUMENTOS EXTRANJEROS: EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS.

Se recuerda la necesidad de cumplir la ley española para la implementación de las resoluciones judiciales extranjeras.

Se pretende la inscripción de un documento relativo a una propiedad inmueble en España formalizado ante notario británico redactado a doble columna en inglés y español, apostillado, en el que, aludiendo a una orden dictada por un tribunal local en el ámbito del Derecho de familia, en un procedimiento matrimonial, se dice transmitir a una persona física, expareja del transmitente, a través de quien se dice apoderado judicial de una persona que no es el titular registral. El titular registral es una persona jurídica española que, según se manifiesta, ha sido segunda demandada en la orden que sirve de base al mismo.

Habrà que estar al reconocimiento y ejecución judicial de la resolución dictada por el tribunal británico por el procedimiento establecido en los artículos 37 y siguientes del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, que en ningún caso conducen al documento que se pretende hacer valer; en una mezcla imposible entre ejecución de un título judicial y transmisión en documento público. Sin perjuicio del eventual reconocimiento (ejecución) incidental registral al que luego se aludirá, la resolución judicial deberá ser presentada ante el tribunal del lugar de situación del inmueble. Es normativa aplicable el Título III del Reglamento (UE) núm. 1215/2012.

Centrado así el tema, este Centro Directivo, en resolución, ya citada, de 8 de octubre de 2020, para un caso en el que el recurrente alegó específicamente la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre

de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (Bruselas II bis), que, al igual que el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, establece el modelo de reconocimiento directo, o automático, de tales resoluciones judiciales, ya tuvo ocasión de señalar, por el contrario, que la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras se mantiene domiciliada en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo, añadía dicha resolución, queda fuera de los instrumentos europeos y, por ende, sometida a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que, como tales, no requieren de un procedimiento de ejecución posterior «*stricto sensu*».

Resolución de 6-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS EN CONJUNTO URBANÍSTICO.

Los acuerdos que comportan modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal de un conjunto urbanístico como el del presente caso, integrado por varios bloques o portales, deben ser aprobados por todos los propietarios de aquel —y no solo por los propietarios de algunos de estos—.

Ciertamente, los acuerdos que comportan modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal de un conjunto urbanísticos como el del presente caso, integrado por varios bloques o portales, deben ser aprobados por todos los propietarios de aquel —y no solo por los propietarios de algunos de estos—, con la mayoría establecida en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Es la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso la que debe ser objeto de análisis. Por ello, habida cuenta de que la registradora no opone objeción alguna a la aprobación de los acuerdos de la comunidad por los propietarios de los bloques A y C, debe decidirse únicamente si dicha calificación está fundada respecto de la aprobación de tales acuerdos por los restantes propietarios del conjunto urbanístico. A tal efecto, no pueden ser tenidas en cuenta las afirmaciones que expresa en su escrito de impugnación la recurrente sobre tal extremo ni sobre el hecho de que se hayan notificado tales acuerdos a la sociedad propietaria de las parcelas no edificadas, pues se trata de circunstancias que no constan en el documento presentado al tiempo en que se produjo la calificación.

Por cuanto antecede, el recurso no puede ser estimado. No obstante, el defecto objeto de impugnación puede ser fácilmente subsanado mediante la acreditación en debida forma de que los acuerdos adoptados fueron notificados a la sociedad propietaria de las fincas no integradas en los referidos bloques A y C, por el procedimiento establecido en el artículo 17, apartado 8, de la Ley sobre propiedad horizontal, sin que se hayan opuesto a tales acuerdos.

Resolución de 6-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Valencia de Alcántara-Alcántara.

#### PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: ADJUDICACIÓN DIRECTA.

Tras la reforma del RGR llevada a cabo en 2017 ya no cabe admitir que, en caso de que la subasta quede desierta, se acuda a la adjudicación directa, salvo que lo sea en favor de la administración ejecutante.

En relación con el ámbito de las facultades de la registradora para calificar la certificación del acta de adjudicación directa en procedimiento de apremio administrativo, cuestionada por el recurrente, hay que comenzar recordando, conforme a reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), que la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario). Al registrador también le compete calificar si, en el marco del procedimiento seguido por la Administración pública, la resolución es congruente con ese procedimiento y si se han respetado los trámites esenciales del mismo. En particular, no puede dudarse sobre el carácter esencial de la forma de enajenación seguida —subasta, concurso o adjudicación directa—, y de sus respectivos requisitos y trámites esenciales (cfr. resoluciones de 28 de abril de 2012, 11 de abril de 2018 y 6 de febrero de 2019).

Entre las novedades que se introducen con esta reforma, en lo que ahora nos interesa, destaca la modificación del régimen jurídico de la enajenación de los bienes embargados dentro del procedimiento de apremio, en particular, el procedimiento de subasta, para adaptarlo a los principios emanados del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) con el objetivo de la agilización y simplificación de dichos procedimientos, así como la potenciación de los medios electrónicos, según se destaca en el preámbulo del citado Real Decreto 1071/2017. En lo que resulta particularmente relevante a los efectos de este expediente, en cuanto a la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta desierta. Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación.

El debate se centra, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen. La disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria

cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal “Boletín Oficial del Estado” se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

Según la calificación impugnada esta disposición no extiende su ámbito de aplicación a la modificación introducida en el citado artículo 107 del Reglamento, relativa al procedimiento de enajenación por el trámite de la adjudicación directa, que por tanto habría entrado en vigor, conforme a la disposición final única del Real Decreto 1071/2017, el 1 de enero de 2018, por lo que estaría vigente en la fecha en que fue acordada en el expediente de apremio de que trae causa este recurso el inicio del trámite de la adjudicación directa, sin que en tal fecha concurriese o se hubiese acreditado ni invocado en el expediente ninguna de las causas habilitantes autorizadas por dicho artículo, en su versión reformada, para excepcionar la utilización del procedimiento de subasta como medio de enajenación de los bienes embargados, habiendo desaparecido con la reforma reglamentaria el supuesto habilitante invocado en la certificación calificada, esto es, la circunstancia de haber resultado desierta la previa subasta en primera y segunda licitación. Tanto la interpretación literal de la citada disposición transitoria cuarta (que se refiere explícitamente de forma inequívoca y exclusiva a las «normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal «Boletín Oficial del Estado»»), como su interpretación finalista y sistemática conducen a la conclusión anterior.

En el caso que es objeto de recurso, la subasta se declaró desierta el día 11 de julio de 2018, por lo que ya había que entender vigente la nueva redacción dada a los preceptos del reglamento General de Recaudación por el Real Decreto 1071/2017, que impedirían acudir al procedimiento de la adjudicación directa una vez fracasada la subasta. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los casos analizados en las resoluciones citadas en los «Vistos», en este la adjudicación se ha acordado en favor de la Administración acreedora de los débitos que han sido objeto del expediente de apremio, el Ayuntamiento de Cáceres. Es cierto que la Administración que lleva a efecto la tramitación del expediente es la Diputación de Cáceres, a través de su Organismo Autónomo de Recaudación, pero esa actuación se desarrolla en el marco de convenios que habitualmente suscriben los diferentes ayuntamientos con las diputaciones provinciales para el mejor desarrollo de las tareas de recaudación ejecutiva. Esa actuación delegada no desvirtúa el hecho de que la Administración acreedora de la deuda apremiada siga siendo el Ayuntamiento de Cáceres.

Resolución de 6-3-2023

BOE 22-3-2023

Registro de la Propiedad de Logrosán.

#### DOBLE INMATRICULACIÓN: TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El primer paso del expediente de doble inmatriculación es el juicio fundado que debe hacer el registrador acerca de la existencia o no de dicha doble inmatriculación.

Como ya ha señalado esta Dirección General (*vid.* resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la

existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo, que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso concreto de este expediente, y sin discutir este Centro Directivo el principio probatorio expuesto por el registrador en su nota de calificación deben tenerse en consideración los argumentos e indicios alegados por el recurrente en su escrito de recurso, debiendo procederse a la tramitación del expediente para completar, previa audiencia de las partes, la resolución del mismo.

Resolución de 7-3-2023

*BOE 27-3-2023*

Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

#### **EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: TÍTULO QUE DEBE PRESENTAR EL PROMOTOR.**

En el expediente de reanudación del tracto es imprescindible que el promotor aporte un título privado o público de dominio para su iniciación, sin que sea suficiente alegar un contrato verbal.

Debe partirse en primer lugar, de la doctrina reiterada de este Centro Directivo sobre el carácter excepcional del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que solo puede utilizarse en los supuestos en los que se haya dado una autentica interrupción en la cadena de titularidades. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquellos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias etc.). Se impone por tanto una interpretación estricta de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto.

Respecto al caso que nos ocupa, se hace constar en el acta que los titulares registrales vendieron la finca 5930 de Jerez de los Caballeros mediante contrato verbal en el año 1983 a don M. G. D., quien vendió la referida finca, también mediante contrato verbal en el año 2010 al promotor del expediente, don J. M. M. De acuerdo con los artículos 208 y 203 LH, como requisito imprescindible debe acompañarse, con la solicitud, el documento, público o privado, del que resulte el título de propiedad de la finca cuya reanudación de tracto se pretende obtener, correspondiente al promotor del expediente, sin que sea suficiente a estos efectos un contrato meramente verbal.



El artículo 274 del Reglamento Hipotecario que cita el recurrente debe entenderse tácitamente derogado desde el día 1 de noviembre de 2015.

Conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que si en el momento de solicitud de la certificación consta al registrador algún obstáculo que pueda impedir la inscripción ulterior del expediente, podría y debería advertirlo para evitar seguir la tramitación de un expediente que finalmente no va a poder ser inscrito. El notario así podrá finalizar la tramitación ante los obstáculos advertidos por el registrador.

Resolución de 7-3-2023

BOE 27-3-2023

Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

#### EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: TÍTULO QUE DEBE PRESENTAR EL PROMOTOR.

En el expediente de reanudación del tracto es imprescindible que el promotor aporte un título privado o público de dominio para su iniciación, sin que sea suficiente alegar un contrato verbal.

Debe partirse en primer lugar, de la doctrina reiterada de este Centro Directivo sobre el carácter excepcional del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que solo puede utilizarse en los supuestos en los que se haya dado una auténtica interrupción en la cadena de titularidades. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquellos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias etc.). Se impone por tanto una interpretación estricta de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto.

Respecto al caso que nos ocupa, se hace constar en el acta que los titulares registrales vendieron la finca 5.930 de Jerez de los Caballeros mediante contrato verbal en el año 1983 a don M. G. D., quien vendió la referida finca, también mediante contrato verbal en el año 2010 al promotor del expediente, don J. M. M. De acuerdo con los artículos 208 y 203 LH, como requisito imprescindible debe acompañarse, con la solicitud, el documento, público o privado, del que resulte el título de propiedad de la finca cuya reanudación de tracto se pretende obtener, correspondiente al promotor del expediente, sin que sea suficiente a estos efectos un contrato meramente verbal. El artículo 274 del Reglamento Hipotecario que cita el recurrente debe entenderse tácitamente derogado desde el día 1 de noviembre de 2015.

Conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que si en el momento de solicitud de la certificación consta al registrador algún obstáculo que pueda impedir la inscripción ulterior del expediente, podría y debería advertirlo para evitar seguir la tramitación de un expediente que finalmente no va a poder ser inscrito. El notario así podrá finalizar la tramitación ante los obstáculos advertidos por el registrador.

Resolución de 7-3-2023

*BOE 27-3-2023*

Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera.

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.**

No es el objeto del recurso el decidir si la prórroga de una anotación preventiva ya practicada es o no correcta. Además, en el presente caso fue correcta, teniendo en cuenta la suspensión de plazos de caducidad previstos en la legislación COVID.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en «Vistos») que el recurso tiene por objeto exclusivamente las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la práctica de los asientos solicitados, determinando si han sido o no ajustadas a Derecho (arts. 19, 19 bis, 66 y 326 LH y 112 y sigs. RH). No es por tanto el recurso el cauce adecuado para dejar sin efecto un asiento ya practicado en los libros del Registro (como es la prórroga de la anotación preventiva en este caso) ni para decidir sobre cualquier otra pretensión del recurrente que no esté directa e inmediatamente relacionada con la calificación del registrador; cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral. De acuerdo con ello, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alude a los plazos de caducidad y prescripción de derechos y acciones, mientras que el artículo 42 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, se refiere expresamente a la suspensión del plazo de caducidad de las anotaciones preventivas. Este último precepto es el que debe ser aplicado al caso concreto de ese expediente cuya problemática radica precisamente en el cómputo de los plazos de una anotación preventiva y no en el ejercicio de un derecho como erróneamente considera la parte recurrente. En cuanto al levantamiento de la suspensión de los plazos, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma, alzó la suspensión de los plazos administrativos y procesales, así como la de los de prescripción y caducidad de acciones y derechos a través de sus artículos 8, 9 y 10, con efectos desde el día 1 de junio de 2020 en el caso de los procesales y desde el día 4 de junio de 2020 en los dos restantes. En consecuencia, fue correcta la actuación del registrador al practicar la prórroga, toda vez que el mandamiento se presentó mientras estaba vigente la anotación (el día 23 de junio de 2022).

Resolución de 8-3-2023

*BOE 27-3-2023*

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 2.

**RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.**

No es acceder a la rectificación del carácter ganancial de una finca sin acreditar que la adquirente estaba soltera o divorciada en el momento de la adquisición.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenido en cuenta cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (*vid.*, por todas, la resolución de 22 de noviembre de 2021). Por tanto, la resolución habrá de limitarse a los documentos presentados en el Registro para su calificación.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

La rectificación del estado civil de la causante afecta al régimen jurídico del bien adquirido, régimen publicado por el Registro de la Propiedad y amparado por el principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. En este caso el bien forma parte de la masa activa en caso de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1397 CC). Al ser la causa de disolución el divorcio, en el caso de que el cónyuge —ahora excónyuge— del causante hubiera fallecido, habrán de ser sus herederos los que hayan de concurrir a la liquidación (arts. 1058, 1404 y 1410 del propio CC). De llevarse a cabo la rectificación del contenido del Registro sin su consentimiento o sin respetar la posición determinada por la legislación de procedimiento se perjudicaría, de forma injustificada, la previsión que para aquellos contempla el ordenamiento jurídico.

En el presente supuesto de hecho, en la inscripción se hace mención del estado civil de la causante (casada con don C. M. C.), que entiende la recurrente que es erróneo, aunque reconoce que el inmueble objeto de inscripción fue adquirido en contrato de compraventa durante el periodo de tiempo que la causante estuvo casada con dicha persona, por lo que en ese sentido fue inscrita la adquisición con el carácter de presuntivamente ganancial, produciendo el asiento plenitud de efectos desde la inscripción y por tanto, estando bajo la salvaguardia de los tribunales de Justicia.

Resolución de 8-3-2023

BOE 27-3-2023

Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera.

#### DOBLE INMATRICULACIÓN: TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El primer paso del expediente de doble inmatriculación es el juicio fundado que debe hacer el registrador acerca de la existencia o no de dicha doble inmatriculación.

Como ya ha señalado esta Dirección General (*vid.* resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la

existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo, que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso concreto de este expediente, la registradora sostiene la improcedencia de la tramitación del expediente, limitándose a alegar el conocimiento extrarregistral del conflicto y la previa inscripción de la representación gráfica de parte de las fincas afectadas, debiendo, por tanto, procederse a la tramitación del expediente para completar, previa audiencia de las partes, la resolución del mismo.

Resolución de 8-3-2023

BOE 27-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 10.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica si el registrador acredita dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

La registradora deniega la inscripción solicitada, una vez culminados todos los trámites del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al considerar que la representación gráfica que se pretende inscribir invade terrenos propiedad de quien formuló oposición, fundando sus dudas en la identidad de la finca en que solo dos de las fincas registrales de las que se segregan de la registral 9574, las registrales 20323 y 20325, cuya titularidad corresponde a la colindante registral notificada que se opone, se encuentran en el área de influencia de la parcela catastral 6608902VK4760H0001PM; las demás segregadas tienen otras referencias catastrales y se ubican en otra área de influencia. Además, el promotor del expediente recurrente conocía cuando adquirió la finca en 2010, que era un resto numérico, carente de linderos y sin acreditarse su carácter urbano.

Del informe del Ayuntamiento de Madrid se colige que la georreferenciación alternativa presentada no invade dominio público, razón por la cual no se opone, porque no puede oponerse, a la inscripción de la georreferenciación, pero lo que sí que pone en tela de juicio, con la exposición del relato de los hechos es la correspondencia entre la georreferenciación aportada y la descripción de la finca registral 9574, admitiendo expresamente que la misma desapareció y está hoy destinada a viales públicos, por lo que puede concluirse que la descripción de la misma es un resto numérico carente de realidad física.

La registradora ha dado cumplimiento en el presente caso a la doctrina de este Centro Directivo, relativa a los requisitos para la inscripción de represen-

taciones gráficas, resumida, por ejemplo, en las resoluciones de 5 de abril o 20 de junio de 2022, pues la registradora ha calificado la existencia de dudas en la identidad de la finca, concluyendo que su realidad física no ha quedado acreditada y que la georreferenciación presentada se integra dentro del terreno de otras fincas registrales, lo que puede ser indicio de una posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas,, existiendo, además, desde 1930, una serie de actuaciones sobre el suelo, como reconoce el propio recurrente, que no han tenido acceso al Registro y que dificultan la apreciación de la coherencia interna entre la georreferenciación que resulta del Registro y que no se puede identificar y la actual georreferenciación alternativa que se ha aportado al expediente, sin que se haya aclarado la situación resultante actual de la finca descrita en el año 1930. El juicio de identidad de la finca por parte de la registradora ha sido motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Como señaló la resolución de 4 de noviembre de 2021 «la inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito».

Resolución de 9-3-2023

BOE 27-3-2023

Registro de la Propiedad de Jumilla.

#### HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

En los casos de desheredación de un legitimario, sus descendientes ocupan su lugar en la legítima y han de intervenir en la partición.

El artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, según doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 3 de octubre de 2019, 28 de enero de 2021 y 21 de marzo y 20 de julio de 2022), es necesario que se acredite —mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en derecho— quienes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos, siendo necesaria su intervención en las operaciones de adjudicación de la herencia. Y, si el desheredado carece de descendientes, es necesario que se manifieste así expresamente por los otorgantes.

Aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión y la voluntad del testador de satisfacer la legítima del heredero forzoso con las cantidades recibidas por este en vida de aquel, debe intervenir dicho heredero forzoso en la partición —a falta de partición realizada por el propio testador o por otra persona designado por el mismo— para comprobar que, en el preciso momento de la apertura de la sucesión, lo recibido en pago de su legítima es suficiente habida cuenta del caudal relicto y después de practicar todas la operaciones de liquidación de dicho patrimonio y de fijación de la legítima individual.

Resolución de 9-3-2023  
BOE 27-3-2023  
Registro de la Propiedad de Palafrugell.

**HERENCIA: RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS RESPECTO A LAS DEUDAS DEL TESTADOR EN DERECHO ARAGONÉS.**

Del contenido de la escritura resulta con claridad la aceptación de la herencia con limitación de responsabilidad por parte de los herederos.

La primera objeción que señala el registrador se funda en la necesidad de aclarar la frase «aceptan con el beneficio del fuero», que, a su juicio, no respeta la necesaria claridad para la práctica de los asientos registrales que impone el principio hipotecario de especialidad. Como bien alega el notario recurrente, esta frase se cohonestaba con otra anterior que expresa lo siguiente: «El pasivo es asumido por los tres herederos por partes iguales, y en todo caso, con sujeción a los límites establecidos en el artículo 355 del código de derecho civil de Aragón». Esto resuelve cualquier duda de cuál sea la intención de «aceptar con el beneficio del fuero». En consecuencia, en el supuesto concreto, no puede admitirse el defecto señalado relativo a la falta de claridad de las expresiones empleadas para la correspondiente claridad de los asientos que se han de practicar.

Como alega el recurrente, la causante, entre el otorgamiento de su testamento y el de su fallecimiento, ha podido cambiar de vecindad civil, perdiendo la catalana y adquiriendo la aragonesa. Por tanto, cabe que la causante, al tiempo de la apertura de la sucesión, tuviera vecindad civil aragonesa, y en ese sentido así lo manifiestan todos los herederos. En consecuencia, la ley por la que se rige su sucesión es la aragonesa y es aplicable el beneficio legal de limitación de responsabilidad del heredero respecto de las deudas y cargas de la herencia.

Resolución 9-3-2023  
BOE 27-3-2023  
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 9.

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.**

El juicio de suficiencia debe especificar los detalles suficientes para valorar si existe o no conflicto de intereses y si está dentro de las facultades del apoderado.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencias número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes.

Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse

al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. Según la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura afirma únicamente que el donante interviene también como representante de la donataria con facultades que resultan del poder especial que se reseña; pero de esta simple indicación no resulta que se trate de un poder en el que el contenido del contrato para el que se apodera, en este caso donación, sea tan preciso que evite el riesgo de lesión de los intereses del mandante. Así, esa simple referencia al carácter especial del poder puede indicar que, abarcando uno o más negocios determinados, se confiere para todo lo concerniente a una finca, pero sin concretar todos los elementos necesarios —entre ellos la persona con quien se concierta la donación— para poder entender que se trata, en puridad conceptual, de un «*nuntius*» —como sostiene el recurrente en su escrito de impugnación— y, por ende, evitar el riesgo de lesión de los intereses del mandante.

Resolución de 9-3-2023

BOE 27-3-2023

Registro de la Propiedad de Alcira, número 2.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica si el registrador acredita dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Aunque la finca proceda de una reparcelación, debe admitirse la rectificación, sin cumplir las exigencias procedimentales de este procedimiento administrativo, cuando no exista duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación.

En el historial registral de la finca en cuestión, la finca registral 63123 de Alcira, no consta, como debería, alusión alguna al archivo registral del plano de dicha finca de resultado. Sí que consta, desde su inscripción 5.<sup>a</sup> de hipoteca, su referencia catastral.

No solo no se estaría respetando la identidad gráfica que consta ya inscrita, sino que se estaría agregando una porción de terreno que ya consta actualmente que forma parte de otra u otras fincas registrales diferentes, lo que podría provocar una situación de doble inmatriculación en cuanto a dicha porción agregada, y además, a nombre de un titular registral distinto (el Ayuntamiento).



Resolución de 13-3-2023  
BOE 31-3-2023  
Registro de la Propiedad de Lepe.

**SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.**

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal, pero sí a los solares.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común),

como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avararía su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo afecta al propietario, transmita la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «*mortis causa*», por razón de la posición de los sucesores «*mortis causa*», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

En el presente caso se trata de la transmisión de una vivienda unifamiliar en la planta baja, a la izquierda, en la escalera ocho del conjunto denominado «Hacienda Golf», en régimen de propiedad horizontal, en el término municipal de Isla Cristina; y no dispone de un terreno o jardín en el que se haya podido realizar una actividad que potencialmente sea contaminante del suelo.

Resolución de 13-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Algete.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE GEORREFERENCIAR LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS RESULTANTES DE UNA DIVISIÓN HORIZONTAL TUMBADA.

En un caso en el que se divide horizontalmente una finca, resultando dos elementos constituidos por dos porciones de suelo, una edificada y otra no, es preciso la georreferenciación en los términos que exige el artículo 9 LH.

El principio de especialidad registral se refiere a la necesaria claridad y precisión de los pronunciamientos registrales. Si los asientos registrales no son claros y precisos, no podrán serlo sus efectos jurídicos. La resolución de 4 de noviembre de 2021 ya fue muy clara al proclamar que «la inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito».

En suma, el principio de especialidad registral exige una precisa delimitación del objeto sobre el que recae el derecho inscribible. Y para alcanzar esa precisión se utilizan distintos medios técnicos en función de cuál sea la naturaleza o característica esencial de tal objeto: a) cuando dicho objeto es una porción de la superficie terrestre, el medio técnico más idóneo para alcanzar dicha precisión es la georreferenciación de sus límites perimetrales. b) cuando se trate de una edificación o instalación, también se exige precisar la georreferenciación de la superficie ocupada por ellas. c) cuando se trata de elementos arquitectónicos interiores de dichas edificaciones, tales como los elementos privativos de un régimen de propiedad horizontal, el medio técnico más idóneo, dada la dificultad para georreferenciar superficies interiores y que además están o pueden estar

superpuestas entre sí en diversas plantas, es aportar el plano en planta de cada elemento.

En el presente caso resultan de la división dos porciones de suelo como elementos independientes, (cada uno con una determinada cuota en el único elemento común, que también es una porción de suelo) cuya georreferenciación, tanto de los elementos privativos, como, por exclusión, del elemento común, es preceptiva, porque así lo exige el artículo 9 de la Ley Hipotecaria en todos los supuestos de divisiones y otros más, que determinen una reordenación de los terrenos, como ocurre en el caso de la llamada por el propio notario autorizante y recurrente «división horizontal tumbada». En el caso que nos ocupa, como hace constar el registrador en su informe, por el propio interesado en la inscripción, y con anterioridad a la interposición del recurso por el notario, se ha presentado informe de validación gráfica frente al parcelario catastral que contiene los archivos gml de las parcelas resultantes del complejo. Por tanto, el defecto acertadamente señalado por el registrador en su nota de calificación, de no mediar otros nuevos defectos, habría quedado subsanado.

Resolución de 13-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: SOLICITUD A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO.**

Se rechaza la posibilidad de solicitar notas simples por correo electrónico, dadas las fallas de seguridad de este medio de comunicación. La relación con los Registros debe instrumentarse a través de su sede electrónica.

El recurrente envió varios correos electrónicos al Registro de la Propiedad de Petra solicitando notas simples y desde el Registro se le contestó por la misma vía que no era un cauce adecuado para dichas peticiones. En este caso, no existe nota de calificación propiamente dicha, lo que justifica el registrador alegando que, de haberse realizado, presupone admitir el correo electrónico como medio hábil para la solicitud formal. No obstante, aun a pesar de la falta de nota de calificación, este Centro Directivo ha decidido entrar en el fondo del asunto, por razones de economía procesal.

En cuanto a las vías adecuadas para solicitar publicidad del contenido de los asientos del Registro, que constituye el fondo del asunto en este expediente, debe partirse de lo establecido en los artículos 221 y siguientes la Ley Hipotecaria, y los artículos 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario que regulan el procedimiento registral y los requisitos de acceso y limitaciones existentes para la expedición de los diferentes tipos de publicidad formal, así como de la Instrucción de 10 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico.

La obligatoriedad de acudir a este cauce del Fichero Localizador de Titularidades Inscritas (FLOTI) está limitado a la publicidad formal instrumental, esto es, cuando se pretende la obtención de información de un Registro a través de otro distinto. Fuera de estos supuestos de publicidad formal instrumental, ciertamente no existe ningún precepto legal o reglamentario que obligue a utilizar un determinado cauce en la solicitud de notas simples informativas. Ahora

bien, debe existir la posibilidad, conforme a las reglas generales, de identificar de forma indubitada al solicitante, calificar el interés legítimo en la obtención de publicidad formal y que quede constancia fehaciente de la fecha, hora y minuto de recepción de la solicitud y recepción de la nota simple expedida, así como de que el contenido de una y otra no haya sido alterado. Esto se consigue a través de los sistemas de certificación de firma electrónica, que garantizan tales extremos.

El correo electrónico es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes. Junto con los mensajes también pueden ser enviados ficheros adjuntos. Las características peculiares de este medio de comunicación (universalidad, bajo coste, anonimato, etc.) han propiciado la aparición de amenazas que utilizan el correo electrónico para propagarse o que aprovechan sus vulnerabilidades. La primera medida, generalmente adoptada, es la elección de un correo profesional que se utilice solo y exclusivamente a efectos profesionales determinados y excluya la elección de cualquier otro correo, aunque este sea también corporativo, debiendo utilizarse mecanismos de cifrado de la información. Es igualmente imprescindible asegurar la identidad del remitente antes de abrir un mensaje.

Todo lo anterior, ha sido contemplado por las Administraciones públicas, a la hora de facilitar la comunicación de los ciudadanos por medios electrónicos, admitiendo como medios de comunicación el presencial, los portales de internet y sedes electrónicas, las redes sociales, acceso telefónico, correo electrónico o cualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ahora bien, no todos los medios citados son canales para la transmisión de datos protegidos, de hecho, todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas, se efectúan a través de la sede electrónica.

En el ámbito que nos ocupa, la relación electrónica con los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles debe serlo a través de la Sede Electrónica de los mismos que se encuentra alojada en la dirección electrónica <https://sede.registradores.org/site/home>. El uso de dicha sede implica una serie de controles tecnológicos que garantizan la identidad del interesado y el cumplimiento de la normativa nacional y europea en materia de seguridad, firma electrónica y protección de datos.

En consecuencia, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, por los motivos expuestos, que en tanto no se produzca, la relación con los registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Del artículo 14.1 de la Ley 39/2015 y del artículo 3 del RD 203/2021, de 30 de marzo resulta que el interesado persona física deberá elegir la forma de relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos al inicio del procedimiento pudiendo optar por otro medio de relación a lo largo de este. Ahora bien, en este punto debe destacarse que el procedimiento registral es un procedimiento autónomo, de naturaleza especial, que se rige por la legislación hipotecaria y dadas sus peculiares características no puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas. Este carácter del procedimiento registral es igualmente predicable para el supuesto de solicitud de notas simples de forma telemática. El artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria regula de forma autónoma el procedimiento de su solicitud, emisión y recepción, en la forma dispuesta en los apartados que

han sido anteriormente relacionados y de los cuales resulta que, si se escoge la solicitud de publicidad registral de forma telemática la tramitación se produce íntegramente por este medio, debiendo culminar en el plazo previsto, que, dada su brevedad, impide cualquier modificación en una fase posterior del procedimiento.

Resolución de 13-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 4

#### PUBLICIDAD FORMAL: SOLICITUD A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO.

Se rechaza la posibilidad de solicitar notas simples por correo electrónico, dadas las fallas de seguridad de este medio de comunicación. La relación con los Registros debe instrumentarse a través de su sede electrónica.

El recurrente envió varios correos electrónicos al Registro de la Propiedad de Petra solicitando notas simples y desde el Registro se le contestó por la misma vía que no era un cauce adecuado para dichas peticiones. En este caso, no existe nota de calificación propiamente dicha, lo que justifica el registrador alegando que, de haberse realizado, presupone admitir el correo electrónico como medio hábil para la solicitud formal. No obstante, aun a pesar de la falta de nota de calificación, este Centro Directivo ha decidido entrar en el fondo del asunto, por razones de economía procesal.

En cuanto a las vías adecuadas para solicitar publicidad del contenido de los asientos del Registro, que constituye el fondo del asunto en este expediente, debe partirse de lo establecido en los artículos 221 y siguientes la Ley Hipotecaria, y los artículos 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario que regulan el procedimiento registral y los requisitos de acceso y limitaciones existentes para la expedición de los diferentes tipos de publicidad formal, así como de la Instrucción de 10 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico.

La obligatoriedad de acudir a este cauce del Fichero Localizador de Titularidades Inscritas (FLOTI) está limitado a la publicidad formal instrumental, esto es, cuando se pretende la obtención de información de un Registro a través de otro distinto. Fuera de estos supuestos de publicidad formal instrumental, ciertamente no existe ningún precepto legal o reglamentario que obligue a utilizar un determinado cauce en la solicitud de notas simples informativas. Ahora bien, debe existir la posibilidad, conforme a las reglas generales, de identificar de forma indubitada al solicitante, calificar el interés legítimo en la obtención de publicidad formal y que quede constancia fehaciente de la fecha, hora y minuto de recepción de la solicitud y recepción de la nota simple expedida, así como de que el contenido de una y otra no haya sido alterado. Esto se consigue a través de los sistemas de certificación de firma electrónica, que garantizan tales extremos.

El correo electrónico es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes. Junto con los mensajes también pueden ser enviados ficheros adjuntos. Las características peculiares de este medio de comunicación (universalidad, bajo coste, anonimato, etc.) han propiciado la aparición de amenazas que utilizan el correo electrónico para propagarse o que aprovechan sus vulnerabilidades. La primera medida, generalmente adoptada, es la elección de un correo profesional

que se utilice solo y exclusivamente a efectos profesionales determinados y excluya la elección de cualquier otro correo, aunque este sea también corporativo, debiendo utilizarse mecanismos de cifrado de la información. Es igualmente imprescindible asegurar la identidad del remitente antes de abrir un mensaje.

Todo lo anterior, ha sido contemplado por las Administraciones públicas, a la hora de facilitar la comunicación de los ciudadanos por medios electrónicos, admitiendo como medios de comunicación el presencial, los portales de internet y sedes electrónicas, las redes sociales, acceso telefónico, correo electrónico o cualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ahora bien, no todos los medios citados son canales para la transmisión de datos protegidos, de hecho, todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas, se efectúan a través de la sede electrónica.

En el ámbito que nos ocupa, la relación electrónica con los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles debe serlo a través de la Sede Electrónica de los mismos que se encuentra alojada en la dirección electrónica <https://sede.registradores.org/site/home>. El uso de dicha sede implica una serie de controles tecnológicos que garantizan la identidad del interesado y el cumplimiento de la normativa nacional y europea en materia de seguridad, firma electrónica y protección de datos.

Afirma el recurrente que el portal web [www.registradores.org](http://www.registradores.org) aloja los servicios telemáticos del Colegio de Registradores, pero que no es una sede electrónica en el sentido que establece el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Ciertamente, como ya se ha dicho anteriormente, en el caso del Registro de la Propiedad no nos encontramos ante una Administración pública pero la sensibilidad de los datos obrantes en el Registro aconseja la adopción de medidas extremas de seguridad. El portal web [www.registradores.org](http://www.registradores.org) aloja los servicios telemáticos del Colegio de Registradores y bajo la dirección <https://sede.registradores.org/> regula el permiso al acceso en línea de los usuarios a algunos de los servicios de información registral que las oficinas de los registros de la Propiedad y Mercantiles prestan de forma presencial, poniendo a disposición de los ciudadanos un procedimiento y un cauce seguro para su contratación mediante soporte electrónico que reúne los requisitos operativos que facilitan al ciudadano el acceso a unos servicios mínimos uniformes, con un aspecto homogéneo y una identificación bajo el dominio [registradores.org](http://www.registradores.org), además de cumplir los requisitos de identificación, autenticación, accesibilidad, disponibilidad, integridad, veracidad y protección de los datos de carácter personal.

Resolución de 14-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

#### **HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009 A LAS CESIONES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.**

La Ley 2/2009 ha de entenderse aplicable a las operaciones de cesión de préstamos hipotecarios cuando el registrador ha comprobado que la entidad cesionaria es titular de más de una hipoteca.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo ámbito objetivo incluye la contratación de préstamos o créditos hipotecarios entre consumidores y personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen, entre otras, esa actividad crediticia, contiene un conjunto de normas cuya razón de ser radica en garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y la protección a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado. Esta ley reafirma el deber de control sobre el cumplimiento de las obligaciones que impone —información precontractual, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación, compensación por amortización anticipada, etc.— por parte de notarios y registradores de la propiedad.

En consecuencia, ha sido correcta la actuación del registrador de la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del «Servicio de Interconexión entre los Registros sobre prestamistas habituales» y no admitir sin más la afirmación negativa del acreedor-cesionario, ni del informe del servicio notarial de actividades de Signo, acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en este ámbito.

Es cierto que la hipoteca se constituyó en el año 2005 a favor de una entidad de crédito, por lo que no le fue aplicable la normativa citada, tanto por el carácter del prestamista, como por la fecha de concesión del préstamo. Pero, dado que dicho préstamo fue objeto de cesión en el año 2017, vigente la Ley 2/2009, a favor de una entidad no bancaria, tal préstamo pasó a regirse por dicha ley a efectos de su gestión (circunstancia en la que se incidirá posteriormente), normativa que ha de entenderse sigue siendo aplicable al no haber sido el préstamo objeto de novación a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (disposición transitoria primera, números 1 y 2).

Respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos es necesario otorgar para entender que existe una real habitualidad o continuidad en la concesión de préstamos, o inversión en tal actividad, y para hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es complicado establecer objetivamente esa cifra; pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida ley que establece que «corresponde a las empresas [acreedores] la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley», lleva a considerar que la inscripción de al menos dos hipotecas, constituye suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales, bien una prueba satisfactoria de su no necesidad.

El hecho que en este supuesto la notaría autorizante haya consultado previamente el citado el fichero de actividad de prestamista de la Agencia Notarial de Certificación, lo que muestra su diligencia, no menoscaba que el registrador pueda consultar, a su vez, otras bases de datos que puedan coadyuvar a su calificación. Además, debe de tenerse en cuenta que, según la literalidad del informe de la Agencia Notarial de Certificación, el mismo solo se refiere a la concesión —constitución— de préstamos durante los últimos cuatro años, mientras que en este supuesto nos encontramos ante un contrato de cesión de préstamos hipotecarios, pudiendo tener ese mismo origen los otros préstamos hipotecarios que aparecen inscritos a favor del cesionario, lo cual viene a equiparar la figura de este con la del prestamista como se analiza posteriormente. Por todo lo cual,



estando acreditado por el registrador calificante que el cesionario aparece como titular registral de otras garantías hipotecarias que aseguran la efectividad de otros tantos préstamos, todas ellas inscritas en distintos registros de la Propiedad en los términos antes expuestos; la declaración contenida en la escritura de cesión de crédito o el informe notarial negativo incorporado a la misma no pueden prevalecer en el presente supuesto, por carecer de suficiente fuerza enervante de la prueba obtenida por el registrador. Solo acreditando un error en la titularidad inscrita o la cancelación las hipotecas de referencia se podría refutar la utilización del informe en que se fundamenta la calificación recurrida.

El cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» [*vid.* arts. 7 y 14.1.<sup>a</sup>) de la Ley 2/2009], y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo, como puede acontecer por una inadecuada adaptación de la cuota a la modificación del tipo de interés variable, por el cobro de una comisión o gasto no pactado, por la indisponibilidad del dinero en el plazo convenido en un crédito en cuenta corriente, por el no sometimiento a la resolución extrajudicial de conflictos pactada, o por el retraso en la cancelación de la hipoteca una vez pagada la deuda, entre otros supuestos ligados al ejercicio profesional de la actividad de prestamista. Por tanto, las previsiones de salvaguarda en favor del prestatario-consumidor que establece la Ley 2/2009, no deben decaer en caso de cesión del crédito, en cuanto la posición jurídica del prestatario puede verse afectada, máxime en un supuesto como el presente, en que la existencia de una cesión anterior del año 2017, en favor de otra entidad no bancaria, denota que no se trata de un préstamo en que haya operado un vencimiento anticipado, sino que se hace necesaria una gestión ordinaria del mismo.

Resolución de 14-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

**BASES GRÁFICAS: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.**

La existencia de dudas sobre la invasión de una finca colindante justifica la negativa a inscribir una base gráfica. El hecho de que se vendan diferentes participaciones indivisas de una finca en la que existen distintas edificaciones son motivo suficiente para que el registrador acuda a la aplicación de lo establecido en el artículo 79 del RD 1093/1997.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El

juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante. Pues bien, en el presente expediente, es indudable que el registrador ha realizado un juicio de identidad razonado y motivado basándose en los elementos de calificación de que dispone, por lo que debe analizarse si las razones que invoca son de suficiente entidad para rechazar la inscripción de la representación gráfica que se solicita.

A la vista de los hechos descritos con anterioridad, expuestos con detalle por el registrador en su nota, no cabe duda de que los mismos son suficientemente sólidos para demostrar que la morfología de las fincas a tenor de su representación gráfica catastral es diferente a la actual de la parcela 244 cuya inscripción se pretende. Sin embargo, no debe olvidarse que, el juicio de identidad del registrador, fundamental en casos como el presente en el que la institución catastral dispone de una información histórica limitada, debe referirse a la correspondencia entre la descripción registral de la finca y su representación gráfica, no a las eventuales alteraciones en dicha representación, en este caso la resultante de la cartografía catastral.

En su calificación el registrador apunta un obstáculo propiamente registral que sí ostenta la entidad suficiente para motivar la denegación de la inscripción gráfica solicitada. En concreto, el registrador opone que la georreferenciación propuesta, resulta parcialmente coincidente con la georreferenciación inscrita de la finca 14596 de Librilla, justificándolo mediante un informe gráfico del solape obtenido de la aplicación gráfica auxiliar homologada. En el caso del presente expediente, en el que la representación gráfica cuya inscripción se pretende resulta contradictoria con las coordenadas georreferenciadas que constan en el historial de la finca colindante es evidente que quedan justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca y eventual invasión de finca colindante.

Procede ahora analizar el segundo de los defectos observados por el registrador, el relativo a la posible existencia de parcelación ilegal con infracción de unidad mínima de cultivo. Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. resoluciones de 2 de enero de 2013 y 24 de abril de 2019), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así, su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, en este caso los artículos 105 y siguientes

de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

El hecho de que se vendan diferentes participaciones indivisas de una finca en la que existen distintas edificaciones son motivo suficiente para que el registrador acuda a la aplicación de lo establecido en el artículo 79 del RD 1093/1997.

Resolución 16-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1.

#### **TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: DIFERENCIAS ENTRE UNA ESCRITURA Y UN ACTA. CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO Y REQUISITOS.**

A los efectos de inscribir un convenio regulador se plantea los requisitos del título formal inscribible y los posibles contenidos de dicho convenio.

Previamente hay que analizar la naturaleza del título presentado a inscripción. La recurrente lo califica de «escritura de protocolización de documento judicial y concordancia registral y catastral» y la registradora lo califica de acta de manifestaciones. La distinción entre escrituras públicas y actas notariales, formas documentales encuadrables ambas en la categoría genérica de documentos públicos conforme al artículo 1218 del Código Civil y ambos con la fuerza probatoria que dicha norma les atribuye, debe hacerse sobre la base de su contenido que, a su vez, condiciona las respectivas exigencias formales. Contenido propio de las escrituras públicas, dispone el artículo 144 del Reglamento Notarial, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas notariales, según el mismo precepto reglamentario, es la de los hechos que por su índole no pueden calificarse de actos o contratos, así como los juicios o calificaciones del notario, aparte aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

En el caso analizado en este expediente, sería preciso que los documentos complementarios y aclaratorios del convenio regulador que son necesarios para la práctica de las inscripciones procedentes sean suscritos por las partes otorgantes del mismo, lo que no ocurre, ya que no contienen una declaración de voluntad, con consentimiento negocial (que, como dispone el artículo 144 del Reglamento Notarial, es contenido propio de las escrituras públicas), sino que contienen una simple manifestación. En consecuencia, se trata de un acta notarial de manifestaciones con exhibición de documentos, con independencia del título que se le haya dado.

Sentado que se trata de un acta, el primero de los defectos señala en esencia la ausencia de título hábil para provocar una mutación jurídico real inmobiliaria, debiéndose aportar para ello testimonio judicial de las sentencias mencionadas en el acta presentada, con acreditación de su firmeza. En este sentido, debe este Centro Directivo recordar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida. En cuanto a la exigencia de los testimonios judiciales de las citadas sentencias a los efectos de su inscripción, el defecto debe ser confirmado ya que es principio básico de nuestro Derecho hipotecario (cfr. art. 3 LH y así

ha sido confirmado de forma reiterada por esta Dirección General) que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro.

En cuanto a la exigencia de la firmeza de las resoluciones judiciales, por su parte, de acuerdo con el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos». Conforme al artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

El segundo de los defectos señala que, en cuanto a la atribución del derecho de uso, no queda oportunamente claro a partir de cuándo debe computarse dicho plazo de un año, encontrándose el mismo transcurrido si su cómputo debe hacerse a partir de la fecha en que se dicta la sentencia, y porque debe aclararse si dicho derecho de uso, en caso de no haber transcurrido su plazo, se concede también a los hijos menores o estos son solo beneficiarios del mismo, siendo preciso en el primer caso acreditar todos sus datos identificativos. Efectivamente, es preciso que los documentos complementarios del convenio regulador aclaren el cómputo del plazo para la práctica de las inscripciones procedentes, para lo que se precisa bien un documento judicial complementario y aclaratorio o bien una escritura otorgada por todos los que fueron partes interesadas en el mismo. El derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar; cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.

Cabe recordar que el convenio regulador de los efectos de la nulidad, separación y divorcio, tal y como establece el artículo 90 del Código Civil, es un pacto entre los esposos por el cual, entre otros extremos, podrán llevar a cabo la completa liquidación del régimen económico-matrimonial. Desde el punto de vista formal, según doctrina consolidada de este Centro Directivo (*vid.* las resoluciones de 4 de agosto y 16 de octubre de 2014, 30 de junio de 2015, 24 de octubre de 2016 o 11 de octubre de 2017, entre otras muchas), el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil. Concretamente, y en relación con un convenio personal, este Centro Directivo ha afirmado que «consecuentemente, de acuerdo con los términos del convenio, en el que se asume únicamente el compromiso de transmitir la propiedad, no es inscribible en el Registro de la Propiedad, por cuanto no se ha operado la mutación jurídico real inmobiliaria, siendo así que en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, se inscriben los títulos por los que se transmite la propiedad, pero no los meros compromisos de transmisión, como el presente» (resolución de 22 de febrero de 2007).

Conforme a los hechos, el día 5 de agosto de 2022 se hicieron presentaciones de cada uno de los respectivos documentos: A las 09:36 horas consta el asiento de presentación de la escritura de compraventa de fecha 5 de agosto de 2022, que causó inscripción el día 8 de noviembre de 2022 con efecto retroactivo a la

fecha del asiento de presentación. A las 13:05:23 horas se hizo presentación del documento objeto de este expediente, y ahora figura inscrita la finca a nombre de personas distintas de los que pretenden disponer de los derechos. En consecuencia, no se cumple el principio de tracto sucesivo, por lo que se debe confirmar el defecto señalado.

Resolución de 16-3-2023

BOE 31-3-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La interpretación del testamento ha de basarse inicialmente en la literalidad de sus cláusulas, pero conjugando el uso de elementos de interpretación externos con el objetivo de determinar la verdadera voluntad del causante.

Este Centro Directivo ha resuelto en numerosas ocasiones las discrepancias producidas en la interpretación de cláusulas y disposiciones testamentarias de dudosa redacción. El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código Civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. Ahora bien, «extra muros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767 y los arts. 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

La cláusula testamentaria debatida tiene, como se ha expuesto, el siguiente texto literal: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye heredera a su hermana G. E. R., con derecho de sustitución vulgar para el solo caso de no sobrevivir a la testadora, a favor de su otra hermana Doña A. E. R., a quien igualmente para el caso de no sobrevivir a la testadora la sustituye por su hermano Don C. E. R. (sustituido este a su vez por sus descendientes) y al “Seminario (...)”, por mitad e iguales partes». En definitiva, hay llamamiento a una heredera sustituida por otra y, en defecto de ambas, se designan como sustitutos al tercer hermano o su estirpe y al Seminario (...) por partes iguales; apoya esta interpretación el empleo por dos veces de la frase «de no sobrevivir a

la testadora», tanto para la primera sustitución como para la segunda, marcando tres llamamientos: en primer lugar el de la hermana designada heredera; solo para el caso de que la primera llamada no sobreviva a la testadora es llamada la segunda hermana; y, en caso de que ambas no sobrevivan a la testadora, suceden por partes iguales el tercer hermano sustituido por su estirpe y el Seminario (...).

Resolución de 21-3-2023

BOE 21-4-2023

Registro de la Propiedad de Murcia, número 4.

#### USUFRUCTO: CASOS DE TITULARIDAD GANANCIAL.

Se analizan los diferentes supuestos de titularidad ganancial del usufructo y su régimen de extinción.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

El carácter vitalicio, unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza *sui generis* de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que, al ponerse en relación ambas instituciones, se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución. En nuestro Derecho puede conectarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, a pesar de las dificultades conceptuales y prácticas que supone, ya que si en tal caso (como también fuera de la sociedad de gananciales) un usufructuario enajena su derecho de usufructo, en todo o en parte (art. 480 CC), no queda alterado el contenido del derecho, y en este sentido deben diferenciarse las siguientes situaciones:

a) Si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudo propietarios el pleno dominio, siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal;

b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo, este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción. En tales casos, al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas simultáneamente, tal como autoriza el artículo 469 del Código Civil, no tiene lugar el acrecimiento a que se refiere el artículo 521 del mismo Código Civil, sino que se trataría de la adquisición por un único usufructuario. En este supuesto hay que tener en cuenta la posibilidad de que la adquisición del usufructo por su titular se hubiese producido con carácter ganancial, concurriendo las condiciones exigidas para ello por el Código Civil. En tal hipótesis es necesario que a la muerte del otro esposo se requiera, para disponer del derecho de usufructo, o bien que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique previamente en la forma que estimen conveniente todos los interesados (cfr. resolución de 31 de enero de 1979 y 30 de junio de 2012), o que al menos consientan los herederos del adquirente en la transmisión operada.

c) si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales, sin ninguna prevención adicional relativa al régimen jurídico del derecho adquirido, fallecido uno de ellos debe estimarse que subsiste el usufructo hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación (cfr. resoluciones de 31 de enero de 1979 y 25 de febrero de 1993).

d) si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales y se agrega, además, que es «sucesivo», como indicó la resolución de 21 de enero de 1991 «debe esta cláusula ser entendida en el sentido más adecuado para que produzca efecto y no sea una cláusula simplemente inútil o redundante. Si es conjunto, es ya efecto natural —mientras del título constitutivo no resulte otra cosa— el que, muerto uno de los usufructuarios el usufructo persista entero hasta la muerte del último (cfr. art. 521 del Código Civil y resolución de 1 de diciembre de 1960). Si ahora se agrega que es sucesivo es porque se quiere algo [...] significa que, a pesar de estar constituido por los donantes sobre bienes gananciales, el usufructo pasará —en su día— al cónyuge superviviente y quedará excluido de la liquidación de gananciales».

Resolución de 27-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Archidona.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 CUANDO EXISTAN DUDAS SOBRE POSIBLE DOBLE INMATRICULACIÓN.**

El registrador puede acudir a los trámites del artículo 199 cuando en un caso de inmatriculación del 205 tenga dudas fundadas sobre la existencia de superficies ya inscritas.

El registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fondos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

En el supuesto de este expediente, el registrador motiva y fundamenta con criterios objetivos y razonados en su nota de calificación sus dudas acerca de la posible coincidencia de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra que figura previamente inscrita. Por todo ello, resulta imprescindible que el registrador sea especialmente metódico en su calificación para descartar posibles perjuicios a los titulares de fincas colindantes —siendo como son estos los más interesados en velar por que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fondos limítrofes, pudiendo producirse en caso contrario un supuesto de indefensión—, o para impedir que, a través de la inmatriculación, se oculten operaciones de modificación de entidades hipotecarias como segregaciones o agrupaciones.

Además de estas consideraciones jurídicas que posibilitan utilizar el procedimiento del artículo 199 para intentar disipar o confirmar la dudas fundadas sobre posible doble inmatriculación, desde el punto de vista práctico y econó-



mico resultaría ilógico y antieconómico obligar a quien ya dispone de un medio inmatriculador hábil (el doble título público), a instar desde el principio un expediente de dominio completo, incluyendo numerosas notificaciones a titulares catastrales y otros interesados que no son titulares registrales, cuando lo que se pretende y necesita no es sustituir un medio inmatriculador por otro, sino habilitar el cauce preciso para que, todavía dentro del medio inmatriculador del artículo 205 que ha sido el elegido legítimamente por el interesado, pueda el registrador, con notificación al titular de la finca inmatriculada y valoración de sus posibles alegaciones, confirmar o disipar finalmente sus dudas sobre riesgo de doble inmatriculación entre la finca que pretende inmatricularse ahora y la ya inmatriculada con anterioridad.

Resolución de 27-3-2023

BOE. 18-4-2023

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

#### **HIPOTECA CAMBIARÍA: CANCELACIÓN.**

Se analizan los requisitos y procedimientos. Para cancelar una hipoteca en garantía de letras de cambio.

El endoso de la letra comporta la transmisión de la titularidad del crédito hipotecario sin necesidad de que se notifique al deudor ni se haga constar la transferencia en el Registro (cfr. los arts. 149 y 150 LH y la resolución de 7 de junio de 1988). Así, el tenedor legítimo de la cambial, según la cadena de endosos, está legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria. Pero esto no significa que no juegue aquí el principio de accesoriedad. Aunque el derecho de hipoteca goza de la protección de la fe pública registral conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no puede afirmarse lo mismo respecto de la existencia y vitalidad del crédito cambiario, cuyo titular no podrá apoyarse en lo que publique el Registro, sino que deberá atenerse a lo que resulte de la propia vida de la cambial.

Por lo que se refiere a la cancelación de estas hipotecas, con carácter general debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en el caso de la hipoteca cambiaria, carente de regulación en nuestra Ley Hipotecaria, su cancelación presenta especialidades con respecto a la cancelación de las hipotecas ordinarias, por cuanto en estas el acreedor está determinado registralmente, mientras que en las hipotecas cambiarias el acreedor queda determinado por el hecho de ser tenedor legítimo de las cambiales, habiéndose admitido, por esta Dirección General, la aplicación analógica de algunos de los supuestos previstos en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria en relación con la cancelación de títulos transmisibles por endoso o al portador.

También es posible que se ordene la cancelación de una hipoteca cambiaria a través de un procedimiento judicial. Al haberse constituido la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las cambiales, de suerte que el derecho hipotecario se entiende transferido con la obligación garantizada sin necesidad de hacer constar la transferencia en el Registro (arts. 150 y 154 LH), ha de resultar suficientemente acreditado que la demanda haya sido dirigida contra el legítimo tenedor de las cambiales garantizadas en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A la misma conclusión lleva el principio de relatividad de la cosa juzgada (cfr. art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por

esa misma razón, el artículo 211 del Reglamento Hipotecario determina que, si la cancelación se verifica por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial, se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del secretario que intervenga en el procedimiento respectivo, por cuanto son los mismos títulos cambiarios los que legitiman al acreedor.

Lo que se pretende en el presente expediente es la cancelación de una hipoteca cambiaria mediante resolución judicial firme en la que se declara la nulidad de dicha hipoteca sin que se ordene expresamente la cancelación de su inscripción (4.ª de hipoteca) y habiéndose seguido el procedimiento contra el primer acreedor, sin que resulte la inutilización de las letras. En cuanto a la necesidad de solicitud expresa de cancelación de la inscripción de hipoteca, esta Dirección General conoce y aplica la doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que pone de manifiesto que siendo la cancelación en el Registro de la Propiedad consecuencia ineludible de la decisión principal, no existe violación del principio de congruencia debiendo considerarse su solicitud implícita en la demanda contradictoria del derecho inscrito.

Sin embargo, sí es necesario que se acredite que el procedimiento de nulidad de la hipoteca se ha seguido contra el titular de la hipoteca, lo cual únicamente se producirá cuando la demanda se haya dirigido contra el tenedor de las letras garantizadas con la hipoteca, lo cual no ha quedado acreditado en el presente expediente.

En el presente expediente, el asiento de hipoteca caducaba el día 23 de enero de 2016, la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas es de fecha 4 de septiembre de 2014, y consta cancelada con fecha 23 de noviembre de 2021, asiento que goza de la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, LH), por lo que habiendo transcurrido los tres años de caducidad convencional del asiento de hipoteca, supuesto al que es aplicable analógicamente la doctrina que se acaba de exponer, procede la cancelación de la inscripción de hipoteca solicitada.

Resolución de 27-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 4.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE EMITIR LA PUBLICIDAD FORMAL.**

Se descarta la posibilidad de usar el correo electrónico como medio hábil para la solicitud y emisión de las notas simples.

En cuanto a las vías adecuadas para solicitar publicidad del contenido de los asientos del Registro, que constituye el fondo del asunto en este expediente, cabe recordar lo dispuesto en la resolución de 23 de mayo de 2022, reiterada por las posteriores, debemos partir de lo establecido en los artículos 221 y siguientes la Ley Hipotecaria, y los artículos 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario que regulan el procedimiento registral y los requisitos de acceso y limitaciones existentes para la expedición de los diferentes tipos de publicidad formal así como de la Instrucción de 10 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico.

Para la determinación de un cauce adecuado debe existir la posibilidad, conforme a las reglas generales, de identificar de forma indubitada al solicitante, calificar el interés legítimo en la obtención de publicidad formal, y que quede constancia fehaciente de la fecha, hora y minuto de recepción de la solicitud y recepción de la nota simple expedida, así como de que el contenido de una y otra no haya sido alterado. Esto se consigue a través de los sistemas de certificación de firma electrónica, que garantizan tales extremos. Excepcionalmente la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, durante la vigencia del Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, a la que hace referencia el registrador en su nota, flexibilizó la exigencia de firma electrónica en las solicitudes de notas simples, dada la situación de urgencia existente en la pandemia por COVID-19, pero una vez que ha dejado de tener aplicación, resurge la necesidad de que la solicitud de la nota simple se haga presencialmente, a través de la intranet colegial o con firma electrónica.

El correo electrónico (e-mail) es un servicio de red para permitir a los usuarios enviar y recibir mensajes. Junto con los mensajes también pueden ser enviados ficheros adjuntos. Las características peculiares de este medio de comunicación (universalidad, bajo coste, anonimato, etc.) han propiciado la aparición de amenazas que utilizan el correo electrónico para propagarse o que aprovechan sus vulnerabilidades. Este riesgo debe ser debidamente considerado cuando, como en el caso de los registrales, la información que se transmita esté bajo el amparo de la protección de datos. Nunca existe certeza de que la persona con la que nos comunicamos vía e-mail sea quien dice ser, salvo en aquellos casos que se utilicen mecanismos de firma electrónica de los correos (no solo de los ficheros adjuntos como sucede en este caso).

Todo lo anterior, ha sido contemplado por las Administraciones públicas, a la hora de facilitar la comunicación de los ciudadanos por medios electrónicos, admitiendo como medios de comunicación el presencial, los portales de internet y sedes electrónicas, las redes sociales, acceso telefónico, correo electrónico o cualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ahora bien, no todos los medios citados son canales para la transmisión de datos protegidos, de hecho, todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas, se efectúan a través de la sede electrónica.

En el ámbito que nos ocupa la relación electrónica con los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles debe serlo a través del portal web de los mismos que se encuentra alojada en la dirección electrónica <https://sede.registradores.org/site/home> El uso de dicho sitio implica una serie de controles tecnológicos que garantizan la identidad del interesado y el cumplimiento de la normativa nacional y europea en materia de seguridad, firma electrónica y protección de datos.

En consecuencia, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, por los motivos expuestos, que en tanto no se produzca, la relación con los registros deba instrumentarse a través de su Sede Electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Resolución de 28-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TITULAR DE UN DERECHO SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA.**

El titular registral del dominio sujeto a condición suspensiva no puede constituir hipoteca mientras la condición esté pendiente.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación de la registradora, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho Hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH).

Atendiendo al defecto apreciado por la registradora, es decir, el poder de disposición y de hipotecar del adquirente de bienes adquiridos bajo condición suspensiva pendiente de cumplimiento, el recurso no puede prosperar.

En el presente expediente los otorgantes carecen de poder de disposición de derecho alguno susceptible de ser hipotecado, al tratarse de cesionarios bajo condición suspensiva, condición que pospone la adquisición del dominio hasta su cumplimiento, adoptando, los adquirentes, una simple posición jurídico obligatoria. Tales extremos no pueden confundirse con la regulación contenida en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 28-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.**

Una anotación de embargo que estaba caducada a la fecha de presentación del mandamiento no puede ser prorrogada.

El cómputo del plazo de vigencia de la anotación de la letra P, según la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 11 de junio de 2020 —de consulta del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España sobre levantamiento de la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales—, el plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha, según el art. 86 LH) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar además los 88 días, naturales en este caso, en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales debido al estado de alarma. En consecuencia, dicha anotación letra P ya estaba caducada al tiempo de presentarse el mandamiento, ordenando su prórroga.

Esta caducidad opera de forma automática, «*ipso iure*», sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la expedición del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con

la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral. La anotación caducada deja de surtir efectos desde el mismo momento en que se produce la caducidad, independientemente de que se haya procedido o no a la cancelación correspondiente y, por tanto, de la fecha de la misma.

Resolución de 28-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 3.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.**

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio telemático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los Registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede <https://sede.registradores.org>, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

En el supuesto de este expediente es evidente que las solicitudes de notas simples en ningún caso son objeto de presentación, pues su finalidad es obtener la información que consta en el Registro de la Propiedad sobre una finca o inmueble, no la de producir operación registral alguna. En consecuencia, procede confirmar la nota de calificación. Ello, no obstante, podrá obtenerse la información solicitada a través del procedimiento habilitado al efecto en la repetida sede <https://sede.registradores.org>.

Debe destacarse que el procedimiento registral es un procedimiento autónomo, de naturaleza especial, que se rige por la legislación hipotecaria. El carácter privado de los derechos inscribibles y el carácter público del Registro se concilian atribuyendo al procedimiento registral carácter rogado en su iniciación y automático en su tramitación, de forma que, los interesados pueden iniciarlo o no, pero una vez iniciado, no es preciso obtener el consentimiento del interesado para que se desarrollen sus distintas fases ni estas pueden variar por la voluntad de los interesados. Solo supletoriamente es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este carácter del procedimiento registral es igualmente predicable para el supuesto de solicitud de notas simples de forma telemática. El artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria regula de forma autónoma el procedimiento de su solicitud, emisión y recepción, en la forma dispuesta en los apartados que han sido anteriormente relacionados y de los cuales resulta que, si se escoge la solicitud de publicidad registral de forma telemática, la tramitación se produce íntegramente por este medio, debiendo culminar en el plazo previsto, que, dada su brevedad, impide cualquier modificación en una fase posterior del procedimiento.

Resolución de 29-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Valencia, número 5.

**HERENCIA: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO QUE INCLUYE LA MITAD INDIVISA LEGADA A OTRA PERSONA.**

No es posible inscribir una instancia de heredero único si afecta a la mitad indivisa de una finca legada a un hermano del solicitante que ha renunciado a la herencia, pero no al legado.

Antes de entrar a resolver el fondo del recurso, conviene recordar de nuevo que, tal y como tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo y según el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». En aplicación de dicha doctrina y como indica la registradora en su informe, no cabe tener en cuenta en el recurso contra su calificación el escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Torrent de fecha 22 de septiembre de 2021 firmado por el abogado don M. B. M. I.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos expresados por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el

registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso.

En el caso de las sucesiones «*mortis causa*», el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012». Este precepto se complementa con el artículo 79 del Reglamento Hipotecario, según el cual «podrán inscribirse a favor del heredero único y a su instancia, mediante la presentación de los documentos referidos en el artículo 76, los bienes y derechos que estuvieren inscritos a nombre del causante, cuando no exista legitimario ni persona autorizada, según el título sucesorio para adjudicar la herencia, salvo que en este segundo supuesto la única persona interesada en la herencia resultare ser dicho heredero».

Los preceptos transcritos contemplan el supuesto de heredero único, sin que exista persona con derecho a legítima, y si bien, como resulta del relato de hechos, hay dos de los tres hijos del causante que han renunciado a la institución de heredero y no al legado (el tercero renunció a la herencia y al legado), que recae precisamente sobre una mitad indivisa de la finca que motiva este recurso, en la nota se da por sentado que tales hijos legatarios no ostentan la condición de legitimarios, por lo que deben analizarse únicamente los defectos alegados por la registradora que impedirían la práctica de la inscripción solicitada.

Respecto del examen del primero de los dos obstáculos en que se fundamenta la calificación, es indudable que si el testador ordenó un legado de cosa inmueble, propia y específica, el heredero no puede inscribirla a su nombre mediante decisión unilateral e inaudita parte, pues pertenece al legatario favorecido. Como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000, «(...) no hay que olvidar que el legatario deviene titular *ipso iure* del legado en el momento de la muerte del causante (art. 881 CC) sin perjuicio de que puede renunciar al mismo, es decir, que en el legado no se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia que exige aceptación, y si el legado es de cosa propia del testador (art. 882 CC) deviene propietario de la cosa legada desde la muerte del mismo, tal como han destacado las sentencias de 7 de julio de 1987, 30 de noviembre de 1990 y 25 de mayo de 1992». Prescindir del legatario y «fundir» —como expresa la ahora recurrente en la instancia calificada— el legado en la herencia sin su consentimiento, o resolución judicial de por medio, es algo que escapa del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, pues supondría una clara vulneración del principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan «*erga omnes*» de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —arts. 1 y 38 LH—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos al control de legalidad notarial y la calificación registral (así el art. 3 LH).



Resolución de 29-3-2023  
BOE 18-4-2023  
Registro de la Propiedad de Piedrahíta.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: LAPSO TEMPORAL ENTRE LOS DOS TÍTULOS.**

La inmatriculación por el artículo 205 exige que entre las fechas de las dos transmisiones media al menos un año.

El artículo 205 de la ley exige «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». Dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

En el presente caso, se presenta como título para la inmatriculación la escritura de compraventa de fecha 27 de julio de 2022. La fecha de la adquisición previa es la del otorgamiento de la escritura pública en virtud de la cual los ahora vendedores adquirieron la finca; esto es, el día 22 de noviembre de 2021. No ha transcurrido, por tanto, el plazo de un año que exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-3-2023  
BOE 18-4-2023  
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

#### **OBRA NUEVA: SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.**

No puede el registrador oponerse a la inscripción de una obra nueva aludiendo a la existencia de dudas respecto a la invasión de una finca colindante cuando resulta de la cartografía que la edificación está dentro de los límites de la propia finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH).

Las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación se ubican íntegramente dentro de la parcela catastral que se corresponde con la identidad de la finca sobre la que se declara la obra nueva, lo que califica el registrador mediante la superposición de la geometría de la finca con la geometría de la superficie ocupada por la edificación, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, en resoluciones como las de 4 de enero o 23 de abril de 2019. Siendo todas las geometrías catastrales y siendo el informe positivo, no puede darse el solapamiento que sirve de fundamento a la registradora para justificar las dudas en la identidad de la finca.

Como reiteradamente ha declarado este Centro Directivo, la oposición realizada por alguno de los colindantes notificados no hará contencioso el expediente, ni

impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, pero, el registrador puede basarse en las alegaciones recibidas para formar su juicio. Pero, lo dicho en el anterior fundamento de Derecho no puede hacernos olvidar que el juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De la comparación de las descripciones inscritas y la que ahora se pretende inscribir y la apreciación de la realidad física que resulta tanto de la aplicación registral homologada para el tratamiento de bases gráficas, como de la existente en la Sede Electrónica del Catastro resulta que las construcciones no ocupan la totalidad de las parcelas, por lo que el aumento de obra, aunque estén delimitadas las mismas por vallados construidos, no tiene que implicar necesariamente invasión de una finca colindante, pues el aumento de superficie construida puede haberse producido sobre la parte de la finca no construida, como alegan los recurrentes. Solicitándose la inscripción de la declaración obra nueva, el registrador, en aplicación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, debe calificar que la superficie georreferenciada de la planta de la obra se ubica íntegramente sobre la superficie de la finca sobre la que se declara la construcción.

Resolución de 29-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 2.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS FRENTE A TERCEROS ADQUIRENTES.

Los terceros adquirentes de la finca ejecutada no pueden verse afectados por la resolución judicial dictada después de su adquisición declarando la nulidad de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario.

En su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal de Justicia de la UE ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema. En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber esta concluido por resolución firme. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual.

En Derecho español la transmisión de la propiedad está basada en el sistema del título y el modo. La concurrencia del acuerdo de voluntades entre las partes y de la entrega de la posesión de la cosa produce el efecto traslativo (arts. 609 y 1462 CC). La entrega de la posesión puede ser sustituida por la llamada «*traditio ficta*», que en la práctica habitual de la contratación inmobiliaria viene representada por el otorgamiento de la escritura pública notarial (art. 1462, párrafo segundo, CC). Una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 LEC, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que

debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.

En el supuesto objeto de este recurso el procedimiento hipotecario se inició en el año 2014 y el decreto de adjudicación es del año 2019, por lo que el denominado recurso extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019), incluso con efectos si la finca estuviere inscrita a favor de terceros (si hubieran sido parte en el incidente procesal), no sería aplicable. En consecuencia, la situación del procedimiento de ejecución, a los efectos que son objeto de este recurso, se rige por la normativa procesal y de protección de consumidores general, siendo aplicable en cuanto al sobreseimiento de la ejecución la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 que atiende a la gravedad del incumplimiento en el momento de la presentación de la demanda ejecutiva.

Por tanto, se trata, de un propietario que ha adquirido el dominio desde la fecha del decreto de adjudicación, que se trata de un tercero respecto de la relación del contrato de préstamo hipotecario, por lo que, de conformidad con la doctrina expuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, se encuentra a salvo del posible sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. Desde este punto de vista, el auto judicial objeto de calificación contraviene la doctrina de dicha sentencia, porque ordena la cancelación de la inscripción realizada en favor de quien había adquirido la titularidad de la finca por virtud de una transmisión operada por el adjudicatario ejecutante en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

A la vista de lo señalado en la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ratificada por el Tribunal Constitucional, parece claro que en un incidente en el que se enjuicia el carácter abusivo de alguna cláusula del préstamo garantizado con hipoteca, si este se resuelve después de que la propiedad de la finca ejecutada se haya transmitido a un tercero como consecuencia de dicha ejecución o posteriormente mediante otro negocio jurídico, solo se podrá acordar la reparación al deudor, en el juicio que corresponda (art. 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de las consecuencias económicas que la aplicación de una cláusula abusiva le hayan ocasionado, pero no podrá verse afectada la titularidad transmitida a favor del tercero, especialmente si este está además protegido por la fuerza del Registro de la Propiedad. Consecuentemente, la resolución judicial calificada en este expediente resulta incongruente con el tipo de procedimiento o juicio en el que se ha dictado, debiendo la registradora calificar dicho extremo en los términos examinados.

La conclusión desestimatoria del recurso interpuesto que se deriva de las consideraciones anteriores no puede verse enervada por las alegaciones del recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas objeto de la litis (la sociedad Intermobiliaria SA) respecto de la sociedad demandada en el procedimiento concluido con la resolución calificada («Bankinter, S.A.»), entendiéndose la recurrente que procede aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo societario para permitir remover el obstáculo de la falta de cumplimiento del requisito del tracto sucesivo. Presupuesto necesario para la aplicación de la señalada doctrina sobre el levantamiento del velo es que medie una decisión judicial en el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, sin que, como ya se ha dicho, tal intervención judicial

pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso, que por la ausencia de aplicación del principio contradictorio y por la limitación de medios de prueba y cognición, necesariamente debería pronunciarse sobre hechos eventualmente controvertidos y ajenos a la prueba documental presentada inaudita parte y sin poder garantizar, por tanto, el derecho de defensa (alegando y probando lo que a su derecho convenga) del titular registral con la plenitud que exige el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Resolución de 30-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad Barcelona, número 3.

#### **HIPOTECA: DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES.**

No es admisible la fijación de un domicilio a efectos de requerimientos fuera del territorio español.

La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y, por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. No obstante, como afirmó este Centro Directivo en resolución de 7 de enero de 2014, debe tenerse en cuenta: a) que, atendida esa finalidad, la expresión «un domicilio» debe interpretarse no en el sentido de domicilio único sino en el de cierto y determinado —sin que tenga que ser necesariamente el domicilio real o habitual al que se refiere el artículo 40 del Código Civil—, y b) que la expresión de distintos domicilios puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento de realización de la hipoteca, y así ocurrirá en caso de que el deudor e hipotecante no sean la misma persona —resolución de 5 de septiembre de 1998—, en el supuesto de pluralidad de hipotecantes —resolución de 7 de febrero de 2001—, en el caso de hipoteca constituida inicialmente por una sola persona sobre varias fincas con previsión de posterior transmisión de las fincas hipotecadas —resolución de 9 de julio de 2001—, o, por ejemplo, en casos en que se habiten durante el mismo año distintas viviendas por temporadas. Por ello, no debe haber inconveniente en señalar más de un domicilio para notificaciones y requerimientos si con ello el deudor se entiende suficientemente defendido y el acreedor considera que se asegura así la posibilidad de realizar eficazmente dicho trámite esencial del procedimiento.

Como ya ha afirmado en otras ocasiones este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 7 de febrero y 9 de julio de 2001, 14 de enero de 2008 y 6 de marzo de 2019, entre otras), la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del citado procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca producirá el efecto de que no puedan utilizarse dichos procedimientos —de carácter potestativo—. Ahora bien, lo anterior no comporta, al no existir precepto alguno que así lo disponga, la ineficacia de la hipoteca ni constituye obstáculo para la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la obligada exclusión de los pactos relativos al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y sobre ejecución extrajudicial.

Respecto de la concreta cuestión planteada en el presente recurso, relativa a la posibilidad de que, para la práctica de requerimientos y notificaciones, se fije un domicilio del deudor situado en el extranjero, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando en el citado artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se previene expresamente que dicho domicilio deba estar en territorio español, lo cierto es que el artículo 660, apartado 1, al que se remiten tanto aquel precepto legal como —respecto de los terceros adquirentes de bienes hipotecados— el artículo 683.3, establece que «cualquier titular registral de un derecho real, carga o gravamen que recaiga sobre un bien podrá hacer constar en el Registro un domicilio en territorio nacional en el que desee ser notificado en caso de ejecución». Y, respecto de la venta extrajudicial del bien hipotecado, el artículo 234, apartado 1, circunstancia segunda, del Reglamento Hipotecario dispone que el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial ejecución directa sobre bienes hipotecados (requerimientos y notificaciones que habrán de practicarse en la forma prevenida en el artículo 236-c del mismo Reglamento). Indudablemente, esta exigencia de que el domicilio fijado esté situado en territorio nacional se aviene bien con la necesaria agilidad y celeridad de estos procedimientos de realización de la hipoteca, que resultarían dificultados si los requerimientos y notificaciones hubieran de realizarse en territorio extranjero.

No procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado este pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar —ahora sí— la anotación preventiva por defecto subsanable (vid. resoluciones de este Centro Directivo de 16 de septiembre de 2005, 21 de septiembre de 2011, 20 de junio de 2018, 17 de enero y 4 de noviembre de 2019, 6 de febrero, 6 de marzo y 20 de julio de 2020 y 9 de febrero de 2022).

Resolución de 30-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

#### DERECHO DE VUELO: CANCELACIÓN.

No es posible cancelar un derecho de vuelo alegando que ha prescrito, dado que la prescripción ha de ser reconocida judicialmente.

Respecto de la alegación del recurrente sobre la extinción del derecho de vuelo por la prescripción, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (cfr., entre otras citadas en «Vistos», las resoluciones de 26 de abril de 2006, 5 de diciembre de 2014, 25 de octubre de 2018 y 9 de junio de 2022), según la cual la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que, inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida también a la adquisitiva (vid. resolución de 7 de marzo de 2018).

Como puso de relieve este Centro en la resolución de 26 de octubre de 2007, «ante la falta de constancia registral (y en el propio título inscrito) de los plazos (...), debe acudir al sistema ordinario de cancelación de asientos en el Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral (...), expresado en

escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (cfr. art. 82 LH)».

Como afirma el registrador en su calificación, tampoco es aplicable el párrafo tercero de la regla octava de este mismo artículo, toda vez que no ha transcurrido el plazo de sesenta años desde la extensión del último asiento relativo a tal derecho.

Resolución de 30-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Teguiuse.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca basadas en las alegaciones hechas por un colindante, aunque este no hubiera alegado nada en procedimientos tramitados con anterioridad.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca, por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Tal asiento registral determinante de la ubicación, delimitación y superficie de la finca «está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», como resulta del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Y entre tales efectos jurídicos, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: a) en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». b) en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». c) en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

Cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración, debe recordarse aquí la

doctrina reiterada de este Centro Directivo, conforme a la cual, como señaló la resolución de 31 de mayo de 2022, «hay que partir de la naturaleza autónoma y distinta de dos instituciones que tienen por objeto el territorio, como realidad física, pero al que contemplan de modo distinto, el Catastro, como institución administrativa, que atiende a su realidad física, como reveladora de una capacidad económica y el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, que atiende a la misma realidad física, pero que pone el punto de vista en la persona de un propietario, o titular registral, que tiene un título hábil para adquirir la propiedad.

Debe resaltarse que en la tramitación del procedimiento registral del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, con notificación y concesión de plazo de alegaciones a todos los interesados que proceda, ninguno de ellos ha de quedar vinculado (pues no hay precepto legal alguno del que tal cosa pudiera deducirse), por la actitud pasiva o activa que hubiera adoptado en un anterior procedimiento catastral. Por todo ello, ha de ser desestimada la argumentación del recurrente relativa a que quien ahora formula oposición en el seno del procedimiento registral, alegando invasión de una determinada finca registral, hubiera de quedar vinculado por su actitud pasiva previa de no oposición ni formulación de recurso en un procedimiento catastral anterior.

Resolución de 31-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Archidona.

#### HERENCIA: ACEPTACIÓN TÁCITA.

Debe entenderse como aceptación tácita de la herencia el hecho de disponer por vía de legado a través de testamento de la finca que el testador había recibido de la herencia tácitamente aceptada.

En el presente caso no consta aceptación expresa de la herencia, ni en documento público, ni privado (que debería elevarse a público) para hacer constar en el Registro la aceptación hecha. Debe valorarse entonces si se ha producido de alguna manera una aceptación tácita de la misma, lo que permitiría incluir en el inventario del causante la finca heredada de su premuerta esposa.

Puede deducirse de la documentación presentada y de los asientos del Registro, que han realizado los herederos la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, lo que se justifica por el recurrente y no niega el registrador, si bien entiende que debería presentarse de nuevo a otra liquidación «dada la trascendencia fiscal de la rectificación propuesta». Aunque ha sido una cuestión discutida, es mayoritaria la doctrina que entiende que la presentación de liquidación del impuesto no supone aceptación de la herencia. En cuanto a los actos dispositivos voluntarios realizados por los herederos sobre los bienes que les han sido adjudicados, en el supuesto de este expediente, la esposa del causante había fallecido el día 16 de agosto de 2017, y en el testamento del causante, de fecha 21 de noviembre de 2017, por tanto, posterior a la apertura de la sucesión de la esposa y, habiendo sucedido como heredero único el viudo, se ordena un legado del pleno dominio de la vivienda objeto del expediente a don J. C. A., e instituye herederos por partes iguales al mismo don J. C. A. y a su sobrino, don M. O. M. Conforme a la doctrina expuesta anteriormente, se ha realizado un acto dispositivo en el testamento, y esta disposición testamentaria debe llevar a la conclusión de que no se trata de una transmisión del «ius delationis», sino de



una aceptación tácita y por tanto el legatario y los herederos pueden adjudicarse los bienes a su nombre.

Resolución de 31-3-2023  
BOE 18-4-2023  
Registro de la Propiedad de Alcañiz.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA CORRECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.**

A pesar de que se pueda considerar razonable y fundada la postura de la registradora, de acuerdo con el criterio de nuestro Tribunal Supremo, la valoración acerca de la correcta interpretación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excede del margen que legalmente corresponde a la calificación registral.

La registradora suspende la inscripción acogiéndose a la doctrina que había venido manteniendo este Centro Directivo sobre la necesidad de hacer una interpretación conjunta de los artículos 671 y 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para evitar que una aplicación puramente literal del primero de los preceptos supusiera un desequilibrio que perjudicara gravemente los intereses del ejecutado y de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca.

En relación con esta cuestión se ha pronunciado la sentencia número 866/2021 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre, a la que debe ajustar su doctrina este Centro Directivo, que establece lo siguiente en su fundamento de Derecho tercero en relación al alcance de la calificación registral de documentos judiciales y en relación con la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre subastas. Por más razonable o tuitiva que resulte la interpretación sostenida por la calificación litigiosa, no entra dentro de las facultades del registrador la revisión de la interpretación realizada por un tribunal, más allá del margen legal antes expuesto para la calificación registral. Por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

Aunque es cierto que ambas sentencias están referidas a casos en los que la ejecución recaía sobre la vivienda habitual del ejecutado, sus razonamientos son igualmente aplicables a los supuestos de ejecución sobre otro tipo de bienes. Es por ello por lo que, a pesar de que se pueda considerar razonable y fundada la postura de la registradora, de acuerdo con el criterio de nuestro Tribunal Supremo, la valoración acerca de la correcta interpretación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excede del margen que legalmente corresponde a la calificación registral, debiendo, por tanto, estimarse el recurso.

Resolución de 31-3-2023  
BOE 18-4-2023  
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

**OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN POR SILENCIO POSITIVO.**

Se reseña la posibilidad de acreditar la obtención de la licencia de primera ocupación por vía de silencio administrativo positivo.

Corresponde a las comunidades autónomas determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

En principio, es exigible la licencia de primera ocupación para inscribir en el Registro de la Propiedad las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas, siempre que la respectiva normativa autonómica establezca que está sujeto a licencia, aprobación, autorización o conformidad administrativa el acto jurídico de uso de la edificación y que no es bastante la comunicación previa o declaración responsable. El vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, no incluye la ocupación entre los actos para los que se requiere autorización expresa, con silencio administrativo negativo. De la normativa urbanística balear, interpretada a la luz de la Constitución, resulta la admisibilidad del silencio positivo en la concesión de licencia de ocupación.

Aceptada la virtualidad del silencio positivo en la obtención de la licencia de ocupación (si no hay contravención de la licencia de obra) se plantea a efectos registrales cual es la acreditación que ha de estimarse suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 28.1 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En los casos en que la legislación estatal y autonómica lo permitan, la obtención de la licencia de ocupación por silencio positivo podrá acreditarse incorporando a la escritura, en original o por testimonio: a) la certificación administrativa del acto presunto, ahora ya no como medio único ni preferente para acreditar el silencio positivo; o b) el escrito de solicitud de la licencia y, en su caso, el de denuncia de la mora, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los plazos legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada, no se la ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada, o c) cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho que venga a justificar que la Administración admite la existencia de la licencia obtenida por silencio positivo.

Cuando no se aporte el certificado administrativo de acto presunto, el registrador deberá realizar la posterior comunicación de la inscripción a la comunidad autónoma, con constancia por nota marginal, en publicidad y nota de despacho —con fundamento en el artículo 65 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana—, con referencia expresa a que el título habilitante es el acto presunto y los medios aportados para su prueba. Asimismo, deberá comunicarla al Ayuntamiento y hacer constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación (cfr. arts. 54 y 48.2 del citado Real Decreto 1093/1997).

Resolución de 31-3-2023

BOE 18-4-2023

Registro de la Propiedad de Tarrasa, número 2.

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: LÍMITES.

El registrador ha de limitarse a inscribir la resolución judicial en sus propios términos, sin que pueda entrar a valorar los aspectos atinentes a la legitimación activa en el procedimiento.

La argumentación en que se fundamenta la calificación es bastante para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto. La ausencia de indefensión material impide que la mera alegación de una indefensión puramente formal determine la nulidad del procedimiento.

En nuestro sistema registral, se considera regla general que el registrador no puede actuar de oficio, sino que corresponde a las personas legitimadas al efecto (y que son las señaladas en el art. 6 LH) solicitar la práctica de los asientos correspondan. Dicha regla general queda modelizada por la doctrina consolidada de esta Dirección General (vid. resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006, 20 de enero de 2012 y 1 de julio de 2015, entre otras), conforme a la cual la sola presentación de un documento en el Registro implica, salvo solicitud de inscripción parcial, la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Ahora bien, y como afirmara la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo de 2018 (1.<sup>a</sup>), esa misma doctrina exige para aplicar este criterio que del propio título presentado resulte de modo diáfano y claro, sin margen de duda en su interpretación jurídica, cual sea la naturaleza, extensión y condiciones del derecho cuya inscripción —en sentido amplio de acceso al Registro— se solicite. Cuando de resoluciones judiciales se trata, las mismas reglas son de aplicación si del título presentado resulta la posibilidad de practicar distintos asientos y aquel reúne los requisitos de claridad exigidos por la legislación hipotecaria.

Lo que ocurre en el supuesto de hecho es que la sentencia objeto de presentación, a la que no se le achaca defecto de contenido alguno para practicar el asiento de cancelación, y en cuyo fallo se acuerda la resolución del contrato de arrendamiento que comprendía dos fincas cuya cancelación igualmente se resuelve, es acompañada de un mandamiento en el que se especifica que la cancelación se refiere a una de las dos fincas a que aquella se refiere. El registrador podía haber actuado conforme a dicha rogación y despachar el documento en cuanto a la finca a que se refiere el mandamiento por existir una rogación de inscripción parcial del título presentado. No lo ha hecho así y ha preferido solicitar la aclaración del presentante. Así entendida procede confirmar la calificación sin perjuicio de que la sociedad puede solicitar el despacho de la sentencia en su totalidad, solicitud que ha de ser expresa a la luz de las consideraciones realizadas.

Ciñéndonos a la cuestión de la legitimación para iniciar el procedimiento y como afirma la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de julio de 2013, la legitimación registral derivada de la inscripción

no puede confundirse con la legitimación procesal en el procedimiento, legitimación que está sujeta a requisitos diferentes, y que es generadora de efectos también distintos (*vid.* arts. 9, 10 y 409 LEC), distinción que justifica citada doctrina de este Centro Directivo, recaída al interpretar el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, conforme a la cual en cuanto al ámbito de la calificación registral de las actuaciones judiciales, se ha de distinguir con nitidez las cuestiones relativas a la personalidad de la parte actora y a la legitimación procesal, de un lado, que corresponde apreciar al juzgador, y de otro lado, el requisito del tracto sucesivo, que debe ser calificado por el registrador. De este modo y ahondando en la cuestión no puede confundirse el requisito de tracto sucesivo para la inscripción de sucesivos actos que afecten a la titularidad registral de un acreedor cuyo derecho sea de constitución registral con la legitimación procesal para actuar como demandante o actor de un procedimiento dirigido contra el titular registral de un derecho inscrito.

También debe estimarse el recurso en cuanto a la exigencia del acuerdo de calificación de que la sentencia firme ordene la cancelación del derecho de hipoteca inscrito con posterioridad al arrendamiento cuya resolución se declara. Dicha pretensión es inadmisibles habida cuenta de que el juez que conoce del asunto carece de competencia para pronunciarse en relación a cuestiones ajenas al contenido de la demanda.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 1-2-2023.

BOE 3-3-2023

Registro Mercantil de Madrid, número IV

DEPÓSITO DE CUENTAS: HOJA DE DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL. CRITERIOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2022.

SE CONFIRMA

Se reitera la obligación de presentar la declaración de titular real establecida en anteriores resoluciones de la Dirección General. El órgano directivo aprovecha la ocasión para indicar los criterios que indica la sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2022 por el que la mantiene que la información del titular real sea accesible a quien pueda demostrar un interés legítimo y en segundo lugar, confirma la necesidad del depósito de cuentas de las sociedades en el Registro Mercantil para cumplir con la exigencia de proporcionar la información sobre titularidad real de las mismas a efectos de su registro.

Se reitera la doctrina de la anterior resolución de 31/01/2023.

Resolución de 6-2-2023.  
*BOE* 3-3-2023  
Registro Mercantil de León.

**SOCIEDADES PROFESIONALES: OBJETO SOCIAL.**

**SE REVOCA**

Se reitera la doctrina de que estamos ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación de la Ley 2/2007 se debe declarar expresamente. Por ello cuando una sociedad quedó constituida como sociedad no profesional después de la entrada en vigor de la Ley 2/2007 el registrador no puede entrar a valorar este aspecto relativo al objeto social por la presentación de un título que no modifica dicho objeto.

Resolución de 8-2-2023.  
*BOE* 3-3-2023  
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III.

**REDUCCIÓN DE CAPITAL: PROTECCIÓN A TERCEROS PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO.**

**SE CONFIRMA**

Se reitera la doctrina de que una sociedad no puede rebajar la cifra del capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ellos los requisitos previstos en la ley para la reducción de capital. Se ha de especificar el procedimiento tutelar elegido conforme a la normativa y cumplir las condiciones exigidas para su aplicación.

Resolución de 8-2-2023  
*BOE* 3-3-2023  
Registro Mercantil de Almería.

**CIERRE DE LA HOJA REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITOS ANTERIORES DE LA SOCIEDAD. (ARTS. 378 RRM Y 282.1 LSC).**

**SE CONFIRMA**

Se reitera la doctrina de que cuando una sociedad no ha practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas da lugar al cierre registral de dicha sociedad mientras el incumplimiento persista y, en consecuencia, no puede practicarse el depósito de cuentas de ejercicios posteriores en tanto no se depositen las correspondientes a los ejercicios anteriores.

Resolución de 13-2-2023.

BOE 8-3-2023

Registro Mercantil de Málaga, número III.

PAGO DEL IMPUESTO: AFECTA A TODO EL DOCUMENTO.

SE CONFIRMA

Las obligaciones fiscales afectan a todo el documento en su sentido más amplio, —en este caso a toda la escritura pública que contiene una compraventa de participaciones sociales sujeta al pago del impuesto— no se debe de entender que solo afecta a los actos inscribibles (la declaración de unipersonalidad). Además, es obligación del registrador decidir si el contenido del documento presentado se halla sujeto o no a impuesto, aunque la valoración que haga de este aspecto no será definitiva en el plano fiscal; generando una responsabilidad que al mismo podrá salvar exigiendo la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción al impuesto correspondiente (resoluciones de 20 de abril y 12 de junio de 2017).

Resolución de 14-2-2023.

BOE 8-3-2023

Registro Mercantil de La Coruña, número I.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PRORROGADA VIGENTE: NO CABE CADUCIDAD. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

SE CONFIRMA

La anotación preventiva es un asiento de duración temporal que, salvo el supuesto de caducidad, solo puede cancelarse por mandamiento de la autoridad que lo ordenó (art. 83 LH). Solo cuando transcurre el plazo legalmente establecido para el tipo de anotación de que se trate, puede solicitarse la cancelación por caducidad del asiento. Si la anotación está prorrogada, la cancelación por caducidad solo puede solicitarse una vez transcurrido el plazo de la prórroga del asiento (arts. 86 LH y 206 RH). Resultando del registro del bien inscrito, anotación preventiva de embargo vigente por prórroga de la primera practicada, no procede la cancelación por caducidad. No puede discutirse en el recurso la validez de la prórroga practicada, la cual está bajo la salvaguarda de los tribunales (arts. 1, 38,40, 82 y 83 LH).

Resolución de 20-2-2023.

BOE 15-3-2023

Registro de Bienes Muebles Madrid, número I

MODELOS DE COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES.

SE CONFIRMA

Conforme al artículo 326 LH el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que afecten a la calificación del registrador.

En cuanto al fondo, la Dirección General confirma que en el modelo de contrato de compraventa presentado para la inscripción deben estar cumplimentados los datos identificativos de la sociedad (denominación, NIF, etc.) así como los datos registrales de la misma según el Registro Mercantil. (art. 11. 2.<sup>a</sup> de la Ordenanza de Venta a Plazos de Bienes Muebles), datos todos ellos necesarios para facilitar el tráfico jurídico de los bienes muebles.

Es necesario otorgar escritura pública si lo que se pretende es que la inscripción se practique a favor de una sociedad de capital irregular, de la que resulten los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, si no se quieren utilizar los modelos oficiales.

Resolución de 28-2-2023.

*BOE* 20-3-2023

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

**AUMENTO DE CAPITAL CON CARGO A RESERVAS: NECESARIO BALANCE SIN PÉRDIDAS: LAS RESERVAS SE APLICAN EN PRIMER LUGAR A LA COMPENSACIÓN DE AQUELLAS.**

**SE CONFIRMA**

La Dirección General confirma en base a su consolidada doctrina en materia de capital social por la que no cabe crear participaciones que no gocen de una efectiva cobertura patrimonial, exigiendo el legislador acreditar de forma suficiente y objetivamente contrastada la realidad de esas aportaciones, como requisito previo para la inscripción. En las sociedades de responsabilidad limitada no cabe el aumento de capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas, siendo necesaria la existencia de fondos en el patrimonio social y su disponibilidad para transformarse en capital, pues las reservas deben aplicarse en primer lugar a la compensación de dichas pérdidas.

Resolución de 1-3-2023.

*BOE* 22-3-2023

Registro Mercantil de Barcelona, número X.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SOLICITUD DE REQUERIMIENTO DE NOTARIO PARA LEVANTAR ACTA DE LA JUNTA GENERAL QUE APRUEBA LAS CUENTAS: EFECTOS EN EL REGISTRO MERCANTIL**

**SE CONFIRMA**

La Dirección General confirma en base a su doctrina y a tenor de la sentencia número 561/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que si bien la anotación preventiva de solicitud de requerimiento de notario para levantar acta de la junta general que aprueba las cuentas actualmente no es imprescindible, una vez practicada no puede ignorarse por lo que una vez solicitada por la minoría el levantamiento de acta notarial de la junta general esta si es imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados, y por ende, para su acceso al Registro Mercantil (arts. 104 RRM y 203 LSC).



Además, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo antes referenciada de 12 de julio, el registrador puede tener en cuenta la anotación de petición de intervención de notario, aunque esté cancelada.

Resolución de 27-3-2023.  
BOE 18-4-2023  
Registro Mercantil de Almería.

**OBLIGATORIO PRESENTAR EL INFORME DE AUDITORÍA EN EL DEPÓSITO DE CUENTAS DE UNA SOCIEDAD CON AUDITOR INSCRITO.**

**SE CONFIRMA**

Constando inscrita en la hoja de la sociedad la designación de un auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales no puede efectuarse el depósito si no viene acompañada del informe emitido por el auditor inscrito, cualquiera que sea la causa de que derive la inscripción (auditoría obligatoria, a petición de la minoría o voluntaria).



**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# Cuestiones actuales del acogimiento familiar

## *Current issues in family care*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE \*

*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN:* Estamos ante un tipo de procedimiento donde *se amplían ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados*, entre los que ocupa una posición prevalente, el interés superior del menor. Menor que es protegido aun antes de su nacimiento, pudiéndose detectar su situación y declarar su desamparo para una mejor protección en supuestos falta de capacitación de los progenitores y necesidad de modificación de sus patrones de comportamiento. Desamparo que se declara cuando se produce un incumplimiento o hay un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, con mantenimiento de los vínculos, con el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente, y, sobre todo que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En el sistema vigente de protección de menores son principios imprescindibles de la actuación de los poderes públicos la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen, y, la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

---

\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

**ABSTRACT:** *We are facing a type of procedure where the powers of the Judge are extended ex lege to guarantee the interests that must be protected, among which the best interest of the minor occupies a prevailing position. A minor who is protected even before his birth, being able to detect his situation and declare his helplessness for better protection in alleged lack of training of the parents and the need to modify their behavior patterns. Helplessness that is declared when a breach occurs or there is an impossible or inadequate exercise of the protection duties established by the laws for the custody of minors, when they are deprived of the necessary moral or material assistance. In order to agree on the return of the helpless minor to his or her family of origin, it will be essential that a positive evolution of the family of origin has been verified, objectively sufficient to reestablish family coexistence, with maintenance of ties, with the purpose of carrying out parental responsibilities adequately, and, especially that it is verified that the return with it does not entail significant risks for the minor through the corresponding technical report. In the current system of protection of minors, the essential principles of the action of the public powers are the preference of preventive actions, the maintenance of the minor in his or her family of origin, and the preference of family foster care over residential care.*

**PALABRAS CLAVE:** Acogimiento. Menores. Desamparo. Situación de riesgo. Protección de menores.

**KEY WORDS:** *Fostering. Minors. Helplessness. Risk situation. Child protection.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD.—II. MARCO JURÍDICO.—III. TIPOS DE ACOGIMIENTO.—IV. REQUISITOS DE LA FAMILIA DE ACOGIDA.—V. EL TEDH Y LA CELERIDAD EN LAS DECISIONES QUE AFECTAN A LAS RELACIONES DE LOS PADRES CON LOS HIJOS.—VI. CUESTIONES ACTUALES PRÁCTICAS DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR: 1. LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. DETECCIÓN DEL RIESGO EN LA SITUACIÓN DEL MENOR ANTES DE SU NACIMIENTO. 3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN REAL DEL MENOR: EL DESAMPARO: A) *La importancia de adoptar un sistema de prevención del riesgo de desamparo.* B) *El desamparo y la separación del menor de su núcleo familiar. El retorno del menor y la integración en la familia de acogida.* C) *Otros principios relevantes en la protección de menores.* D) *La importancia del mantenimiento y la reintegración del menor en su familia de origen.* E) *La evolución de la familia para la reinserción del menor en su familia de origen: análisis del cambio de circunstancias producido para asumir de nuevo la patria potestad.* F) *La no reinserción en la familia de origen y el mantenimiento de la situación de acogimiento familiar pues se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su integración en ella y que es satisfactorio el entorno, y si se han desarrollado vínculos afectivos con ella.*—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD

El acogimiento familiar es una medida legalmente prevista para dotar de una solución rápida e idónea a aquellos menores en situación de riesgo o desamparo.

Medida de protección dirigida a aquellos menores que no pueden vivir con sus progenitores.

Implica la *delegación de la guarda* de un menor a una familia, que deberá cumplir con las exigencias propias de la *guarda y custodia* previstas en nuestro Código Civil, tales como velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral. La tutela de dichos menores la ostentará la Administración pública. De este modo el menor se integra en un núcleo familiar, ya sea en su propia familia extensa o en una familia ajena, seleccionada expresamente para el cumplimiento de esta función, y que se compromete a cuidarlo y educarlo como un miembro más de la misma.

La finalidad de esta medida de protección se inicia con la detección por el sistema público de servicios sociales, quien debe corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, y tiene la obligación de integrar al menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y, cuyo fin último es su desarrollo integral como persona.

## II. MARCO JURÍDICO

El marco jurídico de esta institución lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor<sup>1</sup>, (concretamente, en los artículos 20 y 20 bis de este texto normativo) que fue modificado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>2</sup>, y, por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia<sup>3</sup>. Leyes que introducen en el artículo 172 ter del Código Civil la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial.

El Código Civil lo regula en el título VII, denominado «De las relaciones paterno-filiales», capítulo V, «De la adopción y otras formas de protección de menores», sección 1.ª, «De la guarda y acogimiento de menores», y más concretamente de los artículos 172 al 174 del Código Civil.

El artículo 173 del Código Civil establece que, «*El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades*».

Las medidas internacionales en cuanto a protección de menores surgieron en la segunda mitad del siglo XX. Así, la *Declaración de los Derechos del Niño*, que proclamó Naciones Unidas en su Resolución 1386 el 20 de noviembre de 1959, en su principio 6 establece que, «*siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material*».

La *Convención sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, es un instrumento internacional obligatorio por el que se comprometen formalmente a respetar los derechos y deberes enunciados, formando parte del ordenamiento jurídico de los países. En su artículo 21 establece que «*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*». El acogimiento es la medida de protección que da respuesta a este derecho<sup>4</sup>. El Instrumento de



ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de *adopción internacional*<sup>5</sup>, resulta también muy interesante.

También hay que tener presentes el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010 (impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) centrado en mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional, evitando conflictos entre los sistemas jurídicos internacionales en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños, basándose en la cooperación internacional para la protección de menores sobre el principio fundamental del interés superior del menor<sup>6</sup>.

Sin olvidar la importancia de otros instrumentos internacionales, como la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*<sup>7</sup>, y la Resolución (77) 33 de 3 de noviembre de 1977 del Consejo de Europa sobre Acogimiento de Menores<sup>8</sup>.

### III. TIPOS DE ACOGIMIENTO

La modalidad de acogimiento familiar se determina teniendo en cuenta, primero, el interés superior del menor con base en su edad, circunstancias personales y familiares. Además, según el mandato legal, deberá primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, y, las consensuadas frente a las impuestas.

Por último, el acogimiento familiar de urgencia será la medida preferente para atender a los menores de seis años, mientras se concreta su plan individual de protección y se establecen sus objetivos y, en su caso, las medidas de protección que correspondan.

Pues bien, el acogimiento familiar puede clasificarse en función de diferentes criterios:

- *Según la vinculación de los menores acogidos con las familias acogedoras.*

*Acogimiento en familia extensa:* es decir, por alguno de los miembros de su propia familia, siendo uno de los recursos más importantes en el ámbito de protección a la infancia con los que cuenta la administración.

*Acogimiento en familia ajena:* Cuando un niño o niña no puede permanecer ni con sus progenitores ni con su familia extensa, se propone la convivencia con una familia distinta a la suya, es decir, el acogimiento en una familia ajena, evitando así que crezca en un centro de protección. En función de las características y posibilidades de cada caso, los niños y las niñas mantendrán contacto con sus progenitores u otros familiares, con la finalidad de que se mantengan los lazos afectivos. Para formalizar el ofrecimiento es necesario cumplimentar la solicitud correspondiente y entregarla junto con la documentación que figura en la misma.

- *Según el tipo de intervención.*

*Acogimiento familiar temporal:* tiene un carácter transitorio y se acuerda cuando se prevé que los padres podrán recuperar la capacidad para atender

adecuadamente al menor acogido en un cierto plazo, que no debe exceder de 2 años salvo excepciones muy determinadas.

*Acogimiento familiar permanente:* cuando se prevé una incierta posibilidad de retorno del menor con su familia de origen o esta se prevé a largo plazo. No obstante su nombre, esta modalidad mantiene un carácter temporal aunque indefinido en cuanto a su duración.

*Acogimiento familiar de urgencia:* principalmente para menores de seis años, que, en general, tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se evalúa la situación personal y del menor y su familia y se decide la medida de protección familiar que corresponda o el regreso con la familia de origen. Persigue evitar que el menor entre en un centro o institución de forma inmediata. Se requiere una *dedicación exclusiva de al menos un miembro de la familia acogedora*, por lo que está sujeto a subvención en la medida y cuantía que se publique en el Boletín Oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

• *Las categorías no son excluyentes entre distintos criterios, ni abarcan todos los tipos de acogimiento, pudiendo existir otras modalidades, como las siguientes:*

*Acogimiento especializado:* se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de *niños con necesidades o circunstancias especiales*, pudiendo percibir por ello una compensación económica. El acogimiento especializado, para los supuestos de menores con enfermedades físicas, psíquicas, sensoriales crónicas.

El *acogimiento remunerado*, que se produce cuando la Administración pública proporciona a los acogedores unas prestaciones económicas con las que hacer frente a los gastos que implique el menor, es el caso del acogimiento familiar de urgencia.

El *acogimiento profesionalizado* en los casos en los que al menos un miembro de la familia acogedora, ha sido seleccionado por razón de su especial cualificación profesional, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, etc. en atención a las especiales necesidades del menor, que proviene de un entorno de malos tratos, abusos sexuales, etc.

Y, *acogimiento abierto*, que tendría lugar durante fines de semana o periodos vacacionales.

#### IV. REQUISITOS DE LA FAMILIA DE ACOGIDA

La familia de acogida debe de disponer de una situación afectiva equilibrada, tener tiempo, tener una actitud educativa flexible y un entorno familiar socializador para el menor.

En el caso concreto del acogimiento familiar de urgencia, se precisa un plus en la capacidad de la familia de acogida, una fortaleza emocional superior, que permita crear rápidamente vínculos de afecto con el menor y aceptar la separación en un periodo breve de tiempo. Hay que insistir en que estamos ante niños de escasos meses, hasta los seis años de edad.

Por otro lado, en este tipo de acogimiento de atención inmediata, se persiguen dos objetivos: evitar la institucionalización del menor y obtener un diagnóstico sobre el caso concreto del niño, por lo que se requiere una estrecha colaboración con el equipo de profesionales.

## V. EL TEDH Y LA CELERIDAD EN LAS DECISIONES QUE AFECTAN A LAS RELACIONES DE LOS PADRES CON LOS HIJOS

En otro artículo ya nos hemos referido a la exigencia de celeridad en las decisiones que afectan a menores para evitar *las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo puede tener para las relaciones entre el hijo y los progenitores que no viven con él*<sup>9</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que en los casos que se refieren a la relación de una persona con su hijo, corresponde a las autoridades demostrar una diligencia excepcional porque el simple paso del tiempo puede tener el efecto de resolver la cuestión de hecho, de modo que ello también forma parte de las exigencias procesales que derivan implícitamente del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así, las sentencias del TEDH de 24 mayo 2011 (Saleck Bardi contra España)<sup>10</sup>, donde se constata la violación del artículo 8 del Convenio, señalando los numerosos fallos de la Administración, quien debió asumir la tutela de la menor por causa de desamparo en septiembre de 2002, confiando su guarda a la familia de acogida y verificando la evolución de la enfermedad para proceder cuanto antes a la repatriación de la menor. Por el contrario, debido a la inercia de la Administración, la menor, aunque seguía con su familia de acogida, permaneció, desde la fecha en la que debería haber sido repatriada, tres años en situación de desamparo jurídico y cinco años en un «vacío jurídico», y esto hasta que se otorgó la tutela ordinaria a su familia de acogida. Así, el paso del tiempo, consecuencia de la inercia de la Administración y de la falta de coordinación entre los servicios competentes, contribuyó decisivamente a la integración de la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana en Murcia.

El Tribunal se ha limitado a examinar si, en el caso de que se trata, las medidas adoptadas por las autoridades españolas para solventar la situación de vacío legal de Soltana en España y garantizar los derechos de la demandante fueron adecuadas y suficientes en la materia. A la vista de lo que precede, estima que las autoridades internas faltaron a la obligación de celeridad especialmente exigible en este tipo de casos.

Concluye que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer cumplir el derecho de la demandante al regreso de su hija, en vulneración de su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8. El Tribunal estima que la demandante, en razón de la violación constatada, ha sufrido un daño moral que no puede ser reparado por la simple constatación de violación. Considera que cabe conceder a la interesada 30.000 euros en concepto de daño moral.

En la STEDH de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria)<sup>11</sup>, se declara que ha habido violación del artículo 8 de la Convención. El Tribunal observa que el procedimiento sobre la solicitud de los demandantes se inició el 20 de diciembre de 2001, cuando solicitaron al Tribunal de Distrito que les concediera derechos de visita, y finalizó cuando se les notificó la decisión final del Tribunal Supremo el 7 de julio de 2005, por lo que duró tres años, seis meses y trece días. Durante el proceso ante el Tribunal de Distrito el proceso se prolongó durante dos años, diez meses y once días y los demandantes no tuvieron contacto con F., quien mientras tanto había regresado con su madre biológica. A pesar de las reiteradas solicitudes de los demandantes para que se acelerara el proceso, el proceso avanzó particularmente lento y, en dos ocasiones, se paralizaron. Este paso del tiempo también tuvo un impacto directo y adverso

en la posición de los demandantes. F. no había tenido contacto con sus antiguos padres adoptivos durante más de tres años, que entretanto había restablecido una relación positiva con su madre biológica y que no interesaba ponerlo en una situación de división de lealtades entre ella y su «antigua familia», es decir, los demandantes.

Por lo que el Tribunal señala que los tribunales nacionales no cumplieron con su deber en virtud del artículo 8 de tramitar con diligencia la solicitud de derechos de visita de los demandantes.

En el caso de la STEDH de 15 de abril de 2015 (caso Kuppinger contra Alemania)<sup>12</sup>, se halla la denuncia presentada por el padre de un hijo nacido fuera del matrimonio, motivada porque el procedimiento que había llevado a cabo para ejecutar las decisiones judiciales que le concedían los derechos de contacto con su hijo *había sido excesivamente largo e ineficaz*.

El TEDH declara que se ha violado el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos en lo que respecta a la ejecución de una decisión provisional de mayo de 2010 que otorga al demandante el derecho a ver a su hijo. El Tribunal Europeo constata que las autoridades alemanas no habían adoptado medidas eficaces para ejecutar la decisión que se trataba. Además, el Tribunal sostiene que no había habido violación del artículo 8 en lo que respecta tanto a la ejecución de una solicitud sobre custodia de contacto de septiembre de 2010, como a los procedimientos relativos a la revisión de los reglamentos de contacto. Por último, el TEDH declara que se ha violado el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, alegando particularmente que no disponía de un recurso efectivo con arreglo a la legislación alemana *contra la duración de un procedimiento que no solo ofrece una reparación monetaria, sino que podría haber acelerado el procedimiento sobre sus derechos de contacto ante los tribunales de familia, pero que podría haber acelerado el procedimiento sobre sus derechos de contacto ante los tribunales de familia*<sup>13</sup>.

En la STEDH de 16 abril de 2015 (Mitovi contra Antigua República Yugoslava de Macedonia), se declara que el derecho al respeto a la vida familiar entre abuelos y nietos en principio supone el derecho a mantener una relación normal mediante contactos entre ellos aunque tales contactos normalmente tienen lugar con el consentimiento de la persona que tiene la responsabilidad parental. En todo caso, la relación entre nietos y abuelos difiere en naturaleza y grado de la relación entre padre e hijo y por ello tiene un menor grado de protección<sup>14</sup>.

El Tribunal considera que las autoridades no han hecho todo lo que estaba a su alcance y que razonablemente se podía esperar de ellas para garantizar los derechos de los demandantes. Considerando que el Centro examinó los efectos a largo plazo que la separación de su padre podría tener en el menor el interés legítimo de los solicitantes en desarrollar y mantener un vínculo con él no fueron considerados. En este sentido, la Corte reitera que la probabilidad de reunificación familiar disminuirá progresivamente y eventualmente se destruirá si no se permite que el padre biológico y el niño se vean en absoluto, o solo en tan raras ocasiones que no es probable que se produzca un vínculo natural entre ellos. Se aplican consideraciones similares a los demandantes quienes tenían derecho, según lo establecido por las autoridades nacionales, a mantener una relación normal de abuelos y nietos a través de contactos entre ellos.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a pesar de la delicadeza del asunto, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales no realizaron esfuerzos adecuados

y efectivos para hacer cumplir el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar; garantizado por el artículo 8 de la Convención.

La STEDH de 14 de marzo de 2017 (K.B. y otros contra Croacia)<sup>15</sup> se consideró que hubo una violación del artículo 8 de la Convención porque aunque el Tribunal nacional observó que las autoridades se involucraron en el tratamiento de los niños hasta abril de 2012, cuando el oficial de supervisión recomendó a su padre que llevara a los niños a la policlínica de Split para someterse a un tratamiento para superar las dificultades emocionales provocadas por la separación de sus padres, los diversos tratamientos no fueron supervisados, racionalizados o coordinados regularmente por las autoridades judiciales o de bienestar social. Por lo que las demoras y las deficiencias identificadas anteriormente son suficientes para que el Tribunal concluya que las autoridades nacionales no han cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio hacia la demandante con respecto a su derecho al respeto de la vida familiar.

## VI. CUESTIONES ACTUALES PRÁCTICAS DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

### 1. LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha referido a las *garantías exigibles para la tutela de otros intereses en conflicto en los procedimientos de protección de menores, en especial los de los progenitores*.

La STC 58/2008, de 28 de abril de 2008 (FJ 2 que recoge doctrina de otras sentencias), declaró en relación con los intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida que «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado»

En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (art. 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor».

## 2. DETECCIÓN DEL RIESGO EN LA SITUACIÓN DEL MENOR ANTES DE SU NACIMIENTO

La SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022, reconoce que *antes incluso del nacimiento del menor Vicente, ya se propuso la declaración de riesgo del menor ante las carencias relevantes detectadas en los progenitores, referentes a la vivienda, a su estilo de vida y carencia de control médico.*

Tal seguimiento reveló incluso un empeoramiento de sus condiciones de vida, de sus hábitos y espacio destinado a la vivienda, advirtiéndose una falta de control médico del menor y un desentendimiento por parte de la madre y su rechazo a ser ayudada para atender a su hijo, así como diversos episodios de enfrentamiento entre los progenitores en presencia del menor y episodios de ansiedad que impedían a la demandante atender adecuadamente a su hijo, tal y como manifestó la trabajadora social señalando que ninguno de los progenitores tuvo predisposición ni colaboración para mejorar la situación.

Y, sobre todo, en tal informe se apuntó una imposibilidad de lograr la capacitación de los progenitores y modificar sus patrones de comportamiento hacia su hijo, con una *nula conciencia del daño sufrido por el menor y de los factores de riesgo para el mismo.*

## 3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN REAL DEL MENOR: EL DESAMPARO

En el supuesto de la SAP de Huesca de 21 de octubre de 2022<sup>16</sup>, se alega por la madre recurrente *la ausencia de una situación real de desamparo del menor de edad*<sup>17</sup>.

Se considera por la doctrina científica y jurisprudencial la situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

El propio artículo 176 bis.1 Código Civil establece que *«La Entidad pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela».*

Por su parte, el apartado 2 de este artículo dispone que *«Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4».*

Todo ello teniendo en cuenta que tomando como referencia el artículo 2.2 c) y 19 bis.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la vida y desarrollo del menor debe tener lugar en un entorno familiar adecuado.

A) *La importancia de adoptar un sistema de prevención del riesgo de desamparo*

A lo largo de los años, el legislador ha concretado el diseño de las situaciones de desprotección en las que se puede encontrar un menor y las medidas que se deben adoptar por las Entidades públicas. Así, antes de proceder a la declaración de desamparo, se prevé que la intervención administrativa se centre en eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo.

La situación en que se pueden encontrar los menores a los que resulta aplicable el sistema de intervención de la Administración en materia de protección del menor son:

a) *la «situación de riesgo» de un futuro desamparo*, orientada a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que inciden en la situación personal, familiar y social en que se encuentra el menor y cuya declaración no comporta la separación del menor de su entorno familiar (art. 17.4 LOPJM);

b) *la situación de desamparo* (art. 18 LOPJM y 172.1 CC), que requiere la previa constatación de la situación «que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

La constatación de esta falta de asistencia moral o material ha de ir precedida del examen con detenimiento de la situación del menor, lo que puede llevarse a cabo:

— *Durante la situación de riesgo declarada por resolución administrativa* (art. 17.8.I LOPJM)<sup>18</sup>.

— *Durante la guarda temporal asumida por la Entidad a petición de los progenitores o tutores* (art. 172.bis.1 CC)<sup>19</sup>.

— *Durante la «guarda provisional» que asuma la Entidad pública en virtud de una resolución administrativa* mientras no tome «en el plazo más breve posible» una decisión definitiva. Esa decisión definitiva puede ser la «declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela» o «la promoción de la medida de protección precedente»; si existen personas que pudieran asumir la tutela en interés del menor, procede promover el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (art. 172.4 CC)<sup>20</sup>.

De esta forma, mediante la «guarda provisional» se da cumplimiento a la obligación de prestar «atención inmediata» al menor que lo precise, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 LOPJM<sup>21</sup>.

Dada la competencia que han asumido las comunidades autónomas en materia de asistencia social *ex* artículo 148.1.20 CE (materia a la que se ha reconducido la protección de menores) ese plazo podrá completarse por la legislación autonómica de desarrollo. En cualquier caso, si en atención a las circunstancias, y aun en ausencia de concreción legal del plazo, la actuación de la Administración supone una prolongación injustificada de la situación provisional, el Ministerio Fiscal está obligado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172.4.III del Código Civil, a promover «las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad pública».

La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residen-



cial (art. 172 ter CC). En particular, para la situación en que la Entidad pública, en atención a las circunstancias del menor, debe ejercer la guarda provisional y sacarlo de su entorno familiar originario, es relevante la figura del *acogimiento familiar de urgencia*<sup>22</sup>.

En atención a su duración y objetivos, el artículo 173 bis.2 Código Civil (re-dactado por la Ley 26/2015) contempla también un acogimiento familiar temporal (esencialmente provisional) y un acogimiento familiar permanente:

«b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

«c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor».

B) *El desamparo y la separación del menor de su núcleo familiar. El retorno del menor y la integración en la familia de acogida*

La primera cuestión para superar la situación de desamparo es valorar las posibilidades y la conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la *evolución de la familia* desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

Además, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya *comprobado una evolución positiva* de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar; también que se hayan mantenido los vínculos, además de que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente, y, sobre todo que se constate que el retorno con ella *no supone riesgos relevantes* para el menor a través del correspondiente informe técnico.

Pero también hay que valorar la situación del menor desamparado con la familia acogedora, pues la toma de decisión sobre el retorno, debe valorarse el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Ya la STS de 21 de febrero de 2011<sup>23</sup> indicaba que han de tomarse para proteger al menor el *valor superior del interés del niño*, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Precepto que ha sido recogida en el artículo 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que «*En la aplicación de la*

*presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».*

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, (art. 172.4 CC). Y, el artículo 11.2 de la LOPJM establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: «a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social».

La STS de 31 de julio de 2009 dice que «cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta «la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor», de modo que *«el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto* cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor».

### *C) Otros principios relevantes en la protección de menores*

El artículo 11.1.a. de la LOPJM, de protección jurídica del menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la supremacía de su interés superior. En la medida que sea posible, este interés debe ponderarse en cada caso de manera proporcional a todos los intereses en conflicto, incluido el de los progenitores a ser oídos, a tener al niño o la niña en su compañía, salvo que ello comprometa su bienestar y les perjudique.

Además, en el sistema vigente de protección de menores son principios imprescindibles de la actuación de los poderes públicos también, la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen, y, la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.

Así, conforme al artículo 11.2. b. LOPJM, es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, «El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional».

También es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores «la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal» (art. 11.2.d. LOPJM).

Y, como precisa el artículo 12.1 LOPJM, la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

D) *La importancia del mantenimiento y la reintegración del menor en su familia de origen*

No cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que la ley supedita que *el menor no sea separado de su entorno familiar* y que, en el caso de haber sido separado, sea reintegrado a su familia de origen (arts. 172.3 CC y 11.2.b. LOPJM). Pues como dice la sentencia de esta Sala 444/2015, de 14 de julio, «El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS de 13 de febrero de 2015). *El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.* Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida»<sup>24</sup>.

Recordemos que el artículo 2.2.c. LOPJM dispone la importancia del criterio interpretativo del principio del interés superior del menor, en los siguientes términos «A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: (...) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».

Por su parte, conforme al artículo 19.bis.3 de la LOPJM. «Para acordar el *retorno del menor desamparado a su familia de origen* será imprescindible que se haya comprobado una *evolución positiva de la misma*, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, *que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor* a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Respecto de este artículo 19 bis, el preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce advierte que «este artículo incorpora los criterios que la STS de 31 de julio de 2009<sup>25</sup> ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida».

Sentencia que destacó que «El principio de inserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del Código Civil como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las

Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre. *Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia».*

El Tribunal Supremo sienta la doctrina de que *es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.* La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

En la misma línea, la posterior STS de 17 de marzo de 2016<sup>26</sup>, afirma que «el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

En definitiva, las medidas que deben adoptarse respecto del menor son *las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.*

E) *La evolución de la familia para la reinserción del menor en su familia de origen: análisis del cambio de circunstancias producido para asumir de nuevo la patria potestad*

La STS de 31 de julio de 2009 sienta doctrina jurisprudencial en el sentido de que al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la

Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, *debe analizarse el cambio de circunstancias, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución suponga la eliminación del riesgo de desamparo del menor.*

F) *La no reinserción en la familia de origen y el mantenimiento de la situación de acogimiento familiar pues se tiene en cuenta el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su integración en ella y que es satisfactorio el entorno, y si se han desarrollado vínculos afectivos con ella*

Importante es concretar y valorar que en la familia de acogida se dan los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico. Debe valorarse también, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica, los riesgos psíquicos que para el menor puede tener el retorno al entorno familiar biológico.

Pero, ¿cómo se valora la evolución? Y lo que es más importante, ¿cómo se cuantifica que ya no hay riesgo para el menor en volver a caer en desamparo? La evolución va más allá del cambio de actitud de los progenitores, que puede concretarse en que es beneficiaria de una vivienda de alquiler social, tiene un contrato de trabajo y está siguiendo tratamiento de deshabitación con resultados negativos en drogas en los controles semanales de orina.

Pero ¿esta evolución implica que la madre garantiza el nuevo rol de madre, y la asunción del cuidado de su hijo menor de edad? Y, ¿para el menor que se encuentra plenamente integrado en la familia de acogida, sería aconsejable un cambio de su situación y su retorno con la madre biológica? Puede no serlo. Todos estos interrogantes deberán ser contrastados y probados por el equipo psicosocial como la trabajadora social y la psicóloga.

Además, hay que tener en cuenta el tiempo que lleva el menor en casa de acogida y la edad que tenía el menor en el momento de ser acogido. Pues, en el caso de haber sido acogido desde su nacimiento implica que no tiene ninguna vinculación con el contacto con su familia de origen. Esta situación conlleva que el interés superior del menor siempre va a consistir en mantenerlo en el seno de la familia de acogida, sin restablecer el contacto con su familia de origen. El artículo 2.3 c) de la Ley Orgánica 1/1996 se refiere al irreversible efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo del menor, que es un criterio que ha de ponderarse.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2017. ASUNTO K.B. Y OTROS CONTRA CROACIA (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1). Sección: Segunda Número Recurso: 36216/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD003621613
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2015. ASUNTO MITOVI CONTRA «LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA» (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1) Respect for family life (art. 13) Right to an effective remedy (art. 13) Effective remedy. Sección: Primera Número Recurso: 53565/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2015:0416JUD005356513

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria), Tipo resolución: Sentencia Sección: Primera Número Recurso: 1598/2006.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.<sup>a</sup>). Caso Saleck Bardi contra España. Sentencia de 24 mayo 2011 *JUR* 2011, 174772.
- STC, Sala Segunda. 58/2008, de 28 de abril de 2008. Número Sentencia: 58/2008 Número Recurso: 2306/2005. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Ecli: ECLI:ES:TC:2008:58
- STS Sala: Primera Sección: Primera. Sentencia de 2 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 720/2022 Número Recurso: 9069/2021. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. Numroj: STS 4045:2022. Ecli: ES:TS:2022:4045.
- STS, Sala Primera Sentencia de 17 de marzo de 2016. Número Sentencia: 170/2016 Número Recurso: 2517/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1281:2016. Ecli: ES:TS:2016:1281.
- STS, Sala Primera Sentencia de de 14 de julio de 2015. Número Sentencia: 444/2015. Número Recurso: 2398/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3440:2015. Ecli: ES:TS:2015:3440
- STS, Sala Primera Sentencia de 31 de julio de 2009. Número Sentencia: 565/2009 Número Recurso: 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS.
- SAP de Jaén. Sección: Primera. Sentencia de 20 de diciembre de 2022. Número Sentencia: 1376/2022 Número Recurso: 283/2022. Ponente: Nuria OSUNA CIMIANO. Numroj: SAP J 1855:2022. Ecli: ES:APJ:2022:1855.
- SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMÁN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.
- SAP de Granada. Sección: Quinta. Sentencia de 28 de julio de 2022. Número Sentencia: 259/2022 Número Recurso: 40/2022. Ponente: María Lourdes MOLINA ROMERO. Numroj: SAP GR 1113:2022. Ecli: ES:APGR:2022:1113.
- SAP de Córdoba. Sección: Primera. Sentencia de 20 de junio de 2022. Número Sentencia: 603/2022 Número Recurso: 754/2022. Ponente: Cristina MIR RUZA. Numroj: SAP CO 366/2022. Ecli: ES:APCO:2022:366.
- SAP de Granada. Sección: Quinta. Sentencia de 3 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 373/2021 Número Recurso: 387/2021. Ponente: María Lourdes MOLINA ROMERO. Numroj: SAP GR 2354:2021. Ecli: ES:APGR:2021:2354.
- SAP de Zaragoza. Sentencia Sección: Segunda. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 397/2021 Número Recurso: 515/2021. Ponente: María Elia MATA ALBERT. Numroj: SAP Z 2315/2021. Ecli: ES:APZ:2021:2315.
- SAP de Huelva. Sentencia Sección: Segunda. Sentencia de 4 de mayo de 2021. Número Sentencia: 292/2021 Número Recurso: 30/2021. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Numroj: SAP H 243:2021. Ecli: ES:APH:2021:243.
- SAP de Jaén. Sección: Primera. Sentencia de 11 de abril de 2019. Sección: Primera. Número Sentencia: 400/2019 Número Recurso: 164/2019. Ponente: Ana MANELLA GONZÁLEZ. Numroj: SAP J 615/2019. Ecli: ES:APJ:2019:615.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Palencia. Sección: Primera. Sentencia de 23 de noviembre de 2022. Número Sentencia:

192/2022 Número Recurso: 239/2021. Ponente: Paloma MARTÍN GALLEGÓ. Numroj: SJPII 386/2022. Ecli: ES:JPII:2022:386.

### VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

### NOTAS

<sup>1</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

<sup>2</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>3</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>4</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>5</sup> Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

<sup>6</sup> <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

<sup>7</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>8</sup> ROSSER LIMIÑANA, Ana: Marco legislativo del acogimiento familiar. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5806/1/ALT\\_06\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5806/1/ALT_06_12.pdf)

<sup>9</sup> IGLESIA MONJE, María Isabel de la: Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 96, núm. 781, 2020, 3029-3044.

<sup>10</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.<sup>a</sup>). Caso SALECK BARDI contra España. Sentencia de 24 mayo 2011 *JUR* 2011, 174772. <https://www.anasap.org/2011/06/el-tribunal-de-estraburgo-condena-a-espana-por-vulnerar-los-derechos-humanos-espana-permitido-hacer-a-la-hija-ajena-a-su-madre-sentencia-en-espanol-del-caso-saleck-bardi-contra-espana/>

<sup>11</sup> STEDH de 17 de enero de 2012 (Kopf y Liberda contra Austria), Tipo resolución: Sentencia Sección: Primera Número Recurso: 1598/2006.



<sup>12</sup> STEDH de 15 de abril de 2015, rec. núm. 62198/11, caso KUPPINGER contra Alemania.

<sup>13</sup> <https://idibe.org/jurisprudencia/jurisprudencia-padre-de-un-hijo-nacido-fuera-del-matrimonio-ejecucion-de-las-decisiones-judiciales-que-le-atribuian-el-derecho-a-relacionarse-con-su-hijo-procedimiento-para-hacerles-efectivas-exces/>

<sup>14</sup> STEDH de 16 de abril de 2015. ASUNTO MITOVI CONTRA «LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA» (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1) Respect for family life (art. 13) Right to an effective remedy (art. 13) Effective remedy. Sección: Primera Número Recurso: 53565/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2015:0416JUD005356513

<sup>15</sup> STEDH de 14 de marzo de 2017. ASUNTO K.B. Y OTROS CONTRA CROACIA (art. 8) Right to respect for private and family life (art. 8-1). Sección: Segunda Número Recurso: 36216/2013. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD003621613

<sup>16</sup> SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMAN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.

<sup>17</sup> La SAP de Huesca de 21 de octubre de 2022 analiza el supuesto de un menor nacido en 2019 declarado en desamparo, asumiendo el director provincial de Huesca del instituto aragonés de servicios sociales en su condición de entidad pública de protección de menores su tutela «*ex lege*», manteniendo el ejercicio de la guarda del menor bajo la forma jurídica de acogimiento familiar, o en su defecto, de acogimiento residencial en el director/a del centro de protección más adecuado a sus necesidades y características personales en cada momento, hasta que se estime cualquier variación en la forma de ejercicio de tal guarda, suspendiendo el régimen de visitas con la familia biológica. Además, se eleva a la consideración del Consejo Aragonés de la adopción, la propuesta de *delegación de guarda con fines de adopción*. Posteriormente, el director provincial resuelve delegar, previo acuerdo del Consejo Aragonés de la Adopción, la guarda con fines de adopción del menor con la familia idónea seleccionada, hasta que se dicte en su caso, la resolución judicial de adopción, cesando el acogimiento familiar de urgencia menor, y manteniendo la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia biológica.

La madre del menor impugna las resoluciones del director provincial de Huesca del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, alegando una infracción del artículo 172 del Código Civil y la ausencia de una situación real de desamparo del menor de edad, refiriéndose a un escaso periodo de seguimiento por parte del IASS desde que tuvo conocimiento de la propuesta de declaración de riesgo del menor y de la posterior declaración de riesgo hasta que declaró su situación de desamparo.

También se alega una infracción de los artículos 2.2.c) y 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; señalando que se ha producido un cambio notable de las circunstancias que en su día determinaron la declaración de desamparo del menor de edad, con una normalización en el estilo de vida de la demandante. A tal respecto se alega que la resolución recurrida no valoró las nuevas circunstancias de la demandante y su evolución positiva, ni tampoco priorizó la reintegración del menor en la propia familia. También se señala que la eliminación de los elementos de riesgo es reconocida por el propio IASS.

Asimismo, se alega una vulneración del derecho de defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo, por cuanto se considera que la sentencia recurrida descartó el retorno del menor desamparado una vez que el IASS dictó las resoluciones recurridas, refiriendo al respecto que en la primera instancia se inadmitió las testificales propuestas por la demandante.

Se alega igualmente una falta de motivación e incorrecta valoración de la prueba en lo que respecta a la premura en la adopción de las medidas, a la falta de medidas alternativas que fueron descartadas o al perjuicio causado al menor; considerando que la actuación de la Administración fue precipitada.

Por su parte el Ministerio Fiscal y el IASS interesaron la confirmación de la sentencia recurrida, habida cuenta de los informes de seguimiento obrantes en el expediente, así como a la vista de los informes sociales y psicológicos emitidos por el IMLA.

SAP de Huesca. Sección: Primera. Sentencia de 21 de octubre de 2022. Número Sentencia: 357/2022 Número Recurso: 384/2022. Ponente: Mariano Eduardo SAMPIETRO ROMÁN. Numroj: SAP HU 420/2022. Ecli: ES:APHU:2022:420.

<sup>18</sup> «En los supuestos en que la Administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal».

<sup>19</sup> «Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad pública que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo».

<sup>20</sup> «En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

«Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

«Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad pública».

<sup>21</sup> «Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad pública y del Ministerio Fiscal.

«La Entidad pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo».

*La resolución administrativa por la que la Entidad pública asume la «guarda provisional» (introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio) da respuesta inmediata al menor que se encuentre en una situación que así lo requiera al mismo tiempo que se procede a constatar y valorar el posible desamparo. En palabras del artículo 172.4.1 i.f. del Código Civil, la Entidad pública podrá asumir la guarda provisional, «procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor; investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo». Ello, según el mismo precepto, «en el plazo más breve posible».*

<sup>22</sup> En este sentido, el artículo 173.bis 2.ª del Código Civil (redactado por la Ley 26/2015) dispone:

«El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. (...)».

Y, conforme al artículo 21.3 LOPJM:

«Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar; prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor; especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento

residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses».

<sup>23</sup> La STS Sala de lo Civil de 21 de febrero de 2011 Sentencia núm. 84/2011.

<sup>24</sup> STS, Sala Primera sentencia de 14 de julio de 2015. Número Sentencia: 444/2015. Número Recurso: 2398/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3440:2015. Ecli: ES:TS:2015:3440

Y, STS, Sala Primera, 13 de febrero de 2015. Número Sentencia: 47/2015 Número Recurso: 2339/2013.

<sup>25</sup> STS, Sala Primera sentencia de 31 de julio de 2009. Número Sentencia: 565/2009 Número Recurso: 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS.

<sup>26</sup> STS, Sala Primera sentencia de 17 de marzo de 2016. Número Sentencia: 170/2016 Número Recurso: 2517/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1281:2016. Ecli: ES:TS:2016:1281

## 1.2. Derecho de Familia

# De nuevo sobre el nombre y la determinación del orden de los apellidos y su alteración o cambio. Interés superior del menor, violencia de género, violencia vicaria, circunstancias excepcionales y Ley Trans y LGTBI

*Again about the name and the determination of the order of the surnames and their alteration or change. Superior interest of the minor, gender-based violence, vicarious violence, exceptional circumstances and the Trans and LGTBI Law*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora contratada Doctora (acreditada a profesora titular)  
de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** El nombre y apellidos se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado de su derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción del nacimiento. La filiación determina los apellidos; por lo que, si está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de los apellidos antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, se acordará por el encargado del Registro atendiendo al interés superior del menor. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en la determinación del nombre y en especial, del orden de los apellidos en diferentes situaciones legales y su posible cambio mediante declaración de voluntad o mediante expediente, o en caso de que tengan lugar circunstancias excepcionales, su posible conservación por agregación, o en supuestos de violencia de género o violencia vicaria o, en fin, en que se ha modificado el nombre, apellidos y la identidad de la persona tras la Ley Trans y LGTBI.

**SUMMARY:** *The name and surnames are configured as an element of identity of the born derived from his right of personality and as such is incorporated into the birth registration. The filiation determines the surnames; Therefore, if it is determined by both lines, the parents will agree on the order of the surnames before the registration. In case of disagreement or when the surnames have not been stated in the registration application, it will be agreed by the Registrar in charge of the best interest of the minor. In this context, the present study is centre to the determination of the name and, in particular, the order of the surnames in different legal situations and its possible change by means of a declaration of will or by*

*means of a file, or in the event of exceptional circumstances, its possible conservation by aggregation, or in cases of gender violence or vicarious violence or, finally, in which the name, surnames and identity of the person have been modified after the Trans and LGTBI Law.*

**PALABRAS CLAVES:** Nombre. Apellidos. Identidad. Menores de edad. Mayores de edad. Interés superior del menor. Igualdad. Cambio de nombre y apellidos. Violencia de género. Violencia vicaria. Apellidos con elemento extranjero. Rectificación del sexo y del nombre. Colectivo trans y LGTBI.

**KEY WORDS:** *Name. Surnames. Identity. Minors. Adults. Best interests of the minor. Equality. Change of surnames. Gender violence. Vicarious violence. Surnames with a foreign element. Rectification of sex and name. Transgender group and LGTBI.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS: 1. REGULACIÓN LEGAL. 2. RECTIFICACIÓN DEL SEXO Y CAMBIO DE NOMBRE EN LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO (LEY TRANS Y LGTBI). 3. LA ATRIBUCIÓN DE LOS APELLIDOS. 4. INTERÉS DEL MENOR Y EL ORDEN DE LOS APELLIDOS.—III. ALTERACIÓN, MODIFICACIÓN O CAMBIO DE LOS APELLIDOS QUE CONSTEN EN EL REGISTRO CIVIL.—IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA VICARIA: EL CAMBIO DE APELLIDOS MEDIANTE EXPEDIENTE.—V. EL CAMBIO DE APELLIDOS O IDENTIDAD EN CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES.—VI. CONSERVACIÓN DE LOS APELLIDOS MEDIANTE EL MECANISMO DE LA AGREGACIÓN.—VII. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La relación paterno-filial opera sobre la base de una relación de filiación que, tiene su fundamento, esencialmente, en una realidad biológica —el hecho biológico de la generación—. Si bien, es posible que se prescindiera de la perspectiva biológica, sustituyendo el hecho de la generación por el acto jurídico de la adopción. En todo caso, podemos definir la filiación como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»<sup>1</sup>. Para REYES LÓPEZ la filiación se caracteriza porque «se establece un vínculo entre la persona y su progenitor o progenitores por el hecho de la generación»<sup>2</sup>. Asimismo, señala LACRUZ BERDEJO que, la filiación se entiende como «la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del Derecho imitando a la naturaleza y supliendo las deficiencias personales de esta»<sup>3</sup>; siendo caracteres atribuibles a la filiación que: a) Es una cualidad personalísima e influye en la identificación de la persona a través de los apellidos (art. 109 CC); b) Es una cualidad *extra commercium*, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil; c) Su régimen jurídico está trascendido por el

interés público de donde se deriva que el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado; no cabe la transacción ni arbitraje; debe haber constancia oficial en instrumento idóneo (el Registro Civil); y, tiene el Ministerio Fiscal una especial intervención en su determinación y también en acciones y procesos de filiación; y, d) La defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma, pudiendo su negación dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, patrimoniales y morales<sup>4</sup>.

Por lo que, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción<sup>5</sup>. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 CC). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción<sup>6</sup>, mientras otros a la filiación por naturaleza<sup>7</sup>; si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*)<sup>8</sup>. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código Civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código Civil —en la redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio— por: 1. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; 2. El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 3. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 4. Por sentencia firme; y, 5. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. La determinación de la filiación puede ser judicial o extrajudicial, siendo esta la más habitual. Precisa RUEDA ESTEBAN que «la ley fomenta la determinación extrajudicial por economía de medios y agilidad, y se reserva la determinación judicial a los casos en que no cabe la primera o es contradictoria, o a aquellos en que la determinación legal no se corresponde con la filiación real»<sup>9</sup>. Asimismo, para DE LA CÁMARÁ ÁLVAREZ «la determinación extrajudicial de la filiación solo es posible merced a procedimientos preestablecidos por la Ley. Es decir, para determinar extrajudicialmente la filiación no cabe invocar cualquier medio de prueba, sino que han de acreditarse precisamente unos extremos concretos y en la forma que el Derecho positivo establece. Solo cuando es preciso recurrir a la determinación judicial de la filiación se admite que la filiación intente probarse utilizando con libertad todas las pruebas susceptibles de ser empleadas»<sup>10</sup>.

La doctrina moderna se refiere a los conceptos de título de atribución y título de legitimación, que empleó primero DE CASTRO en relación con el estado civil de la persona, entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil; y por título de legitimación, el que proclama a una persona a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados, o «los signos suficientes que acreditan a una persona, a todos los efectos,

como titular de un estado de filiación», y se caracteriza por ser constitutivos de un estado civil y tener fuerza acreditativa suficiente respecto del mismo<sup>11</sup>. Los medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil, en cuanto representan mecanismos jurídicos de constatación formal de la filiación. Por su parte, los títulos de legitimación son los contenidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal así: La inscripción del nacimiento en el Registro Civil, el documento o sentencia firme que determina legalmente la filiación y la posesión de estado. Son *numerus clausus*, lo que no impide que en el tráfico se admitan otros medios y pruebas para demostrar la filiación como presupuesto para ejercitar el derecho. Asimismo, el ordenamiento fija los medios a través de los cuales cabe probar la existencia de esa relación jurídica de filiación entre dos personas que, son los medios de prueba de la misma. La prueba puede realizarse, bien en el marco de un proceso judicial, bien en el tráfico jurídico ordinario, cuando sea preciso acreditar la existencia de una filiación<sup>12</sup>. Señala RUEDA ESTEBAN al respecto que establecimiento o determinación de la filiación «es constatación hecha en forma legal de la identidad de los progenitores de una persona»; y medios de prueba «son el conjunto de circunstancias fácticas que configuran, acreditan o hacen certeza de la realidad de unos hechos o actos que son los que servirán de apoyatura para determinar la filiación»<sup>13</sup>.

Ahora bien, desde el nacimiento se es persona y se tiene personalidad (art. 30 CC); de forma que, además de su reconocimiento y protección por el ordenamiento jurídico, tal hecho natural supone la atribución de ciertos derechos de la personalidad. Estos se definen como «derechos subjetivo derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)»<sup>14</sup>.

Se consideran como tales los derechos a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la imagen y a la identidad —nombre y apellidos—. Se trata de auténticos derechos de la personalidad, de derechos subjetivos en sentido estricto, pese a que algunos lo nieguen por razones dogmáticas, principalmente, por la dificultad de admitir un derecho cuyo objeto sea el propio ser humano —sujeto titular del derecho en su esfera personal<sup>15</sup>. De ahí que, DE CASTRO prefiera hablar de bienes de la personalidad<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista constitucional son derechos fundamentales en sentido estricto los contenidos en la sección 1.<sup>a</sup>, capítulo II del título I de la Constitución. De ahí que, no todos los derechos de la personalidad sean derechos fundamentales. Así no lo es el derecho al nombre<sup>17</sup>, por lo que no goza de la protección reforzada que el propio texto constitucional establece para tales derechos fundamentales en sentido estricto la especial rigidez exigida para su reclamación (art. 168) —mayoría de dos tercios de cada Cámara—, la necesidad de Ley Orgánica para su desarrollo que, en todo caso ha de respetar su contenido esencial (arts. 53.1 y 81); y, fundamentalmente la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo, así como la tutela especial ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53).

Lo cierto es que, el derecho al nombre y apellidos se configuran como elementos de identidad del nacido que, deriva del derecho de la personalidad y como tal se incorporan a la inscripción de nacimiento en el Registro civil<sup>18</sup>. Ahora bien, el derecho al nombre y los apellidos representan una forma de individualizar a cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo así su identificación personal;



y el carácter individualizador del apellido en la vida familiar, social y escolar se va consolidando en el tiempo<sup>19</sup>.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el derecho a los apellidos como atributos de la personalidad del individuo, en lo que representa la determinación del orden de los apellidos en diferentes situaciones legales, en atención al interés superior del menor y su alteración pensando en dicho interés y en la existencia de situaciones de violencia de género o de violencia vicaria, asimismo, su posible cambio mediante declaración de voluntad o expediente, atendiendo al concepto jurídico indeterminado de «circunstancias excepcionales» previsto en el artículo 58 de la Ley de Registro Civil —como puede ser el abandono afectivo, emocional y material de una hija por su padre, desapareciendo de su vida y obviando cualquier relación con ella—; o en fin, su posible conservación por agregación.

## II. LA DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS

### 1. REGULACIÓN LEGAL

La regulación de los apellidos se contiene en los artículos 109 y 111 del Código Civil, y en los artículos 49.2, 50.3 y 53 a 57 de la Ley 20/2011, de 21 de julio de 2011, del Registro Civil (en adelante, LRC), actualmente en vigor; y, en los artículos 194, 198 y 201 a 204 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC) aún vigente —en espera de su oportuna modificación para adaptarlo a la nueva normativa de Registro Civil—. En todo caso, conviene señalar que la citada de la LRC ha sido modificada por disposición final undécima de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante Ley LGTBI)<sup>20</sup>. En concreto, los artículos 44, 51 y 53 y se añade un nuevo apartado 5 al artículo 49. Ello opera en coherencia con los cambios operados en el Código Civil por la disposición final primera de esta Ley. Ciertamente, entre las principales novedades cabe destacar que, la que opera el citado artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, ya que hasta ahora, solo se prevenía la matrimonial; y, asimismo, se modifica el citado artículo 49 con el objeto de prever que, en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona nacida, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año.

También en la disposición final primera se modifican los artículos 44, 108, 109, 110, 120, 124, 132, 137, 139, 163 y 170. Asimismo, se introduce un nuevo artículo 958 bis dentro de la sección primera del capítulo V del título II en relación con la viuda encinta. Se pretende la implementación del lenguaje inclusivo. Si bien, en materia de filiación no resulta una modificación meramente formal, sino que se sustituye el término «padre» en el artículo 120.1 por la expresión «padre o progenitor no gestante». Lo que, supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por la mencionada disposición final undécima. En relación con el matrimonio, se reforma el *ius connubi* al operar no solo en

la relación hombre y mujer, sino que en coherencia coherente con el reconocimiento en la nueva normativa de otras formas de identidad sexual o identidad de género, el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 CC). Asimismo, en aras de una adecuación terminológica a la nueva ley que se aprueban también se modifica aquellos artículos del Código Civil en que se habla de «madre o padre» para sustituirlos por «los progenitores» —así los arts. 108, 109, 110, 132, 137, 138, 163 y 170—).

De todas formas, los cambios que establece la Ley 4/2023 se refieren al Código Civil español, pues, en aquellas comunidades autónomas que tienen derecho civil propio —Cataluña, Aragón, Galicia, Islas Baleares, País Vasco y Navarra— solo intervienen en aquello no regulado por las respectivas normativas forales. En este sentido, la modificación terminológica que se introduce en el Código Civil por esta Ley no supone un cambio automático de las distintas normativas autonómicas.

En todo caso, para evitar arbitrariedades o disparidades de trato que pueden derivar en situaciones discriminatorias entre territorios autonómicos, el artículo 13 de la Ley establece en cuanto a la documentación administrativa que corresponde expedir a las Administraciones públicas competentes que, estas adoptarán todas las medidas necesarias para procurar que la documentación administrativa y los formularios sean adecuados a la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y a la diversidad familiar. Y, el artículo 12 de esta misma Ley, por su parte, hace referencia a que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, continuarán impartiendo formación inicial y continuada al personal a su servicio sobre diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, sobre diversidad familiar y sobre igualdad y no discriminación de las personas LGTBI, que garantice su adecuada sensibilización y correcta actuación, dedicando especial atención al personal que presta sus servicios en los ámbitos de la salud, la educación, la juventud, las personas mayores, las familias, los servicios sociales, el empleo, la justicia, las fuerzas y cuerpos de seguridad, las fuerzas armadas, la diplomacia, el ocio, la cultura, el deporte y la comunicación; e, igualmente, en el ámbito de sus competencias, incluirán en los programas de las pruebas selectivas de acceso al empleo público formación y conocimientos sobre igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI. Tal mandato legal implica que se modifiquen o no los códigos civiles forales existentes, corresponde a toda Administración pública facilitar la filiación, los tramites y la inscripción en el Registro Civil de cualquier progenitor conforme a los criterios fijados en la Ley 4/2023.

En este contexto normativo, también se modifica en la disposición adicional segunda la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, en concreto su disposición adicional tercera disponiendo que las referencias en esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables a los integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, incluyendo, por ende, a las parejas homosexuales, pues hasta ahora se contemplaba únicamente a las parejas formadas por un hombre y una mujer.

En fin, la disposición final decimotercera, a su vez, modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se introduce un nuevo capítulo I bis en el título II, «De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral

del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce», para adaptar la citada ley a los cambios operados por esta norma en el caso de las personas menores de edad mayores de doce y menores de catorce años, disponiéndose que podrán promover el expediente de modificación de la mención registral del sexo asistidas por sus representantes legales. En el supuesto de desacuerdo de los progenitores o representante legal, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial. Y, se introduce asimismo un nuevo capítulo I ter a dicho título, «De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención inicial», con el fin de permitir revertir la rectificación registral anteriormente producida, en coherencia con lo previsto en esta ley.

Pues bien, tras este breve *impasse* regulatorio de la nueva norma sobre el reconocimiento de derechos a los colectivos trans y LGTBI, conviene señalar que, la redacción originaria de esta Ley de 1957 ha sido objeto de diversas reformas en la materia objeto de nuestro estudio. Así, la Ley de 4 de enero de 1977 procedió a eliminar la necesaria concordancia entre el nombre civil y el nombre impuesto en el bautismo, así como la posibilidad de que los nombres propios españoles se consignasen en «cualquiera de las lenguas españolas»; la Ley de 6 de julio de 1994 admitió los nombres propios extranjeros para personas de nacionalidad española; la Ley de 5 de noviembre de 1999, por su parte, posibilitó la sustitución del nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas, así como la regularización ortográfica de los apellidos a la gramática y fonética de la lengua correspondiente; y, asimismo, permitió que de mutuo acuerdo el padre y la madre decidiesen el orden de los apellidos de sus hijos; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre facilitó el cambio de los apellidos a las víctimas de la violencia de género como una medida más a adoptar ante estas situaciones; la Ley 13/2005, de 1 de julio ante la posibilidad de matrimonio entre las personas del mismo sexo, dispuso que el apellido del hijo se correspondiere con los de «ambos progenitores» —suprimiendo la referencia al padre y la madre en la inscripción de nacimiento; y, en fin, la Ley 3/2007, de 15 de marzo suprimió la posibilidad de imponer como nombres los diminutivos o variantes coloquiales de los nombres<sup>21</sup>.

LINACERO DE LA FUENTE señala como puntos esenciales de la reforma del Registro Civil por la Ley 20/2011 los siguientes: «1. El reconocimiento legal expreso del derecho al nombre como derecho de toda persona desde su nacimiento; 2. La regulación sistemática del nombre y los apellidos en sus líneas generales en la Ley de Registro Civil frente a la actual dispersión de la materia en diversos cuerpos legales (Código Civil, Reglamento de Registro Civil y Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado); 3. La formulación expresa del principio de libertad de elección del nombre propio y la derogación de los antiguos límites en la línea de las sucesivas reformas del artículo 54 de la Ley de Registro Civil de 1957; 4. La adaptación del régimen jurídico del nombre y los apellidos a las últimas reformas del Derecho de la persona y de la familia en cumplimiento de la Constitución; 5. La simplificación y la mejora del procedimiento de cambio de nombre propio, evitando la actual dualidad de órganos intervinientes; 6. La supresión de la tradicional hegemonía del apellido paterno y la consiguiente equiparación de hombre y de la mujer en el orden de transmisión de los apellidos; 7. La ordenación sistemática del cambio de apellidos; 8. La inclusión de un supuesto específico de cambio de apellidos para los ciudadanos españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la

Unión Europea; 9. La intervención del menor a partir de los dieciséis años en el cambio de nombre y apellidos»<sup>22</sup>.

Igualmente, PARRA LUCÁN dispone, al respecto que, la Ley de Registro Civil de 2011 prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno y, permite que ambos padres sean los que decidan el orden de los apellidos. Si hay desacuerdo el encargado del Registro Civil «acordará el orden de los apellidos, atendiendo al interés del menor» (art. 49). Además, precisa que, la citada Ley de Registro Civil de 2011 sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombre y apellidos que, se somete como regla general al encargado del Registro<sup>23</sup>.

Si bien, conviene señalar que, la consagración del derecho al nombre se había producido con anterioridad a las legislaciones citadas en algunos Tratados internacionales ratificados por España. Así el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre», y el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que dispone que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», y en su artículo 8 contiene, además, el compromiso de los Estados «de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». Asimismo, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de libertades fundamentales.

Ahora bien, aunque las normas que rigen el nombre y los apellidos de una persona son competencia de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, estos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario. Así en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Pleno), de 2 de octubre de 2003<sup>24</sup> dispone que, los españoles que, además de la nacionalidad española tengan la de otro Estado de la Unión, tiene el derecho a solicitar de ese Estado al amparo del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, un cambio de los apellidos para adecuarlos a la tradición española —que refleja los apellidos paterno y materno—. Al respecto declara en su apartado 45 que «los artículos 12 de la CE y 17 de la CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue la solicitud de cambio de apellidos para los hijos menores que, residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado, y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que, los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del derecho y de la tradición del segundo Estado miembro».

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020<sup>25</sup> establece que: «(...) como derecho de la personalidad y tutela de la identidad personal, el ordenamiento jurídico garantiza y atribuye a las personas físicas, como medio de individualización en las relaciones sociales y por elementales exigencias de seguridad en el tráfico jurídico, un nombre y apellidos que las designa e identifica». La LRC afirma en su Exposición de Motivos que «el nombre y apellidos se configura como elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento». Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013<sup>26</sup> señala al respecto: «La inclusión del derecho al nombre dentro

del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución española, ya se expresó en nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, y en el mismo sentido ha venido siendo reconocida tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal de Derechos Humanos. Más concretamente, en relación con los apellidos, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, apartado 52) expresa que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia. En el mismo sentido, se había pronunciado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en las sentencias *Burghartz c. Suiza* de 22 de febrero de 1994, apartado 24 y *Stjerna c. Finlandia* de 25 de noviembre de 1994, apartado 37. (...) Por otra parte, al regular el régimen jurídico del derecho al nombre de la persona el legislador no ha obviado la protección de otros valores constitucionalmente relevantes como son, además de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Constitución española); la protección de la familia en general (art. 39.1 de la Constitución española), así como la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución española) en lo que concierne al estado civil de las personas (...). De todas formas, en la citada sentencia del TEDH de 22 de diciembre de 2010<sup>27</sup> se indica en el número 95 de la misma que «procede responder a la cuestión planteada que el artículo 21 del TFUE debe interpretarse en el sentido que no se opone a que las autoridades de un estado miembro, en circunstancias tales como las del litigio principal puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dicha autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar la proporcionalidad al objetivo legítimamente perseguido». Se trata de una normativa nacional que se niega a reconocer, el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en primer Estado con arreglo a su Derecho constitucional.

Además de la normativa señalada, procede referirnos a las disposiciones complementarias en materia nombre y apellidos como las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de la 2007, sobre los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español<sup>28</sup>; de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea<sup>29</sup>; de 25 de junio de 2013, sobre supuestos en los que se aplica en el artículo 217 del Reglamento de Registro Civil<sup>30</sup>; y, de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales<sup>31</sup>; y, en fin las Resoluciones-Circulares de la Dirección General de Seguridad Jurídica y

Fe Pública de 26 de enero de 2021, sobre la consignación en el Registro Civil español del nombre propio y de la conservación de apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles; y, de 19 de abril de 2021, sobre el cambio de criterio interpretativo del artículo 200 del Reglamento del Registro Civil<sup>32</sup>.

Por otra parte, los textos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado español también reconocen el derecho al nombre como un derecho de la personalidad. Así cabe citar, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre» (art. 24.2). Del mismo tenor es la Convención de Naciones Unidas de Derechos de la Infancia al disponer que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos» (art. 7); y, que «los Estados parte se comprometerán a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad» (art. 8).

Lo expuesto significa la importancia que adquiere el nombre y apellidos para la identificación de las personas, aunque ello no signifique la LRC no determine supuestos en los que resulta factible el cambio de los apellidos mediante declaración voluntaria, mediante expediente, o por Orden del Ministerio de Justicia.

En este contexto, procede analizar en que se ha modificado el nombre, apellidos y la identidad de la persona tras la Ley Trans y LGTBI. No obstante, con carácter previo nos parece oportuno, por su novedad, hacer una breve referencia a cómo se rectifica el sexo y se procede al cambio de nombre con la Ley 4/2023.

## 2. RECTIFICACIÓN DEL SEXO Y CAMBIO DE NOMBRE EN LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO (LEY TRANS Y LGTBI)<sup>33</sup>

Antes de analizar lo que implica la rectificación del sexo y cambio de nombre nos parece oportuno, señala que, esta Ley LGTBI tiene por finalidad garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias. De ahí que, esta Ley establezca los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas destinadas a la prevención, corrección y eliminación, en los ámbitos público y privado, de toda forma de discriminación; así como al fomento de la participación de las personas LGTBI en todos los ámbitos de la vida social y a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas. Asimismo, en esta Ley se regula el procedimiento y requisitos para la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, nombre de las personas, así como sus efectos, y prevé medidas específicas derivadas de dicha rectificación en los ámbitos público y privado.

En consecuencia, el objetivo de esta ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad; y definir las políticas públicas



que garantizarán los derechos de las personas LGTBI y remueve los obstáculos que les impiden ejercer plenamente su ciudadanía. Recoge una demanda histórica de las asociaciones LGTBI, que durante décadas han liderado e impulsado la reivindicación de los derechos de estos colectivos.

Asimismo, la base de esta Ley descansa en el derecho de autodeterminación de género, es decir, a poder solicitar cuando quiere el individuo el cambio de nombre y el sexo en el documento nacional de identidad. Este derecho a la libre autodeterminación lleva implícita la despatologización de las personas trans, esto es, favorecer el autodiagnóstico; de forma que, ya no tendrá que acudir a ningún profesional sanitario que acredite la existencia de una disforia de género, de esta forma, se elimina cualquier tutela médica o legal. Lo que no casa con lo que representa la autonomía de la persona (paciente) y el consentimiento informado previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; al que, sin embargo, se refieren los artículos 56 y 57 de la Ley que remite al tal de la Ley del Paciente. La Unesco, la OMS se muestran partidarios de un abordaje integral de la salud del menor. De hecho, Dinamarca y Reino Unido, normativas pioneras en el colectivo trans y LGTBI, se muestran proclives a una modificación de las mismas y un retorno al enfoque integral, de acompañamiento y de escucha activa del personal sanitario en un momento especialmente vulnerable en cuanto a la identidad personal y de género como es la minoría de edad y adolescencia que, es el momento temporal en que se cuestiona. Se debe operar sobre un tratamiento integral y multidisciplinar de lo que constituye la identidad de género y obviar cualquier forma de autodiagnóstico, sin base científica alguna, fácilmente predeterminado por lo que digan en redes sociales u otros entornos y cuyo resultado resulta irreversible.

En este contexto, respecto de la actuación de los poderes públicos se establecen los criterios y líneas generales de actuación de los mismos, y prevé el deber de adecuación de los servicios públicos para reconocer y garantizar la igualdad de trato de las personas LGTBI, el reconocimiento y apoyo institucional de la diversidad en materia de orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar; la divulgación y sensibilización para fomentar el respeto a la diversidad, la introducción de indicadores y procedimientos que permitan conocer las causas y evolución de la discriminación en la elaboración de los estudios, memorias o estadísticas. Además, se contempla el principio de colaboración entre Administraciones públicas y regula el órgano de participación ciudadana como es el Consejo de Participación de las Personas LGTBI. Se trata de un órgano de participación ciudadana en materia de derechos y libertades de las personas LGTBI, y tiene por finalidad institucionalizar la colaboración y fortalecer el diálogo permanente entre las Administraciones públicas y la sociedad civil en materias relacionadas con la igualdad de trato, la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales; y de reforzar la participación en todos los ámbitos de la sociedad de las personas LGTBI y sus familias. Se constituye como órgano colegiado de los previstos en el artículo 22.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Dependerá del Ministerio de Igualdad a través de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género y, habrá de presentarse una memoria con carácter semestral, detallando su actividad, reuniones y actuaciones conforme a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La presidenta del Consejo remitirá esta memoria a las Cortes Generales para su



examen por parte de las Comisiones de Igualdad del Congreso de los Diputados y del Senado (art. 9 de la Ley).

También este texto normativo contiene en su capítulo II un conjunto de políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI. Así se prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI, como instrumento principal de colaboración territorial para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos que se establecen. Tendrán carácter cuatrienal y se procederá a su evaluación al término de su duración o cuando se produzcan circunstancias sobrevenidas que hagan conveniente su modificación. Igualmente, se contemplan diversas medidas que afectan a distintos ámbitos: administrativo; laboral; de la salud; de la educación; de la cultura, el ocio y el deporte; de la publicidad, los medios de comunicación social e internet; de la familia, la infancia y la juventud; y de la acción exterior y la protección internacional. Además de medidas específicas en el medio rural y en el ámbito del turismo.

Por otra parte, el título II incluye un conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. El capítulo I regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la adecuación documental, reconociendo la voluntad libremente manifestada y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación; y, el capítulo II, además de establecer unas líneas generales de actuación de los poderes públicos, regula una serie de medidas para promover la igualdad efectiva de las personas trans en diferentes ámbitos: laboral, de la salud y educativo.

En cuanto a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y su adecuación documental, el artículo 43 prevé que toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo. De ahí que, las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. En el supuesto de desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en los artículos 235 y 236 del Código Civil<sup>34</sup>. En cuanto, a las personas menores de catorce años y mayores de doce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo en los términos del capítulo I bis del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (arts. 26 bis a 26 quinquies). Tal determinación legal de la legitimación de la edad del menor de edad para solicitar el cambio de sexo que, podrá tener lugar a partir de los 12 años hasta los 14 años en este caso con autorización judicial y con 16 años sin ninguna limitación, supone un «vaciado» del contenido de la patria potestad o una merma importante de su ejercicio, excediéndose de lo establecido en el artículo 162.1 del Código Civil; y, máxime, además de si entre los 14 y los 16 años solo necesita la asistencia de sus representantes legales y, en caso de conflicto el nombramiento de un defensor judicial<sup>35</sup>. El Consejo de Estado en su dictamen rechaza que los menores puedan cambiar su género sin intervención judicial, algo que, como hemos señalado, solo se exige a los menores de 12 a 14 años. Precisamente, la intervención judicial se constituye en una garantía fundamental para el menor de edad que expresa su deseo de transitar de un sexo a otro. Ciertamente, el Dictamen advierte que omitir la intervención judicial puede favorecer que se tomen decisiones precipitadas y a la postre repercutir negativamente en el libre desarrollo de la personalidad. Una advertencia que coincide

con la que el Consejo General del Poder Judicial emitió en su informe también al Anteproyecto de la Ley. Además, no casa bien con la referencia al consentimiento informado previsto en el mencionado artículo 57 de la Ley y, en concreto, con el artículo 9.3 de la Ley 41/2002; y, con el hecho que el propio artículo 56 de la mencionada norma disponga que «la atención sanitaria a las personas trans se realizarán conforme a los principios de no patologización, autonomía, decisión, y consentimiento informado, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación».

Si hay autodiagnóstico, no patologización como se conforma dicha forma de operar con el consentimiento informado.

El artículo 4 de la citada Ley 41/2002 dispone que: 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle». Y, añade el artículo 8.1, 2 y 3 de la misma Ley que: «1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos». Y con respecto al consentimiento, el apartado 3 del artículo 9 señala que: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación»<sup>36</sup>.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del

facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo». A todo ello, el artículo 19.2 de la Ley 4/2023 prohíbe todas aquellas prácticas de modificación genital en personas menores de doce años, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona. *En el caso de personas menores entre doce y dieciséis años, solo se permitirán dichas prácticas a solicitud de la persona menor siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a la realización de dichas prácticas*<sup>37</sup>. Aunque aplicable a la atención a la salud integral de las personas intersexuales; se puede aplicar a la personas menores trans, pues, se habla de una atención integral en el ámbito de la salud a estas personas; y, además recordemos que los tratamientos hormonales y quirúrgicos de las personas trans se incorporan a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y a la cartera de servicios complementaria de algunas comunidades autónomas<sup>38</sup>.

Sobre tales bases, la utilización de la edad y madurez de forma arbitraria causa indefensión en el propio menor y recordemos el mandato constitucional que, corresponde a los poderes públicos como es el asegurar su protección.

Atendiendo a tales bases legales, además de una «merma» de la representación legal parental, se utiliza el término edad y la suficiente madurez del menor con total desconocimiento; además de la falta de concordancia con las diferentes normas que resultan de aplicación en estos casos. Todo ello deriva en una evidente inseguridad jurídica, y en unos resultados irreversibles en los menores que, no han prestado un consentimiento informado adecuado en los términos previstos en la Ley 41/2002.

No olvidemos que, la propia Ley de la autonomía del paciente ofrece a la representación paterna el papel que le corresponde en decisiones relativas a la salud de sus hijos menores de edad; y, en cambio, en esta Ley se prescinde casi por completo de ella. Con ello se desprotege al menor en decisiones relativas a su salud, pues, aunque se le dé un protagonismo absoluto —autonomía, decisión, no patologización—; sin embargo, no se le permite conformar un consentimiento informado en los términos legalmente exigidos al no ofrecerles la asistencia integral y multidisciplinar que su situación de salud requiere, pues, puede no tener disforia de género, sino un trastorno de espectro autista, o, simplemente, un tránsito de la etapa infantil a la adulta con toda la problemática que puede conllevar—.

Por otra parte, como también recuerda a Ley 4/2023 debe primar siempre el interés superior del menor, por lo que el legislador debe tener presente que, por un lado, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor —en adelante, LOPJM (Ley Orgánica frente a esta Ley ordinaria en prelación de fuentes)— señala que, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Asimismo, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. En cuanto a la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán como criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, senti-

mientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior, entre otros. Además, estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Por supuesto, tales elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Y, en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En este contexto, toda medida adoptada en el interés superior del menor deberá respetar las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

Y por otro que, el artículo 4 de la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia —en adelante, LOPIVI (otra Ley Orgánica)— además de los principios y criterios generales de interpretación del interés superior del menor, recogidos en el citado artículo 2 de la LOPJM, tienen presente los siguientes: 1. Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo [letra c)]; 2. Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia [letra i)]; 3. Incorporación del enfoque transversal de la discapacidad al diseño e implementación de cualquier medida relacionada

con la violencia sobre la infancia y la adolescencia [letra j)]; 4. Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad [letra l)]; 5. Asegurar la supervivencia y el pleno desarrollo de las personas menores de edad [letra m)]; y, 6. Asegurar el ejercicio del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en toda toma de decisiones que les afecte [letra n)].

Por su parte, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, entre otros: a) La supremacía de su interés superior. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual (art. 11.2).

En fin, respecto a las personas con discapacidad podrán solicitar, con las medidas de apoyo que, en su caso precisen, la rectificación registral de la mención relativa al sexo. De nuevo, el legislador no ha tenido en cuenta la Ley 8/2021. El artículo 249 del Código Civil señala que, las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Y añade el artículo 250 del citado cuerpo legal que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Pues bien, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso y, por ende, las personas que prestan tales apoyos deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En consecuencia, si es su deseo, voluntad y preferencia, la persona con discapacidad, aunque necesite apoyo, podrá solicitar la rectificación registral del sexo. Ahora bien, qué sucede si el apoyo no es asistencial, sino representativo; lo que, como precisa nuestro Código Civil, tiene lugar cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación (art. 249.3).

Pues bien, si la medida de apoyo nombrada es un curador representativo, esto es, el curador ejerce funciones de representación de la persona que precisa el apoyo, en principio, necesitará autorización judicial para realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. Por lo que, puede darse el caso de no necesitar el curador autorización judicial para rectificar el sexo del curatelado, si en su trayectoria vital ese era su deseo (art. 287.1 CC).

Respecto a los apoderamientos preventivos, el poderdante puede otorgar dos poderes: 1. Otorgar un poder ahora que, no se es persona con discapacidad, incluyendo una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad; 2. Otorgar el poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido (arts. 256 y 257 CC). Pues, bien, cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa (art. 259 del citado cuerpo legal). Por lo que, aplicaremos al apoderado preventivo lo dicho en líneas precedentes para el curador representativo.

Tras este breve *excursus* de la aplicación subjetiva de la norma, respecto al procedimiento para llevar a cabo la rectificación de la mención registral del sexo, procede indicar que, se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta ley y de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora del Registro Civil para los procedimientos registrales. La solicitud de iniciación de procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo podrá presentarse por la persona legitimada ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil. El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo, como se indica de forma explícita, en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole. Recibida la solicitud se citará a la persona legitimada para que comparezca, asistida por sus representantes legales en el supuesto del artículo 43.2 de esta ley. En dicha comparecencia, la persona encargada del Registro Civil recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. Asimismo, en la comparecencia se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil. Y, en esta comparecencia, también podrá incluir la petición de traslado total del folio registral cuando a su inscripción de nacimiento le sea aplicable la derogada Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.



Ahora bien, en esta comparecencia inicial la persona encargada del Registro Civil informará a la persona solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir. De tratarse de personas menores de dieciocho años y mayores de catorce, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor, a quien se dará audiencia en los casos del artículo 43.2 de esta Ley. La persona encargada del Registro Civil le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades. Tras la información facilitada por la persona encargada del Registro Civil, la persona legitimada suscribirá, de estar conforme, la comparecencia inicial reiterando su petición de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento. En el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial reiterando la solicitud de rectificación inicial, la persona encargada del Registro Civil deberá citar a la persona legitimada para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud, aseverando la persistencia de su decisión. Reiterada y ratificada nuevamente la solicitud, la persona encargada del Registro Civil, previa comprobación de la documentación obrante en el expediente, dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia. Esta resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil permitiendo a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Por otra parte, la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterará el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que, dejamos apartado. En todo caso, la persona que rectifique la mención registral del sexo pasando del sexo masculino al femenino podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para aquellas situaciones generadas a partir de que se haga efectivo el cambio registral, pero no respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral. No obstante, la persona que rectifique la mención registral pasando del sexo femenino al masculino conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de estas medidas de acción positiva, sin que haya lugar a su reintegro o devolución. Respecto a aquellas situaciones jurídicas que traigan causa del sexo registral en el momento del nacimiento, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial.

Si bien, tal resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro Civil, mediante la interposición de recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

De todas formas, la competencia para la tramitación del procedimiento de rectificación registral de la mención del sexo corresponderá a la persona



encargada de la Oficina del Registro Civil en la que se hubiera presentado la solicitud.

Pues bien, las personas trans menores de edad, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención registral relativo al sexo, tienen derecho a obtener la inscripción registral de cambio de nombre por razones de identidad sexual y, cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno de modo libre.

A tal fin, con relación a la rectificación de asientos por procedimiento registral, el artículo 91.2 de la LRC dispone que: «Las menciones registrales relativas al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, se rectificarán mediante el procedimiento registral previsto en dicha norma. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva».

Sobre tales bases, se posibilita la reversibilidad de la rectificación de la mención registral relativo al sexo de las personas. Así transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación de la mención registral relativa al sexo, las personas que hubieran promovido dicha rectificación podrán recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente a dicha rectificación en el Registro Civil, siguiendo el mismo procedimiento establecido en este capítulo para la rectificación registral. En el caso de que, tras haberse rectificado la modificación inicial, se quisiese proceder a una nueva rectificación, habrá de seguirse el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>39</sup>.

La nueva Ley también se ocupa de la adecuación de documentos a la mención registral relativa al sexo. Así en los documentos oficiales de identificación, la determinación del sexo se corresponderá con la registral. Tras la rectificación o anotación registral, las autoridades procederán a la expedición de un nuevo documento nacional de identidad, y, en su caso, un nuevo pasaporte a petición de la persona interesada o de su representante voluntario o legal, ajustado a la inscripción registral rectificadora. En todo caso, se conservará el mismo número del documento nacional de identidad. Corresponderá a la persona interesada o su representante voluntario o legal solicitar la reexpedición de cualquier documento, título, diploma o certificado ajustado a la inscripción registral rectificadora, a cualquier autoridad, organismo o institución pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza. En la nueva expedición de dichos documentos se garantizará, en todo caso, por las autoridades, organismos e instituciones que los expidieron en su momento, la adecuada identificación de la persona a cuyo favor se expidan los referidos documentos, en su caso, mediante la oportuna impresión en el duplicado del documento del mismo número de documento nacional de identidad o la misma clave registral que figurare en el original.

Si bien, las tasas que graven los trámites para la adecuación a la mención registral relativa al sexo de los documentos previstos en el artículo 49 se adecuarán al principio de capacidad económica previsto en el artículo 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. Y, asimismo, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias deberán establecer procedimientos accesibles, ágiles y que garanticen la protección de los datos de carácter personal

para la adecuación de documentos a la nueva mención relativa al sexo y, en su caso, al nombre.

De forma específica, la norma se refiere a la adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras y a la adecuación de documentos al cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad. Respecto, a la primera línea de actuación el artículo 50 de la Ley establece que las personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho Ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes. A tal fin, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de habilitar procedimientos de adecuación de los documentos expedidos a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España, que hayan procedido a realizar la rectificación registral correspondiente en su país de origen.

Ahora bien, como hemos señalado que, es posible la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de rectificación de la mención registral mediante aprobación judicial, siendo competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tuviera en territorio nacional, el de su residencia en dicho territorio. Podrá promover este expediente cualquiera de las personas que estén legitimadas para instar la rectificación de la mención registral del sexo. En la tramitación del expediente no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador y será de tramitación preferente. Comenzará con la presentación de una solicitud en la que la persona interesada manifieste su voluntad de revertir la rectificación registral anteriormente producida. Deberá ir acompañada de los medios de prueba que desee utilizar. En consecuencia, admitida a trámite la solicitud, el juez citará a comparecencia al solicitante y, en su caso, a sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal. El juez podrá solicitar la práctica de cualesquiera otras pruebas que considere oportunas y resolverá sobre la concesión o denegación de la aprobación judicial, considerando en todo caso, si el solicitante fuera persona menor de edad, el interés superior del menor. De todas formas, el testimonio de dicha resolución se remitirá al Registro Civil competente para proceder, en su caso, a la inscripción de la rectificación aprobada judicialmente (arts. 26 sexies a 26 nonies de la LJV).

Frente a ello se prohíben la promoción o la práctica de métodos, programas o terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, ya sean psicológicos, físicos o mediante fármacos, que tengan por finalidad modificar la orientación sexual, la identidad sexual, o la expresión de género de las personas, con independencia del consentimiento que pudieran haber prestado las mismas o sus representantes legales, pues, se las califica de infracciones muy graves (art. 79.4 d) de la Ley LGTBI).

En cuanto a la segunda línea de operatividad, el artículo 48 prevé el cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad, por lo que las personas trans menores de edad, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tienen derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; y, con relación a ello, se ha de proceder a la adecuación de documentos al cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad.

Por lo que, conforme a lo dispuesto en esta Ley 4/2023 en virtud del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad, las personas menores de edad que hayan obtenido la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual sin modificar dicha mención relativa al sexo en su inscripción de nacimiento, tienen derecho a que las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica con la que se relacionen, expidan todos los documentos de la persona menor de edad con constancia de su nombre tal como aparezca inscrito por la rectificación operada en el Registro Civil. Asimismo, las Administraciones públicas, entidades y personas estarán obligadas a dispensar a la persona menor de edad que haya cambiado su nombre en el Registro Civil el trato que corresponda a las personas del sexo con el que se identifica, sin que pueda producirse discriminación alguna por tal motivo y debiendo prevalecer siempre el principio de igualdad de trato. Ahora bien, el cambio de nombre en el Registro previsto en el artículo 51 de la Ley no afectará a los derechos que puedan corresponder a las personas de acuerdo con su sexo registral. En esta línea, el alumnado menor de edad que haya obtenido el cambio de nombre en el Registro Civil de acuerdo con lo establecido en los citados artículos 48 y 51 de la Ley LGTBI, tiene derecho a obtener un trato conforme a su identidad (nombre registral) en todas las actividades que tengan lugar en el ámbito educativo (art. 60).

No se establece límite para el cambio de nombre, pues, basta cumplir con lo dispuesto en la LRC; lo que, sin embargo, si ocurre en la rectificación del sexo, pues, transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación de la mención registral relativa al sexo, las personas que hubieran promovido dicha rectificación podrán recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente a dicha rectificación en el Registro Civil, siguiendo el mismo procedimiento establecido en este capítulo para la rectificación registral. Pero, si se quisiese, de nuevo, proceder a una nueva rectificación, habrá de solicitar autorización judicial, esto, es, seguir el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 47 de la Ley).

En todo caso, en esta Ley no solo se pretende proteger los derechos de personas LGTBI menores de edad en el ámbito educativo, sino que en esta Ley se fija como deber de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias: 1. Adoptar las medidas necesarias para garantizar a las personas LGTBI menores de edad el libre desarrollo de la personalidad y la integridad física, conforme a su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir dignamente y alcanzar el máximo bienestar, valorando y considerando como primordial el interés superior de la persona menor de edad en todas las acciones y decisiones que le conciernan; 2. Garantizar el ejercicio de los derechos de las personas LGTBI menores de edad en condiciones de igualdad respecto al resto de las personas menores de edad; 3. Adoptar las medidas oportunas para la protección

de menores de edad LGTBI cuando se encuentren bajo su tutela durante su estancia en los centros de menores de edad, pisos tutelados o recursos en los que residan, garantizando el respeto a su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; 4. Desarrollarán medidas de formación y sensibilización dirigidas a las personas que atiendan a personas LGTBI menores de edad; 5. Adoptar las medidas oportunas para prevenir las agresiones que puedan sufrir las personas LGTBI menores de edad por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales; 6. Adoptar las medidas oportunas para la protección de las personas menores de edad LGTBI declaradas en riesgo o en situación de desamparo, así como de las personas jóvenes mayores de edad o emancipadas que carezcan de recursos económicos propios, que hayan sido declarados en riesgo o en situación de desamparo durante su minoría de edad; y, 7. Se considera situación de riesgo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y, a los efectos de su valoración por la Administración pública competente, la negativa a respetar la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de una persona menor, como componente fundamental de su desarrollo personal, por parte de su entorno familiar (art. 70).

En este contexto, esta Ley se estructura en un título preliminar, cuatro títulos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veinte disposiciones finales. Su entrada en vigor tendrá lugar al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado —en concreto el 2 de marzo de 2023—.

En su artículo 3 se define: intersexualidad como la condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos (letra g); orientación sexual como la atracción física, sexual o afectiva hacia una persona. La orientación sexual puede ser heterosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas de distinto sexo; homosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas del mismo sexo; o bisexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva hacia personas de diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad. Las personas homosexuales pueden ser gais, si son hombres, o lesbianas, si son mujeres (letra h); identidad sexual como la vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer (letra i); expresión de género como la manifestación que cada persona hace de su identidad sexual (letra j); persona trans como la persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer (letra k); y familia LGTBI como aquella en la que uno o más de sus integrantes son personas LGTBI, englobándose dentro de ellas las familias homoparentales, es decir, las compuestas por personas lesbianas, gais o bisexuales con descendientes menores de edad que se encuentran de forma estable bajo guardia, tutela o patria potestad, o con descendientes mayores de edad con discapacidad a cargo (letra l). En relación a esta, se fomentará el respeto y la protección, así como la no discriminación, de las personas menores de edad que vivan en el seno de una familia LGTBI, en defensa del interés superior del menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal fin, las Administraciones públicas competentes

en materia de protección de personas menores de edad garantizarán, teniendo en cuenta la heterogeneidad y diversidad familiar y de acuerdo con la normativa vigente, la ausencia de discriminación por orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, en la valoración de la idoneidad o adecuación en los procesos de adopción y acogimiento, teniendo siempre en cuenta la protección del interés superior del menor (art. 31).

Ahora bien, esta norma tiene como precedente, más inmediatos, diferentes textos normativos internacionales y nacionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Supremo. Así, en el ámbito internacional la Organización de Naciones Unidas, se han adoptado diferentes documentos y recomendaciones que han contribuido a elevar los estándares internacionales de respeto y protección del derecho a la integridad y a la no discriminación de las personas LGTBI. A este respecto, pueden mencionarse varias resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, como la Resolución adoptada el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; o la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género». También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la cuestión de la discriminación y la violencia que sufre este colectivo, como en su informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015, y ha establecido una serie de recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI que han inspirado a muchos Estados en sus respectivas políticas y legislaciones. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa estableció una Resolución *Discrimination against transgender people in Europe*, Estrasburgo 2015 dirigida a los Estados a instaurar procedimientos transparentes y accesibles basados en la autodeterminación para el cambio de nombre y sexo registral de las personas trans y eliminar los procesos médicos y los diagnósticos previos.

En lo relativo a las personas transexuales la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11), de 2018, eliminó la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual»; lo que supone el aval a la despatologización de las personas trans.

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea establece en sus artículos 2 y 3 la no discriminación como uno de los principales valores comunitarios. Asimismo, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por último, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual.

En el ámbito nacional, el artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y tal reconocimiento se vincula al artículo 10 de la misma, que establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. Además, la Constitución establece en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos

en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

El derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española) y representa una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2019, de 18 de julio estableció que «con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad». Ciertamente, el Tribunal Constitucional hace referencia a la identidad sexual y no de género.

Asimismo, la citada resolución declaró inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la medida en que no incluye entre los legitimados a las personas menores de edad con «suficiente madurez» y que se encontrasen en una «situación estable de transexualidad». Por su parte, también nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala de lo Civil, número 678/2019, de 17 de diciembre de 2019<sup>40</sup> se pronunció en el mismo sentido. No obstante, el criterio de madurez suficiente del menor para decidir y el interés superior del menor no son tratados adecuadamente en esta Ley, como hemos indicado en líneas precedentes.

Dentro de este recorrido legal, procede, asimismo, señalar que, con la aprobación del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se incluyó por primera vez en el mismo como circunstancia agravante la discriminación por la orientación sexual de la víctima (de nuevo, identidad sexual y no de género). Posteriormente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al transponer la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, hizo igualmente mención expresa a la discriminación realizada por razón de orientación sexual.

Asimismo, la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, equiparándolo al matrimonio entre personas de diferente sexo.

Posteriormente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, reconoció a las personas trans mayores de edad y de nacionalidad española la posibilidad de modificar la asignación registral de su sexo, sin necesidad de someterse a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y, sin procedimiento judicial previo, aunque manteniendo la necesidad de disponer de un diagnóstico de disforia de género. A través de esta misma ley, se modificó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, reconociendo por vez primera la doble maternidad en el seno de matrimonios de mujeres. Tal Ley 3/2007 ha quedado derogada por la presente norma (disposición derogatoria única).

Del mismo modo, en los ámbitos de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Instituciones Penitenciarias se han producido avances normativos encaminados a actuar con pleno respeto y no discriminación al colectivo LGTBI, especialmente en el caso de las personas trans en situación de privación de libertad, en virtud de la Instrucción 7/2006, de 9 de



marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre integración penitenciaria de personas transexuales<sup>41</sup>.

Asimismo, los tratamientos hormonales y quirúrgicos para las personas trans se han incorporado a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y a la cartera de servicios complementaria de algunas comunidades autónomas. El principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y el respeto a la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y a la diversidad familiar son aspectos básicos del currículo de las distintas etapas educativas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Por su parte, varias comunidades autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales, han aprobado leyes para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI. Así, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia<sup>42</sup>; la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos las personas transexuales de Andalucía; Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la biofobia y transfobia de Cataluña; la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid<sup>43</sup>; la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la comunidad autónoma de la Región de Murcia; la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de las Islas Baleares; la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y la expresión de género en la Comunidad Valenciana; la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la comunidad autónoma de Aragón; la Ley 2/2018, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la comunidad autónoma de Extremadura; la Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la comunidad autónoma del País Vasco; la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las personas lesbianas, gays, trans, transgénero, bisexual e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de Cantabria; la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; la Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento e identidad de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la comunidad autónoma La Rioja; y, la Ley 5/2022, de 6 de mayo, de discriminación sexual y derechos LGTBI de Castilla-La Mancha. Las comunidades autónomas de Castilla y León y Principado de Asturias no tiene legislación en esta materia.

En fin, en este contexto normativo y jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género y ha instado a que se garantice el cambio registral del sexo sin el requisito previo de sufrir



procedimientos médicos tales como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal.

De todas formas, todo lo expuesto queda, sin perjuicio de un tratamiento más profundo que, realicemos en un futuro estudio sobre la materia.

### 3. LA ATRIBUCIÓN DE LOS APELLIDOS

El artículo 49.4 de la LRC dispone que, la filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48 —menores abandonados y menores no inscritos—<sup>44</sup>, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y, siempre que, renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

Ciertamente, la filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurre el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho; y, b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o, sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil, se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata solo con la filiación materna y, asimismo, se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

Ahora bien, el citado artículo 49.1 y 2 de la LRC señala al respecto que, son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil; y, la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. Asimismo, en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación y, el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido. Tal inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán

las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación. En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen. Una vez recibida y examinada la documentación, el encargado del Registro Civil practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la LRC (art. 44.3 de la citada LRC)<sup>45</sup>.

De forma que, una vez, determinada la filiación por los medios legalmente establecidos, uno de los efectos que derivan de la misma, es, precisamente, la atribución de los apellidos (art. 109 CC). Por lo que, la filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral<sup>46</sup>.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

De todas formas, el orden de apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación (art. 49.2 apartado 4 de la LRC)<sup>47</sup>.

En este contexto, a la hora de determinar la atribución del orden de los apellidos, habrá que concretar si la filiación —matrimonial o no—, está o no determinada. Así habrá que referirse a los supuestos de filiación determinada por ambos progenitores en los términos señalados; a la filiación determinada respecto de un solo progenitor; a la filiación desconocida; a la filiación adoptiva y al supuesto especial previsto en el artículo 111.2 del Código Civil<sup>48</sup>.

En todo caso, también constará como filiación matrimonial el supuesto en que la madre estuviera casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestará que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge (art. 44.5 de la LRC). Se califica esta filiación, como resulta obvio, como matrimonial. Por lo que, de conformidad con el artículo 109 del Código Civil corresponderá a ambos progenitores ponerse de acuerdo, y de no ser así deberá decidir el encargado del Registro Civil que, como se precisa en el artículo 49.1 de la LRC en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Asimismo, constarán el lugar, la fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido.

Precisamente, respecto a la doble maternidad biológica a favor de la cónyuge de la mujer casada que da a luz, el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida —modificado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo y por la Ley 19/2015, de 13 de julio— dispone que «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme lo dispuesto en la Ley de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge» —ya no ha de hacerse antes del nacimiento—<sup>49</sup>.

Por otra parte, en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida —ya sea paterna o materna—, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos (art. 49.2 apartado tercero de la LRC).

De forma que, si es el padre el único progenitor que reconoce al hijo, como si es exclusivamente la madre, pueden transmitir sus respectivos apellidos por su orden o alterarlo.

Si bien, con el objeto de evitar la coincidencia de los apellidos de los hijos con la filiación única determinada que, normalmente es la materna, se posibilita que el progenitor pueda invertir el orden de los apellidos al tiempo de la inscripción. LINACERO DE LA FUENTE dispone que, la razón por la que se ha permitido tradicionalmente tal inversión «ha sido el deseo de ocultar el origen extramatrimonial del menor»<sup>50</sup>. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO hace referencia a «la desventaja o incomodidad social, pues la coincidencia del primer apellido con el primero de la madre revela ante todos que el sujeto carece legalmente de padre»<sup>51</sup>.

En consecuencia, tanto en los supuestos de filiación exclusivamente paterna como materna, podrán el padre o la madre invertir el orden de apellidos de sus hijos mediante declaración de voluntad ante el encargado (art. 53.1.º de la LRC).

Ahora bien, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo se posibilitaba que, el hijo al alcanzar la mayoría de edad, pudiese solicitar que se alterase el orden de sus apellidos, bajo la consideración que, la prioridad del apellido paterno y la posposición del apellido materno (y el de su familia) representa una discriminación injustificada. En la actualidad, conforme el artículo 57.3 de la LRC también puede solicitar el cambio de nombre y apellidos el menor de dieciséis años<sup>52</sup>.

En relación con la filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente ley (art. 44.6 de la LRC). La equiparación de efectos a la filiación por naturaleza (art. 108.2 CC) determina que, el adoptado adquiera los apellidos de los adoptantes con las mismas reglas que la determinación de la filiación por naturaleza<sup>53</sup>. En todo caso, no será necesario modificar los apellidos del adoptado cuando por excepción, la adopción no extinga los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.2 CC) —si bien, se mantendrá el apellido de la línea subsistente—. En cuanto a la determinación posterior de la filiación por naturaleza del adoptado, no afecta a la adopción (art. 180.4 CC), y en consecuencia, no produce efecto alguno en cuanto a los apellidos<sup>54</sup>. Sobre tales bases, procede indicar que los artículos 201 a 208 del RRC que regulan los apellidos de los hijos adoptivos han de entenderse derogados por la Ley de 11 de noviembre de 1987.

El artículo 235-31.1 a) del Código Civil catalán dispone que «*los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable. En estos casos, la adopción requiere que la filiación no esté legalmente determinada respecto del otro progenitor, o que esta haya muerto, esté privado de la potestad, esté sometido a una causa de privación de la potestad o haya dado su asentimiento*». Pueden ser adoptantes los hijos del cónyuge o de la pareja estable con quien el adoptado convive.

Por su parte, el artículo 235-48 del citado cuerpo legal señala que: «*1. La persona que es adoptada por dos personas conjuntamente lleva los apellidos de los adoptantes en el orden establecido para su primer hijo común o, si no tienen, en el orden que acuerden o en el dispuesto por la ley. Si los adoptantes son del mismo sexo y no tienen ningún hijo común ni acuerdan el orden de los apellidos, la autoridad judicial debe decidirlo dentro del procedimiento de adopción; 2. La persona que es adoptada por una sola persona lleva los apellidos del adoptante, excepto en el supuesto a que se refiere el artículo 235-32.1.a), en que conserva*

el apellido del progenitor de origen y se aplican las normas del apartado 1. Sin embargo, este progenitor y el adoptante pueden solicitar de común acuerdo que el adoptado conserve los dos apellidos de origen como un solo apellido, uniéndolos con un guion y colocando en primer lugar el del progenitor superviviente. En este caso, el adoptado debe llevar este apellido junto con el del adoptante. Para llevar a cabo esta unión, es preciso que el progenitor de origen sustituido por la adopción haya muerto y que el adoptado, si ha cumplido los doce años, lo consienta; 3. El orden de los apellidos de la persona adoptada por una sola persona puede invertirse a petición de esta en el momento de la adopción. El orden establecido para el primer hijo rige para los siguientes; 4. El adoptado mayor de edad o emancipado puede conservar los apellidos de origen si lo solicita en el momento de la adopción; y, 5. En los supuestos de elección, petición de inversión o conservación de los apellidos a que se refiere el presente artículo, la parte dispositiva de la resolución judicial por la que se constituye la adopción debe establecer expresamente los apellidos del adoptado». Si la persona es adoptada por ambos progenitores llevará el mismo orden que el primer hijo común de los adoptantes y de no tenerlo el que acuerden o disponga la ley. Si los adoptantes son del mismo sexo y no tienen ningún hijo común, ni acuerdan el orden de los apellidos la autoridad judicial debe decidirlo en el procedimiento de adopción. Si la persona es adoptada por una sola persona lleva los apellidos del adoptante, excepto en el supuesto a que se refiere el citado artículo 235-32.1.a), en que conserva el apellido del progenitor de origen y se aplican las normas del apartado 1 de este artículo 235-48. No obstante, este progenitor y el adoptante pueden solicitar de común acuerdo que el adoptado conserve los dos apellidos de origen como un solo apellido, uniéndolos con un guion y colocando en primer lugar el del progenitor superviviente. En este caso, el adoptado debe llevar este apellido junto con el del adoptante. En todo caso, para llevar a cabo esta unión, es preciso que el progenitor de origen sustituido por la adopción haya fallecido y que el adoptado, si ha cumplido los doce años, lo consienta. En fin, el orden de los apellidos de la persona adoptada por una sola persona puede invertirse a petición de esta en el momento de la adopción. El orden establecido para el primer hijo rige para los siguientes.

En ordenamientos jurídicos extranjeros cercanos a nuestro entorno, el artículo 299 del Codice Civile italiano establece que el adoptado asume el apellido del adoptante y lo antepone al propio. En el caso en que la filiación ha sido determinada o reconocida sucesivamente a la adopción se aplica el primer apellido. El hijo nacido fuera del matrimonio que haya sido reconocido por los propios progenitores y sea sucesivamente adoptado asume el apellido del adoptante. Si la adopción es realizada por ambos cónyuges, el adoptado asume el apellido. Si la adopción es realizada por una mujer casada, el adoptado que no sea hijo del marido asume el apellido de la familia de ella. La sentencia de la Corte Costituzionale de 27 de abril de 2022 (sentencia 131/2022) ha declarado inconstitucional el artículo 299 apartado tercero en la parte en que prevé que el adoptado asume el apellido del marido y también que el adoptado asume los apellidos de los adoptantes, en el orden acordado, salvo acuerdo alcanzado en el procedimiento de adopción, para atribuir el apellido de uno y otro.

No obstante, conviene precisar que, en los casos de acogimiento de un menor no se producen cambios de filiación; por lo que no se alteran el orden de los apellidos; en todo caso, se ha señalado que, podría ser viable el cambio de apellidos al amparo del artículo 207 b) del RRC —aun en vigor— que permite solicitar para el acogido, los apellidos de acogedor o acogedores<sup>55</sup>. El artículo 54.3 de la LRC autoriza el cambio de apellidos o identidad mediante expe-

diente determinado reglamentariamente, bastando que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, sin que se cumplan los requisitos b) y c) del apartado 2 —esto es, que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario; y que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea— siempre que, el apellido o apellidos solicitados correspondieran a quien tuviere acogido al interesado y, el acogedor o, por haber fallecido, sus herederos den su consentimiento al cambio. En todo caso se requiere que, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido por sí o sus representantes legales.

En cuanto al reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento, esta podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable<sup>56</sup>. Si se realizase mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil (art. 44.6 de la LRC).

Si bien, podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación; 2.<sup>a</sup> Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia; y, 3.<sup>a</sup> Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Si se formula oposición, la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, en el caso que se tengan hijos con posterioridad al primer inscrito, tanto para el caso de una sola filiación determinada como para el caso de determinación por ambos progenitores regirá siempre el orden inscrito para el mayor, con independencia de que se haya ejercido o no la opción prevista en la Ley (art. 109.3 CC). De forma similar, se pronuncia el citado artículo 49.2 párrafo 4 de la LRC al señalar que «el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determinar el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación»<sup>57</sup>. Si bien, para todos los casos, sea cual sea el orden de los apellidos, el hijo al alcanzar la mayoría de edad o con dieciséis años puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (art. 109.4 CC y el art. 57.3 de la LRC)<sup>58</sup>. Se trata de una facultad personalísima que solo puede ejercitarse una sola vez y al alcanzar la mayoría de edad<sup>59</sup>.

Por otra parte, si la filiación no está determinada respecto de ningún progenitor —filiación desconocida por ambas líneas— el encargado del Registro Civil como dispone el artículo 50.3 de la LRC «impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente» (igualmente, se establecía en el derogado art. 55.5 LRC de 1957), sin que pueda imponer el de «expósito» u otro indicador del origen desconocido (art. 196.1 RRC).

Para LINACERO DE LA FUENTE el término uso corriente habrá que darle «una interpretación suficientemente amplia para incluir en su tenor, no solo aquellos apellidos que tengan una amplísima difusión (por ejemplo, López, García), sino también cualesquiera que no resulten insólitos o escasos (o que pudieran implicar en su caso una usurpación de la posición social de otra persona)»<sup>60</sup>.

Si bien, el artículo 54.3 de la LRC posibilita que, el encargado del Registro pueda autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en la forma reglamentaria, bastando para ello que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, sin que sea necesario cumplir los requisitos b) y c) del apartado 2<sup>61</sup>, si el apellido o apellidos solicitados correspondieran a quien tuviere acogido al interesado, siempre que aquel o, por haber fallecido, sus herederos den su consentimiento al cambio. Por tanto, el menor acogido puede variar sus apellidos al correspondiente a la persona que lo tiene en acogimiento familiar, siempre que este dé su consentimiento; o, si hubiera fallecido, sus herederos.

En todo caso se requiere que, por sí o sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido. Se exige no consentimiento, sino simplemente asentimiento el cónyuge y los descendientes del titular del apellido (nietos). Lo importante es el consentimiento que ha de prestar el titular del apellido, o sus herederos; las demás personas señaladas simplemente deben admitir o afirmar lo propuesto por otra persona. No parece que, se le otorgue valor vinculante al asentimiento, frente al consentimiento. Por lo que, consentido el cambio de apellidos por el titular de los mismos y, a la vez, persona titular de un acogimiento familiar; no afecta a tal cambio el no asentimiento de los familiares descritos.

En otro orden de cosas, podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación; 2.<sup>a</sup> Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia; 3.<sup>a</sup> Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 44.7 apartado 2 de la LRC). Si se formula oposición la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, en este contexto, si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del progenitor o este ha sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme «el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal» (art. 111 CC)<sup>62</sup>. Habrá de manifestarlo ante el encargado del Registro Civil, pudiendo ejercitar tal opción en cualquier momento<sup>63</sup>. No obstante, pueden cesar tales restricciones por determinación del representante del hijo aprobado judicialmente o por voluntad del propio hijo si es mayor de dieciséis años (art. 57.3 de la LRC). Por tanto, se dispone de dos vías para el mantenimiento de los apellidos del padre (art. 111.3 CC)<sup>64</sup>. Asimismo, tal progenitor no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias. De forma que, en los supuestos descritos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. En todo caso, dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.



Pese a no ostentar los apellidos, siempre quedarán a salvo las obligaciones del progenitor de velar por los hijos y prestarles alimentos.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2014<sup>65</sup> no procede la aplicación del tal precepto, pese a considerar la madre que no es merecedor el progenitor varón que el descendiente extramatrimonial habido en común con la demandada ostente, no solo el apellido paterno, sino que no lo haga en primer lugar, es decir, en su contestación la madre del menor interesa que este conserve los apellidos maternos con los que actualmente está inscrito en el Registro Civil y subsidiariamente, que el pequeño mantenga como primer apellido el de la madre y sobre la base que el actor siempre se desatendió de su paternidad y que además fue condenado como autor de una falta de vejaciones injustas cometidas en febrero de 2012, contra su expareja sentimental y madre del menor, a la pena de cuatro días de localización permanente y alejamiento durante seis meses.

Es evidente, para la Sala que en el caso examinado, no concurre el supuesto de hecho del artículo citado por no haber sido condenado el padre en sentencia penal firme, a causa de relaciones a que obedeció la generación y porque la filiación no ha sido judicialmente determinada con su oposición, amén que en este proceso no se ha instado la privación de la patria potestad del progenitor varón.

Ciertamente, en los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal. De todas formas, una vez practicada la inscripción, el encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes (art. 44.8 y 9 de la LRC).

Ante una acción de reclamación de paternidad no matrimonial, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en dicho procedimiento de reclamación, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015<sup>66</sup>, dictada en una fecha en las que aún no había entrado en vigor el artículo 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil. En concreto, remite a ella, las sentencias de dicho Alto Tribunal y Sala, de 11 y 12 de noviembre de 2015<sup>67</sup> en los siguientes términos: «1. En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículos 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y el artículo 194 del Reglamento de Registro Civil. Así, en defecto de opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, que en el caso presente «el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...»; 2. La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando esta cuestión el interés superior del menor, por lo que la Sala, cuando ha tenido que acudir al negar o posibilitar la interpretación correctora de la norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este. Así se hace ver en la sentencia 582/2014, de 27 de octubre, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte. El mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, pues, como afirma su preámbulo «(...) transcurridos casi veinte años desde



la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución»; 3. Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya exposición de motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI, relativos a los hechos y actos inscribibles (...): el nombre y apellidos se configura como elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que detectan el orden de los apellidos».

Se ha insistido en esa doctrina, como mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre y, 15/2016, de 28 de octubre, tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Por todo ello, ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016<sup>68</sup> que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

Es cierto que, la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 167/2013, de 7 de octubre ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».

Las anteriores consideraciones y para salir al paso de que solo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2016<sup>69</sup> procede a estimar el recurso de casación, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no habiéndose acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio de apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. Por tanto, no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos, como si, partiendo del que tiene como primero le sería beneficioso el cambio; de forma que, el primero fuese el paterno y el segundo, el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene

identificando el menor. Efectivamente, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, debe acreditarse circunstancias que aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2016<sup>70</sup> fija doctrina en el sentido que «por tanto, la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellido, como sí, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio; de forma que, el primero fuese el paterno y el segundo, el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado». De nuevo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de julio de 2020<sup>71</sup> se pronunció sobre tal cuestión en la que, en atención a las circunstancias concurrentes, se valoró el interés de la menor ponderando que sus padres biológicos tenían otros hijos y la finalidad de mantener la coincidencia de apellidos con sus hermanos con un solo vínculo. La peculiaridad del presente supuesto se encuentra en que no se trata de que se mantenga como primer apellido el de la madre, sino que, siendo el segundo, pase a ser primero, pues este desaparece por ser el del presunto padre y no el del biológico. Existe una circunstancia que ambas partes introducen en el recurso de casación y en la oposición a este, que las sentencias de instancia no han tenido la oportunidad de valorar. La circunstancia es la siguiente: en el núcleo familiar de la Sra. Claudia, la menor Covadonga tiene dos hermanos, que son Tania y Félix, y es el núcleo en que se encuentra integrada desde su nacimiento. En el núcleo del Sr. Cirilo, la menor tiene una hermana llamada Bernarda. A la fecha del nacimiento de Tania y Sebastián, estos deben estar inscritos en el Registro Civil con los apellidos de Indalecio, en aplicación del párrafo 2 del artículo 109 del Código Civil, pues en esa fecha aún aparecería inscrita la hija mayor con tales apellidos. Por tanto, lo más beneficioso para el interés de la menor Covadonga es que mantengan en cada núcleo familiar el orden de apellidos que constan en ellos respecto de sus progenitores biológicos, por ser el que menor problemas le acarrearán en cuanto a identificación con sus hermanos en la vida familiar, social y escolar. Así, en el núcleo familiar de la madre, Covadonga tendrá como segundo apellido Valentina, igual que sus hermanos Tania y Sebastián. En el núcleo familiar del padre, tendrá como primer apellido Rebeca, igual que su hermana Bernarda. De aceptarse la pretensión de la Sra. Claudia, resultaría que en ambos núcleos familiares surgirían problemas de identificación respecto a todos sus hermanos, como sostiene el Ministerio Fiscal. De ahí que, el interés de la menor aparezca suficientemente protegido por la sentencia recurrida, desestimándose el recurso de casación. En fin, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020<sup>72</sup> declarada la paternidad biológica de la demandante respecto de la hija menor de la demandada, se mantiene el materno como primer apellido de la niña, ocupando el segundo lugar el correspondiente al primer apellido del padre. Debe negarse la alteración del orden de apellidos que venía utilizando cuando dicho cambio no se concilia con su superior interés, constituido por el libre desarrollo de su personalidad en el entorno social en que se desenvuelve, dado el carácter individualizador del apellido en la vida familiar, social y escolar, que se va consolidando con el tiempo como un elemento de identidad de la persona. Desde su nacimiento la menor viene empleando como primer apellido el primero de su madre, que utiliza a nivel escolar, administrativo, médico y de relación, sin mantener vínculos con su padre biológico que les identificasen con este. No hay motivo que justifique que se utilice como primer apellido el de su padre<sup>73</sup>.

En consecuencia y en atención a qué en estos supuestos nos encontramos una filiación sobrevenida, habrá que tenerse en cuenta que, a la hora de determinar el orden de los apellidos del menor respecto del que se ha reconocido la paternidad, no podrá imponerse como primer apellido el del padre por aplicación del artículo 109 del Código Civil y el artículo 49 de la LRC, entrando en juego el derecho del menor a su nombre y la relevancia individualizadora del que venía haciendo uso con carácter previo a la determinación judicial de la filiación, debiendo valorarse las circunstancias de cada caso concurrente y el interés protegible del menor. Por lo que, aplicando los señalados preceptos y el artículo 194 del RRC cuando la inscripción se practicó unilateralmente, no se aprecia que, el interés superior del menor no exija alterar el orden de los apellidos del menor, cuando este tiene corta edad y no sucede como en el supuesto resuelto por la citada sentencia de 30 de noviembre de 2020, cuando razona que el apellido de la madre es el que utilizaba la menor, de 8 años, hasta la actualidad a nivel escolar, administrativo, médico y de relación, son mantener vínculos con su padre biológico que le identificasen con este. Por tanto, de lo expuesto, se debe concluir que, controversias como las que estamos analizando se dilucidan atendiendo al interés del menor, al carácter individualizador del apellido en la vida familiar, social y escolar, que se va consolidando con el tiempo como elemento de identidad de la persona a los efectos de determinar; en definitiva, si el cambio del orden de los apellidos benefició al hijo menor, lo que exigirá un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes, entre ellas la edad del menor a la hora de procederse a su reconocimiento tardío. Ciertamente, el transcurso del tiempo constituye un elemento fundamental en la determinación del interés del menor y no tanto por lo que supone la reclamación tardía, sino por el hecho que se utiliza más el apellido materno y se consolida como elemento identificador del menor en diferentes ámbitos como el familiar, social, sanitario y escolar. En todo caso, si procede el cambio de apellidos, habrá de ser solicitado, una vez firme la sentencia de reconocimiento de la filiación paterna, tras la correspondiente reclamación judicial de filiación<sup>74</sup>.

En este contexto, se procede a imponer el primer apellido del padre como primer apellido de la hija, la madre formula recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la igualdad, derivada de la prevalencia del padre respecto del de la madre, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 30 de noviembre de 2015<sup>75</sup> desestima tal recurso ante la falta de invocación tempestiva de la vulneración del derecho fundamental. Precisamente, dicha vulneración del principio de igualdad no se denuncia en primera instancia, ni en el recurso de apelación, pues, los argumentos que se elevan para fundamentar la petición se centran exclusivamente en defender los intereses de la menor, con el fin de evitarle posibles perjuicios. Por lo que, no puede reprocharse a estos órganos judiciales el no haber realizado ningún juicio de igualdad, ni ponderación alguna al respecto y en estas instancias es cuando la demandante de amparo debió plantear por primera vez la queja que se eleva en amparo. Esta falta de denuncia de la vulneración también constituye una causa de inadmisión del recurso de casación pues, no cabe el planteamiento en esta instancia de «cuestiones nuevas» no tratadas con anterioridad. De acuerdo con lo expuesto, la demanda de amparo no cumplió el requisito de admisibilidad previsto en el artículo 44.1 c) de la LOTC y en consecuencia, no se puede enjuiciar *ex novo* la vulneración del artículo 14 de la Constitución española, dado que estos órganos jurisdiccionales no tuvieron la oportunidad de entrar en el fondo de dicha pretensión, debiendo preservarse el carácter subsidiario del recurso de amparo que tiene como finalidad facilitar

que los jueces y tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades, así como la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles «la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional» (por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2 y 228/2007, de 5 de noviembre)».

Ahora bien, el artículo 136.1 del Código Civil permite que el marido pueda ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. Asimismo, conforme al artículo 137 del citado cuerpo legal la filiación del padre o progenitor no gestante podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo, para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor, corresponderá, también, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre o progenitor gestante que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Si se tratare de persona con discapacidad con medidas de apoyo, esta, quien preste el apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrá, igualmente, ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el Registro, desde su mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su padre o progenitor no gestante, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. En fin, si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

Pues bien, cuando dicha impugnación surte efecto, se produce la pérdida automática de los apellidos y su modificación por los correspondientes al nuevo estado de filiación.

De todas formas, es posible el ejercicio conjunto de la acción de reclamación e impugnación de la filiación contradictoria (art. 134 CC). Por lo que, tras la impugnación-reclamación de la filiación, los apellidos sean, precisamente, los que resulten de la reclamación.

Sobre tales bases, respecto de los extranjeros que adquieren la nacionalidad española —extranjeros nacionalizados— estando ya determinada su filiación, conservará los apellidos que ostente en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, y que los apellidos que se pretenden conservar no resulten contrarios al orden público internacional (arts. 109 CC, 56 apartado primero de la LRC y 194 y 213.1 del RRC)<sup>76</sup>.

Si bien, el artículo 199 del RRC permite al extranjero que adquiere la nacionalidad española conservar los apellidos que ostentara con anterioridad, si así lo declara en el acto de adquirirla o, dentro de los dos meses siguientes

a la adquisición o a la mayoría de edad, sin que se le permita tener un solo apellido, pues el sistema español de doble apellido se exige, igualmente, a los extranjeros nacionalizados españoles al ser principio de orden público<sup>77</sup>. Ante el hecho constatado del incremento muy notable del número de extranjeros extracomunitarios que adquiere la nacionalidad española en los últimos años y, con la finalidad de facilitar la práctica registral y evitar las inscripciones precisamente con un solo apellido a los extranjeros nacionalizados, se elabora la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007 que fija las directrices a seguir en la aplicación de la ley española a la determinación de los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles. Tiene por objeto «clarificar las dudas existentes en esta materia del régimen legal de los apellidos de los ciudadanos extranjeros que adquieren la nacionalidad española, fijando los criterios y directrices a que habrá de ajustarse la práctica registral, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en una materia tan sensible como lo es la debida identificación de los españoles»<sup>78</sup>. En todo caso, España ha ratificado una serie de convenios internacionales en materia de nombres y apellidos: el Convenio relativo a los cambios de apellidos y de nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958; el Convenio relativo a la expedición de un Certificado de diversidad de apellidos hecho en La Haya I, 8 de septiembre de 1982; y el Convenio número 19 de la Comisión Internacional del estado Civil, relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980.

Ahora bien, para el caso de españoles que nazcan fuera de España en territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, atendiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, de 14 de octubre de 2008 asunto C-353/06 (Grunkin-Paul), cuestión prejudicial planteada conforme al artículo 234 CE por el Amtsgericht de Flensburg (Alemania)<sup>79</sup>, se dicta la Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea, teniendo como objeto la presente Instrucción «clarificar las dudas que puedan plantearse en la aplicación práctica de la doctrina surgida de la citada sentencia, fijando los criterios y directrices que habrán de orientar la práctica registral en la referida materia, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en el ámbito de actuación de los encargados de los Registros Civiles españoles»<sup>80</sup>. Asimismo, se indica en la cuarta directriz que «(...) Por excepción, no procederá la aplicación de la regla contenida en la directriz primera de esta Instrucción, aun cuando se cumplan los requisitos antes indicados, en los siguientes casos: 1. Cuando los apellidos determinados conforme a la Ley de extranjería del país de nacimiento resulten contrarios al orden público español. Son supuestos en que procede la aplicación de la excepción del orden público en materia de lo previsto en la directriz tercera de la Instrucción de este Centro Directivo de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (...)»<sup>81</sup>.

Por su parte, en caso de doble nacionalidad —en caso de españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea—, los cambios de apellidos voluntarios realizados de conformidad con las reglas relativas a la determinación de apellidos aplicables en este último Estado serán, igualmente, reconocidos en España, salvo cuando dicho cambio sea contrario al orden público español, o bien cuando habiendo sido dicho cambio resultado de

una resolución judicial esta no haya sido reconocida en España (art. 56 apartado segundo de la LRC)<sup>82</sup>.

En cuanto, a determinación de los apellidos de los extranjeros el artículo 9.1 del Código Civil dispone que: «1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el 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 la ley personal anterior». Y, añade, el apartado 10 que «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual».*

De forma que, la ley personal correspondiente a las personas físicas se determina por su nacionalidad y vecindad civil. Y se considera ley personal en caso de falta de nacionalidad o estuviese indeterminada la ley del lugar de residencia habitual. En este sentido, el artículo 219 del RRC dispone que «el nombre y apellidos de un extranjero se rigen por su ley personal».

Por su parte, el citado artículo 9 en su apartado 9 del Código Civil respecto a las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

En todo caso, prevalecerá la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente». Son tres los criterios: 1. En caso de doble o múltiple nacionalidad se estará a lo que determinen los tratados internacionales suscritos por España. A tal fin, el artículo 11.3 de la Constitución española establece que: «El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen». Si nada estableciesen los tratados, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida; 2. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. De forma que, se aplicará la ley española; y, 3. De ostentar dos o más nacionalidades y ninguna de ellas ser la española, se considera como ley personal, la ley del lugar de su residencia habitual<sup>83</sup>.

Sobre tales bases, en otras legislaciones forales se regula la filiación y el orden de los apellidos. Así el artículo 235-2 del Código Civil de Cataluña dispone que toda filiación produce los mismos efectos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva. La filiación determina la potestad parental, los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios y comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los demás efectos establecidos por las leyes; y, en tercer lugar, el padre y la madre pueden establecer de común acuerdo el orden de los apellidos en la inscripción del nacimiento o de la adopción del primer hijo. Los hijos, al alcanzar la mayoría de edad o al emanciparse, pueden alterar el orden de los apellidos. Asimismo, se refieren a la importancia del interés del menor para estos supuestos el artículo 211.6 del citado cuerpo legal que indica que el interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte. Para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se



requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menos, tiene suficiente juicio. En fin, el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 25 de abril de 2022<sup>84</sup> en un supuesto de filiación no matrimonial y con la declaración de la filiación sobrevenida se indica que tras la declaración judicial de su filiación paterna, la modificación del orden de los apellidos de un menor inscrito en el Registro Civil originariamente solo con los de la madre, no cabe atender ni a la diligencia mostrada por el padre en lograr el reconocimiento de su paternidad desde que tuvo lugar y/o conoció el nacimiento, ni a las razones que pudiera tener la madre para oponerse o para retrasar dicho reconocimiento. Se mantiene el primer apellido con el que fue inscrito el menor por poseer una mayor virtualidad identificadora, modificando el segundo para incluir el primero del padre a fin de reflejar la nueva relación de filiación, solución que se considera más respetuosa con la prohibición de discriminación por razón del sexo que resultaría de resolver la controversia que surja entre los progenitores otorgando la preferencia legal al apellido del padre o de la madre; y, asimismo, la sentencia del citado Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 3 de octubre de 2022<sup>85</sup> ante el reconocimiento de filiación no matrimonial procede a la declaración de oficio por el tribunal de instancia del no uso del tiempo durante el que viene ostentando otro apellido en sus relaciones sociales, pues, no cabe prescindir de los del padre biológico, de forma que preservando la igualdad de género y no habiendo sido objeto de litigio, el orden de los apellidos deberá ser acordado por ambos progenitores y en caso de desacuerdo, será el juez de la ejecución de la sentencia quien lo deberá fijar atendiendo al interés de la menor.

En fin, respecto a los menores abandonados y menores no inscritos mencionados al inicio de este apartado, el artículo 48 de la LRC dispone que: «1. Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir. 2. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos». Para estos casos, el artículo 50.3 de la LRC establece que: «3. El encargado impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación sea desconocida. Igualmente impondrá, tras haberles apercibido y transcurrido un plazo de tres días, un nombre de uso corriente cuando los obligados a su fijación no lo señalaren».

No obstante, el artículo 209 del RRC posibilita que el encargado del Registro pueda autorizar, previo expediente: 1. El cambio del apellido Expósito u otros análogos, indicadores de origen desconocidos, por otro que pertenezca al peticionario, o, en su defecto, por un apellido de uso corriente». Y añade el artículo 211 del citado RRC que el apellido Expósito o análogo será sustituido: 1. Por aquel en que concurra la situación de hecho, pertenencia legítima y proveniencia de línea exigidas para el cambio ordinario. 2. En su defecto, por el siguiente, en la misma línea, al que ha de sustituirse. 3. Si no hay apellidos de la línea, por el elegido por el peticionario o representante legal entre los de la otra, exceptuado el que ya se ostenta como paterno o materno, o entre los de uso corriente.



#### 4. INTERÉS DEL MENOR Y EL ORDEN DE LOS APELLIDOS

De nuevo, respecto del interés superior del menor, mencionado en líneas precedentes, procede señalar que, en el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se califica el interés del menor como «un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto, a lo largo de estos años de diversas interpretaciones» y, por ello, con el objeto de dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la LOPJM dando una redacción más completa al mismo e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observancia General número 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial»<sup>86</sup>.

También se indica en el citado preámbulo que «este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral». A lo que se añade que «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

RIVERO HERNÁNDEZ define el interés del menor como «estándar jurídico no ético; responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico —respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídicos—. Pero se desenvuelve, ciertamente, en el ámbito jurídico con más carga metajurídica, incluso ética, como es el Derecho de la persona y de la familia, lo que comporta que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés del menor»<sup>87</sup>. Por su parte, para VERDERA IZQUIERDO resulta «prácticamente imposible, realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas». Se debe, en consecuencia «realizar una determinación del concepto *in concreto* de acuerdo con todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico»<sup>88</sup>. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2020<sup>89</sup> señala que «el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que debe ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2020<sup>90</sup> el interés superior del menor prevalece frente al de sus progenitores.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.º); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º); y, 131/2021, de 31 de mayo (FJ 2.º) subrayan que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos». De forma que, el interés del menor sea considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 7.º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º; y 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (sentencia del Tribunal Constitucional, 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º).

En todo caso, la expresión de la jurisprudencia constitucional «consideración primordial» significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

Asimismo, el Tribunal Constitucional viene insistiendo también en la necesidad que «todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden públicos» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2018, de 5 de julio en su *Fundamento de Derecho segundo* lo identifica como noma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener la consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que, la sentencia de este mismo Tribunal 120/1094, de 10 de diciembre en su *Fundamento de Derecho segundo* reconoce que concurre en los procedimientos judiciales relativos a la familia a partir que el artículo 39.2 de la Constitución española sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (también la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2021, FJ 4.º).

De igual forma, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 26 de septiembre que, afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público». O, más recientemente, insiste en esta concepción la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 251/2018, de 25 de abril cuando afirma que «el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental (...). Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016<sup>91</sup> declarada la paternidad del demandante respecto del hijo menor de la demandada se inscribe en el Registro Civil los apellidos de la nueva filiación, debiendo atenderse al interés superior del menor al fijarse el orden de los apellidos, por lo que llevará en primer lugar, el materno y en segundo lugar, el del padre. No prima el deseo de este, siendo evidente la relevancia individua-

lizadora del primero de los apellidos de una persona. Desde el nacimiento del menor consta inscrito con el de la madre y se le identifica con el mismo desde entonces en la vida familiar, social y escolar.

El interés superior del menor obliga, pues, a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que, debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencias del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [FJ 6.º]; y 16/2016, de 1 de febrero [FJ 6.º]). Únicamente, en los supuestos en los que no pueden respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Ahora bien, recordemos que, sobre la base de que el interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero [FJ 5.º] y 106/2022, de 13 de septiembre [FJ 2.º]).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre en su *fundamento de derecho quinto* indica al respecto que «(...) los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 de la Constitución española y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (art. 3) contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa».

Asimismo, son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que insisten en la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiende de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público. Debe procurarlo, incluso si ello significa atempera la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros<sup>92</sup>. También debe constatarse que en todas las ocasiones que se ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor ante este Tribunal Constitucional, su interés superior «inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 de la Constitución española es considerado, en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales»<sup>93</sup>. Precisamente, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019 en su *fundamento de derecho cuarto* se subraya que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores «que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos», según el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990. Como detalla la Observación General número 14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de los valores fundamentales y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención». Y añade

que «no hay jerarquía de derechos en la Convención, pues todos responden al «interés superior del niño» y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor (...). En caso que, no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

En este contexto, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues, no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio; y, en consecuencia, la decisión de cuál debe ser en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales<sup>94</sup>.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2020<sup>95</sup> señala, precisamente, que en aplicación de esta doctrina «su función debe limitarse únicamente a verificar si tanto la decisión de la Audiencia Provincial de revocar la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia como consecuencia de la apreciación de una pretendida extemporaneidad, como la resolución de la Sala Civil del Tribunal Supremo que confirma la anterior, están debidamente justificadas las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (art. 39 de la Constitución española), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, FJ 5), pues, no se ha de olvidar que cuando el derecho a la tutela judicial efectiva afecta a la esfera personal y familiar de un menor como sucede en el caso que se nos presenta, el canon de motivación es un canon especialmente reforzado». Por lo que en el supuesto enjuiciado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo imputó a la resolución del Juzgado de Primera Instancia de Móstoles la ausencia de motivación respecto a la fijación de los apellidos de la menor (...) y en opinión de este Tribunal, la cuestión que debía resolverse y que debió analizarse como cuestión de fondo porque en este caso no regía el principio preclusivo por lo que «no era tanto si el cambio de apellidos era perjudicial para la hija en común, como si partiendo que ostentaba como primero desde su nacimiento, el apellido de la madre, le era beneficiosa una alteración de este orden. Sobre este particular, hemos de señalar que, la sentencia de apelación no motivó su decisión conforme a los cánones establecidos en estos casos, pues se limitó a aplicar el artículo 194 del Reglamento de la Ley de Registro Civil que dispone que cuando existe desacuerdo entre los progenitores, debe imponerse el apellido paterno como primero y el materno como segundo, sin ponderar las circunstancias concretas del caso sometido a enjuiciamiento, ni explicar cuál fuera el beneficio que la alteración de los apellidos le otorga a la menor». Por lo que concierne a la resolución dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha de 23 de noviembre de 2017 impugnada en este recurso «debe reiterarse que el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tución sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental. Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar; así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor

rigor formal y la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (sentencia del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). (...) Dicho de otro modo, en atención al papel que tiene encomendado el principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor, no cabe duda que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones. Por ello, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debió prescindir del óbice procesal observado y conocer del fondo del asunto planeado para determinar si la resolución que había sido recurrida, había observado dicho principio y razonado conforme al mismo los motivos de la decisión de alterar los apellidos de la menor. En atención a ello, la ausencia de un análisis razonado *ex* artículo 39.4 de la Constitución española sobre el fondo de la cuestión suscitada en torno a los apellidos que debía ostentar la menor tras la determinación de su filiación paterna, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española), de la recurrente en amparo, que actúa en representación de su hija menor». Por las razones expuestas «hemos de afirmar que desde la perspectiva constitucional, en las resoluciones impugnadas en este recurso de amparo debió resolverse la cuestión de fondo planteada relativa al orden de los apellidos de la menor y ponderarse especialmente su mayor beneficio, teniendo en cuenta que el derecho al nombre integra su personalidad. Por todo ello, este Tribunal no puede más que concluir reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 de la Constitución española, invocado por la recurrente, debiendo otorgar el amparo con los efectos prevenidos en el artículo 55 de la LOTC, anulando las sentencias impugnadas». En esta sentencia se considera que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia en un proceso de filiación en el que se declaró la paternidad del demandado y se impusieron a la menor como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre. Se valoró inadecuadamente el interés superior de la menor por el Tribunal Supremo. Ciertamente, el principio del interés superior del menor debe regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia. La aplicación de este principio prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones. Por ello, el Tribunal Supremo debió prescindir del óbice procesal relativo a la extemporaneidad de la pretensión de la madre de que la hija conservase como primer apellido el de la propia madre y conocer del fondo del asunto planteado para determinar si la sentencia de apelación había observado dicho principio y razonado conforme al mismo los motivos de la decisión de alterar los apellidos de la menor. Por lo que, se procede a otorgar el amparo solicitado por la madre.

Ahora bien, dentro de este marco tuitivo la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 consagra «el interés superior del menor» como principio que proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Nuevamente, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera el interés superior del menor como «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones, y en el artículo 24 proclama el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones

personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

Pues bien, el interés superior del menor, como hemos analizado en líneas precedentes, es el que ha optado el legislador como criterio subsidiario en el supuesto de determinación de la filiación por ambas líneas. Así el artículo 49.2 apartado segundo de la LRC parte del acuerdo entre los progenitores; no obstante, se recurre al interés del menor en caso de desacuerdo entre los progenitores o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. Esta solución por el interés del menor tiene acogida favorable en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>96</sup>; aunque no faltan quienes como NAVARRO CASTRO indican que «esta solución no resuelve el problema, sino que lo traslada al encargado». A lo que añade que «probablemente, el legislador, ante las críticas que suscitaban las distintas soluciones que se iban proponiendo, se ha optado por cerrar en falso el problema, porque el único criterio que proporciona al encargado para decidir es el del interés superior del menor»<sup>97</sup>; o LINACERO DE LA FUENTE que matiza que «en numerosos casos, el interés del menor puede no ser suficiente para resolver la controversia». De ahí que, proponga que «en sede reglamentaria podría establecerse algunos criterios del citado interés e, incluso, contemplar expresamente la posibilidad que si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el encargado puede acudir a un procedimiento aleatorio»<sup>98</sup>.

Ante estas críticas y cierto consenso en ofrecer criterios más concretos en la determinación legal de los apellidos y cuál de ellos ha de anteponerse a falta de acuerdo entre los progenitores. ELIZARI URTASUN propone «mantener aquellos apellidos que gocen de renombre o tradición en el ámbito profesional o artístico, que vayan a redundar en beneficio del menor; faciliten su identificación o el que tenga carácter más eufónico o, en fin, evitar el apellido que genere mofa». No obstante, precisa acertadamente la autora que «en cualquier caso, si el encargado del Registro Civil considera que el interés superior del menor no resuelve la disyuntiva sobre cuál de los dos apellidos debe imponerse en primer lugar, deberá motivarse, por exigencia del artículo 2.5 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, y debería explicitar también el criterio utilizado en su defecto para imponer un apellido en primer lugar, para evitar cualquier sospecha de utilización de un criterio discriminatorio para la madre»<sup>99</sup>.

En todo caso, el interés del menor ha inspirado también hasta la actual regulación, la fijación del orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores en numerosas resoluciones de nuestros tribunales (Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales). Así en caso de reconocimiento tardío, se recurre a tal concepto jurídico indeterminado, además de las resoluciones mencionadas en el apartado anterior, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018<sup>100</sup> al respecto, entiende irrelevante el deseo del padre por noble que sea, en este supuesto de solicitud de cambio del apellido materno por el paterno tras declararse la filiación extramatrimonial del menor, al no constar un beneficio para el menor con el cambio; por lo que no existe razón para alterar el orden del apellido con el que viene siendo identificando desde la inscripción de nacimiento. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2016<sup>101</sup> se pone de manifiesto por parte de la



demandada recurrente que, la hija menor de los litigantes, Fidela, nació en 2006, por lo que en la actualidad cuenta con nueve años de edad, siempre ha sido conocida como Fidela, ha sido escolarizada con ese nombre y primer apellido, así la conocen en el Centro escolar, actividades extraescolares, amigos, etc., por lo que el interés de la menor hace que de momento deba seguir llamándose Fidela, y como segundo apellido que se establezca el primer apellido paterno Sofia, ya que con este orden de apellidos no se vulnera ningún derecho del padre y la menor puede continuar con el primer apellido con el que ha sido identificada desde el momento de su nacimiento, y ello, sin perjuicio del derecho que le asiste una vez adquirida la mayoría de edad —ahora los dieciséis años—; y, atendiendo al criterio de la edad de la menor, a su superior interés que prima sobre los deseos del padre por muy nobles que sean, se pronuncia la sentencia de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2017<sup>102</sup> conforme a la Ley 20/2011 que siendo duplicada no había entrado en vigor, considerando que, precisamente, ese interés superior del menor es el principio que permite alterar la rigidez de la norma registral todavía no vigente, mediante una interpretación correctora, tal como había destacado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de febrero y 12 de marzo de 2015 y la de 1 de febrero de 2016. Esta última, recordamos que pone de manifiesto que «lo relevante más allá de deseos del padre o de la madre, es el cual será el interés protegible de este menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene siendo desde entonces identificado en la vida familiar, social y escolar».

De todas formas, que el interés legal de menor opere por determinación legal en la fijación del orden de los apellidos, o simplemente, en los casos expuestos de reconocimiento tardío de la filiación por aplicación del juez que, analiza la reclamación judicial de la filiación matrimonial o no matrimonial; ello no es óbice para que no deba dejar de tener presente que la regla general es la igualdad de trato de los progenitores a la hora de decidir su orden. Lo que implica la absoluta equiparación del hombre y la mujer vigente desde el 30 de junio de 2017. No puede servir de excusa el interés superior del menor para alterar dicha regla<sup>103</sup>.

En fin, nos gustaría finalizar este apartado, haciendo una breve referencia sobre el interés superior del menor y la filiación de los nacidos por gestación subrogada, por movernos, valga la redundancia, en este ámbito global de la determinación de la filiación.

Al respecto, la legislación española en el artículo 10.1 y 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRHA) declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de la mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero y, asimismo, atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante (filiación determinada por el parto); sin que la reforma de esta LTRHA llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, promulgada con posterioridad, precisamente, a la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2014<sup>104</sup>, modificase tal previsión legal.

A tal fin, quedan encuadradas en el artículo 221.1 del Código Penal las conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediando compensación económica, se entregue a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor; aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación; castigando tales conductas



con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

Asimismo, el artículo 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional exige para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales que, la «adopción no vulnere el orden público». Tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio se añade que «a estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular, cuando no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación».

En esta línea, se ha pronunciado recientemente la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>105</sup>, pues, respecto a la prevención de la gestación por subrogación o sustitución establece en su artículo 32 que: «1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

Y, con respecto a la prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución, su artículo 33 dispone que: «En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese».

Asimismo, el Informe del Comité de Bioética de España de 19 de mayo de 2017 sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, rechaza esta práctica por razones éticas y mantiene la nulidad del contrato de gestación por sustitución por entender que dicho contrato es contrario a la dignidad de la mujer y el interés superior del menor<sup>106</sup>.

Además de los textos legales nacionales expuestos, en diversos instrumentos internacionales suscritos por España se prohíben la venta de niños. Así el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía prohíbe la venta de los niños; su artículo 2 a) define esta como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución»; y, el artículo 3 dispone que, los Estados firmantes deberán tipificar como delito la actuación consistente en «inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras». España también es parte en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 que en su artículo 6 conmina a los Estados partes a adoptar las medidas precisas

para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial; y, en su artículo 35 establece que: «los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma».

En esta línea, el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, presentado en la Asamblea General de la ONU el 15 de enero de 2018 dispone que la expresión «para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el artículo 35 de la Convención sobre derechos del niño supone que la gestación por sustitución no resulta una excepción a la prohibición de venta de niños establecidos en dicha norma. Asimismo, que la gestación por sustitución comercial entra en la definición de «venta de niños» del citado artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: 1. Remuneración o cualquier retribución; 2. El traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); 3. El intercambio de «a» por «b» (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futuro, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. De ahí que, se entienda que, resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también lesivo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

Por su parte, el Parlamento Europeo en el Informe anual de 2014 sobre los derechos del hombre y la democracia y sobre la política de la Unión Europea en esta materia condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas, se utiliza como una materia prima. Asimismo, estima que, debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros, o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo. Posteriormente, en resolución de este mismo Parlamento Europeo de 5 de julio, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión insta a los Estados miembros a analizar las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas.

Pues bien, en el supuesto que dio lugar a la citada sentencia del Alto Tribunal, de 6 de febrero de 2014, la cuestión litigiosa se basaba en el reconocimiento de un acto de una autoridad extranjera, concretamente, la inscripción de la filiación en el Registro Civil de California. Por tanto, la cuestión de Derecho Internacional privado no consistía en la determinación de la ley nacional aplicable, sino en la aplicación de la excepción de orden público al reconocimiento del acto de una autoridad extranjera, excepción que considera aplicable por ser incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación de un niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y, en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues, se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante. También, se indicaba en tal resolución que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado y son, por tanto, manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente que el artículo 8 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza el derecho de fundar una familia, ni el derecho de adoptar, pues, el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli). Es, como concluye, el Informe del Comité de Bioética de España de 2017 el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso que, entraña una explotación de la mujer y el daño al interés superior del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. En el posterior auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2015<sup>107</sup> que desestimó la solicitud de nulidad de la resolución de 2014, se sostuvo, igualmente, por la Sala que, la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria al orden público español.

En este contexto, el litigio que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2022<sup>108</sup> la cuestión se plantea desde otro punto de vista al resuelto en la sentencia de 2014. Lo que se pretende no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjera, sino la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el artículo 131 del Código Civil, aunque la parte recurrida alega que, no es aplicable el artículo 10 de la LTRHA al haber nacido el niño en un Estado en el que se reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en el caso de gestación por sustitución. Al respecto, la Sala recuerda que, conforme al artículo 9.4 del Código Civil, dada la naturaleza de la acción ejercitada, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España, no la del Estado en que haya nacido. Por otra parte, no puede aceptarse que se pretenda la aplicación del Derecho español en lo que interesa a la demandante y que no se aplique en lo que no conviene a su pretensión. Además, en nuestro ordenamiento jurídico, precisa la sentencia que, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad conforme prevé el artículo 10.3 de la LTRHA. Por lo que, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción. Atendiendo a ello, en el presente caso para el Alto Tribunal las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil. En todo caso, la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta que la diferencia máxima de 45 años entre el adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos CC), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados que es objeto desde hace varios años. Por lo que concluye el Pleno de la Sala de lo Civil que «esta solución satisface el interés superior del menor, valorado en concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a la vez, intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el mencionado Tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradi-

so y Campanelli, apartados 197, 202 y 203 y de 18 de mayo de 2021 (TEDH 2021,639, caso Valdis Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados, si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones».

### III. ALTERACIÓN, MODIFICACIÓN O CAMBIO DE LOS APELLIDOS QUE CONSTE EN EL REGISTRO CIVIL

El cambio o modificación de los apellidos se contiene en los artículos 53 a 57 de la LRC. Consiste en la modificación de los mismos que, se hizo tras el nacimiento y puede tener su origen en diversas causas, siguiendo cada una un procedimiento distinto —cambio de apellidos mediante declaración de voluntad del interesado ante el encargado del Registro Civil y cambio de apellidos o de identidad mediante expediente ante el encargado de Registro Civil—.

Así el encargado puede, mediante *declaración de voluntad del interesado*, autorizar el cambio de apellidos en los casos siguientes: 1. La inversión del orden de apellidos. Recordemos que, si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral; y, que en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, correspondiendo al progenitor reconocido determinar el orden de los apellidos (art. 44.1 apartado 1 y 3 de la LRC). De todas, formas, el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En caso de inversión alcanza a todos los hijos, posibilitando que los mayores de 12 años sean oídos y el consentimiento de los hijos mayores de edad o emancipados. Aunque sea obvio, la inversión del orden de los apellidos solo pueden llevarla a cabo los padres, no los tutores. Asimismo, invertido el orden de apellidos, no cabe por la simple solicitud, volver al orden primitivo<sup>109</sup>; 2. La anteposición de la preposición «de» al primer apellido que fuera usualmente nombre propio o empezare por tal, así como las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos—por ejemplo, Pedro Castro, por Pedro de Castro—. El artículo 195 del RRC permite, en todo caso, que, a petición del interesado, se anteponga la preposición «de» al apellido paterno que, fuera usualmente nombre propio o empezare por tal<sup>110</sup>. Asimismo, en esta línea, el artículo 49.2 párrafo 4 de la LRC establece que el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos, precisamente, en el artículo 53 de la LRC; 3. La acomodación de los apellidos de los hijos mayores de edad o emancipados al cambio de apellidos de los progenitores cuando aquellos expresamente lo consientan. 4. La regularización ortográfica de los apellidos a cualquiera de las lenguas oficiales correspondiente al origen o

domicilio del interesado y la adecuación gráfica a dichas lenguas de la fonética de apellidos también extranjeros. Supone la traslación fonética del apellido a la lengua vehicular —por ejemplo, regular al euskera Velasco por Belasco—; y, 5. Cuando sobre la base de una filiación rectificadora con posterioridad —reconocimiento tardío, acción de reclamación de la filiación, acción de la impugnación de la filiación—, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieran usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad. Por lo que, en los casos señalados se permite al hijo o sus descendientes conservar los apellidos que hubieran venido usando con posterioridad a tales supuestos.

En esencia, una persona puede cambiar su nombre y apellido hasta el punto de invertirlos, corregirlos, traducirlos a otras lenguas del Estado español, o, incluso, promover voluntariamente la conservación de los apellidos que, venía usando antes de la rectificación.

Asimismo, como hemos indicado en líneas precedente, el encargado del Registro puede autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria. Para ello, son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado. La situación de hecho se acredita fácilmente en la práctica con la prueba documental, correspondencia, correos electrónicos, abonos y transportes, certificados de estudios, listas de clase; en general cualquier documento donde aparezca el interesado con los apellidos en la forma solicitada —ejemplo, cambiar un apellido simple a compuesto que, constituye una situación de hecho creada por el interesado—. El artículo 52 de la LRC, también mediante procedimiento registral, puede autorizar el cambio de nombre previa declaración del interesado, debiendo probar para ello el uso habitual del nuevo nombre y, siempre que, además concurran las demás circunstancias exigidas en la legislación del Registro Civil; b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario —de sus antepasados de la línea paterna o de la línea materna—. De forma que, el apellido pretendido ya sea por unión o sustitución, o, en general, cualquier modificación del apellido legal corresponde a sus ascendientes consanguíneos. La Dirección General de los Registros y del Notariado —ahora Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe pública— acepta incluso apellidos legítimos de antepasados lejanos, siempre que se acredite la legitimidad y descendencia; y, c) Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea. Esto es, se prohíbe que los apellidos resultantes del cambio sean exclusivamente paternos o maternos. A tal fin, se puede representar expediente de cambio de apellidos y pretender hacer de unos apellidos simples, unos compuestos, pero respetando las dos líneas. En todo caso, podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.

Ahora bien, será suficiente que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, sin que sea necesario que, el apellido o apellidos que se pretenden unir o modificar pertenezca legítimamente al peticionario; o que, los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea, para solicitar en caso de acogimiento el cambio de apellidos. Por lo que, además del uso habitual del apellido, se requiere que, el apellido o apellidos solicitados correspondieran al acogedor y que este o, por haber fallecido, sus herederos consientan al cambio. También, se solicita que, el cónyuge y descendientes del titular del apellido,

por sí o sus representantes legales, asientan al cambio. Dos exigencias legales obligatorias: consentimiento del acogedor, o sus herederos, si este ha fallecido; y el asentimiento del cónyuge o de los descendientes del acogedor, que deben prestarlo por sí, o mediante sus representantes legales de tratarse de menores de edad no emancipados.

En todo caso, no será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que el apellido o apellidos que se pretenden unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario; o que, los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea, precisamente, para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes. A tenor del derogado artículo 58.1 de la LRC y del vigente artículo 208 del RRC se hacía referencia a dos supuestos: 1. Cambiar o modificar un apellido contrario al decoro o que ocasione graves inconvenientes; 2. Para evitar la desaparición de un apellido español. La nueva regulación sustituye «decoro» por «dignidad», omitiendo referencias a la deshonra y suprimiendo el supuesto de desaparición de apellidos español; si bien, en la práctica, este último supuesto podrá quedar subsumido en el artículo 54.2 de la LRC

Por otra parte, cuando se den circunstancias excepcionales, esto es, cuando razones de urgencia o seguridad no contempladas en el artículo 54.5 de la citada LRC —se trate de víctimas de violencia vicaria o de violencia familiar—; o estemos ante otras circunstancias excepcionales que lo requieran —por ejemplo, asesinato de uno de los progenitores al otro y la petición de los hijos de cambio para borrar todo vestigio paterno o materno—, podrá autorizarse el cambio de apellidos o el cambio total de identidad, por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados reglamentariamente (art. 55 de la LRC).

De todas formas, como analizaremos, en un apartado específico, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia, podrá autorizarse el cambio de apellidos sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente. Si bien, en estos casos, podrá autorizarse por razones de urgencia o seguridad el cambio total de identidad sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 54 de la LRC, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.

En fin, el cambio de apellidos alcanza a los sujetos a patria potestad —que habrán de consentir a partir de los dieciséis años (art. 162 CC y arts. 2.2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y, art. 57.3 de la LRC)— y también a los descendientes que expresamente lo consientan (arts. 294 y 217 del RRC)<sup>111</sup>. Asimismo, la autorización del cambio de nombre o apellidos no surtirá efectos, mientras no se inscriban en la correspondiente inscripción de nacimiento (art. 49.3 de la LRC), donde también constará el código personal asignado. Dicha inscripción tiene carácter constitutivo. Y, aunque, el artículo 109.4 del Código Civil establece que puede el hijo al alcanzar la mayoría de edad, solicitar que, se altere el orden de sus apellidos<sup>112</sup>; y, por su parte, el artículo 57.3 de la LRC permite que tal solicitud la realice el hijo —el propio interesado— si es mayor de dieciséis años, se puede concluir que, el cambio de los apellidos se puede solicitar por el hijo a partir de los dieciséis años, sin esperar como establece el Código Civil a la mayoría de edad.

Analizadas las diferentes causas por las que se puede solicitar el cambio de apellidos, nos parece oportuno referirnos al caso de determinación tardía de la filiación —reconocimiento tardío— conlleva la automática modificación de los



apellidos inicialmente atribuidos, aunque estos se vengán utilizando habitualmente, pasando a ser sustituidos por los correspondientes al nuevo estado de filiación (arts. 196.2 y 197 del RRC). Sin embargo, se ha mantenido una tendencia a conservar los apellidos que de hecho se venían usando, principalmente con el objeto de evitar perjuicios al interesado. Precisamente, la vía procedente para tal conservación la disponen el artículo 209.3 del RRC —todavía vigente—, permitiendo al hijo y sus descendientes conservar los apellidos que hubiera venido usando antes del reconocimiento, mediante expediente de conservación de apellidos ante el encargado del Registro, «siempre que inste el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación, o en su caso, a la mayoría de edad».

En los supuestos de ejercicio con éxito de acciones de reclamación o impugnación de la paternidad, puesto que, la filiación determina los apellidos, igualmente, se modifica los apellidos por los correspondientes al nuevo estado y la pérdida automática de los que hasta ahora venía ostentando (art. 196.1 del RRC).

Sin embargo, se han mantenido criterios contradictorios en la jurisprudencia respecto de estos casos. Si bien, recientemente en supuestos de determinación del orden de apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en los casos de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial —determinación tardía de la filiación—, se ha consolidado en la Sala Primera del Tribunal Supremo una tendencia doctrinal dirigida a mantener el orden de los apellidos tal como se concretó en la inscripción de nacimiento, obviando la aplicabilidad del artículo 194 RRC y, en consecuencia, la automatización de imponer el primer apellido el del padre y el segundo el primero de la madre, evitando con ello alterar la inscripción inicial de los apellidos y la forma cómo hasta entonces se ha individualizado al menor en los diferentes ámbitos de su desarrollo vital. Precisamente el último pronunciamiento en esta línea, ha sido la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 10 de noviembre de 2016<sup>113</sup> que ha estimado el recurso de casación interpuesto por la madre demandada, fundado sustancialmente en el principio de interés superior de los menores y concluye que, en el supuesto examinado, procede el mantenimiento del primer apellido materno con el que fue inscrito el menor al tiempo de su nacimiento, pese a la declaración de la filiación paterna sobrevenida; por lo que no procede la alteración de los apellidos con la determinación del primer apellido paterno. Al respecto, considera la Sala con cita de sentencias anteriores que «aunque la aplicación estricta de las normas vigentes al tiempo de dictarse la sentencia recurrida determinen que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el de la madre, la respuesta; sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor. De ahí que, esta Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este (SSTS de 29 de marzo de 2011; de 1 de abril de 2011 [RJ 2011, 3139]; de 10 de octubre de 2011 [RJ 2011, 6839]; de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012, 10135]). Así se hacía ver en la sentencia 582/2014, de 27 de octubre (RJ 2014, 5183) con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte».

Asimismo, añade que «el mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del



Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infracción y a la adolescencia, pues, como afirma su preámbulo, “(...) transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución”. (iii) Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya exposición de motivos se afirma que en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI, relativo a hechos y actos inscribibles (...). “El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos”. Ahora bien, se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre (*RJ* 2015, 5602), 15/2016, de 28 de octubre (*RJ* 2016, 212), tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

En este contexto, «lo relevante no es, pues, el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar».

Además, la Sala puntualiza que, «la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 de octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía; sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona». Por todo ello, habiéndose inscrito con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. De forma que, la cuestión que debe resolverse en estos supuestos «no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Sobre tales bases, la cuestión planteada en estos casos se centra no tanto en la discriminación de la madre respecto del padre en la fijación del orden de los apellidos en caso de no existir acuerdo, tal como se consolida en la regulación actual (art. 194 del RRC) —si bien representa un modelo de preferencia de la filiación paterna en el orden de los apellidos hoy superado por nuestra realidad social y jurídica—<sup>114</sup>, sino en el interés superior del menor como criterio objetivo que, ha de presidir la determinación de su identidad personal. Lo cierto es que, para dotar de contenido, precisamente al concepto de interés superior del menor, se modifica por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Este concepto, tras la nueva regulación, se define en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2015 desde un contenido triple. Por una parte, se considera un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por una interpretación que mejor responda al interés del menor. En último lugar, este principio es una norma de procedimiento. De todas formas, sin perjuicio de estas tres dimensiones, hay que señalar que, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Sobre tales bases, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta y se ponderarán una serie de criterios y, de valores universalmente conocidos y aceptados por el legislador en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso y que deberán explicitarse en la motivación de cada decisión que se adopte, a fin de concretar si ha sido o no correcta y adecuada la aplicación de tal principio de interés superior del menor<sup>115</sup>.

Por otra parte, el artículo 3.1 del Código Civil que, se refiere a los diferentes criterios interpretativos de las normas jurídicas, determina no solo que, los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección social y económica de la familia; sino también que, las normas habrán de interpretarse en relación con todo el ordenamiento en el que se insertan y, conforme a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Por lo que, en este contexto, la aplicación del interés superior del menor para resolver el orden de los apellidos es uno de los criterios de la actual realidad social de la familia que, conforme a la nueva regulación del Registro Civil tendrá en cuenta el encargado del Registro Civil ante la ausencia de acuerdo entre los progenitores o silencio de los mismos. Aunque la Ley 20/2011 ha entrado ya en vigor, procede señalar que, en la sentencia reseñada y en otras anteriores, se procede en los casos de determinación de la filiación tras una reclamación de la paternidad y a la hora de concretar la fijación del orden de los apellidos, si no hay acuerdo entre los progenitores, a una interpretación correctora de la derogada Ley de Registro de 1957 —artículo 55 de la LRC— y artículo 194 del RRC —aún vigente— considerando aplicable a la normativa derogada y por ende, a la actual en vigor, los principios que inspiran la nueva Ley, entre los que, hay que destacar la defensa del interés superior del menor

que, prevalece sobre cualquier otro interés, como el del padre cuya filiación se determina después del nacimiento del hijo, por muy noble y defendible que sea. De forma que, si representa un beneficio para el menor mantener la forma como hasta ahora se individualizaba tanto en el ámbito familiar, social como escolar, así se ha de mantener, pues, precisamente el interés superior del menor es el que justifica el conservar el orden de los apellidos con el que aparece inscrito en el Registro Civil<sup>116</sup>. Al respecto, aclara el Tribunal Supremo que, el hecho de que la actual Ley no estuviese en vigor cuando se dictó la presente resolución; ello obedece, precisamente, a razones estructurales y organizativas, lo que no impide la exigibilidad de los principios que, informan sus novedades sustantivas. No obstante, sobre todo en la jurisprudencia menor, no faltan resoluciones que, optan, sin embargo, por la modificación automática del orden de los apellidos, atendiendo a la nueva filiación reconocida y, en consecuencia, proceden a aplicar el sistema de ordenación de los apellidos previsto en el artículo 109 del Código Civil y, en el artículo 194 de la LRC<sup>117</sup>.

En este contexto, corresponderá al encargado del Registro determinar en cada caso el orden de los apellidos, sobre la base que, la normativa relativa al interés del menor tiene características del orden público, y que debe ser observada por todos los operadores jurídicos en todas las decisiones que, se tomen en relación con los menores<sup>118</sup>.

Ahora bien, además del interés del menor y la integración en el ámbito social y escolar con una determinada identidad, se ha argumentado por el Tribunal Supremo, además, que el no conservar el orden de los apellidos actual podría vulnerar el derecho a la propia imagen del menor —sobre la base de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre—<sup>119</sup>, recordemos nuestra consideración como derechos autónomos el de la propia imagen y nombre, aunque conexos entre sí, igual que con el derecho al honor. En todo caso, hay que subrayar la relevancia individualizadora que para una persona representa el derecho al nombre y apellidos, y respecto de los menores, la necesidad de ponderar sobre la base del interés superior del menor, la conveniencia o no de alterar el orden de los apellidos establecido, tras una determinación posterior de la filiación paterna; y, por ende, si tal modificación puede afectar a su identidad personal en todos los ámbitos de su vida y a su propio desarrollo como persona.

Por otra parte, hay que señalar que, es posible el cambio en los apellidos mediante simple declaración de voluntad del interesado ante el encargado del Registro cuando alcance la mayoría de edad y quiera alterar el orden de sus apellidos (art. 109 CC y art. 198 del RRC); asimismo, cuando quiera invertir el orden de los apellidos (art. 53.1 de la LRC); anteposición de la preposición «de» al primer apellido que fuera usualmente nombre propio o empezare por tal, así como las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos (art. 53.2 de la LRC y, el art. 195 del RRC); cuando se proceda la regularización ortográfica de los apellidos a cualquiera de las lenguas oficiales correspondiente al origen o domicilio del interesado y la adecuación gráfica a dichas lenguas de la fonética de apellidos también extranjeros (art. 53.4 de la LRC); la acomodación de los apellidos de los hijos mayores de edad o emancipados al cambio de apellidos de los progenitores cuando aquellos expresamente lo consientan (art. 53.3 de la LRC); y, cuando sobre la base de una filiación rectificadora con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses

siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad (art. 53.5 de la LRC y los arts. 204 y 217 del RRC).

En cuanto a la regulación del Registro Civil por la Ley 20/2011, en lo que se refiere a la modificación o cambio de los apellidos viene a simplificar el procedimiento de cambio de los apellidos, ahora mediante expediente instituido en forma reglamentaria ante el encargado del Registro Civil; y, asimismo, se establecen de forma más clarificadora las causas por las que se puede solicitar el cambio de los apellidos y, como señala LINACERO DE LA FUENTE «se suprimen los supuestos de cambio previstos en la legislación anterior (así los atribuidos al encargado del Registro Civil en los arts. 59 de la LRC y 209 del RRC) y, en los supuestos de los artículos 57 de la LRC de 1957 y artículo 205 de la LRC dejan de ser competencia atribuida al Ministerio de Justicia, pasando a corresponder ahora al encargado del Registro»<sup>120</sup>.

En todo caso, conforme al artículo 54.2 de la LRC son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: «a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado<sup>121</sup>; b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario —provenzan de los ascendientes del peticionario—; y c) Que los apellidos que resulten del cambio no provenga de la misma línea —con ello se suprime el principio de infungibilidad de líneas—. En todo caso, podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.

Ahora bien, como expusimos en relación con el menor acogido, el artículo 54.3 precisa que basta que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, si el apellido o apellidos solicitados correspondieran a quien tuviera acogido al menor, siempre que aquel o por haber fallecido, sus herederos, den consentimiento al cambio. De todas formas, se requiere que por sí o por sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido. Esto podrá tener lugar en los casos de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción (arts. 173 bis c) y 176 bis CC). Por otra parte, no será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que se cumplan el segundo y tercer requisito previsto en el apartado 2 del citado artículo 54 para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes.

Además, cabe el cambio de apellidos en virtud de expediente «cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia, podrá autorizarse el cambio de apellidos sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 54, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente» (art. 54.5 de la LRC).

De todas formas, el cambio de los apellidos alcanza a todas las personas sujetas a patria potestad y también a los descendientes que expresamente lo consientan. Asimismo, el cambio de nombre y apellidos habrá de inscribirse en el registro individual del interesado —ya no como inscripción marginal, pues, dichos asientos se han suprimido en la Ley 20/2011—. Dicha inscripción tiene carácter constitutivo. Y, finalmente, los cambios señalados podrán ser solicitados por el propio interesado, si es mayor de dieciséis años, sin esperar a la mayoría de edad (art. 57.3 de la LRC)<sup>122</sup>.

Por lo que, como señalamos, en la atribución y modificación del orden de los apellidos se ha de primar el interés superior del menor<sup>123</sup>.

En fin, debemos mencionar que, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 3.ª, caso León contra España, de 26 de octubre de 2021<sup>124</sup>

condenan al Estado español a indemnizar a una mujer que no la permitieron cambiar el orden de los apellidos de su hijo (nacido en 2005) al regir la ley española que disponía que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, los hijos debían llevar como primer apellido el paterno y el segundo, el materno, sin posibilidad de revisión y sin tener en cuenta las circunstancias particulares del embarazo y nacimiento. Se considera que la norma española resulta excesivamente rígida que no garantiza la igualdad entre los cónyuges y que no goza de una justificación objetiva y razonable. De todas formas, se indica que, el contexto social en el momento en que aprobó la ley era muy diferente al actual, habiéndose producido modificaciones legislativas para acercarse a la nueva realidad social. Concluye que, no obstante, el carácter automático de la aplicación de la ley que impidió a los órganos judiciales considerar las circunstancias del caso, no encuentra justificación válida; y, además que, las razones alegadas por el Gobierno no se consideran suficientemente objetivas y razonables para justificar la diferencia de trato sufrido por la demandante. Por lo que, estamos ante una violación existente en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. El Tribunal cifra el daño moral en el sufrimiento psíquico que, ha padecido la demandante en la cantidad reclamada por esta de 10.000 euros más las cargas fiscales correspondientes (número 77).

#### IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA VICARIA: EL CAMBIO DE APELLIDOS MEDIANTE EXPEDIENTE

La resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor». Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: «*La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia—*»<sup>125</sup>. Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: «*se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar*».

La Organización Mundial de la Salud manifiesta que «la violencia de género es un gravísimo problema que vulnera los derechos humanos, con efectos en el ámbito sanitario, social, laboral y económico, un fenómeno que se extiende por todos los países, culturas, clases sociales y razas. La deseada igualdad de género aún es una utopía lejana y la pandemia por coronavirus ha provocado una crisis económica que nos aleja aún más de ella, pues, afecta principalmente a las mujeres aumentando la brecha salarial».

A esto hay que añadir que, también ha afectado al pleno desarrollo e implementación de las medidas contemplada en el Pacto de Estado de Violencia de Género alcanzado a finales del 2017. Si bien, nuestra sociedad ha experimentado un cambio positivo, concienciándose de la necesidad por alcanzar la efectiva y real igualdad de género en todos los ámbitos. Se rechaza unánimemente la violencia, especialmente la que vulnera la libertad sexual de las mujeres, esa violencia sexual que ataca prioritariamente a las mujeres y a las niñas y que ha sido abordada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, no con los resultados deseados y esperados a la vista de la reducción de condenas o excarcelación de violadores, pederastas y agresores sexuales que está originando su aplicación y que exige una reforma inmediata de la misma<sup>126</sup>.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2009 (case of Opuz v. Turkey) consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente para poder ser calificada de «trato inhumano» en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, el Tribunal Europeo estableció, por primera vez, que los actos de violencia doméstica no solo eran constitutivos de violación de diversos preceptos de la citada Convención, sino también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos recogidos en el artículo 14 de la misma.

En todo caso, se considera violencia vicaria tanto la que se ejerce sobre los menores de edad no emancipados por parte del progenitor custodio y no custodio con derecho de visitas, como la que tiene lugar cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas (art. 92.7 *in fine* CC).

Respecto de las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas previstas en la Ley Orgánica 1/2004 señalar que, serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales. Además, en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas (art. 61).

Por otra parte, en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia. En todo caso, los jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.



En cuanto a las medidas a adoptar, además de la orden de protección conforme lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 62)<sup>127</sup>, se podrán adoptar las siguientes: 1. La salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. 2. Con carácter excepcional, el juez podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen; 3. Prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. A tal fin, podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. Corresponde al juez fijar una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquellas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar; y, 4. Prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. Estas medidas podrán acordarse acumulada o separadamente.

En este contexto, aparte de las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, en el ámbito familiar, se podrán adoptar, como indica la citada Ley Orgánica 1/2004: por un lado, las medidas de suspensión del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (art. 65); y, por otro, la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, el juez no acordase la suspensión, deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios (art. 66).

En todo caso, estas medidas podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. Para ello, se deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

En esta línea, en el ámbito civil el artículo 92.7 del Código Civil establece la no procedencia de la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practica-



das, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

Asimismo, el artículo 94 apartado 4 del citado cuerpo legal respecto del régimen de visitas, indica que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. En ningún caso, procederá el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior. En fin, el artículo 158 del Código Civil como medidas cautelares prevé que, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad. 5. La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6. La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma<sup>128</sup>.

Atendiendo a lo expuesto, el artículo 54.5 de la LRC establece expresamente que, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes

que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia, podrá autorizarse el cambio de apellidos sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2 del citado precepto, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente. Esto es: a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado; b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario; c) Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea. Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.

Asimismo, en estos casos, podrá autorizarse por razones de urgencia o seguridad el cambio total de identidad sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.

Ha de tratarse de situaciones de violencia de género de tal entidad que haga desmerecer al hijo menor contar como primer apellido el de su progenitor violento<sup>129</sup>.

Por su parte, el artículo 83 de la LRC considera datos especialmente protegidos, por un lado, los cambios de apellido autorizados por ser víctima de violencia de género o su descendiente, así como otros cambios de identidad legalmente autorizados (letra c); y, por otro, la rectificación del sexo (letra c). Asimismo, dispone el artículo 21.6 del RRC que no se dará publicidad sin autorización especial a los cambios de apellidos autorizados por tratarse de un supuesto de violencia de género. Asimismo, el artículo 22.6 de este mismo Reglamento que, no obstante, no se requiere autorización judicial para obtener certificación respecto de cambio de apellidos autorizado conforme a lo previsto en el artículo 208.3 del citado RRC respecto a la persona inscrita. Al efecto, dispone este último precepto que podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia y deberá acreditarse por quien alegue ser objeto de violencia de género haber obtenido una medida cautelar de protección. A lo que añade que, también se podrá acceder al cambio de apellidos en la misma forma en cualquier supuesto en que la urgencia de la situación lo requiera. Esta Orden Ministerial no será objeto de publicación en el Boletín Oficial de Estado, ni en cualquier otro medio.

Tal petición ha de proceder directamente de la víctima, sin intervención de terceros. En todo caso, esta petición de cambio de los apellidos va en consonancia o, en esencia, complementan las medidas de orden de alejamiento, prohibición de comunicación y para evitar la localización de las víctimas de violencia de género por sus agresores. Se dota de una nueva identidad a la víctima de violencia de género (mujer o sus hijos); evitando que sea conocida por el violento<sup>130</sup>. Como precisa VELA SÁNCHEZ «se ha de solicitar el cambio de los dos apellidos e, igualmente, es muy recomendable que se reclame la mutación del nombre o nombres (máximo dos o uno compuesto) para que sea más eficaz esta medida protectora». A lo que añade que lo más ventajoso «es la sustitución por otros nombres y apellidos lo más distintos posibles para evitar la identificación y fácil localización de la víctima de la violencia de género sobre la pareja por parte del agresor». Por todo lo anterior concluye que «se tienen que descartar todos aquellos cambios contemplados en las variaciones de apellidos y nombres en circunstancias normales, esto es, de nada servirían simples o mutaciones consistentes en segregación o agregación de palabras, transposición o supresión de letras o acentos, eliminación de artículos o partículas, traducción a otros idiomas o adaptación gráfica o fonética a las diversas lenguas españolas, ni anteposición o agregación de otros nombres o apellidos o parte de apellidos análogos, ni tampoco la simple inversión de apellidos actuales»<sup>131</sup>.

El cambio de nombre y apellidos en esta situación de violencia de género se solicitará en el Registro Civil del domicilio del solicitante, previo expediente instruido de forma reglamentaria por el encargado del Registro Civil —todavía no existe este desarrollo reglamentario—. Por lo que, aplicando el artículo 208.3 y 4 del RRC —aún en vigor— se autorizará por medio de una Orden ministerial que no será objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, ni en cualquier otro medio.

Ahora bien, el cambio de nombre y apellidos alcanza a la mujer víctima de violencia de género y sus descendientes cuya guarda y custodia corresponde en exclusiva a la madre.

En principio, se habla de cambio de apellidos. El artículo 52 de la LRC posibilita que, el encargado de Registro Civil, mediante procedimiento registral, autorice el cambio de nombre previa declaración del interesado que, deberá probar el uso habitual del nuevo nombre y siempre que concurren las demás circunstancias exigidas en la legislación del Registro Civil y el artículo 206.3 del RRC —aun en vigor— requiere justa causa y que no a terceros. Por lo que, atendiendo a las citadas bases legales, lo razonable en estos casos es solicitar el cambio de nombre y apellido para lograr la finalidad requerida como es la de evitar la localización por el agresor y no hay razón más justa que proceder a este cambio<sup>132</sup>.

En todo caso, la problemática se puede derivar de lo dispuesto en el artículo 218.1 del RRC —aun en vigor— que las autorizaciones de cambios de nombre o apellidos no surtirán efectos mientras no sean inscritos al margen la inscripción de nacimiento del peticionario. Esta disposición legal impide la finalidad que preside el cambio de nombres y apellidos como es evitar la identidad y localización de la víctima por el agresor. Se espera que, una futura modificación del Reglamento se modifique esta exigencia legal. Entretanto nos parece acertada la posición de VELA SÁNCHEZ que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 307.1 del RRC se puede proceder a la cancelación del asiento primitivo y la extensión de uno nuevo en el que únicamente conste las nuevas circunstancias de identidad de la interesada y sus hijos. De forma que, como indica el autor «si es posible en los casos de adopción o de cambio de sexo, por clara razón de analogía debería serlo también en estos casos»<sup>133</sup>.

En fin, también puede resultar no procedente en estos supuestos, aplicar lo que dispone el artículo 218.3 del RRC una vez inscrito el cambio, se pondrá de oficio nota marginal con referencia en todos los folios registrales en que consten los antiguos, incluso en los de nacimiento de los hijos, para lo cual el interesado proporcionará los datos no conocidos. De nuevo, en espera de una reforma del Reglamento, habrá que entender que no procede tal nota marginal no solo por la propia exigencia de no localización y evitar la identificación, sino también por la publicidad restringida contenida en los mencionados artículos 21 y 22 del RRC<sup>134</sup>.

Ahora bien, conviene tener presente que, en caso de violencia de género si la guarda y custodia no es exclusiva de la mujer víctima de violencia, respecto de sus hijos o descendientes no procederá el cambio de nombre y apellidos, por no cumplir con el requisito de no localización o conocimiento de la identidad de la víctima. No obstante, si se suspende la guarda y custodia, se podrá proceder en dicho sentido. De todas formas, recordemos que, el hijo de dieciséis años puede solicitar el cambio de nombres y apellidos (art. 57.3 de la LRC).

Sobre tales bases, se muestra crítico con este cambio de nombre y apellidos en este supuesto de violencia de género MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGSERVER<sup>135</sup>

por entender que se causa daño moral a la víctima que tenga que cambiar sus apellidos en el Registro Civil y ofrece como soluciones: «fuera del Registro Civil, otorgar a la víctima y, por supuesto, con carácter provisional, un nuevo Documento de Identidad y prescindir absolutamente del Registro Civil, sin cambiar nada en el mismo, dejando intacto el folio registral, sin inscribir ningún nacimiento de identidad ficticia; y, dentro del Registro Civil, abrir una nueva inscripción de nacimiento de las víctimas de violencia de género absolutamente ficticia y sin conexión alguna con el asiento registral de su verdadero nacimiento para cancelarla una vez desaparezcan las causas».

En este contexto, en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de diciembre de 2013<sup>136</sup> no procede el cambio de los apellidos, porque si bien, consta que el padre de la menor fue condenado en febrero de 2009 por un delito de malos tratos a la promotora, con prohibición de comunicar y acercarse a ella o a su domicilio durante once meses, no solicitando una identidad distinta para sí misma y en su caso, para su hija, su petición no se encuentra amparada por la Ley Orgánica 1/2004 y no siendo de aplicación los derogados artículos 58 de la LRC y 208 del Reglamento, la solicitud ha de cumplir los requisitos establecidos en los derogados 58 de la LRC y 205 del RRC, señaladamente que, los dos apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea, y tratándose de una menor, es necesaria además la representación conjunta de los dos progenitores, cotitulares de la patria potestad. Asimismo, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2019<sup>137</sup> no procede tampoco a la supresión de apellido paterno del menor, víctima de violencia de género por su padre, al no invocarse el interés del menor, ni probarse peligro de localización. Además, los apellidos propuestos proceden de la misma línea materna; y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Santa Coloma de Gramenet (Provincia de Barcelona), de 29 de enero de 2016<sup>138</sup> en un supuesto de reclamación de filiación no matrimonial, no se acredita acción alguna delictiva del padre respecto del menor y, el hecho que el padre fuese condenado por violencia de la mujer no puede tomarse como rector del interés superior del menor en este caso dada la edad del mismo (de dos años). No se ha identificado un interés superior del menor en seguir manteniendo el primer apellido materno en modo alguno, al no acreditarse ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

En este contexto, cabe preguntarse, si es posible solicitar el cambio de apellidos por parte de la mujer y los descendientes, cuando no se quiere mantener el apellido de un padre violento.

Pues bien, en primer lugar, mediante Orden Ministerial se ha autorizado por el Ministerio de Justicia el cambio de apellidos del hijo menor de edad cuya madre fue asesinada por su padre; precisamente, por razones excepcionales y con urgencia por requerir una reparación inmediata ante el fallecimiento del hijo menor.

Ciertamente, no se permite el cambio de apellidos *post mortem*; por lo que, estamos ante un vacío legal. Como hemos indicado, el artículo 54.5 de la LRC se permite a las víctimas de violencia de género o de sus descendientes solicitar el cambio de apellidos, sin necesidad de cumplir los requisitos habituales y establecidos para el resto de las personas. Con ello se permite agilizar el cambio de apellidos a las víctimas de violencia de género y a sus hijos, mientras estén vivas.

De todas formas, el mencionado artículo 54.5 apartado segundo de la LRC posibilita que en estos casos de violencia de género, se pueda autorizar por razones de urgencia o seguridad el cambio total de identidad, sin necesidad de

cumplir con los requisitos previsto en el apartado 2 del artículo 54, d acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.

Y, el artículo 55 de la LRC también autoriza el cambio de apellidos o identidad cuando por razones de urgencia o seguridad no contempladas en el artículo 54.5 de este cuerpo legal, u otras circunstancias excepcionales lo requieran, podrá autorizarse el cambio de apellidos o el cambio total de identidad, por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados reglamentariamente.

En este contexto, se ha aceptado la petición de la madre de su hijo de dos años de edad asesinado por su padre en Barcelona en agosto de 2021, suicidándose después este en un hotel de Barcelona. La madre solicitó el cambio de apellidos del menor para que no llevase el apellido paterno y, que ese cambio tuviera lugar después de la muerte del hijo y antes de enterrarlo. Ello con la finalidad tanto de que no constasen los apellidos del padre en la propia sepultura de su hijo menor, como para poder celebrar el funeral con los nuevos apellidos. Por lo que, mediante expediente se ha posibilitado el cambio de apellidos de un menor *post mortem*.

Asimismo, en segundo lugar, se ha posibilitado el cambio de apellidos mediante expediente en un supuesto de asesinato de la madre por el padre del menor.

Los hechos ocurrieron en la madrugada del día 21 de enero de 2015 cuando Jesús, el presunto asesino, llamó a sus suegros, Pepita y Francisco, diciéndoles que su hija Sandra se encontraba mal y que fueran para su casa. Al llegar al domicilio familiar se encontraron muerta a su hija Sandra «en mitad de un charco de sangre» y a su hijo de seis años durmiendo. Los padres de Sandra se hicieron cargo de su nieto y a los cuatros meses se trasladaron a vivir a la casa de Sandra para que la vida del menor sufriera los mismos cambios posibles. Desde entonces su principal objetivo ha sido relegar el apellido del padre, pero no lo han tenido fácil. El 24 de noviembre de 2015 pusieron en marcha un expediente de cambio de apellidos, compareciendo en el Registro Civil de Terrassa. Sin embargo, se encontraron con que el Ministerio Fiscal se opuso, porque el niño era menor de edad. Como bien sabemos, que una vez escogido por los padres el orden de los apellidos e inscrito en el Registro Civil, no se puede cambiar el orden de los apellidos hasta que el hijo cumpla dieciséis años.

Como la petición fue denegada, dirigieron su petición al Defensor del Pueblo y al Fiscal General del Estado. Si bien, existía una realidad que, el menor ya era conocido en la escuela o en el pueblo con los apellidos invertidos; si bien, la documentación oficial no lo reflejaba.

A raíz de la publicación del caso en diversos medios de comunicación, el proceso del Registro Civil se aceleró y finalmente, el Consejo de Ministro en reunión del 29 de marzo de 2022, aprobó por Real Decreto el expediente y autorizó al menor a cambiar sus apellidos por MONTIEL RUIZ. Según los psiquiatras infantiles que han atendido a la familia y al menor, indican que el cambio de apellidos es fundamental para el desarrollo de la identidad del menor, ya que podía afectarle, si se viera identificado con el padre al que rechazaba. Necesitaba el menor identificarse «con la parte sana de sus padres biológicos». Además recomendaron que se retirasen las fotografías que, hubiese del padre y se asegurasen los familiares de la sola existencia de fotos del menor con su madre fallecida. Paquita y Francisco, abuelos maternos, han tardado siete años en lograr el cambio de apellidos de su nieto.

Ciertamente, los artículos 54.5 apartado segundo y 55 de la LRC posibilitan a las víctimas de violencia de género o de sus descendientes, autorizar el cambio de apellidos mediante expediente por razones de urgencia o seguridad, sin necesidad de cumplir más requisitos; y por las mismas razones de urgencia o seguridad no

derivadas de situaciones de violencia de género o, porque sean consecuencia de otras circunstancias excepcionales, autorizar también el cambio de apellidos o el cambio total de identidad. Ambos casos podrían encuadrarse en estos supuestos; si bien, nos hemos encontrado con un vacío legal —la falta de regulación del cambio de apellidos *post mortem*—.

En fin, la Ley 4/2023 hace referencia a la posible rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre del culpable de violencia de género. Al respecto establece el artículo 46.3 que, ello no altera el régimen jurídico que, con anterioridad al cambio de nombre, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004. Si bien, ello no evita lo puesto de manifiesto en el Informe del CGPJ como es la posibilidad que, el maltratador aproveche la modificación registral y la realice antes de delinquir. No deja de poder constituir un fraude de ley, pero el peligro está en la norma, como sucede con el analizado artículo 48 respecto al cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad que no tiene límite.

## V. EL CAMBIO DE APELLIDOS O IDENTIDAD EN CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

El artículo 55 de la LRC prevé el cambio total de apellidos o identidad en circunstancias excepcionales mediante Orden del Ministerio de Justicia en los términos fijados reglamentariamente, como es el supuesto previsto en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2022<sup>139</sup> de abandono por parte del padre a su hija cuando tenía cinco años. Ante el examen de las circunstancias concurrentes, se accede por parte del Alto Tribunal a permitir que una mujer pueda suprimir el apellido del padre y lleve solo los de su madre. Al respecto, indica que, el término normativo «circunstancias excepcionales» constituye una suerte de concepto jurídico indeterminado, toda vez que, no pueden ser plenamente delimitadas con exhaustividad o ser susceptibles de precisión en su descripción normativa, habida cuenta de la riqueza de matices que ofrecen, lo que conducen a que deban ser concretadas mediante el análisis y ponderación de la casuística del proceso. Lo excepcional, por su propia naturaleza, no es de apriorística predeterminación, dada la variedad de posibilidades en que puede manifestarse. En definitiva, es preciso determinar si nos encontramos ante un supuesto peculiar, que se aparta de lo común, de modo que hace razonable y, por consiguiente, justifica, la autorización del cambio de apellidos postulado. Es decir que, hagan a la actora acreedora de un tratamiento específico y diferenciado con respecto al común de los casos, y todo ello bajo una óptica de interpretación restrictiva, dada la seguridad que exige, en las relaciones sociales, la identificación de las personas mediante la estabilidad de sus apellidos legalmente determinados. Pues bien, esta Sala, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, considera que unas circunstancias de tal clase concurren, toda vez que, es excepcional que un padre abandone de forma afectiva, emocional y material a una hija de escasa edad, cortando relaciones con ella y desapareciendo de su vida, al regresar a su país de origen por su condición de extranjero.

A ello, añade nuestro Alto Tribunal que, tampoco es habitual que, una vivencia de tal clase constituya una repercusión psicológica tan negativa, como la que sufre la demandante, con clara afectación a su bienestar psíquico, provocando situaciones de evitación, lesiones en la autoestima y asilamiento social, con una evidente crisis de identidad personal; de modo que, la petición formulada puede



contribuir, decisivamente, al desarrollo de su estabilidad emocional que, desde luego, no fue propiciada por conducta a ella imputable, sino que vino condicionada por el abandono de su padre, con el correlativo daño psíquico sufrido que no ha sido superado. La utilización del apellido paterno le rememora las desgraciadas experiencias vividas y le produce un rechazo de costosa superación psíquica.

Por otra parte, en la resolución del Ministerio de Justicia se hacía referencia a que previsiblemente, con el transcurso del tiempo, la crisis de identidad de la actora desapareciera, lejos de ello, se ha cristalizado dificultando el desarrollo de su personalidad. Se hacía referencia, también, a que el perjuicio sufrido se sustentaba, exclusivamente, en las afirmaciones efectuadas por la promotora; no obstante, las pruebas practicadas, especialmente, las periciales, conducen a una valoración contraria en tanto en cuanto constatan las repercusiones negativas que sufre la actora con respecto a su identidad personal, que pretende obviar mediante la utilización de los apellidos de su madre en las relaciones sociales.

Concluye que, una vez que, considera que concurren circunstancias que se apartan de las comunes, estimamos que la medida postulada de utilización de los apellidos maternos es proporcionada y adecuada para satisfacer el derecho que se le reconoce a la demandante, sin menoscabar, con ello, los derechos o situaciones jurídicas protegibles de terceros. La actora es persona mayor de edad, soltera, sin hermanos y su padre extranjero, residente en su país de origen, carece de vínculos dentro del ámbito del Registro Civil en el que desencadenará efectos esta sentencia. Por lo que, se casa la sentencia y en su lugar, se dicta otra por la cual se autoriza el cambio de apellidos de la actora, que pasará a ostentar los apellidos de su madre, con supresión del apellido del padre, de manera tal que pase a llamarse Florencia, llevándose a efecto las correspondientes modificaciones en las inscripciones de Registro Civil.

Efectivamente, del examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso, se llega a la conclusión por la Sala de lo Civil, que las mismas son excepcionales, debiendo aplicarse el (derogado) artículo 58 de la LRC de 1957, toda vez que excepcional que un padre abandone de forma afectiva, emocional y material a una hija de escasa edad, cortando relaciones con ella y desapareciendo de su vida al regresar a su país de origen por su condición de extranjero. Tampoco resulta habitual que una vivencia de tal clase constituya una repercusión psicológica tan negativa, como la que sufre la actora, con clara afectación a su bienestar psíquico, con una evidente crisis de identidad personal; de modo que, la petición formulada puede contribuir, decisivamente, al desarrollo de su estabilidad emocional que no fue propiciada por conducta a ella imputable, sino que vino condicionada por el abandono de su padre, con el correlativo daño psíquico sufrido que no ha sido superado. En consecuencia, la medida postulada de utilización de los apellidos maternos es proporcionada y adecuada para satisfacer el derecho que se le reconoce a la actora.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2019<sup>140</sup> señala, al respecto, que el adjetivo «excepcional» tiene dos acepciones en el DRAE. Según la primera excepcional es lo «que constituye excepción de la regla común»; y según la segunda, lo que «se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez». Cada una de las acepciones hace referencia a un ámbito diferente. Así la primera acepción tiene vinculación con un ámbito normativo: se hace definición a partir de los términos regla y excepción. La segunda acepción está más vinculada a la realidad en su aspecto cuantitativo, al número de veces que algo ocurre medido en relación con el número de veces que ocurre. Asimismo, refiriéndose a tales acepciones, la sentencia de la Au-



diencia Provincial de La Coruña, sección 6.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2015<sup>141</sup> si bien, mediante dictamen pericial se ha acreditado que el apellido paterno provoca el mantenimiento de un cuadro de estrés postraumático al evocar el rechazo que siente hacia su progenitor masculino, que trae la memoria una situación de malos tratos a su madre y abandono de la familia objetivamente acreditado. Además, que estos datos objetivos explican un conflicto de identidad entre la «real» y la «oficial» y, hay un daño psíquico acreditado mediante prueba idónea; no obstante, se estima el cambio de apellidos, pues, la desaparición de toda referencia a la filiación paterna, no tiene amparo normativo.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2020<sup>142</sup> tampoco procede la supresión del apellido paterno, por falta de prueba por la demandante la categoría de las «circunstancias excepcionales» previstas en el derogado artículo 58.2 de la LRC, circunstancias que deben ser interpretadas restrictivamente, sin que sea suficiente la mera vivencia emocional hacia el apellido paterno por el abandono del padre hacia su hija y los problemas afectivos que la demandante manifestó durante el desarrollo de su personalidad. La modificación de los apellidos solo puede venir referida a su orden y no a la supresión de los de un progenitor, salvo que exista motivo leal para suprimirlo. En todo caso, la afectación por el uso del apellido de origen árabe en su carrera profesional en Europa no se justifica por lo que tampoco integra un motivo excepcional. Por otra parte, hay una falta de concurrencia de un supuesto de malos tratos en el ámbito familiar o de violencia de género que, si tendrían relevancia.

## VI. CONSERVACIÓN DE LOS APELLIDOS MEDIANTE EL MECANISMO DE LA AGREGACIÓN

El artículo 54.2 b) de la LRC posibilitar que previo expediente instruido en forma reglamentaria se pueda pedir el cambio de apellidos mediante unión o modificación de los que pertenezcan legítimamente al peticionario.

El artículo 205 del RRC —aun en vigor— dispone que el Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombre y apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado; segundo. Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario; y, tercero. Que provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar. Asimismo, el artículo 206 del citado Reglamento establece, al respecto, que estos cambios pueden consistir en segregación de palabras, agregación, trasposición o supresión de letras o acentos, supresión de artículos o partículas, traducción o adaptación gráfica o fonética a las lenguas españolas y en sustitución, anteposición o agregación de otros nombres o apellidos o parte de apellidos u otros análogos, dentro de los límites legales. Las uniones, en todo caso, no podrán exceder de dos palabras, sin contar artículos ni partículas y, en fin, el cambio de nombre propio requiere justa causa y que no perjudique a terceros.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2021<sup>143</sup> ante el riesgo de desaparición de un apellido, procede a su conservación mediante el mecanismo de la agregación. Para ello se solicita el cambio de apellidos de la recién nacida agregando el segundo apellido del padre por riesgo de desaparición a su primer apellido con el fin que, ambos sean el primer apellido

de la niña. El marco normativo sobre el que opera son los derogados artículos 57 y 58 de la LRC y los todavía en vigor y ya citados artículos 205 y 208 del RRC. Los razonamientos de tal resolución pueden ser utilizados en la actualidad atendiendo a lo previsto en el mencionado artículo 54.2 b) de la LRC y, asimismo, los señalados artículos 205 y 208 del RRC.

Los argumentos que emplea la citada resolución son los siguientes: Los cambios de apellidos se pueden llevar a efecto, como resulta de los preceptos antes reseñados, a través de su agregación a otro. Agregar es acto de unir, juntar o anexar. Esta posibilidad es poco propicia en los casos de cambios de apellidos indecorosos o deshonorosos, si se pretende evitar el carácter pernicioso, que dichos nombres familiares tienen para las personas que los ostentan y se identifican con ellos en el tráfico jurídico, en tanto en cuanto a través de su anexión a otro, conservan sus características afrentosas, causantes de la vergüenza o deshonor, que justifica la pretensión del cambio.

Sin embargo, la agregación es un mecanismo normativo más idóneo y previsto sin salvedades, para la finalidad pretendida de la conservación de un apellido en riesgo de desaparecer; aun cuando sea cierto que un apellido compuesto no es idéntico a uno individual; no obstante, de tal forma se puede conservar en el tráfico jurídico identificativo. Por otra parte, a más abundamiento, el (derogado) artículo 52.7 de la LRC y su concordante artículo 208 del RRC, prevén expresamente tal procedimiento como legítimo vehículo normativo para conservar un apellido en trance de desaparición.

Por ello, no podemos compartir el argumento que constituye un obstáculo legal insuperable, la circunstancia de que no es lo mismo un apellido simple (José María) que el constituido por la unión o anexión a otro nombre familiar (Teodoro); puesto que la agregación de apellidos se encuentra expresamente contemplada como instrumento legítimo de tal cambio.

En definitiva, no deja de constituir una opción legal para conservar el apellido y, además, la anexión alcanza mayor virtualidad o razón de ser justificativa, que en los otros dos supuestos contemplados en el (derogado) artículo 58 de la LRC, relativos a apellidos indecorosos o deshonorosos por las razones antes expuestas.

En cuanto a la dispensa legal del requisito de que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado. Al concurrir el supuesto contemplado en el (derogado) artículo 58 de la LRC, concerniente a que el cambio responda a la finalidad de conservar un apellido español en riesgo de desaparición, peligro este último que nadie discute y que con notoriedad resulta de la certificación del INE, no es exigible que se dé el contemplado en el numeral primero de dicho precepto, cual es que el apellido en la forma propuesta (Teodoro) constituya una situación de hecho no creada por el interesado, toda vez que expresamente se excluye su aplicación, para tales casos, en el (derogado) artículo 58 de la LRC y concordante artículo 208 del RRC.

En cuanto, al segundo requisito del (derogado) artículo 57 del LRC, relativo a que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario. La sentencia de la Audiencia descarta su concurrencia con la cita del artículo 109 del Código Civil, según el cual los apellidos de una persona son el primero del padre y el primero de la madre, por el orden por ellos determinado, pero no el segundo de los progenitores, con lo que no concurriría el requisito de la pertenencia.

Si bien, dicho argumento no puede ser compartido, puesto que José María es un apellido que, desde hace más de 300 años, pertenece a la familia de la niña y

que constituye el segundo de los apellidos de su progenitor, como así figura en la partida de nacimiento de la menor.

En este sentido, es consolidado criterio de la DGRN, del que es manifestación la resolución 9/2009, de 2 de septiembre (*JUR* 2010,353023), el que señala al respecto que: «uno de los requisitos que establece la legislación del Registro Civil para autorizar el cambio de apellidos es que los solicitados pertenezcan legítimamente al peticionario (art. 57.2 de la LRC y 205.2 RRC), para lo cual debe acreditarse que figuran en la inscripción de nacimiento de alguno de sus ascendientes», en el mismo sentido la resolución 8/2015, de 18 de septiembre (*JUR* 2016, 50225).

Es obvio pues, como expresamente señala el Ministerio Fiscal, que dicho requisito igualmente concurre.

En cuanto al requisito contemplado en el (derogado) artículo 57.1 de la LRC, concerniente a que provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar, no resulta cuestionado y es también debidamente observado.

En fin, respecto de si concurre justa causa, si el cambio pretendido perjudica a tercero o constituye un fraude de ley, en tanto en cuanto, por medio del mecanismo normativo elegido se pretende eludir la aplicación del artículo 198 del RRC, que permite la conservación mediante la alteración del orden de los apellidos del padre (art. 198 del RRC), que pasarían de esta forma de Teodoro a José María, con la correlativa transmisión a su hija (art. 271 del RRC).

Al abordar el análisis de tales cuestiones, la Sala considera que concurre justa causa cual es la conservación de un apellido español en riesgo de extinción, elevada a rango legal como motivo legítimo para operar el cambio de apellidos. No consta, en momento alguno, que la petición formulada responda a un motivo espurio, sino al propio de conservar un apellido familiar. Tampoco aprecia, ni se ha sugerido, que dicha alteración pueda perjudicar a un tercero.

De la misma manera, no considera el Alto Tribunal que, concorra fraude de ley, sino una opción legal, que se encuentra en este caso debidamente justificada. En efecto, la agregación de apellidos es un mecanismo normativo expresamente previsto para la conservación de aquellos que se encuentran en peligro evidente de desaparición. Es cierto que, para obviarlo, cabría la posibilidad legal de acudir a la alteración del orden de los apellidos del demandante, lo que desencadenaría el efecto jurídico de la correlativa transmisión de tal cambio a su hija.

Además, en este caso, los perjuicios que sufriría el recurrente son evidentes, toda vez que, por razón de su edad, recorrido vital y actividad profesional como letrado en ejercicio, es identificado en el tráfico jurídico mediante el empleo de los apellidos Teodoro, lo que conforma una situación de hecho consolidada, cuya alteración le generaría evidentes perjuicios fácilmente representables, en contraste con los inconvenientes de muy escasa entidad que pueda sufrir su hija Elisenda, que contaba tan solo con unos días al tiempo de iniciarse el presente expediente y, por lo tanto, cuya identidad no se hallaba consolidada con sus apellidos originarios derivados de la aplicación del artículo 109 del Código Civil.

Es, por ello, que no resulta peyorativamente afectado el interés superior de la menor; de manera que, en una hipotética colisión inconciliable con la pretensión de sus progenitores, que no es el caso, debiera prevalecer el mantenimiento de los actuales apellidos de la niña.

Conforme al artículo 6.4 del Código Civil, los actos realizados al amparo del texto de una norma (norma de cobertura) que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en

fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Es por ello que, con respecto a la interpretación de dicho precepto ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia 1169/2000, de 21 de diciembre (*RJ* 2001, 1082) que: «(...) el fraude de ley, es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto «*contra legem*», por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el «*fraus alterius o fraus homini*» implica, con carácter general, un «*fraus legis*», que requiere como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley, como, con reiteración ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 1957 (*RJ* 1957, 387); de 13 de junio de 1959; de 1 de abril de 1965 (*RJ* 1965, 2111); de 2 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2392); de 1 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 649); de 20 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4526); y de 17 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2199); con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico...».

Asimismo, como señala, la sentencia 422/2011, de 7 de junio (*RJ* 2011,4395): «No puede aceptarse los argumentos relacionados con el fraude de ley, el abuso del derecho o la buena fe, puesto que no se da el caso de que con vulneración del artículo 6.4 del Código Civil, se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico», ni tan siquiera concurre un abuso objetivo de la norma de cobertura.

En este caso, el cambio del orden de apellidos con carácter general se contempla en el artículo 198 del RRC, y el cambio de apellidos, de forma específica, por riesgo de desaparición en los (derogados) artículos 57 y 58 de la LRC. Son preceptos complementarios con un campo propio de actuación, y si bien cabe conservar un apellido mediante la voluntaria inversión del orden de los mismos por la vía del artículo 198 y su ulterior transmisión a los descendientes (art. 217 del RRC), no está prohibido por el ordenamiento jurídico, sino expresamente contemplado, ni es contrario a derecho, la opción normativa de llevar a efecto tal cambio mediante la agregación de apellidos de la forma interesada por los actores, al amparo de los precitados preceptos de la (derogada) LRC, lo que no implica abuso de derecho, ni obtención de un resultado ilegítimo vedado por nuestro ordenamiento jurídico.

En base a lo expuesto, se estima el primero de los motivos de casación lo que determina que pierdan su interés jurídico los otros dos motivos de casación formulados; y, proceder, en consecuencia, a asumir la instancia, estimando el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid, que se revoca, y, al ser conforme a Derecho, la petición formulada por los actores, procede estimar su demanda, dejando sin efecto la decisión de la resolución de la DGRN, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, a los efectos de reconocer el cambio de apellidos postulado por los actores, como legales representantes de su hija menor, para que, el primero de sus apellidos, sea Teodoro, de forma que la niña sea identificada en el tráfico jurídico con los apellidos Elisenda. Esto es, se agregue el primer y segundo apellido del padre, que tienen una antigüedad comprobada superior a 300 años, ante el evidente riesgo de desaparición.

En esencia, la doctrina fijada en resolución posibilita la conservación de apellidos nobiliarios.

De todas formas, no tanto relacionado con los apellidos en el ámbito familiar, sino con los atribuidos a los pueblos o localidades españolas, la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática en su artículo 35.2 considera elementos contrarios a la memoria democrática *«las referencias realizadas en topónimos, en el callejero o en las denominaciones de centros públicos, de la sublevación militar y de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron la dictadura, y las unidades civiles o militares de colaboración entre el régimen franquista y las potencias del eje durante la Segunda Guerra Mundial»*.

Por lo que, se obliga a los pueblos o localidades a borrar los «apellidos» de origen franquista de su denominación. De ahí que, una localidad toledana Alberche del Caudillo haya procedido a eliminar el apellido en cumplimiento de esta Ley de Memoria Democrática. Precisamente, esta Ley contempla un periodo de tres meses para adoptar los apellidos (art. 37.3 apartado 2) con apercibimiento de sanción por su no cumplimiento que, podría ascender a 150 000 euros.

En todo caso, conforme al contenido de esta Ley, no se posibilitaría la conservación por agregación de aquellos apellidos de contenido franquista. Además, se ha de recordar que, en atención al objeto de esta Ley han quedado suprimidos en el artículo 41.1 los siguientes títulos nobiliarios y grandezas de España concedidos entre 1948 y 1978 así: 1. Duque de Primo de Rivera, con Grandeza de España; 2. Duque de Calvo Sotelo, con Grandeza de España; 3. Duque de Mola, con Grandeza de España; 4. Conde del Alcázar de Toledo, con Grandeza de España; 5. Conde de Labajos; 6. Marqués de Dávila y la Grandeza de España que se le une; 7. Marqués de Saliquet; 8. Marqués de Queipo de Llano; 9. Marqués de Alborán; 10. Conde del Jarama; 11. Marqués de Varela de San Fernando; 12. Conde de Benjumea; 13. Marqués de Somosierra; 14. Grandeza de España otorgada al conde de Rodezno; 15. Marqués de San Leonardo de Yagüe; 16. Conde de la Cierva; 17. Marqués de Vigón; 18. Conde de Fenosa; 19. Conde del Castillo de la Mota; 20. Marqués de Suanzes; 21. Marqués de Kindelán; 22. Conde de Pallasar; 23. Marqués de Casa Cervera; 24. Conde de Martín Moreno; 25. Marqués de Bilbao Eguía; 26. Grandeza de España a don Fernando Suárez de Tangil y de Angulo; 27. Conde de Bau; 28. Duque de Carrero Blanco, con Grandeza de España; 29. Señorío de Meirás, con Grandeza de España; 30. Duque de Franco, con Grandeza de España; 31. Marqués de Arias Navarro, con Grandeza de España; 32. Conde de Rodríguez de Valcárcel; 33. Conde de Iturmendi. Además, en el número 2 queda suprimida la Orden Imperial del Yugo y las Flechas.

## VII. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

La regulación de la Ley de Registro Civil regula los nombres y apellidos, teniendo como primera y esencial finalidad preservar la identidad de la persona. Lo cual constituye la base de su dignidad, a la que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española y de los derechos que le son inherentes.

Dicha identidad de la persona puede ser entendida como «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad». Sin duda, se trata de una cualidad que se despliega en el tiempo, pues se construye en el pasado, desde el momento de la concepción, se traspaasa al

presente y se proyecta en el futuro. De modo que, se presenta como una realidad fluida, integrada por elementos estáticos y por elementos dinámicos, que en su totalidad permiten individualizar a la persona en sociedad. Esta identidad, en su fase estática, se conforma por los signos distintivos de la persona, por regla general, invariables y, los primeros visibles desde el mundo exterior. En cambio, en sentido dinámico, queda configurada por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, cambiante y modificable por las vivencias experimentadas a lo largo de la vida. La identidad constituye así uno de los centros neurálgicos de la dignidad de la persona, a la que el ordenamiento jurídico en el citado artículo 10.1 de la Constitución española sitúa su núcleo de actuación. Por lo que, no resulta extraña la determinación de la identidad como tal derecho fundamental en diversos instrumentos de derechos humanos de alcance supranacional, así como su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales como derecho inherente a las personas. En definitiva, la protección de la identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima, incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto *prius* lógico e imprescindible de los mismos.

En consecuencia, el derecho a la identidad se concibe como un derecho personalísimo del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad, que es lo que le distingue de los demás. Se relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo. Ser uno mismo y no otro. No es sino el derecho a la afirmación de la persona de su propia individualidad, a ser para los demás igual a sí mismo, porque tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de su propia verdad y a lo que sean alterados los elementos integrantes de su identidad, como derecho fundamental de la persona<sup>144</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se funda constitucionalmente, en las siguientes disposiciones de la Constitución española: el artículo 10.1 que hace de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad el eje y fundamento del ordenamiento jurídico y social español; el artículo 14 que prohíbe toda discriminación injustificada en razón de nacimiento; el artículo 15 que consagra el derecho a la integridad moral de la persona que, se verá seriamente afectado en caso de ser dada la posibilidad de conocer su origen; y el artículo 39.2 que proclama la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

De forma que, se configura el derecho a la identidad como derecho de la personalidad, inherente a la persona, esencial en su libre desarrollo y fundamental que, aun careciendo de consagración singular expresa el texto constitucional, tiene su raíz implícita en los principios y valores base del ordenamiento jurídico, proclamados en las leyes fundamentales de cada Estado.

Pues bien, esta identidad personal se manifiesta a través de diversos elementos que, por su trascendencia, cuentan con la debida regulación y protección dentro de los sistemas jurídicos. La nacionalidad, el nombre y apellidos y la filiación son aspectos que configuran la identidad del sujeto y contribuyen a su identificación, los cuales se desarrollan en diversas normas jurídicas<sup>145</sup>.

Por otra parte, la inclusión del derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución española. De esta forma, ya se expresó así en la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994<sup>146</sup> y en el mismo sentido, ha venido siendo reconocido tanto por el



Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, en relación con los apellidos, recordemos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, apartado 52).

Ahora bien, en línea con la doctrina constitucional que declara que los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución española, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas son, no obstante, derechos autónomos que tienen un contenido propio y específico (por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 127/2003, de 30 de junio; 14/2003, de 28 de enero; y 46/2002, de 25 de febrero) Asimismo, se indica que, los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen no forman un conjunto, ni está supeditados unos a otros; que no son un derecho trifronte, sino que son tres derechos fundamentales distintos, autónomos e independientes, que no puede ser mezclados, ni confundidos, pues, se trata de derechos que tienen en nuestro ordenamiento sustantividad y contenido propio, así como espacios de protección diferentes; de modo que, ninguno queda subsumido en el otro, como si fuera una manifestación concreta de él. Por lo que, la lesión de uno de ellos no conlleva la de los demás, sin perjuicio que en determinados casos los mismos hechos puedan suponer una intromisión ilegítima en cualquiera de los dos o incluso de otros tres derechos, provocando la vulneración de más de uno de ellos, lo que hace necesario en los diferentes supuestos, poner en relación las circunstancias concurrentes con cada uno de esos derechos (honor, intimidad personal y propia imagen) considerando cuáles son sus contenidos respectivos y cuáles los límites que les afectan e interesan al caso (sentencias 779/2022, de 16 de noviembre; 14/2022, de 13 de enero; 231/2020, de 2 de junio, 625/2021, de 24 de julio; y 590/2011, de 29 de julio).

Centrados en el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo la existencia de un ámbito propio y reservado, vinculado con el respeto de su dignidad como persona y necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en lo restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos, como el derecho a la información cuando se refiere a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables y a que dicha información sea veraz, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio; 64/2019, de 9 de mayo; 25/2019, de 25 de febrero y 127/2003, de 30 de julio; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 551/2020, de 22 de octubre; 231/2020, de 2 de junio; y, 91/2017, de 15 de febrero).

En cuanto al derecho a la propia imagen, consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que, puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por arte de un tercero no autorizado, sea cual



sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde, por lo que abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, no debiendo confundirse con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la «imagen pública», la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 23/210, de 27 de abril; 19/2014, de 10 de febrero; y 25/2019, de 25 de febrero; así como las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 788/2022, de 17 de noviembre; 209/2020, de 29 de mayo; 697/2019, de 19 de diciembre; 491/2019, de 24 de septiembre; 476/2018, de 20 de julio; y 388/2015, de 29 de junio)<sup>147</sup>.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2006<sup>148</sup> indica que, «la imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible y el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2002, que citan otras muchas anteriores). Cuyo derecho tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad (en palabras de la sentencia de 19 de octubre de 1992 que cita otras anteriores). Su tipificación legal se halla en el artículo 7.5 de la citada Ley: la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2».

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha afrontado en diversas sentencias (entre otras, 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988,231]; 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994,99]; 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988,231]; 117/1994, de 25 de abril [RTC 1994,117]; 81/2001, de 26 de marzo [RTC 2001,81]; 139/2001, de 18 de junio [RTC 2001,139]; 156/2001, de 2 de junio [RTC 2001,156]; 83/2002, de 22 de abril [RTC 2002,83]; 14/2003, de 28 de enero [RTC 2003,14]); el alcance de dicho derecho, el que caracteriza constitucionalmente (sentencias 117/94 [RTC 1994,117]; 81/2001 [RTC 2001,81], 83/2002 [RTC 2002,83]) como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde». Y precisando aún más los contornos dice «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior

y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual» (SSTC 231/1988 (RTC 1988,231); 99/1994 (RTC 1994,99); 81/2001 (RTC 2001,81); 83/2002 (RTC 2002,839). En resumen, el derecho a la propia imagen «garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad» (SSTC 156/2001 [RTC 2001,156]; 83/2002 [RTC 2002,83]; 14/2003 [RTC 2003,14]).

Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas: de los otros derechos fundamentales —en relación con un juicio de proporcionalidad—; de las Leyes —artículos 2.1 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982; de los usos sociales —artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982—; o cuando concurren singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión.

Como se dice en la misma la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020 la protección del derecho a la imagen cede en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por sí misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. El derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca —de manera no accesoria— en relación con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida la persona.

Ahora bien, como sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14/2022, de 13 de enero<sup>149</sup> los derechos a la intimidad y a la propia imagen son derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico. Para apreciar que la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona vulnera su derecho a la intimidad, resulta necesario que dicha imagen revele su intimidad personal o familiar, que muestre algún aspecto reservado protegido por el derecho a la intimidad.

Por otra parte, no cualquier dato personal se encuentra protegido por el derecho a la intimidad (sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre y sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2020)<sup>150</sup>. La función del derecho fundamental a la intimidad del citado artículo 18 de la Constitución española es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 551/2020, de 22 de octubre)<sup>151</sup>.

En relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982) se refuerzan en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM).

El derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora.

Como indica, la sentencia del Tribunal Constitucional 158/2009, de 29 de junio de 2009<sup>152</sup> en su *fundamento jurídico cuarto*: «Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 20.4 de la CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor; a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo *ex* artículo 10.2 de la CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor» (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3- 0172/92 de 8 de julio). En todo caso, «es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». Y también que: «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (SSTC 134/1999, de 24 de mayo; y 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003,127))».

También, la utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 19 de octubre de 1992<sup>153</sup> contempla el caso del reportaje en un periódico sobre una experiencia docente en el que se incluye la fotografía de un menor en el momento de recibir un tratamiento de diálisis, obtenida y publicada sin consentimiento de sus representantes legales y dice textualmente: «la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de esa fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse, habida cuenta del espacio que tal fotografía ocupa así como que la imagen del niño es la única que aparece en ella, que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico».

La de 7 de octubre de 1996<sup>154</sup> es un caso parecido; una campaña informativa promovida por el Ayuntamiento sobre el respeto a los mayores, incluía una fotografía suministrada por una agencia, obtenida y publicada sin consentimiento alguno y dice: «El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad solo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la Ley, cuando se trate de personas que ejerzan un

cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982). Evidentemente, ninguno de los supuestos, concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada».

Y, la de 18 de octubre de 2004<sup>155</sup> también se refiere a un caso semejante: se celebró una fiesta de Reyes en el departamento de oncología de un Hospital, con asistencia de personajes famosos, con la condición de que no estuvieran presentes medios de comunicación; pese a lo cual se publicaron fotografías en una de las cuales aparecía una menor y dice: «la reproducción por la fotografía de la imagen de una persona en su vida privada o fuera de ella, no constituye intromisión ilegítima cuando la publicación se refiere a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando la imagen de una persona aparezca como accesoria. Empero, nada de esto ocurre en el supuesto de autos, debiendo tener en cuenta, además, que las imágenes de las menores, están especialmente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico».

Todas las anteriores sentencias desestimaron el recurso de casación que se había interpuesto contra las sentencias de instancia que habían estimado la demanda y condenado al medio de comunicación social demandado. Por el contrario, es de notar también que la sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 26 de marzo de 2003<sup>156</sup> que desestimó la demanda al entender que no se había atentado al derecho a la imagen (y a la intimidad) de un menor que había aparecido en un programa de televisión con la presencia e intervención y, por tanto, consentimiento de su madre, representante legal y de él mismo, que tenía 12 años y se apreciaban condiciones de madurez suficientes para la entrevista que aceptó.

Sobre tales bases, se ha declarado por esta Sala de lo Civil, en la sentencia 387/2012, de 11 de junio<sup>157</sup>: «(i) que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4.3 LOPJM, que considera como tal la utilización de la imagen de un menor que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales; (ii) que en tales casos, ni siquiera el interés general de la noticia o la veracidad de la información transmitida excluyen la ilicitud de la intromisión; (iii) y que esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación».

En la sentencia 818/2013, de 17 de diciembre<sup>158</sup> se dijo que, en relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen:

«(i) Que, en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor; ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LPDH (art. 3) se refuerzan en la LOPJM (art. 4).

(ii) Que el reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores se establece también en el ámbito internacional: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 24—; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —artículo 6—; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de

justicia de menores —artículos 8—; Convenio sobre los Derechos del Niño —artículos 3 y 40—; Carta Europea de Derechos del Niño —reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad— y Carta Europea —en el punto 8.29— declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor y en el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor.

Enfatizando especialmente el artículo 39.4 de la CE el valor que los Convenios Internacionales adquieren en relación con los menores.

(iii) Y que esta protección reforzada ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que, si bien todas las personas tienen derecho a ser respetadas en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables, por tanto, a los ataques a sus derechos».

A su vez, la Ley Orgánica 1/1982 tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2); precisa, a continuación en su artículo 3, en cuanto a los menores de edad que, su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Las previsiones del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPJM, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (art. 4.3).

En definitiva, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento, bien del menor maduro, bien de sus representantes, es insuficiente para legitimar la intromisión, si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor.

Así, cuando se trata de menores no maduros, el consentimiento a que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 ha de ser otorgado por su representante legal, es decir, por los titulares de la patria potestad. Y, conforme al artículo 156 del Código Civil: *«La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.»*

*En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.*

*En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.*

*En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.*

*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».*

De todas formas, conviene precisar que, la notoriedad de los padres no permite sin más transferir a sus hijos menores el factor modulador de la notoriedad pública en la tutela de los derechos a la intimidad y propia imagen (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 123/2009, de 25 de febrero<sup>159</sup>; 456/2009, de 17 de junio<sup>160</sup>; 777/2021, de 11 de noviembre<sup>161</sup>, entre otras).

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2023<sup>162</sup> desestima el recurso de casación interpuesto por el padre de una menor, nacida en 2017, que había demandado al medio de comunicación gestor de la página web en la que se publicaron dos reportajes con imágenes de la niña sin pixelar. La demanda se basa en su falta de consentimiento y en la intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la niña.

Amanda, madre de la niña a la que se refiere este asunto, es conocida públicamente en determinados ámbitos por haber sido Miss España, ganadora de «Gran hermano Dúo», exconcurante de «Supervivientes» y colaboradora de «Sálvame». Y como dice la sentencia de primera instancia: «No es discutido el carácter de personajes públicos de los progenitores de la menor, derivado no solo de su actividad profesional, sino por haber propiciado ellos mismos ese interés, al aparecer con frecuencia en los medios de prensa de crónica social, al divulgar públicamente su matrimonio, el nacimiento de su hija y también el hecho de su separación, habiéndose publicado fotografías con su consentimiento. Ambos progenitores de la menor en cuestión han intervenido en programas tipo Gran Hermano que gozan de gran difusión y conocimiento entre el «gran público».

No consta que el padre ahora recurrente se dirigiera a la página web outdoor para mostrar su oposición a la publicación de imágenes de su hija menor ni para solicitar su retirada, sino que directamente interpuso demanda contra la demandada quien, según refiere, desde la contestación a la demanda, y no ha sido negado por el recurrente en las posteriores instancias, retiró las imágenes desde el momento en el que se le notificó la demanda.

La sentencia de primera instancia da por probado el consentimiento de la madre cuando afirma que «la madre de la pequeña declaró como testigo en el acto del juicio que autorizó ambas publicaciones», lo que no es desmentido por la sentencia recurrida, que considera acreditado que se trata de entrevistas a la madre, que la madre facilita las fotos, que se publica un vídeo grabado por la propia madre, que la madre mantiene las fotos en su red social, y que el segundo reportaje replica el enlace de la red social de la madre.

El recurrente no ha alegado ni consta que en la época en la que se realizaron las fotos y se publicaron los reportajes, la madre no fuera titular de la patria potestad sobre la niña, ni tampoco se ha aludido a que tuviera limitado el ejercicio de algunas de sus funciones, ni que existiera resolución judicial que excluyera o limitara el contenido de las posibles decisiones que pudiera adoptar la madre y que afectaran a la niña.



Partiendo de estos datos, respecto del primer reportaje el recurso debe ser desestimado. Ello, atendiendo al contexto y circunstancias en las que se realizó, en el periodo del confinamiento, en donde estas prácticas —grabaciones de momentos de la vida cotidiana— se extendieron y generalizaron notablemente como uso social. En este contexto, en el que el objeto principal de la publicación era la vida de la madre con sus hijas durante la época del confinamiento, puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156.1 del CC) y que, ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156.III CC).

Aunque mediando consentimiento, como dice el recurrente, se deben extremar las cautelas y ello supone que no se puede utilizar la imagen del menor si ese uso es contrario a sus intereses, la Sala no aprecia que ello suceda en este caso.

En todo caso, la publicación y el contenido del reportaje no puede entenderse que, sea contrario al interés de la menor ni que afecte a su intimidad, pues no revela ningún dato reservado o íntimo. No puede decirse que la divulgación de imágenes de la vida cotidiana en las que aparece la madre con sus dos hijas pequeñas, una de ellas hija también del demandante, exceda de lo que, en atención a las circunstancias, podría considerarse como usual para muchas familias con hijos pequeños durante la época de confinamiento. En la medida en que las imágenes transmiten de manera cariñosa aspectos del día a día vivido durante la época a que se refieren, tampoco pueden considerarse que lesionen los intereses de la hija del demandante. Por otra parte, las imágenes y los comentarios que las acompañan tampoco revelan aspectos específicos de la intimidad de la niña, sino la forma en la que la madre pasaba con sus hijas los días de aislamiento, con juegos, rutinas, o «las palmas» a los sanitarios a las ocho de la tarde, lo que resulta bastante inocuo.

Por lo que se refiere al segundo reportaje, en el que se da cuenta de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por parte de la madre y se incluyen fotos de la niña, la Sala también comparte los argumentos de la parte recurrida y del ministerio fiscal en el sentido de que, en atención a las circunstancias concurrentes, la sentencia recurrida ha valorado correctamente que no ha existido una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y la propia imagen por parte de la demandada.

La sentencia recurrida parte de que lo que hizo el medio demandado fue replicar el enlace a la red social de la madre, accesible y disponible en internet. El recurrente insiste en que el hecho de que una imagen esté accesible en internet no conlleva el consentimiento para la difusión de la imagen en un medio de comunicación, pues la finalidad de la red social es meramente la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que los terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. Pero en este caso, como advierte la Audiencia con cita de la sentencia de esta Sala 476/2018, de 20 de julio, la prestación del consentimiento por parte de la madre para la publicación de la imagen de la niña en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet.

De acuerdo con la sentencia 476/2018, de 20 de junio<sup>163</sup>: «5. Hemos afirmado (sentencia 91/2017, de 15 de febrero<sup>164</sup>) que el consentimiento del titular de la



imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el «consentimiento expreso» que exige la ley.

Pero también ha de afirmarse que la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet».

Mientras que en la sentencia citada se niega que, la publicación de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía la consideración de personaje público, en las ediciones en papel y digital de un periódico, tuviera esa naturaleza de «consecuencia natural» del carácter accesible de la fotografía en Internet, pues la finalidad de una cuenta abierta en una red social es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación, no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

En estos casos, la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 de la LOPDH.

Lo expuesto, no obsta a la ilegitimidad de la publicación de imágenes cuando, aun encontrándose disponibles en Internet, resulte evidente, por su contenido o por las circunstancias que las rodean, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en derechos de la personalidad. En tales casos, resulta indudable que la publicación previa se ha realizado sin el consentimiento del afectado, por lo que la previa publicación en Internet, por su carácter ilegítimo, no legitima la reutilización pública de tales imágenes».

En el caso que se juzga, las imágenes estaban disponibles en Internet con consentimiento de la madre. Como ya hemos dicho, ello no supone que se puedan publicar cuando, aun mediando consentimiento, la publicación sea contraria a los intereses del menor; lo que, en el caso, por las circunstancias que exponemos a continuación, no se ha producido.

En el reportaje, al informar de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por la madre, y desde su visión subjetiva, se da cuenta de sus sentimientos de tristeza y se hace referencia a momentos vividos con la niña. En este contexto se incluyen, en relación con lo narrado, algunas fotos que recogen recuerdos de la madre, en las que se plasma su embarazo, o aparece abrazando a la bebé, a la que tiene cogida, y alguna otra foto posterior pero que tampoco se corresponde con el momento

actual, por lo que resultan inocuas para la identificación de la niña, y en cualquier caso, como señala la fiscal, nada añaden a las divulgadas en el reportaje anterior.

Tomando en consideración todos los datos expuestos debemos concluir que la sentencia recurrida, de acuerdo con el criterio del ministerio fiscal, debe ser confirmada, dado que la publicación por la demandada de las fotos litigiosas, en este caso, por las circunstancias expuestas, no constituye una vulneración de los derechos a la intimidad y la propia imagen.

Por todo ello, el recurso se desestima y se confirma el fallo de la sentencia recurrida.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 7 de octubre de 2013.
- STC, Sala Segunda, de 30 de noviembre de 2015.
- STC, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2022.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2022.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2022.
- SAP Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2007.
- SAP Lérida, secc. 2.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2013.
- SAP Las Palmas, secc. 5.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2014.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2014.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2014.
- SAP Islas Baleares, secc. 5.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2015.
- SAP Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2015.
- SAP Vizcaya, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2016.

- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2016.
- SAP Vizcaya, secc. 5.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2016.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 3 de junio de 2016.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de julio de 2016.
- SAP Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2016.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2017.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2017.
- SAP Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2017.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2017.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 2017.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2017.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 12 de enero de 2018.
- SAP Cádiz, secc. 6.<sup>a</sup> (Ceuta), de 29 de enero de 2018.
- SAP Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2018.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2018.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2018.
- SAP Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2019.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2019.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2019.
- SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2019.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 13 de marzo de 2020.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2021.
- SAP Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de junio de 2021.
- SAP Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2021.
- SAP Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2021.
- SAP Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2021.
- SAP Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2021.
- SAP Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2021.
- SAP Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2022.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2022.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 2022.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2022.
- SAP Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2022.
- SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 29 de julio de 2022.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de abril de 2022.
- SAP Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2022.
- SAP Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2022.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> B. (2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10 bis, junio, 64-85.

- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M. (2018). La determinación judicial del orden de los apellidos: discriminación por razón del sexo, interés superior del menor y violencia de género, *Práctica de Tribunales*, número 130, enero, 1-20.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: A. Cañizares Iaso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. 1, 2.ª ed.*, Navarra: Civitas. Thomson Reuters, 596-604.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). El nombre y los apellidos, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 9, enero, 37-40.
- CONESA SÁNCHEZ, C. (2011). Nombre propio. En: Fco. Lledó Yague y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, 85-96.
- CORERA IZU, M. (2018). El nombre y los apellidos en la «nueva» Ley registral, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3, marzo, 1-14.
- (2022). Comentario a la sentencia de 26 de octubre de 2021 del TEDH sobre la regulación de los apellidos en España, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3, marzo, 1-16.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2015). El principio del interés del menor y el orden de los apellidos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XCI, número 750, julio-agosto, 2213-2234.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 8, febrero, 11-31.
- ELIZARI URTASUN, L. (2020). Orden de los apellidos: de la prohibición de discriminación de la mujer a la protección del interés superior del menor. En: F.J Blázquez Ruiz (dir.), *Biopoder y derecho. Violencia contra las mujeres*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA PÉREZ, C.L. (2012). Comentario al artículo 55 de la Ley de Registro Civil. En: J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra (dirs.), *Comentarios a la Ley de Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- IGLESIAS NÚÑEZ, M.ª M. (2011). Atribución de apellidos. Regla general. En: Fco. Lledó Yague y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, 97-112.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, T. I Parte General, vol. II Personas*, sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil, T. I Parte General y Derecho de la Persona*, vigesimosegunda edición, Madrid: Marcial Pons.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (1992). *El nombre y los apellidos*, Madrid: Tecnos.
- (2002). *Derecho del Registro Civil*, Barcelona: Cálamo.
- (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021). *Esquemas de Derecho del Registro Civil, T. LIX*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- LÓPEZ JARA, M. (2016). El orden de los apellidos en los supuestos de filiación determinada judicialmente. El superior interés del menor (SSTS/1.ª De 17 de febrero y de 11 y 12 de noviembre de 2015, *LA LEY Derecho de Familia*, número 9, enero, 1-8.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Los derechos de la personalidad. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 263-299.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A. (2008). La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley*, número 6974, sección doctrina, de 24 de junio, 1-20.
- ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho Privado y Constitución*, número 28, enero-diciembre, 47-92.
- PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Nombre y domicilio. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 61-70.
- ROMERO COLOMA, A.M.ª (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *Revista Jurídica del Notariado*, número 85, enero-marzo, 97-110.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (2020). Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automatización o supervisión previa?, *Revista de Derecho de Familia*, número 86, 1-48.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2001). Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español, *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 687-733.
- VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *Diario LA LEY*, número 9720, sección Doctrina, 21 de octubre, 1-12.
- VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1131-1142.

## NOTAS

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación». En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Colex, Madrid, 329. Para Díez Picazo, L., y Gullón Ballesteros, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, undécima edición, Madrid: Tecnos, 233 se denomina filiación «tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo.

<sup>2</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2021). La filiación. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 277. Asimismo, para RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2021). «La filiación». En: Fco.J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 288 señala que la filiación desde una perspectiva jurídica «es una relación natural derivada de la procreación, aunque en ocasiones se prescindía de la verdad biológica, como son los supuestos de adopción y algunos de reproducción asistida».

<sup>3</sup> LACRUZ BÉRDEJO J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 299.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 303.

<sup>5</sup> En el mismo sentido, el artículo 235-1 del Código Civil catalán —en adelante, CCC—; y la Ley 69 de la Compilación de Derecho Civil Foral navarra —en adelante, FNN—.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus, 60 nota 111.

<sup>7</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre, 111; INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI*, Cizur Menor (Navarra): Aranzatz Thomson Reuters, 804-805.

<sup>8</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXXVI, 182.

Por su parte, el artículo 235-3 del CCC dispone que: «la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

<sup>9</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V.M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1.º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 675-676.

<sup>10</sup> DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. I*, Madrid: Edersa, 106.

<sup>11</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil, *op. cit.*, 119-120; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 305.

<sup>12</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 septiembre 1996 (*RJ* 1996, 6730) señala que: las pruebas biológicas, siendo la más frecuente la analítica de los grupos sanguíneos, no obstante su reconocido valor científico, se presentan relativas y no absolutas y menos exactas, al ofrecer solo resultado cierto por exclusión, pero no por ello se las puede privar de eficacia en cuanto se aportan como instrumentos susceptibles de valoración judicial en relación a otros medios probatorios suministrados, para completar el resquicio que dejan aquellas de acreditar la concurrencia de paternidad probable y alcanzar la conclusión de paternidad que ha de ser considerada definitivamente acreditada, con lo que se exige su complementación necesaria con otras probanzas.

<sup>13</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 675.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Los derechos de la personalidad. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 264.

<sup>15</sup> LÓPEZ JACOISTE, J.J. (1986). Una aproximación dogmática a los derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXIV, Fasc. IV, octubre-diciembre*, 1077.

<sup>16</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1959). Los llamados derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil, T. XII, Fasc. IV, octubre-diciembre*, 1262-1263.

<sup>17</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil, T. I Parte General y Derecho de la persona*, 22.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 166; VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1134.

<sup>18</sup> PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Nombre y domicilio. En: Pedro de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 62. Asimismo, la resolución de la DGRN de 15 de abril de 2000 considera que «el derecho al nombre forma parte integrante sin duda alguna de los derechos de la personalidad».

<sup>19</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 2 de noviembre de 2021 (LA LEY 324252, 2021); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 19 de enero de 2022 (LA LEY 46519, 2022).



<sup>20</sup> Se han planteado sendos recursos de inconstitucionalidad por los Grupos Parlamentarios Popular y Vox en el Congreso.

Recurso de inconstitucionalidad nº. 2428-2023 admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 9 de mayo de 2023 promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso contra el artículo 3 letra a) párrafo primer y letra b); artículo 3 letra i); artículos 17, 79.4 d) y el inciso final del artículo 82; artículos 3 g) y 19.2; artículo 23; artículo 24 párrafo segundo; artículo 27.2 inciso final; artículo 14 d) y artículo 42; artículo 43.1 y 2; artículo 44.3; artículo 46.4; artículo 47; artículos 52.2 y 54; artículo 70.3; artículo 79; artículo 80.2 y 3; Disposición Final primera apartado cinco (art. 120.5 CC), apartado seis (art. 124 párrafo segundo CC), apartado nueve (art. 139 CC) y apartado doce (art. 758 bis CC); Disposición Final undécima, apartado uno (art. 44 apartado 6 de la Ley de Registro Civil) y siete (Disposición Adicional décima de la Ley de Registro Civil); Disposición Final decimosexta apartado dos (art. 48 letra e párrafo segundo de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), tres (art. 49 letra a) párrafo último de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), tres (art. 49 letra a) párrafo último de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) y cuatro (art. 49 letra c párrafo último de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) y, Disposición Final undécima apartado tres (art. 51.2 de la Ley de Registro Civil) de la Ley 4/2023 (BOE, número 118, de 18 de mayo de 2023, p. 68738).

Y, el recurso de inconstitucionalidad nº 3679-2023 admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 20 de junio de 2023 promovido por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra los artículos 19.2, 43 apartados 1 y 2, 44 apartados 3 y 9, 47 primer párrafo y 79 apartados 3 b), 4 e) y 4 f) de la Ley 4/2023 (BOE, número 153, 28 de junio de 2023, p. 90250).

<sup>21</sup> PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Nombre y domicilio. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 62-63.

<sup>22</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 440-441; de la misma autora (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 221-222.

<sup>23</sup> PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). «Nombre y domicilio», *op. cit.*, 62.

<sup>24</sup> TJCE 2003/314. Asunto C-148/02 (Carlos García Avello).

<sup>25</sup> Roj. STS 4482/2020; ECLI:ES:TS:2020:4482.

<sup>26</sup> RTC 2013,167.

<sup>27</sup> TJCE 2010,412.

<sup>28</sup> BOE, número 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>29</sup> BOE, número 60, de 10 de marzo de 2010.

<sup>30</sup> BOE, número 161, de 6 de julio de 2013.

<sup>31</sup> BOE, número 257, de 24 de octubre de 2018.

<sup>32</sup> En esta Resolución-Circular la Dirección General considera que no cabe ignorar los cambios sociales experimentados en las últimas décadas como resultado de los movimientos migratorios y el establecimiento en nuestro país de un número considerable de ciudadanos extranjeros, con el consiguiente aumento de los vínculos de estos con nacionales españoles a través de la formación de unidades familiares mixtas y el incremento del número de nacionalizaciones. Por otra parte, si bien, la homopatrimonia entre hermanos menores del mismo vínculo es, como se ha dicho, un principio de orden público del sistema español; lo cierto es que, el apellido que se atribuye en aplicación de la regla prevista en el artículo 200 RRC es en realidad el mismo, ya se trate de mujeres o varones, pues no hay una variación sustancial entre uno y otro caso, sino únicamente una pequeña modificación en su terminación. De hecho, este centro ha autorizado en ocasiones cambios mínimos de apellidos siempre que se cumplan los requisitos legales necesarios en función del tipo de petición planteada.

Por lo expuesto, este Centro Directivo considera que no puede mantenerse, actualmente, la negativa sistemática a variar la terminación del apellidos de origen extranjero de un menor en función de su sexo si tal es el deseo de los progenitores, siempre que se acredite convenientemente la existencia de dicha variante en el país del que se trate y, en conse-



cuencia, ha acordado modificar el criterio interpretativo actual del artículo 200 del RRC y establecer las siguientes directrices: Primera. Conforme al artículo 9.1 del Código Civil, los nombres y apellidos de los españoles está determinada por ambas líneas, los apellidos de un español son el primero del padre y el primero de los personales de la madre, en el orden elegido por los progenitores de común acuerdo. Esta regla es aplicable también a los casos de plurinacionalidad, de manera que la atribución de apellidos se rige por la legislación española, aunque el nacido tenga, además, otra nacionalidad; Segunda. En aplicación de la nueva interpretación expuesta en esta Resolución-Circular, cuando el apellido atribuido a hermanos del mismo vínculo tenga terminaciones distintas, masculinas o femeninas, el país del que el progenitor es nacional, se podrá autorizar la adecuación de la variante que corresponda en cada caso, según el sexo de los menores, considerando que este cambio no implica un cambio de apellido sino una pequeña modificación de un apellido que legalmente pertenece a los menores afectados; Tercera. No obstante, cabe destacar que, como el artículo 200 del RRC deja claro que los hijos de españoles fijarán los apellidos en la forma que en el uso haya prevalecido, la regla para la atribución inicial de los mismos no varía, debiendo, en consecuencia, acceder a esta modificación en la terminación del apellido que corresponda, una vez hecha la inscripción inicial en el Registro Civil, según lo establecido en la legislación española, mediante un expediente distinto de la competencia general atribuida al Ministerio de Justicia en esta materia y hoy, por delegación (Orden JUS/987/2020, de 20 de octubre) a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública; y, Cuarta. La autorización de este tipo de modificaciones de un apellido no exigirá la necesidad de acreditar el cumplimiento del primero de los requisitos generales de los artículos 57 de la LRC y 205 del RRC; no obstante, sí deberá quedar debidamente acreditado que la forma pretendida es la que corresponde al inscrito según el país del que el progenitor es nacional.

<sup>33</sup> *Vid.*, la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI contiene una serie de directrices para hacer efectivo el derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la citada Ley 4/2023, concretamente en su capítulo I del título I y disposición transitoria segunda.

La solicitud del procedimiento podrá presentarse en cualquier oficina del Registro Civil y la competencia para su tramitación corresponderá a la persona encargada de la oficina en la que se haya presentado la solicitud. Una vez, resuelto el procedimiento de forma favorable, se practicará la inscripción de la rectificación acordada, que tendrá efectos constitutivos. La Instrucción detalla aquellos documentos que deben presentarse solo y exclusivamente, pues dado que la solicitud puede presentarse en cualquier oficina del Registro Civil, no será necesario aportar certificado de empadronamiento y son: a) Escrito de solicitud, que deberá incluir los datos de identidad de la persona solicitante y, en su caso, la elección del nuevo nombre; b) Certificado literal de nacimiento de la persona interesada (salvo que dicho certificado pueda ser obtenido por la propia oficina del Registro); c) DNI de la persona interesada, y cuando esta sea menor de dieciséis años, también el de sus representantes legales; d) En caso de menores de entre 12 y 14 años, testimonio de la resolución judicial que autorice el cambio de mención registral del sexo.

Una vez presentada la solicitud que puede entregarse de forma presencial o enviarse por correo certificado, se citará a la persona legitimada para que comparezca personalmente en el Registro acompañada de sus representantes legales si fuere menor de 16 años, levantándose acta de la manifestación de disconformidad con el sexo inscrito, que incluirá la petición de rectificación y la elección de un nuevo nombre propio, si no quiere conservar el que ya ostente.

Dicha comparecencia se efectuará en un espacio reservado que proporcione un entorno de intimidad para la persona solicitante, especialmente cuando se trate de menores de edad. El solicitante debe ser informado de las consecuencias jurídicas de la rectificación, incluido el régimen de la reversión, y de las medidas de asistencia e información, a su disposición a lo largo del procedimiento en los ámbitos sanitarios, social, laboral, educativo y administrativo. Tras ello la persona legitimada suscribirá la comparecencia reiterando su petición.

En el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia anterior, se citará nuevamente a la persona legitimada para que comparezca en el Registro por segunda vez y ratifique su solicitud, tras lo cual, y en un plazo máximo de un mes desde la fecha de la segunda comparecencia, la persona encargada del Registro ante el que se hubiera presentado dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada.

La decisión adoptada por la persona encargada de la oficina del Registro Civil es recurrible ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en el plazo de un mes (art. 85 de la LRC), siendo el régimen de recursos el previsto en los artículos 29 de la LRC y 355 del RRC cuando resulte aplicable la legislación de 1957.

En cuanto al derecho de reversión de la rectificación, señala la Instrucción que, una vez transcurridos seis meses desde la inscripción de la rectificación registral relativa al sexo, las personas que la hubieran promovido podrán recuperar la mención que figuraba previamente en el Registro Civil siguiendo el mismo procedimiento establecido para la rectificación. Si tras la recuperación de la mención inicial quisieran promover una nueva rectificación, deberá seguirse el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Respecto al cambio de nombre de menores, la posibilidad de rectificación registral de la mención relativo al sexo está prevista en la Ley 4/2023, para las personas a partir de los doce años (art. 43). Sin embargo, hay menores de doce años que sienten con claridad una identidad sexual propia diferente de la asignada en el momento de nacimiento y la demora en la adopción de medidas en esos casos puede tener un efecto perjudicial en su desarrollo personal. Por ello, considera necesario flexibilizar la interpretación del último inciso del artículo 48 de la Ley 4/2023, el cual prevé el derecho de los menores trans «hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo», a obtener el cambio de nombre por razones de identidad sexual «cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil», para que no suponga un perjuicio alguno respecto de la situación anterior establecida a partir de la publicación de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, según la cual, el cambio debía autorizarse en estos casos son necesidad de acreditar el uso previo del nombre solicitado. Por todo ello, la Instrucción dispone que los representantes legales de los menores de dieciséis años podrán solicitar el cambio de nombre de sus representados/as para adecuarlo al sexo sentido cuando este sea diferente del que se atribuye al nombre registrado en el momento de nacimiento sin más limitaciones que las previstas en el artículo 51 de la Ley 20/2011 del Registro Civil. El/la menor deberá ser oído en todo caso por la persona encargada del Registro Civil mediante una comunicación comprensible y adaptada a la edad y grado de madurez del menor.

<sup>34</sup> En esta línea, respecto al menor aragonés el artículo 23.1 y 3 del Código Foral aragonés dispone: *1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no está emancipado puede celebrar por sí todo clase de actos y contratos con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar, o en su defecto, del tutor. (...) 3. El menor mayor de catorce años no necesitará asistencia en los actos que la ley permite realizar por sí solos.*

<sup>35</sup> Lo que va en consonancia con la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo —cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 2 de marzo de 2023— dispone en su artículo 13 bis.1 que «las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales».

Así, el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002 establece que: «c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor». Y, el artículo 19.6 de la Ley Orgánica 1/2023 indica con respecto a las medidas para garantizar la prestación sanitaria pública dispone: «6. Por su especial sujeción a plazos, la interrupción voluntaria del embarazo será considerada siempre un procedimiento sanitario de urgencia».

En fin, dispone el artículo 14 que: «Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada».

<sup>36</sup> No se comprende como esta Ley 41/2002 no ha sido modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el proceso de adaptación exigido.

En todo caso, en esta línea, el artículo 11 de la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid dispone en su apartado 1: «La Comunidad de Madrid, así como las entidades públicas y privadas, y las personas físicas o jurídicas que actúen en su territorio deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que los niños sean informados en todo momento de todo aquello que concierne a sus intereses, derechos y a su bienestar personal, emocional y social, en un idioma, lenguaje y modo que sean adecuados, comprensibles, accesibles y adaptados a sus circunstancias, según su desarrollo evolutivo y madurez».

<sup>37</sup> La negrita y cursiva es nuestra.

<sup>38</sup> El Código de Deontología médica de diciembre de 2022 establece en su artículo 67 apartado 1 que: «el médico deberá respetar tanto la orientación sexual como la identidad de género de sus pacientes y estos nunca deben ser motivo de discriminación o rechazo» y el apartado 2 del citado precepto que «la atención médica dirigida al apoyo de la orientación sexual, la identidad de género y fertilidad debe ser respetuosa y buscar el beneficio del paciente». Y su artículo 68.1 dispone que: «En el tratamiento de menores y adolescentes, con el fin de generar un cambio de sexo, siempre intervendrán médicos expertos que tengan las competencias oportunas, junto a los comités multidisciplinares. Tendrán en cuenta el interés superior del menor y la irreversibilidad del procedimiento a realizar».

<sup>39</sup> Respecto a las solicitudes de rectificación registral de la mención relativa al sexo en tramitación, la disposición transitoria segunda de la Ley dispone el respecto que: «Las previsiones del Capítulo I del Título II de esta ley serán de aplicación a todos los procedimientos registrales de rectificación de la mención relativa al sexo que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley si la persona interesada solicita del encargado del Registro Civil la reconducción del procedimiento a esta nueva normativa, que se llevará a cabo según las instrucciones que a tal fin imparta la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública».

<sup>40</sup> Roj. STS4205/2019; ECLI:ES:TS:2019:4205.

<sup>41</sup> Esta Instrucción establece un marco *a priori* protector de los legítimos intereses de este colectivo, en orden a evitar que sufran discriminación por razón del sexo. Establece que las personas transexuales cuya identidad oficial del sexo no concuerda con su identidad psicosocial de género, podrán solicitar de la Administración Penitenciaria el reconocimiento de esta, a los efectos de separación interna a que se refiere el artículo 16 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria, para lo que solo hace falta la voluntad del recluso. La Administración instará el empleo de nombre adecuado a su identidad de género en las relaciones grupales o interpersonales penitenciarias. El personal de la Administración Penitenciaria les facilita el impreso correspondiente en el Anexo I, al que se acompaña de informe médico y psicológico. Aunque *de facto* estaría derogado por la Ley Trans; lo cierto es que, resulta de aplicación en tanto no se sustituya por otra Instrucción. Basta con instar el personal de la Administración Penitenciaria que les facilite el impreso correspondiente en el Anexo I sin necesidad de acompañarlo —como así dispone la Instrucción, pero no la actual Ley— del correspondiente informe médico y psicológico.

<sup>42</sup> Susana DOMÍNGUEZ y su familia han interpuesto una reclamación contra el Servicio Gallego de Salud. En concreto, denuncian un diagnóstico incorrecto de disforia de género y la ausencia de acompañamiento psicológico durante su transacción de mujer a hombre.

<sup>43</sup> Por la presidenta de la Comunidad de Madrid D.<sup>a</sup> Isabel DÍAZ-AYUSO se ha planteado la reforma de esta Ley en la próxima legislatura. Entre las modificaciones está la eliminación de la llamada autodeterminación de género que, actualmente se contiene en el artículo 4.1 («*Toda persona tiene derecho a constituir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual. La orientación, sexualidad e identidad de género que cada persona defina para sí en esencia para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su dignidad y libertad. Ninguna persona podrá ser presionada para ocultar, suprimir o negar su identidad de género, expresión de género, orientación sexual o caracteris-*

*ticas sexuales. En el ámbito de aplicación de esta Ley en ningún caso será requisito acreditar la identidad de género manifestado mediante informe psicológico o médico» —la negrita es nuestra—); asimismo, no se aplicarán cirugías a menores y se refuerza el acompañamiento constante y serio de los profesionales desde la formación de equipos multidisciplinares en unidades y centros de atención específicos.*

<sup>44</sup> El artículo 48 de la LRC manifiesta que: «1. Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir; 2. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos».

<sup>45</sup> Respecto al código personal el artículo 6 de la LRC dispone que: «A cada registro individual abierto con el primer asiento que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica generada por el Registro Civil, que será única e invariable en el tiempo».

<sup>46</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2021 (Roj. SAP B 11939/2021; ECLI:ES:APB:2021:11939); y, los autos de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2021 (Roj. AAP T 90772021; ECLI:ES:APT:2021:907A); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2022 (Roj. AAP B 2587/2022; ECLI:ES:APB:2022:2587).

Asimismo, *vid.*, la resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 2 de diciembre de 2020 (LA LEY 267143, 2020).

<sup>47</sup> *Vid.*, la resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 11.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2020 (LA LEY 267144, 2020).

<sup>48</sup> VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: R. Bercovtz RODRÍGUEZ CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1135-1137 precisa que la doble determinación puede tener carácter simultáneo o sucesivo. En caso de determinación simultánea señala que «las reglas deben tener en cuenta la imposibilidad de acudir a un criterio de preferencia temporal. En caso de determinación sucesiva, “debe establecerse una solución para el supuesto en que solo exista una determinación de la filiación y otra para el caso en que se haya producido una doble determinación”». La filiación matrimonial implica, pues, la simultaneidad en la determinación de la paternidad. Si, en cambio, es filiación no matrimonial existe en tal caso determinación sucesiva de la filiación por ambas líneas. *Vid.*, asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I, op. cit.*, 453-458, PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.*, 65-68.

Por su parte, RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (2020). Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automatización o supervisión previa?, *Revista de Derecho de Familia*, número, 86, enero-marzo, 15 señala que «cree que el legislador además debería en un futuro matizar lo dispuesto en el artículo 111 del Código Civil, en cuanto que no es razonable que, en caso de oposición a la demanda de filiación, se excluya, ahora a la inversa, y de forma generalizada, la adquisición del apellido paterno (párrafo II), con la sola excepción legal que lo solicite el hijo o su representante legal.

<sup>49</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2021 (LA LEY 201402, 2021) en un supuesto en que la actora, entonces pareja de hecho de la demandada, no prestó el tratamiento de fecundación *in vitro* mediante donante anónimo. Se trató de un reconocimiento de complacencia. Se destaca, asimismo, que casi no hubo posesión de estado y que la convivencia con la menor fue mínima. No resulta, en consecuencia, beneficioso para la menor, mantener una relación de maternidad que no se corresponde ni con una voluntad de ser madre de la actora, sino que su consentimiento se prestó para evitar el deterioro de su matrimonio civil con la demandada, ni con unos vínculos afectivos con la menor teniendo en cuenta el escasísimo tiempo de convivencia con la menor.

<sup>50</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I, op. cit.*, 456.

<sup>51</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 84.

<sup>52</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 84.

Si los padres querían alterar el orden de los apellidos de sus hijos menores, debían acudir a un expediente de cambio de apellidos, siendo competencia del Ministerio de Justicia.

<sup>53</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN, de 16 de abril de 1994 (RJ 1994, 4383); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 11 de octubre de 2021 (Roj. SAP M 12237/2021; ECLI:ES:APM:2021:12237).

<sup>54</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, 603 precisa que puede tener acceso al Registro, y asimismo, todo ello opera sin perjuicio de instar un expediente de cambio de apellidos. *Vid.*, asimismo, la resolución de la DGRN de 28 de septiembre de 1995 (RJ 1005, 8619) en relación a un reconocimiento paterno tras la adopción del hijo por el abuelo materno.

<sup>55</sup> IGLESIAS NÚÑEZ, M.ªM. (2011). Atribución de apellidos. Regla general. En: Fco. LLEDÓ YAGUE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, 105.

<sup>56</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015 (LA LEY 8478,2015) el interés del menor justifica que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad.

<sup>57</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)*, *op. cit.*, 248 señala que con ello «se trata de preservar la unicidad de apellidos de los hermanos de idéntica filiación».

<sup>58</sup> VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, 1140. A la exigencia de mayoría de edad para el cambio de los apellidos, *vid.*, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 6.ª, de 2 de diciembre de 2020.

<sup>59</sup> PARRA LUCÁN, M.ªA. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.*, 66-67; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, 600. *Vid.*, asimismo, las Resoluciones de la DGRN 20 mayo 1993 (RJ 1993, 5067); de 25 de noviembre de 1994 (RJ 1995, 1476); de 17 de octubre de 1996 (RJ 1997, 3519) dispone, al respecto que: una vez obtenido por comparecencia ante el encargado del Registro la inversión de los apellidos, no es posible que por comparecencia posterior se deje sin efecto aquella inversión o se obtenga una nueva. La estabilidad del estado civil y también de los apellidos como signo de individualización de la persona, impone la conclusión de que el cambio de estos queda sustraído a la libre autonomía de la voluntad de los particulares, salvo casos excepcionales y taxativos determinados por la ley. Por estas razones hay que interpretar dicho artículo 109 como una facultad que se concede a la persona por una sola vez, de modo que no podrá desdecirse de lo sucesivo por la sola voluntad de sus manifestaciones, yendo, además contra sus propios actos; de 24 de septiembre de 2004 (RJ 2005, 778); y, de 22 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 79657).

<sup>60</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, *op. cit.*, 457; de la misma autora (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil)*, *op. cit.*, 224 y 252 «resulta cuestionable la ubicación sistemática de la materia (nombre y apellidos en supuestos de filiación desconocida) en el artículo 50 LRC 2011 relativo al derecho al nombre y no en el artículo 49 LRC 2011 (que regula la atribución de apellidos en los demás supuestos de filiación)»; de la misma autora (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.*, 402.

<sup>61</sup> Son requisitos necesarios para la petición de cambio de apellidos: 1. Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario (letra b); 2. Que los apellidos que resulten del cambio, no provengan de la misma línea (letra c).

<sup>62</sup> Señala al respecto LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, *op. cit.*, 458 que «la sanción que impone el legislador en tales supuestos negando la transmisión del apellido determinado por la filiación, está plenamente justificada y tiene su fundamento en el principio de interés del menor y en el comportamiento deshonesto e innoble del padre».

<sup>63</sup> Si bien matiza acertadamente BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, 597 ha de entenderse que ha de hacerse con carácter previo a la anotación marginal de la sentencia de filiación que, no comportará por tanto alteración en los apellidos que ya tuviera el hijo.

<sup>64</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)*, op. cit., 253, la vía específica del párrafo 2.º y la vía genérica del apartado 3.º; de la misma autora (2021). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, op. cit., 403 indica que «el párrafo 3.º del artículo 111 del Código Civil constituye una redundancia en lo que se refiere a los apellidos, que no hace, sino introducir confusión, al disponer dos vías para el mantenimiento del apellido del padre, por la vía específica del artículo 111.2 del Código Civil y la vía genérica del artículo 111.3 del Código Civil.

<sup>65</sup> *JUR* 2014, 104834. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 14 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 173445) filiación que ha sido determinada judicialmente contra manifiesta oposición del demandado. Se opta por mantener los apellidos maternos y la exclusión del padre en los derechos que por ministerio de la ley le pudieran corresponder con respecto a su hija o sus descendientes; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 14 de junio de 2021 (LA LEY 181555, 2021) en un supuesto de declaración de filiación no matrimonial, el demandado no solo no se allanó a la demanda, sino que en su escrito de contestación a la misma realiza una abierta y amplia crítica de las documentales indiciarias que se acompañaban a la demanda, practicándose la correspondiente prueba biológica ante las dudas de la referida paternidad le suscitaba, sino que debe ser tenida en cuenta la actitud del padre incluso antes del nacimiento del menor del que tuvo cumplido conocimiento, sin que por el contrario, intentara de forma extrajudicial despejar las dudas que la paternidad le ofrecía, según su manifestaciones, y es después de muchos años y a través del presente procedimiento cuando, por fin, se consigue la determinación de la filiación. Por lo que, procede la exclusión del apellido paterno, conservando el hijo los actuales.

<sup>66</sup> LA LEY 8478, 2015.

<sup>67</sup> *RJ* 2015, 5606; *RJ* 2015, 5602.

<sup>68</sup> LA LEY 2446, 2016.

<sup>69</sup> *RJ* 2016, 5463. En esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (LA LEY 49188, 2017) declarada la paternidad biológica del demandante respecto del hijo menor de la demandada, se cuestiona el orden de los apellidos del citado menor al rectificarse en el Registro Civil la inscripción de su nacimiento. Debe prevalecer el superior interés del menor. Este se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el de la madre, que es el que entonces se determinó. Es evidente la relevancia individualizadora del primer apellido de una persona. En este caso, no consta el beneficio que le puede reportar al menor que el primero de sus apellidos sea el paterno y el segundo el materno, por lo que no existe motivo para alterar el primer apellido con el que viene siendo identificado. Ya tiene cuatro años, tiempo suficiente para haberse asentado en la vida familiar, social y sanitaria con el primer apellido con el que aparece inscrito. Se ordena que su primer apellido siga siendo el de la madre y que como segundo conste el del padre; de 29 de noviembre de 2017 (LA LEY 171305, 2017) declarada la paternidad biológica del demandante, se declara más beneficioso para el hijo menor que se mantengan como primer apellido el de la madre, con el que fue inscrito desde su nacimiento, y como segundo apellido el del padre. No se acredita ninguna circunstancias que aconseje privarle del primer apellido con el que se le identifica desde la inscripción de su nacimiento en su ámbito familiar, escolar y social. Ha de tenerse en cuenta, además, lo tardío de la reclamación del padre, pues el menor tiene en la actualidad 10 años de edad; de 1 de diciembre de 2017 (LA LEY 171297, 2017) estimada la acción de reconocimiento de la paternidad biológica del demandado se cuestiona el orden de los apellidos de la hija. Debe prevalecer el superior interés de la menor que, es el que ha de protegerse a la hora de procederse al cambio de los apellidos con el que consta inscrita en el Registro Civil y con el que viene siendo identificada en su vida familiar, social o escolar. A estos efectos es irrelevante el deseo del padre desde el nacimiento de la menor. Al no haber razón para alterarlos, se mantendrá como primer apellido el materno y se inscribirá como segundo apellido, el del padre; de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 35) reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial. Se mantiene en primer lugar el apellido materno establecido en el momento de la inscripción por falta de determinación de la paternidad. No se acredita que el cambio sea beneficioso para el menor; de 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 597) habiéndose inscrito al menor con el primer apellido de la madre,



por ser la única filiación reconocida en ese momento. Si no consta beneficio alguno para el menor, no existe razón para alterar el primer apellido con el que viene identificando a este. Se opera actuando en base al interés superior del menor; de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 786) ante una acción de reclamación de la filiación no matrimonial se determina que el orden de los apellidos de la menor sea el primero el de la madre y el segundo, el del padre. Atendiendo al interés superior del menor su hija matrimonial y la extramatrimonial tendrían el mismo apellido y ello facilitarla el óptimo desarrollo de la personalidad de la segunda. Hay ausencia de informes periciales «*ad hoc*»; y, de 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1990) en cuanto al cambio del apellido materno por el paterno tras declararse la filiación extramatrimonial del menor, procede la irrelevancia del deseo del padre por noble que fuese. Si no consta un beneficio para el menor con el cambio no existe razón para alterar el orden del apellido con el que viene siendo identificado. No procede tal cambio, pues, aunque se suele predicar una conducta noble y recta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, este Sala estimando el recurso y siguiendo su doctrina, no atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que venía usando desde la inscripción de su nacimiento. También, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, de 14 de enero de 2016 (*AC* 2016, 387) en atención a la doctrina de la Sala procede la estimación del recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Irene contra la sentencia de 24 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, ordenando que, en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna. Así lo impone el interés del menor, si se tiene en consideración que: 1. El menor nació en 2009; 2. Que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad con fecha de 20 de septiembre de 2011, esto es, cuando ya tenía casi dos años de edad; 3. Que desde su nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre; 4. Que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años; 5. Que, por ende, durante este largo periodo es conocido el «*nomen*» primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social». Pues bien, en el caso de autor, igualmente, el menor nace en el mes de abril de 2013, el padre inicia la demanda origen del procedimiento en fecha de 11 de julio de 2014 y, por tanto, a la fecha de la presente apelación, cuenta con la edad de dos años y medio, desde su nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre que durante este periodo de su vida tanto en su vida familiar como social como a los efectos de tarjeta médica ha ostentado los apellidos maternos y por tanto, es conocido con el «*nomen*» primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 3 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 266263) se conserva el primer apellido materno, pese al reconocimiento de la filiación paterna del menor de siete años y medio de edad. Durante dicho periodo de tiempo su entorno familiar y social ha sido exclusivamente el materno. Además se le ha escolarizado con ese apellido. Por tanto, el interés superior del menor justifica el mantenimiento por este del orden de los apellidos con el que está inscrito.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2017 (*LA LEY* 167513, 2017) estimada la acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial y declarándose que el demandado es el padre biológico de la menor, se establece que el primer apellido de la niña será el del padre y el segundo el de la madre. La solicitud de esta en el acto de vista para que sea su apellido el primero fue sorpresiva por cuanto modifica la demanda, pues en ella solicitó que el primer apellido de la menor fuera el del demandado, que no se opuso a dicha pretensión. Ha de tenerse en cuenta por ello el efecto preclusivo de dicho escrito. El interés del menor no ha podido ser vulnerado al no existir desacuerdo de los progenitores; y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 14 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 5868) se dispone que, la conformidad inicial —demanda y contestación— sobre los apellidos solo puede venir referida a su orden y no a la supresión de los de un progenitor; pues ello, en principio, iría en contra de la previsión legal y del interés del menor. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 175020) al entender que, en este caso,



no se dan las circunstancias de hecho precisas para considerar que el interés del menor exige evitar el criterio legal antes expuesto, pues, es lo cierto que el padre demandante ha formulado su demanda apenas un año y medio después del nacimiento de su hija Ángela sin que, por tanto, la misma se encuentre en edad escolar y, por tanto, careciendo de entorno educativo y social con la mínima permanencia para el reconocimiento de aquella con un cierto apellido u otro, de forma que, ha de estarse al orden de los apellidos determinado legalmente y, por tanto, siendo el primero el del padre, como certeramente ha acordado el juez *a quo*; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 17 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 120918); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 4 de diciembre de 2018 (*AC* 2019, 569); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de octubre de 2022 (LA LEY 284290, 2022).

<sup>70</sup> Roj. STS 4839/2016; ECLI:ES:TS:2016:4839.

<sup>71</sup> *RJ* 2020, 2503.

<sup>72</sup> LA LEY 199987, 2020.

<sup>73</sup> En esta línea, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 y 27 de octubre de 2021 (Roj. SAP SE 2068/2021; ECLI:ES:APSE:2021:2068) y Roj SAP SE 2054/2021; ECLI:ES:APSE:2021:2054); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 23 de diciembre de 2021 (Roj. SAP SA 1034/2021; ECLI:ES:APSA:2021:1034); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc.6.ª, de 23 de febrero de 2022 (*JUR* 2022, 164671); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 30 de marzo de 2022 (*JUR* 2022, 191685); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 29 de julio de 2022 (*JUR* 2022, 327603); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 5 de octubre de 2022 (*JUR* 2022, 394150).

<sup>74</sup> Para ELIZARI URTASUN, L. (2020). Orden de los apellidos: de la prohibición de discriminación de la mujer a la protección del interés superior del menor; *op. cit.*, 161 precisamente «los plazos juegan en este supuesto en contra de la pretensión del padre, pues, en el *interin* el menor viene utilizando el primer apellido materno».

<sup>75</sup> LA LEY 196288, 2015.

<sup>76</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN, número 3, de 29 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 212616).

<sup>77</sup> *Vid.*, las resoluciones de la DGRN de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2011, 85885); y, de 28 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012,303076).

Con respecto al artículo 200 del RRC —aun en vigor— dispone que: «En la inscripción de nacimiento constará la forma masculina o femenina del apellido de origen extranjero cuando en el país de procedencia se admite la variante, acreditándose esta, si no es conocida por el encargado, en virtud de testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de notario español que la conozca. Los hijos de españoles fijarán tales apellidos en la forma que en el uso haya prevalecido. Al margen se podrán anotar las versiones de apellidos extranjeros cuando se acredite igualmente que son usuales».

Al respecto, la Resolución-Circular de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública sobre cambio del criterio interpretativo del artículo 200 del RRC de 19 de abril de 2021 establece las siguientes directrices con relación al contenido del citado precepto: «1. Conforme al artículo 9.1 del Código Civil, los nombres y apellidos de los españoles están regulados por la ley española y, en consecuencia, si la filiación está determinada por ambas líneas, los apellidos de un español son el primero del padre y el primero de los personales de la madre, en el orden elegido por los progenitores de común acuerdo. Esta regla es aplicable también en los casos de plurinacionalidad, de manera que la atribución de apellidos se rige por la legislación española, aunque el nacido tenga, además, otra nacionalidad; 2. En aplicación de la nueva interpretación expuesta en esta Resolución-Circular, cuando el apellido atribuido a hermanos del mismo vínculo tengan terminaciones distintas, masculinas o femeninas, en el país del que el progenitor es nacional, se podrá autorizar la adecuación de la variante que corresponda en cada caso, según el sexo de los menores, considerando que este cambio no implica un cambio de apellido sino una pequeña modificación de un apellido que legalmente pertenece a los menores afectados; 3. No obstante, cabe destacar que, conforme el artículo 200 RRC deja claro que los hijos de españoles fijarán los apellidos en la forma que en el uso haya prevalecido la regla para la atribución inicial de los mismos no varía, debiendo, en consecuencia, acceder a esta modificación en la terminación del apellido que corresponda, una vez hecha la inscripción oficial en el Registro Civil, según

lo establecido en la legislación española, mediante un expediente distinto de la competencia general atribuida al Ministerio de Justicia en esta materia y hoy, por delegación a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública; y, 4. La autorización de este tipo de modificaciones en un apellidos no exigirá la necesaria de acreditar el cumplimiento del primero de los requisitos generales de los artículos 57 de la LRC y 205 del RRC; no obstante, si deberá quedar debidamente acreditado que al forma pretendida es la que corresponde al inscrito según el país del que el progenitor es nacional».

<sup>78</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, de 28 de octubre de 2013 (AC 2013, 1902); y, la resolución de la DGRN, número 47, de 20 de febrero de 2015 (JUR 2015, 258167).

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 2008/235 (Asunto C-353/06 —Caso Grunkin y Paul contra Grunkin y Paul—). Declara el Tribunal de Justicia (Gran Sala) que «el artículo 18 CE se opone, en circunstancias como la del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento de un apellido de un niño como tal ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres solo posee la nacionalidad del primer Estado».

<sup>80</sup> *Vid.*, las resoluciones de la DGRN, número 2, de 27 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 209334); número 48, de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 209353); número 47, de 20 de febrero de 2015 (RJ 2015, 258167).

<sup>81</sup> En aplicación de tal Instrucción de 2010, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, de 28 de octubre de 2013 (AC 2013, 1902).

<sup>82</sup> *Vid.*, la resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 4.ª, de 14 de diciembre de 2020.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2013 (RJ 2014, 833) en un supuesto inscripción de filiación de dos menores tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los adnes intencionales lleva a cabo una acertada definición de lo que representa el orden público español. Así en el fundamento de derecho tercero número 4 indica: «(...) entendido básicamente 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 lo enmarcan» y añade en su número 5: «Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32); derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia que, ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene un reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto de su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden público y de la paz social (artículo 10.1 de la Constitución). Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.º) y, en definitiva, en la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión».

<sup>83</sup> Sobre la cuestión de doble o múltiple nacionalidad, *vid.*, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02 García Avello, ap. 45; de la Gran Sala, de 14 octubre de 2008, asunto 353/06 Stefan Grunkin y Dirithree Regina Paul, ap. 39; de la Sala segunda, de 12 de mayo de 2011 asunto C-391/09, Molgozate Runevic-Vardyn y Lukasz Pascual, ap. 95; de la Sala segunda, de 2 de junio de 2016, asunto C-438/14 Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff contra Satndesamet

der Stadt Karlsruhe t Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe, ap. 85; y, de la Sala segunda, de 8 de junio de 2017 asunto C-541/15) procedimiento incoado por Mircea Floriam Freitag, ap. 48.

<sup>84</sup> *RJ* 2022, 4706. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 14976/2021; ECLI:ES:APB:2021:14976) atendiendo a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 7 de octubre de 2013 (RTC 2013,167) se hacía ver que en el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida con las consecuencias inherentes a los apellidos y entre en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. En el presente caso, aun cuando el menor cuenta solamente la edad de tres años en este momento, es lo cierto que pudiera considerarse que el menor podría ser conocido a nivel escolar, de familiares, de compañeros, etc., por el primer apellido materno, pero la realidad es que al invertir el orden de los apellidos de la madre al proceder a la inscripción en el Registro Civil podría originar una mayor confusión la pretensión que se mantiene ahora pro la madre que conste como primer apellido del menor el primero materno (que ahora es el segundo del menor) y como segundo apellido el primero paterno, mientras que de estimarse la pretensión del padre recurrente solamente se procedería al cambio del primer apellido del menor, lo que entendemos en el presenta caso más apropiado a los intereses de este.

<sup>85</sup> *JUR* 2023, 1588.

<sup>86</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4371) manifiesta al respecto que «el interés del menor constituye un principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social»; de 31 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4581); de 31 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 373); de 12 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1229); y, de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924).

<sup>87</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, 68,

<sup>88</sup> VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi, 63-64.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial León, secc. 1.ª, de 2 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 75403) dispone que «el interés del menor es un concepto evolutivo que puede llegar a fundar por sí solo una modificación de las medidas adoptadas porque responde a un derecho del menor con reconocimiento constitucional, en tratados internacionales y en las normas legales. A diferencia de las medidas sobre cuestiones patrimoniales, económicas, o en general, las que no afectan a menores de edad, las que se refieren a la esfera personal del menor (básicamente, custodia y régimen de visitas) no se sujetan a parámetros meramente objetivos por lo que su modificación puede tener lugar sobre la base de criterios que respondan a meras circunstancias actuales de utilidad (interés objetivo) o a inclinaciones de los menores manifestadas por sus deseos o aspiraciones (interés subjetivo). En definitiva, el interés del menor debe entenderse de una forma dinámica y flexible que permita concretar cuándo y en qué momento se manifiesta para poder decidir sobre las medidas que le afectan».

<sup>89</sup> *RJ* 2020, 2187.

<sup>90</sup> *JUR* 2020, 179980.

<sup>91</sup> LA LEY 2446, 2016.

<sup>92</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 1996 (RTC 1996, 187); y, de 5 de julio de 2018 (RTC 2018, 77).

<sup>93</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99, FJ 7).

<sup>94</sup> *Vid.*, el auto del Tribunal Constitucional de 1 de febrero de 2001 (ATC 2001, 28).

<sup>95</sup> LA LEY 187955, 2020.

<sup>96</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2015). El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de mane-

ra sobrevenida, *op. cit.*, 1438 si bien, aclara que, como propone la doctrina, el encargado puede acudir un procedimiento aleatorio. Asimismo, *vid.*, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, secc. 11.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2020; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 14976/2021; ECLI:ES:APB:2021:14976); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2022 (Roj. SAP T 505/2022; ECLI:ES:APT:2022:505); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2022 (Roj. SAP M 12120/2022; ECLI:ES:APM:2022:12120); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 1739/2022; ECLI:ES:APM:2022:1738); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2023 (Roj. SAP B 328/2023; ECLI:ES:APB:2023:328). También, los autos de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 16.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2022 (Roj. AAP A 208/2022; ECLI:ES:APA:2022:208); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2022 (Roj. AAP BI 660/2022; ECLI:ES:APBI:2022:660A).

<sup>97</sup> NAVARRO CASTRO, M. (2012). Comentario al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, *op. cit.*, 730.

<sup>98</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.*, 398 y 399.

<sup>99</sup> ELIZARI URTASUN, L. (2020). Orden de los apellidos: de la prohibición de discriminación de la mujer a la protección del interés superior del menor, *op. cit.*, 152 y 155. Asimismo, *vid.*, NAVARRO CASTRO, M. (2012). Comentario al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, *op. cit.*, 730.

<sup>100</sup> *RJ* 2018, 1990.

<sup>101</sup> *JUR* 2016, 46396. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2016 (AC 2016, 442); de la misma Audiencia Provincial, secc. 4.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2016 (AC 2016, 1553); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de julio de 2016 (AC 2016, 1953); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 253528).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2017 (*JUR* 2018, 3201) después de señalar que, esta Audiencia ha venido sustentando el criterio, de la conveniencia de tutelar los intereses superiores de los menores de 9 años o cercanos a tal edad de seguir ostentando el primer apellido materno, que se venía utilizando antes de la declaración de la filiación paterna por sentencia judicial, y como segundo el paterno; indica que con tal decisión judicial no se vulneran los derechos del progenitor, pudiendo el menor seguir identificado, desde el nacimiento, en el ámbito social y escolar con el primer apellido materno, más sin perjuicio del derecho que le asiste, una vez adquirida la mayoría de edad. Tal doctrina no resulta de aplicación al presente caso, pues ha de considerarse que la corta edad de Doroteo, nacido en 2013, que no se encuentra escolarizado en el momento del curso del proceso de filiación. Es, pues, evidente que no se ha acreditado en el litigio la necesidad de mantener el primer apellido materno del menor, cuando por su escasa edad no se había consolidado en el ámbito social y escolar la necesidad de ser identificado con el primer apellido materno.

<sup>102</sup> *JUR* 2017, 157646. *Id.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2017 (AC 2017, 1278) el apellido materno en primer lugar se considera como medida más beneficiosa para la menor ya que la misma ha sido identificada desde su nacimiento en la vida familiar, social o escolar con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento con el consentimiento y conocimiento del demandante. Mantenimiento de dicha identificación inatacada hasta que la menor contaba con dos años y dos meses cuando el demandante interpone demanda reclamado su paternidad respecto de la menor, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2017 (AC 2018, 306) filiación no matrimonial determinada por reclamación judicial del padre cuando el menor tenía 9 años. Ante la falta de acuerdo y atendiendo al interés superior del menor, se inscribe en el Registro Civil con el apellido materno con el que viene siendo identificado en la vida familiar, social y escolar. Mantenimiento de este como primer apellido; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 218644) se concluye que en aquellos supuestos en que el

hijo ha sido inscrito con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento y con el que aparece el menor identificado desde el nacimiento. El interrogante al que ha de responder no es tanto si existe perjuicio para el menor con el cambio de apellidos, como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio; de forma que, el primero fuese el paterno y el segundo el materno. En el caso que hoy conocemos y habiendo ostentado la común descendiente los apellidos maternos desde su nacimiento, acaecido hace ya más de cuatro años, y siendo identificada por los mismos en el ámbito familiar, social y escolar, no se expone a nuestra consideración motivo alguno que deba determinar, en beneficio de dicha descendiente, anteponer como primer apellido el paterno. Y así lo acaban por reconocer ambos litigantes en el acto de vista, lo que conlleva que, en lo sucesivo, la menor ostente como primer apellido el de la madre (Julia) y como segundo el del padre (Leopoldo); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 2017 (AC 2017, 1874); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2017 (AC 2017, 1899); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.<sup>a</sup> (Ceuta), de 29 de enero de 2018 (JUR 2018, 116273); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2018 (JUR 2018, 201590); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2018 (JUR 2018, 271077); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 167051); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2018, 331807); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 1 de marzo de 2019 (AC 2019, 303); de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2019 (JUR 2019, 205707); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2019 (AC 2019, 998) en este caso que se analiza, la menor fue inscrita en el Registro Civil, a raíz de su nacimiento, con los apellidos Leocadia e Inés, por ese orden, correspondiendo el primero al presunto padre y el segundo a la madre biológica, ambos demandados en el presente procedimiento. En consecuencia, tal inscripción registral vino a acomodarse, a falta de otro acuerdo con quien figuraba como padre, a la normativa legal entonces vigente, en tal modo que la menor ha ostentado, desde entonces, como primer apellido el del presunto progenitor, y como segundo, el primero de la madre, siendo por ello la problemática suscitada distinta de aquellas otras analizadas en las antedichas sentencias del Tribunal Supremo. Los documentos presentados por la parte demandada, hoy apelante, en los que la menor figura con los apellidos Inés Leocadia, y por este orden, son todos de fecha posterior a su emplazamiento en la presente *litis*, y por ello, clara y artificialmente preconstituídos al fin pretendido por dichos litigantes, careciendo en consecuencia, de toda entidad jurídica para desvirtuar la referida inscripción registral. Por lo expuesto, queda indiscutiblemente demostrado que la menor, con el consentimiento de su madre biológica, ha ostentado, a efectos oficiales, como primer apellido el de su presunto padre y no el de dicha progenitora; por lo que, mal se entiende que ahora, al acreditarse la relación biológica de dicha descendiente con el actor, pretenda modificarse, respecto del apellido de este último, aquel orden que dio preferencia, a tenor además de la legalidad entonces vigentes, al apellido paterno; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2019 (JUR 2019, 269584) no debe estimarse la solicitud de cambio del apellido paterno por el materno, al tratarse de una petición que carece de todo amparo legal, atendiendo a su edad y al escaso tiempo transcurrido desde que se determinó el orden de los apellidos por sentencia firme. Aunque en la exploración del menor que tuvo lugar el día 22 de junio de 2016, cuando únicamente contaba 8 años, menciona el disgusto por el cambio de los apellidos, pero tal disgusto se extiende a todo lo concerniente a la relación con su padre, pues, igualmente, se indica en la exploración que «la información que ha recibido desde la infancia sobre el progenitor es negativa, llevado a exponer la menor que su padre intentó hacer daño a su madre y a ella misma cuando aún estaba en el vientre materno». También se hace constar que «Casilda presenta un rotundo rechazo hacia el progenitor. Considera negativo todo lo que provenga de él, sin aceptar ninguna característica ni intención positiva de él». Manifiesta, asimismo, en la exploración realizada su expreso deseo de interrumpir las visitas en el PEF; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2019 (JUR 2019, 249041); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2019 (JUR 2019, 263687); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 13

de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 190129); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2021 (LA LEY 82211, 2021); de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de junio de 2021 (LA LEY 136458, 2021); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2021 (LA LEY 163599, 2021); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 230469, 2021); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 2021 (*JUR* 2022, 65585); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 71668); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 128992); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2021 (LA LEY 287320, 2021); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 102320); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 139159); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2022 (LA LEY 46519, 2022); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2022 (*JUR* 2022, 90908); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 240846); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 2022 (*JUR* 2022, 374237); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2022 (LA LEY 324601, 2022).

<sup>103</sup> En esta línea, ELIZARI URTASUN, L. (2020). Orden de los apellidos: de la prohibición de discriminación de la mujer a la protección del interés superior del menor, *op. cit.*, 164.

<sup>104</sup> *RJ* 2014, 833. *Id.*, asimismo, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que ha dejado sin efecto la previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 (del mismo título) y con una diferencia temporal de cuatro días. Dicha Instrucción dispone que: «1. Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” de la presente Instrucción; 2. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dictada de exequatur, u objeto del debido control incidental, cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento de registro Civil». No obstante, «el solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación».

En desarrollo de esta Instrucción de 2019, la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública ha establecido que no es inscribible en el Registro Civil español un nacimiento en el extranjero mediante gestación subrogada cuando no se aportado al expediente la resolución traducida en los términos establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y no resulta acreditada la filiación pretendida *vid.*, las resoluciones (52.<sup>a</sup>), de 8 de febrero de 2021; (41.<sup>a</sup>), de 15 de febrero de 2021; y, (44.<sup>a</sup>) de 15 de febrero de 2021.

Sobre la materia *vid.*, asimismo, ANDREU MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>B. (2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10 bis, junio, 64-85.

<sup>105</sup> Corrección de errores de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, número 64, de 16 de marzo de 2023, p. 38616).



<sup>106</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 8, febrero, 31, destaca respecto del citado Informe que dice que «atenta contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista en ambas modalidades del parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir; como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño, porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave cosificación».

<sup>107</sup> *RJ* 2015, 141.

<sup>108</sup> *RJ* 2022, 1190.

<sup>109</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2010.

<sup>110</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, 20 de abril de 1998 (*AC* 1998, 7944) anteposición de la partícula «de la» al primer apellido Rosa; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2008 (*JUR* 2008, 244883) anteposición de la partícula «de» a su apellido paterno.

<sup>111</sup> BARBER CÁRCAMO, R (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, 603, precisa, asimismo, que este plazo es de caducidad y transcurre pese al desconocimiento por el descendiente del cambio, no habiéndose establecido por la legislación la exigencia de notificación. Por lo que, añade, que «fuera de ese plazo, el descendiente que desee seguir el cambio, deberá instarlo a través de expediente, si cumple los requisitos para ello establecidos (art. 57 LRC y 205 y 365 RRC)».

<sup>112</sup> *Vid.*, las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 12.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2020; 1.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2020; 1.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2020; y, 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2020.

<sup>113</sup> LA LEY 160582/2016.

<sup>114</sup> Se planteó en su momento la inconstitucionalidad del artículo 194 RRC, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012 (RTC 2012, 176) no admitió el recurso de amparo en el que se pretendía su inconstitucionalidad, manifestando que «el recurso carece de argumentación alguna dirigida a justificar su utilidad para la interpretación, aplicación y eficacia general de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Y añade que «en ausencia de justificación alguna relativa a este requisito, el recurrente sitúa implícitamente el cumplimiento de su carga justificativa en la argumentación con la que sostiene la lesión de los derechos fundamentales alegados, confundiendo la vulneración del derecho con la especial trascendencia constitucional del recurso o, alternativamente, el recurrente incumple de modo radical un deber que ha de ser satisfacer necesariamente». Consecuentemente el presente recurso se inadmite por incumplimiento del artículo 49.1 *in fine* LOTC.

<sup>115</sup> Con anterioridad a esta reforma legal, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280) en su *fundamento de derecho quinto* precisaba que «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. en el fondo, no es otra cosa que asegurarle, la protección que merece todo ciudadano como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad».

<sup>116</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924); de 11 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5606); y, de 12 de noviembre de 2015 (*RJ* 3025, 5602) en todas la filiación no matrimonial se determina por reclamación judicial del padre y ante la falta de acuerdo de los padres, atendiendo al interés superior del menor y, aunque la nueva Ley de Registro Civil no esté en vigor —se encuentra en *vacatio legis*—, se lleva a cabo una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran, si se encuentran en vigor: Nacimiento con una sola filiación, por lo que se mantiene que el primer apellido sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente acción de reclamación de



paternidad. Por su parte, igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 212) en un caso de determinación de la filiación por reclamación del padre, a falta de acuerdo de los progenitores sobre el orden de los apellidos, la Sala de lo Civil, atendiendo al interés del menor frente al deseo del padre y por noble que fuese su intención, mantiene como primer apellido el de la madre con el que viene siendo identificado en la vida familiar, social y escolar. Al respecto dispone en su *fundamento de derecho tercero*: «Sobre esta cuestión existe jurisprudencia de la Sala en los términos que prevé el artículo 1.6 del Código Civil. Así, la sentencia de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924), citada tanto por la parte recurrida como por el Ministerio Fiscal, tras hacer una exposición sobre la interpretación de las normas jurídicas cuando está en juego el superior interés del menor, descendió a este supuesto concreto remitiendo a la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio en cuya exposición de motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo 6, relativo a hechos y actos inscribibles: «... El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». (...) Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión».

Evidentemente la mentada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor (...). Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil; que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas. Precisamente, en apoyo de la mencionada tesis se citaba la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 167/2013 de 7 de octubre (RTC 2013, 167), que entendió comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución española. Consecuencia de lo anterior es que el interés del menor habrá de ser la guía a la hora de fijar el orden de los apellidos, si existe desacuerdo entre los progenitores». Y, añade que (...) 3. Ya se decía en la sentencia de 17 de febrero de 2015 que «el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales». 4. De ahí que lo relevante no sea cuál era el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible de este menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene desde entonces identificado en la vida familiar, social y escolar. 5. A tal fin se ha de estar con la sentencia (*JUR* 2015, 97580) recurrida que hace descansar su decisión en que: 1. En el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme ha venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona; 2. El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde el nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre; 3. Ser conocido con este primer apellido en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar».

Por tanto, concluye que «el interés superior del menor justifica el mantenimiento por este del orden de los apellidos con el que aparece inscrito en el Registro Civil». Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 20 de mayo de 2015 (*AC* 2015, 1235) aplicación del principio de interés del menor para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores aunque la nueva LRC no esté en

vigor. Se debe proceder a una interpretación correctora de la vigente porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor, la normativa del Registro Civil, además está pensada para la determinación de los apellidos antes de la inscripción de nacimiento. Prevalece el interés del menor y el derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad. lo cierto es que, la existencia de otros hijos del actual matrimonio del padre con el primer apellido del padre no puede servir de analogía para la determinación de los apellidos de la hija extramatrimonial. La determinación de la filiación tiene lugar en dos momentos distintos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2016 (AC 2016, 1186) ponderando el interés superior del menor y el derecho a su propia identidad, se considera necesario mantener como primer apellido el materno; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016, 88349); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 9 de junio de 2016 (AC 2016, 1553) en el que se destaca que existe en todo caso un interés de la menor al tener ya una identidad propia.

<sup>117</sup> En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 7 de enero de 2002 (AC 2002, 8); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 21 de diciembre de 2007 (AC 2008, 689); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 2 de octubre de 2009 (JUR 2012, 28194); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 18 de junio de 2014 (JUR 2014, 200536). *Vid.*, asimismo, la resolución de la DGRN, número 8, de 7 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 90071).

<sup>118</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257). Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». Asimismo, el Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero (RTC 2001, 28).

<sup>119</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 10 de octubre de 2014 (JUR 2014, 293794); de 12 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 49615); y, de 16 de octubre de 2015 (JUR 2015, 276001)

<sup>120</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I, op. cit.*, 467.

<sup>121</sup> Para LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), op. cit.*, 279-280, la situación de hecho «significa que el apellido en la forma propuesta sea utilizado habitualmente por el interesado, es decir, que en la esfera social y familiar, sea conocida habitualmente por los apellidos que pretende legitimar». Asimismo, añade que «la situación de hecho no debía haber sido creada por el interesado, sino que debía partir de los demás».

<sup>122</sup> Respecto del nombre propio, el artículo 25 del Código Foral aragonés dispone que «cualquier persona desde que cumple los catorce años podrá solicitar, sin necesidad de asistencia, la sustitución de su nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón». Por lo que, la capacidad para el cambio de nombre se entiende a partir de los 14 años.

<sup>123</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.ª, de 3 de febrero de 2015 (JUR 2015, 76081) que al tener la menor nacionalidad rusa, la ley aplicable debe ser el Código de familia ruso, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas debatidas en el proceso, le han llevado a considerar que conforme a dicha normativa legal no resulta procedente acceder a la modificación de apellido interesada, conclusiones que en modo alguno quedan desvirtuadas por las simples alegaciones que se contienen en el recurso de apelación, en la que el recurrente se limita a señalar que siempre ha mantenido el interés fijo y constante por obtener el reconocimiento de su paternidad y que desde el nacimiento de la menor, ha participado en su educación y sostenimiento, así como que la inscripción del apellido paterno le beneficia por ser la costumbre más extendida en todos los países. A ello se especifica que sin perjuicio de cual sea «la costumbre más extendida en todos los países», el Código de familia ruso, cuya aplicación al caso se insiste, resulta incontrovertida y como bien referente la resolución recurrida, no da prioridad al apellido paterno, sino que prima

lo que al efecto acuerden los progenitores, y en caso, como el que nos ocupa, de nacimiento de un hijo extramatrimonial en el que no conste el reconocimiento de la filiación paterna, el apellido de la madre y con el nombre y patronímico que esta determine. Es cierto que también regula la posibilidad de modificación del apellido con posterioridad al nacimiento, a petición de cualquiera de los padres, tomando como criterio rector el superior interés del menor, pero en el caso, no se considera acreditado que sea más beneficiosa para la menor, la constancia del apellido paterno frente al materno, desde el momento en que lo que se desprende de lo actuado es que la menor con quien ha convivido constantemente es con la madre, frente a la convivencia durante periodos esporádicos con el padre, sin olvidar que la inscripción en la forma acordada, en modo alguna perjudica al menor, al dejar constancia tanto de su filiación materna como paterna, manteniendo el apellido de la madre y el patronímico, en reconocimiento al nombre del padre.

<sup>124</sup> TEDH 2021, 14. Un estudio de la citada sentencia del TEDH, *vid.*, CORERA IZU, M. (2022). Comentario a la sentencia de 26 de octubre de 2021 del TEDH sobre la regulación de los apellidos en España, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3, marzo, 1-16.

<sup>125</sup> Como precisa, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palencia, de 23 de noviembre de 2022 (Roj. SJPII 386/2022; ECLI:ES:JPII:2022:386) dentro del término violencia se incluye tanto el maltrato físico como el psicológico.

<sup>126</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 2022 (Roj. STS 4469/2022; ECLI:ES:TS:2022:4469) agresión sexual continuada de padre a hija. Omisión de advertencia de dispensa. Aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 y la ley penal más favorable; y, de 15 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4686/2022; ECLI:ES:TS:2022:4686) delito de abuso sexual a menores. Se aplica la Ley Orgánica 10/2022 y se revisa la sentencia aplicando también la ley penal más favorable.

<sup>127</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 1 de julio de 2022 (Roj. SAP CS 510/2022; ECLI:ES:APCS: 2022;510); y, los Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Navarra, de 22 de julio y 26 de septiembre de 2022 (Roj. AJPII 434/2022; ECLI:ES:JPII:2022:434); y, Roj. AJPII 46/2022; ECLI:ES:JPII:2022:416A)

<sup>128</sup> El Código de Deontología médica de diciembre de 2022 establece en su artículo 68.2 que «El médico deberá participar en la detección y erradicación del abuso y la violencia sexual y de género, conociendo los protocolos y colaborando en la protección de las víctimas con los servicios sociales y jurídicos. Esto será especialmente exigible en pacientes vulnerables, como menores, personas con necesidades especiales asociadas a la discapacidad, embarazadas, personas mayores y personas dependientes».

<sup>129</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 12 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 193165) sin embargo en lo que se refiere a la sentencia por falta de vejaciones injustas en la que aparece condenado el padre, siendo víctima la madre, no parece que la misma sea de la entidad como para hacer desmerecer al niño por contar como primer apellido con el de su progenitor; pues, no cabe pensar que esa identificación con el padre pueda suponer un demérito para el niño que haya de evitar, y siempre sobre la base que ese primer apellido sea más eficaz en cuanto a la identificación de una persona que el segundo.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 4 de diciembre de 2019 (*AC* 2020, 1111) no procede la supresión del apellido paterno, pese a la condena por malos tratos. No se le ha privado de la patria potestad viniendo determinada la filiación por tales apellidos. No se alega por la madre ni peligro de localización, ni se menciona que es en interés del hijo, al que no dice representar la actora (madre). En todo caso, los apellidos propuestos proceden de la misma línea materna.

<sup>130</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.ªI. (2015). El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida, *op. cit.*, 1438; VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *Diario LA LEY*, número 9720, sección Doctrina, 21 de octubre, 3. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 4 de diciembre de 2019 (Roj. SAP V 6287/2019; ECLI:ES:APV:2019:6287).

<sup>131</sup> VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *op. cit.*, 5.

<sup>132</sup> VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *Diario LA LEY*, número 9720, sección Doctrina, 21 de octubre, 6.

<sup>133</sup> VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *op. cit.*, 10.

<sup>134</sup> En esta línea, VELA SÁNCHEZ, J.A. (2020). Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y apellidos, *op. cit.*, 10.

<sup>135</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A. (2008). La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley*, número 6974, sección doctrina, de 24 de junio, 20.

<sup>136</sup> LA LEY 253956, 2013.

<sup>137</sup> LA LEY 258615, 2019.

<sup>138</sup> AC 2016, 992.

<sup>139</sup> RJ 2022, 5645. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: En el expediente instruido en el Registro Civil a instancia de D.<sup>a</sup> Milagros, mayor de edad y con domicilio en Murcia, solicitando para su hija Edurne autorización para cambiar sus apellidos por Florencia, el Sr. Ministro de Justicia, previo informe desfavorable del Consejo de Estado, con fecha de 11 de noviembre de 2010 dictó la siguiente Orden Ministerial: «Vistos los artículos 58 de la LRC y 208 de su reglamento, y teniendo en cuenta: Que el Consejo de Estado, en dictamen de fecha de 23 de septiembre de 2010, no ha apreciado que concurra en el presente caso razones excepcionales que justifiquen el cambio de apellidos y ha concluido que no procede acceder al cambio solicitado. Que dicho criterio es compartido y se mantiene por esta Dirección General de los Registros y del Notariado, porque la promotora no ha alegado ninguna circunstancia objetivamente extraordinaria para la supresión del apellido paterno y su sustitución por uno materno, más allá de la quiebra de la relación paternofilial e, incidentalmente, los inconvenientes que en el ámbito escolar ocasiona a la interesada el hecho de ostentar un apellido extranjero, perjuicio sustentado exclusivamente en las afirmaciones de la promotora y previsiblemente desaparecido con la mayoría de edad de la interesada. Se acuerda denegar la pretensión de Edurne. Lo que, con devolución del expediente, digo a ese Registro Civil para su conocimiento y el de la promotora. Esta Orden pone fin a la vía administrativa, sin perjuicio de lo que se decida en la vía judicial civil ordinaria (cfr. arts. 29 y 92 de la Ley de Registro Civil)».

Con posterioridad, D.<sup>a</sup> Edurne formuló demanda sobre rectificación de datos esenciales (supresión del apellido paterno —Edurne— y cambio por apellidos maternos) contra el Ministerio de Justicia a través del Ministerio Fiscal.

La demanda se fundamenta en que el padre de la actora la abandonó cuando tenía cinco años, al marcharse a Egipto.

En el año 2004 se dictó sentencia de divorcio, de mutuo acuerdo, con motivo de una estancia puntual del padre en España. En dicha resolución se acordó, al aprobarse el convenio regulador, que: «(...) la guarda y custodia, así como la patria potestad serán ejercidas en exclusiva por la esposa y madre, con quien quedará la niña, sin perjuicio de la comunicación e información que deba existir con el padre, respecto a las decisiones más trascendentes que afecten al menor por residir el padre permanentemente fuera de España, quien se obliga a abonar 150 € mensuales siempre que desarrolle actividad laboral en España».

La actora, continúa la demanda, ha obtenido el título de grado de Estudios Ingleses por la Universidad de Murcia, ha cursado el máster universitario de formación de profesorado en Educación Secundaria, y es Máster en Unión Europea por el Instituto Europeo.

En la demanda, se señala que, el abandono del padre y el uso del apellido Edurne le ha condicionado psicológicamente en los estudios por la discriminación estudiantil, condicionando también sus posibilidades de promoción personal y social. Aporta dos informes psicológicos de los que se desprende que padece una somatización de su problema psicológico, con magnificación de síntomas que le han llevado a pedir ayuda médica. Los informes periciales reflejan la relación perjudicial y conflictiva que la actora mantiene con su apellido paterno, de modo que su eliminación repercutiría de forma positiva en su adaptación y proyección futura; terminando con el suplico de que se autorice el cambio de apellidos al de su madre, sin incluir el de su padre.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Murcia dictó sentencia, desestimando las pretensiones de la actora, por entender que no se daban las circunstancias excepcionales, previstas en el artículo 58.2 de la LRC, para suprimir el apellido paterno.

Contra dicha resolución se interpuso por la actora recurso de apelación, en el que solicitó se concediese la rectificación pretendida. El conocimiento del recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que dictó sentencia contraria a la supresión del apellido paterno, con la correlativa confirmación de la pronunciada por el juzgado. En su fundamentación jurídica se razonó: «Esta Sala, asume las consideraciones que llevaron a la juez a rechazar la demanda al no alcanzar el relato de la demandante la categoría de las «circunstancias excepcionales» previstas en el artículo 58.2 de la LRC; circunstancias que deben ser interpretadas restrictivamente, sin que sea suficiente la mera vivencia emocional negativa hacia el apellido paterno por el abandono del padre hacia su hija, quien, no obstante, al volver puntualmente a España, aceptó el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte de la madre en el convenio firmado entre los cónyuges para conseguir el divorcio de mutuo acuerdo pretendido por su esposa.

La cesión del ejercicio de la patria potestad por el padre en exclusiva hacia la madre no equivale a la supresión de tal derecho, y así se reflejaba en el convenio el derecho del padre a recibir comunicación e información respecto de las decisiones más importantes que afecten al menor. Lo que debe ser matizado ante la mayoría de edad alcanzada por Sara, a quien le corresponde adoptar las decisiones que estime oportunas.

Del historial médico aportado por la actora y de los estudios realizados por ella se observa que la filiación paterna no ha sido un impedimento para obtener varios títulos académicos; tampoco ha acreditado que sus relaciones interpersonales vieran afectadas por dicho apellido, limitándose a alegar que sí le repercute en las redes sociales; debiéndose tener en cuenta que la progresiva madurez personal de Florencia le permitirán relativizar los inconvenientes que manifiesta, tal y como reflejó la DGRN en su informe contrario a la supresión de apellido paterno.

La creciente interrelación personal entre personas de distinta nacionalidad y creencias, disminuyen hoy en día los supuestos en que socialmente se pueda considerar perjudicial la filiación compuesta por apellidos con distinto origen étnico, con lo que resulta difícil apreciar la excepcionalidad exigida en el reiterado artículo 58 de la LRC.

La conclusión de que las circunstancias referidas por la actora no sean suficientes para acordar la supresión del apellido paterno, no impide que la misma pueda intentar el cambio del orden de apellidos de conformidad con el artículo 55 de la LRC que disminuye las exigencias para acordarlo tras la reforma de la Ley de Registro Civil operada por la Ley 20/2011, de 21 de julio».

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de casación. El recurso fue apoyado por el Ministerio Fiscal.

En síntesis, se considera por dicho ministerio, en atención a las circunstancias concurrentes, abandono del padre a su hija a los 5 años de edad, con renuncia al ejercicio de la patria potestad, desatención de las necesidades afectivas y materiales de la menor, sin satisfacción de alimentos, con fractura total de vínculos con la familia paterna, que no conoce, al residir en Egipto, unido todo ello al daño psíquico generado por un conflicto de identidad que tiene su origen en el apellido paterno, que le evoca la falta de atención recibida y le genera un rechazo a la figura del padre, con implicaciones psicológicas negativas según los amplios informes periciales aportados, que concurren circunstancias inusuales y excepcionales para atender a la petición formulada por la actora, de forma meditada y reflexiva, de cambio de un apellido que se ha manifestado como perjudicial para el desarrollo de su personalidad.

Se cita, igualmente, el dictamen del Consejo de Estado de 20 de octubre de 2020, en expediente NUM000, en el que se admite, por el órgano asesor, en los supuestos del artículo 58.2 de la LRC de 1957, en atención a las circunstancias excepcionales, que se sustituya el primer apellido del padre por los dos correspondientes a la madre, aunque procedan de la misma línea (art. 205 del RRC), que son además como es conocida en ámbitos distintos a los oficiales.

El recurso se formula, al amparo del artículo 477.2.1.º de la LEC, por infracción del artículo 58 de la LRC y del artículo 18.1 de la Constitución española, por inaplicación de los

mismos. Todo ello, por negarse a la actora el derecho al cambio, por supresión del apellido paterno, al no estimar concurrente la circunstancia excepcional del mencionado artículo 58 de la LRC, pese a aceptarse el relato fáctico del que resulta referido perjuicio grave, unido al beneficio relevante que, para la vida de la recurrente, supondría la estimación del recurso.

En fin, en el presente caso, concurren las circunstancias siguientes:

a) El abandono del padre a su hija desde que esta contaba con cinco años. Tal hecho trajo consigo un incumplimiento patente de las responsabilidades parentales.

El padre no atendió las necesidades afectivas y materiales de su hija, de manera tal que desarrolló su personalidad sin el apoyo emocional y asistencial de una figura paterna. El padre optó por regresar al país del que es nacional a pesar de que ello suponía la fractura de los vínculos paterno-filiales. Atribuyó a la madre el ejercicio de la patria potestad, se divorció de esta, y desapareció de la vida de la actora, entonces una niña de corta edad.

Tal comportamiento implicó el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de paternidad, relativas a velar por su hija, tenerla en su compañía, alimentarla, procurarle una formación integral y representarla. El padre no ha ejercido la patria potestad (art. 154 CC), ni tampoco las funciones esenciales para el desarrollo integral de su hija a las que se refiere el artículo 39.2 de la Constitución española.

b) La integración familiar y social de la demandante ha sido exclusiva en la familia materna, sin vinculación de clase alguna con la familia del padre, que ni tan siquiera conoce. Fue la madre de la demandante la que formó, asistió y protegió a su hija, con el apoyo de sus parientes más próximos, abuela y hermana maternas.

c) La situación vivida produjo a la actora, según resulta de los informes periciales obrantes en autos, un daño psicológico causado por la existencia de un conflicto de identidad generado por la presencia del apellido paterno que vivencia con rechazo.

Consta, en tales dictámenes, que la ausencia del padre, la incompreensión hacia los motivos del abandono sufrido, afectaron negativamente a su propia autoestima: «he sentido que no soy lo suficientemente buena para que la persona que debía quererte por encima de todas las cosas, no quiera estar contigo» Tal situación le produjo incluso un sentimiento de envidia hacia sus amigas, que convivían con sus progenitores.

Al compás de esa aversión hacia la figura paterna, fue creciendo un sentimiento correlativo de rechazo a la utilización de su apellido, que la identifica además con una cultura que no es la suya. Llega, a manifestar: «ese apellido no es mío, no soy yo». Incluso le produjo insultos y desprecios de compañeros, que generaron como reacción conductas evitativas y miedo a ser rechazada.

En definitiva, la asociación del apellido al abandono sufrido le despierta emociones negativas, ya que le pone en contacto con una parte dolorosa de su historia personal.

En uno de los informes elaborados se concluye que: D.<sup>a</sup> Florencia no presenta ningún trastorno psicopatológico; se ha constatado una vivencia emocional muy negativa hacia el apellido paterno, relacionada con una historia de abandono que ha cristalizado en un rechazo hacia la figura paterna y todo lo relacionado con ella; dicha vivencia negativa afecta en algunos contextos a su bienestar emocional, provocando evitación de situaciones sociales y aislamiento; muestra el nivel de madurez psicológica para comprender las consecuencias y repercusiones de la eliminación de su apellido; se considera, con una alta probabilidad, que la eliminación del apellido paterno repercutiría de forma positiva en la adaptación social y en la proyección futura de la actora.

En el otro informe, se concluye por la especialista que: «Considero que mantener el apellido puede afectar negativamente a su equilibrio psicológico, dado el nivel de ansiedad que le genera, con repercusiones en las esferas personal y social, que pudieran afectar al desarrollo de sus capacidades. Por tanto, la supresión del apellido paterno mejoraría previsiblemente su estabilidad psíquica, dándole una oportunidad a Dña. Florencia de poder “empezar de cero”, desde el alivio emocional, ya que se considera “atrapada y reprimida por él”». Se indica, también, que se observa un nivel de madurez y responsabilidad suficientes para asumir las consecuencias que la eliminación de su apellido pudiera tener.

d) En la vida social, la actora usa los apellidos maternos, con la intención de superar el efecto distorsionador que le produce la utilización del apellido del padre, por todo el conjunto argumental antes expuesto.



<sup>140</sup> AC 2020, 1111.

<sup>141</sup> AC 2015, 737.

<sup>142</sup> LA LEY 22524, 2020.

<sup>143</sup> RJ 2021, 4816. Los antecedentes de la presente resolución son los siguientes: Los cónyuges D. Teodoro y D.<sup>a</sup> Casilda presentaron solicitud ante el Registro Civil para el cambio del primer apellido de su hija Elisenda, nacida en 2015, cuando contaba tan solo con tres días de edad. La pretensión ejercitada consistía en agregar al primer apellido del padre Teodoro, su segundo apellido José María, para que los apellidos de la menor fueran Elisenda.

La razón para ello consistía en que el segundo apellido del padre José María, que es de origen español, con una antigüedad comprobada superior a los 300 años, corría un evidente riesgo de desaparición, toda vez que, según certificado del Instituto Nacional de Estadística, de fecha 27 de febrero de 2017, en España solo había 9 personas que lo ostentasen como primer apellido y otras 11 como segundo. Se formuló la petición al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 y 58 de la LRC, así como con fundamento en los artículos 205, 206 y 208 del RRC.

Con informe favorable del Ministerio Fiscal fue elevada la petición formulada a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) que dictó resolución de 23 de diciembre de 2016, en la que denegó la petición formulada, con los argumentos siguientes:

«I. Que, para que por el Ministerio de Justicia pueda autorizarse un cambio de apellidos a través del procedimiento que se ha instado, las disposiciones citadas establecen una serie de requisitos por razón de la estabilidad que han de tener los signos de identificación y diferenciación de las personas, sustraídos de la autonomía de voluntad de los particulares.

II. Que los artículos 57.1 de la LRC y 205.1.º RRC exigen que los apellidos en la forma propuesta constituyan una situación de hecho no creada por el interesado y, por tanto, ha de probarse que la persona afectada por el cambio usa y es socialmente conocida por los apellidos que para ella se solicitan y que dichos uso y conocimiento no han sido provocados de propósito para conseguir la modificación.

III. Que no se ha aportado prueba alguna que acredite que la menor es conocida por los apellidos Elisenda que para ella se pretenden pero que, aunque se hubiera presentado, cuando los menores son de tan corta edad en el momento en el que se inicia el expediente —en este caso, cuatro días— es doctrina constante de la Dirección General entender que la situación de hecho ha sido creada por los padres con el fin de propiciar el cambio, porque no ha podido haber uso por el nacido de los apellidos propuestos.

IV. Que, si bien los artículos 58 de la LRC y 208 RRC permiten el cambio sin la concurrencia de la situación de hecho exigida con carácter general en el artículo 57.1 de la LRC cuando con la modificación se pretende evitar la desaparición de un apellido español y de lo expuesto el escrito inicial y de la documentación aportada al expediente queda acreditado que José María corre riesgo de desaparición, en nada coadyuva a su pervivencia la adopción del apellido distinto Teodoro.

VI. Que, si lo que se desea es transmitir legalmente a la hija el apellido José María, a fin de no se pierda en el ámbito familiar ni, de resultas, a nivel nacional, bastaría con que el promotor formalizara la inversión de los apellidos que ostenta mediante simple declaración ante el encargado del Registro Civil del domicilio (art. 198 del RRC) y dicho cambio alcanzaría a los descendientes sujetos a la patria potestad (art. 217 del RRC)».

Contra dicha resolución se formuló por los actores la correspondiente demanda, en la que consideraron, en síntesis, que concurrían los requisitos exigidos para proceder a la agregación de apellidos solicitada conforme a la legislación del Registro Civil.

En primer término, dado que no era necesaria la observancia del primer requisito del artículo 57 de la LRC, relativo a que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado, puesto que, conforme al artículo 58 de la LRC, queda dispensada su concurrencia cuando el cambio o modificación pretendida responda a la finalidad de evitar la desaparición de un apellido español, cuyo riesgo de desaparición no es cuestionado por la resolución de la Dirección General.

También, se observaban los otros dos requisitos exigidos, ya que el apellido pertenece a los ascendientes de la menor; y, además, proviene de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar, es decir del padre. De manera tal, que la niña ostentaría los ape-



lidos agregados de su progenitor como primero, así como de segundo, el primer apellido de su madre.

Se razonó también que no se comparte el óbice formal de que el apellido compuesto sea un impedimento para el cambio interesado, porque entonces la agregación permitida por el artículo 206 del Reglamento carecería de sentido.

Se niega que se actuase con fines espurios y que el cambio del orden de apellidos del padre es una opción que no se puede imponer, por las graves distorsiones que le produciría en el tráfico jurídico, a diferencia de la niña que al ser de tan corta edad el cambio no le causaría ninguna clase de perjuicio, así como que la agregación interesada cumple la finalidad pretendida de la conservación del apellido José María.

La Abogacía del Estado reprodujo, en su contestación a la demanda, los argumentos de la Dirección General, y el Ministerio Fiscal, sin petición concreta al respecto, solicitó se le tuviera por personado y evacuado el trámite de contestación.

Se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid, que desestimó la demanda con el argumento de la interpretación restrictiva que merecen las normas que rigen la alteración de apellidos, al cumplir una función identificadora de orden público y que, bajo tal criterio, no cabe considerar que sea de aplicación el artículo 58 de la LRC, cuando el apellido en peligro de extinción José María no coincide literalmente con el que se pretende imponer Teodoro, existiendo además una vía sencilla, para evitar dicha extinción, cual es la inversión por el padre del orden de sus apellidos.

Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de apelación, al que se opusieron el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado.

Esta última señaló que no concurría el requisito de que los apellidos en la forma propuesta constituyan una situación de hecho no creada por el interesado; pues tal *nomen* solo surge del único y exclusivo deseo de los padres de que su hija adopte el apellido compuesto, resultando que, por su corta edad, no se le ha conocido por el mismo con anterioridad.

Se sostuvo, también, que el apellido Teodoro no es el apellido José María, que se pretende conservar, por tratarse de un apellido autónomo y distinto de cualesquiera otras formulaciones del mismo, que constituyendo una unidad identificativa permiten diferenciar a una filiación con respecto a otras frente a terceros. Es un fraude de ley eludir el cauce legal oportuno como es la inversión del orden de los apellidos del promotor ante el encargado del Registro Civil (art. 198 del RRC), cambio que se extiende a sus descendientes (art. 271 del RRC).

El Ministerio Fiscal, con aceptación de los argumentos de la Abogacía del Estado, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida.

El conocimiento del recurso correspondió a la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto, con aceptación expresa de los argumentos de primera instancia.

Se razonó que no se cumplía el requisito del artículo 57.2 de la LRC, relativo a que el apellido o apellidos que se tratan de modificar pertenezcan legítimamente al peticionario, lo que se motivó de la forma siguiente: «(...) en nuestro derecho, según impone el artículo 109 del Código Civil, la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley, si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción regirá lo dispuesto en la ley, imponiéndose al recién nacido los apellidos que le correspondan según filiación. Si la filiación está determinada por ambas líneas, como en este caso ocurre, serán ambos progenitores los que, antes de la inscripción registral, decidan el orden de transmisión de su respectivo primer apellido y lo anterior supone que toda persona es designada legalmente por dos apellidos (art. 53 y 55 de la LRC y 194 RRC)». Y, añade: «Lo anterior supone, que en este supuesto el segundo apellido del padre, no pertenece legítimamente a la menor, incumpléndose así el requisito que se exige para que pueda ser admitida la modificación de apellidos que se pretende, debiendo ser el progenitor, el que, en su caso, altere el orden de sus apellidos, tal y como se sugiere en la resolución que da base a la sentencia impugnada».

Concluye la sentencia de la Audiencia, razonando: «Todo lo anterior impide acoger el motivo, puesto que en la sentencia apelada se desestima la demanda, atendiendo a la no

conurrencia del requisito del artículo 58 de la LRC ya que se pone de relieve que el apellido que está en peligro de desaparición y el que se trata de imponer a la menor no son iguales y respecto del resto de requisitos se establece, que la interpretación de las normas en esta materia tiene que ser restrictiva y que en este caso no se da el supuesto que pretende resolver el legislador, que son las situaciones que espontáneamente surgen en el uso de los apellidos, lo que implica que no pueda considerarse, como se alega, que no se analizaran los requisitos que la acción exige».

Contra dicha sentencia se interpuso por los actores recurso de casación.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso de casación, en lo que ahora nos interesa, tras la alegación de la concurrencia de óbices formales de admisibilidad, consideró que no cabía eximir la concurrencia del requisito del artículo 57.1 de la LRC, puesto que para ello sería necesario, como resulta del artículo 58, que se llevara a efecto para evitar la desaparición de un apellido español, y que tal finalidad no se consigue mediante la unión de un apellido a otro, ni siquiera situándolo en primer lugar, pues tal proceder no parece permita su conservación, pues lo que realmente hace es crear otro distinto, contraviniendo la finalidad de la excepción. No obstante, el Ministerio Fiscal no comparte la sentencia recurrida, en el sentido de que no concurra el requisito de que el apellido que se pretenda modificar pertenezca legítimamente al peticionario. A este respecto, se citan resoluciones de la DGRN, que interpretan este segundo requisito en el sentido de que concurre cuando el apellido haya pertenecido a alguno de los ascendientes del peticionario. Tampoco se cuestiona la concurrencia del tercero de los requisitos del artículo 57.

En definitiva, concluye el Ministerio Público que, solo en el supuesto de que se entendiera también de aplicación el artículo 58 de la LRC, procedería la estimación del motivo, por lo que, a criterio de dicho ministerio, se solicita su desestimación.

Pues bien, el primer motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 57 y 58 de la LRC e infracción de los artículos 205, 206 y 208 del RRC, concurriendo interés casacional, ya que la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Madrid contradice a la doctrina sentada por otras Audiencias Provinciales, sobre la significación jurídica de que el apellido pertenezca legítimamente al peticionario a los efectos de unirlo al otro en riesgo de desaparición.

Con la finalidad de abordar la cuestión concerniente a la existencia de los óbices formales de admisibilidad opuestos por el Ministerio Fiscal, hemos de partir de la doctrina expresada en la sentencia 292/2017, de 12 de mayo, en la que señalamos: «Para resolver sobre la oposición a la admisibilidad del recurso resulta de aplicación la doctrina de esta sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fijada en auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012) y asumida también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio (RJ 2015, 2289); 550/2015, de 13 de octubre (RJ 2015, 4741); 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 3674); 579/2016, de 30 de septiembre; 667/2016, de 14 de noviembre (RJ 2016, 6301); 727/2016, de 19 de diciembre (RJ 2016, 6269); 2/2017, de 10 de enero (RJ 2017, 1) y 149/2016, de 2 de marzo (RJ 2017, 672).

Según esta doctrina, concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la LEC), la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 de la LEC) y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 de la LEC).

Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, al margen de elementos formales irrelevantes; o, en todo caso, secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Según afirman las sentencias 149/2017, de 2 de marzo, 2/2017, de 10 de enero y 667/2016, de 14 de noviembre (con cita de la 439/2013, de 25 de junio (RJ 2013, 4981) puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indicaría de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una inter-

pretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En este caso, constan criterios divergentes de las Audiencias con respecto a la interpretación del artículo 57 de la LRC, sobre una cuestión jurídica de naturaleza material o sustantiva, con respecto a la cual no existe jurisprudencia de esta Sala, y además el recurso, tal y como ha sido formulado, ha permitido a la parte recurrida tomar constancia de los concretos motivos de impugnación y, por consiguiente, rebatirlos sin limitación alguna, como resulta del completo escrito de oposición del Ministerio Fiscal, que agota las posibilidades de la cuestión debatida.

En definitiva, concurren los requisitos de que el control, que se realice por el Tribunal Supremo, recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigidas a la correcta interpretación de normas legales, que permitan establecer doctrina jurisprudencial sobre los preceptos de nuestra legislación de registro civil invocados como fundamento del recurso interpuesto.

<sup>144</sup> En esta línea, de considerar que «el derecho al nombre o, más ampliamente, a la identidad personal constituye un derecho de la personalidad inherente a la persona y reflejo del desarrollo de la personalidad y a la dignidad (art. 10 de la CE)», se expresan ELIZARI URTASUN, L. (2020). Orden de los apellidos: de la prohibición de discriminación de la mujer a la protección del interés superior del menor. En: F.J Blázquez Ruiz (dir.), *Biopoder y derecho. Violencia contra las mujeres*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 144; ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho Privado y Constitución*, número 28, 50; DE LA IGLESIA MONJE, M.ªI. (2015). El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida, *op. cit.*, 1435 al respecto, en esta línea, precisa: «El derecho de toda persona tanto al nombre como a los apellidos se configura como un derecho de la personalidad. Ambos son inherentes a la persona y se vinculan al derecho a la identificación personal, asunto de orden público que reúnen una serie de caracteres a tener en cuenta». De ahí que, sobre tal base indique que «es un *derecho originario*, ya que se adquieren con el nacimiento de la persona y son oponibles a todo el mundo (*erga omnes*), el ser un derecho subjetivo otorga la facultad de actuar sobre los mismos de forma exclusiva. Su naturaleza es *privada* porque están en la esfera de derecho civil, son *extrapatrimoniales* porque están fuera del comercio humano, e *indisponibles*, porque son de *orden público*, es decir, la voluntad de la persona no puede crearlos, modificarlos, reglamentarlos, transmitirlos ni extinguirlos (*intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles*). Pero son *modificables*».

Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de mayo de 2021 (Roj. SAP B 5153/2021; ECLI:ES:APB:2021:5153). Y, el artículo 7 de la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid dispone al respecto: «1. La Comunidad de Madrid velará, en los términos establecidos por la legislación estatal, por el respeto al derecho de los niños a la identidad, a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento y a disponer de la documentación que los acredite. 2. Las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los centros sanitario aseguren la identificación inequívoca de los recién nacidos y comuniquen los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario a la oficina del Registro Civil que corresponda, en el plazo establecido en la legislación estatal y con independencia de la situación administrativa de los padres de los recién nacidos».

<sup>145</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 23 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 114035) además, afirma que, como señala la parte apelante, si nuestro Tribunal Supremo reconoce a un menor de edad tal derecho de conservación de los apellidos pese a la rectificación de su filiación, más aún existirá dicho derecho en una persona mayor de edad cuya identidad en su vida personal, familiar y social, se ve, en principio, más dañada cuantitativamente por el cambio de apellidos tras la rectificación de su filiación. Esta conservación de los apellidos en el caso de autos ha sido pedida dentro del plazo legal y en un instrumento procesal, un juicio declarativo, más completo y pleno

que un simple expediente del Registro Civil, sino con posibilidad de intervención de todos los afectados en los apellidos que se conservan y en los que no se cambian, así como con intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 276001); y de 12 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 73706); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 201590); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2021 (Roj. SAP IB 1642/2021; ECLI:ES:APIB:2021:1642).

<sup>146</sup> RTC 1994, 117.

<sup>147</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023 (*JUR* 2023, 24313).

<sup>148</sup> *RJ* 2006, 4969.

<sup>149</sup> *RJ* 2002, 423. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023 (*JUR* 2023, 24313).

<sup>150</sup> *RJ* 2020, 3310.

<sup>151</sup> *RJ* 2021, 3694.

<sup>152</sup> RTC 2009,158.

<sup>153</sup> *RJ* 1992, 8079.

<sup>154</sup> *RJ* 1996, 7058.

<sup>155</sup> *RJ* 2004, 6076.

<sup>156</sup> *RJ* 2003, 2596.

<sup>157</sup> *RJ* 2012, 8850. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2022 (*RJ* 2022, 423); y, de 27 de mayo de 2022 (*RJ* 2022, 2815).

<sup>158</sup> *RJ* 2013, 8055.

<sup>159</sup> *RJ* 2009, 2788.

<sup>160</sup> *RJ* 2009, 3403.

<sup>161</sup> *RJ* 2021, 5154.

<sup>162</sup> *JUR* 2023, 80615.

<sup>163</sup> *RJ* 2018, 2832.

<sup>164</sup> *RJ* 2017, 302.

## Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar\*

### *Disposition of the bare ownership of the family home*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,  
Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** La especial finalidad de la vivienda declarada familiar hace que se encuentre especialmente protegida para que siga cumpliendo su función. Por ello, es lógico que la disposición de la vivienda familiar exija el consentimiento del otro cónyuge no titular de la misma, con el fin de proteger el uso que corresponde a los miembros de la familia. Es decir, las restricciones a la limitación de disponer que establece el 1320 del Código Civil corresponden a un especial celo por parte del legislador, con el fin de que la familia siga teniendo un lugar donde vivir, y no se les prive de aquel.

Sin embargo, ¿puede disponerse de la nuda propiedad de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge no titular? En principio, como la disposición de la nuda propiedad no perjudica al uso que el resto de los familiares puedan tener, la respuesta debe ser positiva. Se analiza en este trabajo si es posible y qué consecuencias tiene la disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar, sin consentimiento del otro cónyuge no titular.

**ABSTRACT:** *The disposition of the family home is specially protected, requiring the consent of the other spouse who is not the owner of the same, in order to protect the right of use that corresponds to the other members of the family. In other words, the restrictions on the limitation of having the 1320 Código Civil correspond to a special zeal on the part of the legislator, so that the family continues to have a place to live, and the use is not eliminated without at least the consent of the other spouse.*

*However, can the bare ownership of the family home be disposed of without the consent of the other non-owner spouse? In principle, since the disposition of the bare property does not harm the use that the rest of the family members can make, the answer must be positive. It is analyzed in this work if it is possible,*

---

\* Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar» (REF.: PID2021-124953NB-I00), dirigido por Matilde CUENA CASAS, financiado en el programa «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

*and what consequences has the disposition of the bare ownership of the family home, remaining in the use of it the other non-owner spouse and the rest of the family members.*

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda familiar. Nuda propiedad. Disposición. Derecho de uso. Consentimiento.

**KEY WORDS:** *Family home. Bare ownership. Disposition. Right of use. Consent.*

**SUMARIO:** I. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. ACTOS DE DISPOSICIÓN IMPUGNABLES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. ACTOS DE DISPOSICIÓN IMPUGNABLES. 3. ACTOS DE DISPOSICIÓN DE DUDOSA IMPUGNABILIDAD.—III. LA DISPOSICIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON RESERVA DE USUFRUCTO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1320 del Código Civil establece que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

La finalidad de este precepto no es otra que la protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, constante matrimonio. De forma que no pueda disponerse de la misma por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro, evitando de este modo que se les pueda privar del alojamiento, del uso de la vivienda, a los otros miembros de la familia no disponentes.

Esto es así, porque la especial naturaleza de la vivienda familiar, como lugar para el libre y completo desarrollo y desenvolvimiento de la vida familiar y de cada uno de sus miembros, hace que deba ser especialmente protegida como «el bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS de 31 de diciembre de 1994). En consecuencia, sea de titularidad común (ganancial, o proindiviso), sea de titularidad privativa o particular, como debe protegerse a las personas que allí vivan, el legislador exige las cautelas del 1320 del Código Civil, cuando se vaya a realizar sobre la misma un acto de disposición que ponga en riesgo dicha finalidad de alojamiento. Además, no puede olvidarse que, tanto la vivienda como los muebles que contiene, están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, por lo que la disposición unilateral de aquellos sería contradictoria.

El fundamento del artículo 1320 del Código Civil se encuentra, a mi parecer, en la protección de la familia y el lugar donde se desarrolla, la vivienda familiar<sup>1</sup>; en definitiva, del interés familiar que prevalece sobre el interés particular de uno de los cónyuges (SAP de Madrid de 17 de julio de 2002); haciendo necesario que su voluntad individual se someta a ese interés familiar. Como afirma ATIENZA<sup>2</sup>, existe una clara relación entre la vivienda y los muebles de uso ordinario y las

necesidades familiares vitales, pues son de extraordinaria importancia para la vida familiar, y su protección y tutela implica también la del «derecho al hogar».

Parte de la doctrina<sup>3</sup> entiende que el fundamento del 1320 del Código Civil y la necesidad del consentimiento del otro cónyuge radica en el principio de igualdad de los cónyuges, del que se deriva la gestión común y consentimiento dual propio del matrimonio. En concreto, consideran que el consentimiento del 1320 del Código Civil realmente tiene su base en el propio artículo 70 del Código Civil, de manera que, si a ambos cónyuges corresponde la elección del domicilio conyugal y familiar, a ambos les debe corresponder cualquier decisión sobre su disposición. La STS de 8 de octubre de 2010 resume bien estas cuestiones del fundamento del 1320 del Código Civil, al afirmar que «La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 del Código Civil como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación».

Creemos que el fundamento real es el primero; esa protección del interés familiar, del alojamiento de la familia y de la necesidad de proteger ese uso de la vivienda familiar, para evitar, a través de la limitación de la facultad de disposición que establece, el ejercicio arbitrario —o incluso malo— del cónyuge titular (exclusivo) de la vivienda, que impida el uso, el alojamiento en ella, del resto de los miembros familiares que podrían verse expulsados a raíz de ese acto dispositivo. En este sentido, la SAP de Madrid de 17 de julio de 2002 señala que la impugnación hace prevalecer el «interés familiar» común sobre el interés particular del cónyuge titular, único por otra parte que puede disponer<sup>4</sup>.

La naturaleza del consentimiento prestado por el otro cónyuge parece ser mayoritariamente aceptada como asentimiento, siendo el titular del poder de disposición únicamente el titular si fuera propiedad exclusiva de él. En este sentido se manifiesta la RDGRN de 7 de diciembre de 2007, interpretando el artículo 1320 del Código Civil, donde afirma que «al aplicar la norma del artículo 1320 del Código Civil, en cuanto establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual aunque pertenezca a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos —o, en su caso, autorización judicial—, no puede desconocerse que en el supuesto de titularidad privativa el poder de disposición corresponde exclusivamente al cónyuge titular, de tal modo que el consentimiento exigido de su consorte tiene el carácter de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte». En sentido muy parecido, la RDGRN de 25 de abril de 2005 y la STS de 8 de octubre de 2010 que subraya que, el asentimiento, es un mero mecanismo de control una «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte». Además, parece que sería suficiente que se acepte, incluso de forma tácita, el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular. De este modo, cabe consentimiento tácito, pero, como afirma JEREZ DELGADO<sup>5</sup>, debe ser específico, que no quepa duda de que se ha consentido tal enajenación concreta y, citando a BARRIO GALLARDO<sup>6</sup>, asegura que puede entenderse como ejemplos de ese



consentimiento tácito mediante actos concluyentes, el acudir a la notaría a la firma del contrato o enseñar el piso al futuro comprador. Cuando ese consentimiento no pueda prestarse por el cónyuge no titular (incapacidad, enfermedad, ausencia, o simple negativa), es cuando será suplido por la autorización judicial.

La sanción por la falta del consentimiento del cónyuge no titular no viene establecida en el propio artículo y, por eso, hay diversas posturas. En primer lugar, los que consideran que procede la anulabilidad del acto dispositivo oneroso realizado sin ese consentimiento que recoge el artículo 1322 del Código Civil, y entiende que procede la nulidad si se trata de actos gratuitos (SSTS de 19 de octubre de 1994, 22 de mayo de 1995, 8 de octubre de 2010 y RRDGRN de 29 de febrero de 2000). Aunque también hay quien prefiere diferenciar, no por la naturaleza del acto realizado (oneroso-gratuito), sino por el carácter privativo o ganancial del bien del que se dispone, siendo la nulidad la sanción correspondiente en caso de disponerse sobre un bien de carácter ganancial y, por el contrario, anulable si este fuera privativo.

La tesis mayoritaria se inclina por considerar que el acto de disposición oneroso sin consentimiento del otro cónyuge es anulable y será nulo solo cuando fuera a título gratuito, conforme a lo dispuesto en los artículos 1301, 1320 y 1322 del Código Civil<sup>7</sup>, y como bien expresa la citada STS de 19 de octubre de 1994: «Por otra parte, el consentimiento del cónyuge no titular del derecho dispuesto constituye una mera aprobación o licencia y si la consecuencia de su falta no se encuentra en el propio artículo 1320, sí se recoge en el artículo 1322, que olvida el recurrente, cuando dice que «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos», lo que consagra, no solo la anulabilidad (para los actos gratuitos la nulidad, párrafo 2.º del propio precepto)».

## II. ACTOS DE DISPOSICIÓN IMPUGNABLES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Pues bien, debemos plantearnos, a continuación, cuándo debe aplicarse el artículo 1320 del Código Civil y a qué actos de disposición afecta, puesto que el precepto legal no nos dice nada.

El artículo 1320 del Código Civil, como ya hemos adelantado, se aplicará, primero, sea cual sea el título en virtud del cual posee la vivienda familiar el disponente, y sea cual sea el régimen matrimonial en el que se encuentre<sup>8</sup>, y tal como ha afirmado el Tribunal Supremo en varias ocasiones, destacando entre otras la STS de 31 de diciembre de 1994, que manifiesta lo siguiente: la protección del 1320 del Código Civil se hace «con independencia del régimen patrimonial del matrimonio», y continúa diciendo que «el citado artículo habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda», por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda».

Por tanto, la limitación de disponer establecida en el artículo 1320 del Código Civil es independiente del título en virtud del cual se posea ese inmueble. De este modo, si el título es de propiedad, será indiferente que sea propiedad exclusiva suya, que sea copropiedad ordinaria con el otro cónyuge o un tercero, o se trate de un bien ganancial. También se aplicará la limitación del artículo 1320 del Código Civil cuando el disponente tenga un derecho real sobre la vivienda, por ejemplo, un usufructo, o incluso si tiene un derecho personal sobre el inmueble, un arrendamiento. En todos estos casos, será necesario el consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto autorización judicial para disponer de ella. Lo que cambiará será la naturaleza del acto dispositivo que pueda realizar el disponente que vendrá determinada por la titularidad que ostente sobre la vivienda. Es decir, si es propietario, podrá enajenar (vender, donar), si es usufructuario también podrá enajenar, pero solo su derecho de usufructo y no la nuda ni la plena propiedad, y si se trata de un arrendatario no podrá ceder, traspasar o subarrendar el arrendamiento. Por supuesto, si son derechos indisponibles o que no conllevan la facultad de disposición de la vivienda, la disposición sería nula de pleno derecho, y no por falta de consentimiento del otro cónyuge (anulable). Es el caso de ostentar un derecho de uso y habitación que son absolutos, personales e intransmisibles por naturaleza, o un comodatarío que vendiera la finca, etc. En estos casos, el único acto de disposición que cabría sería la renuncia al derecho, para lo que sí sería necesario el consentimiento del cónyuge o autorización judicial.

## 2. ACTOS DE DISPOSICIÓN IMPUGNABLES

Debemos plantearnos ahora cuáles son los actos que pueden impugnarse por el otro cónyuge usuario de la vivienda familiar. El artículo 1320 del Código Civil dice «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario»; es decir, utiliza una fórmula amplia e imprecisa, con el verbo disponer en infinitivo, y no recoge los actos concretos que pueden impugnarse. La amplitud de la dicción nos lleva a entender que todos y cualquier acto que implique disposición, carga o gravamen que conlleve privación de la vivienda habitual estará comprendido y afectado por la limitación de este precepto<sup>9</sup>. En este sentido, JEREZ DELGADO afirma que «la limitación impuesta por el artículo 1320 del Código Civil al cónyuge titular de la vivienda familiar o de un derecho sobre ella, recae sobre los actos de disposición de cualquier derecho —personal o real— sobre el inmueble, sea para venderlo o transmitirlo de cualquier modo, sea para gravarlo, hipotecándolo o constituyendo cualquier tipo de carga o limitación de la propiedad o del derecho que se ostente sobre el bien»<sup>10</sup>.

En cualquier caso, y como afirma ATIENZA, qué se entienda por actos de disposición impugnables, estará en coherencia con cuál sea el fundamento que se le dé a la norma contenida en el 1320 del Código Civil. Para aquellos que entienden que su finalidad es «tutelar el derecho de ambos cónyuges a adoptar de mutuo acuerdo las decisiones sobre el asentamiento familiar»<sup>11</sup> (basado en el art. 70 CC), serán impugnables todos aquellos actos de disposición que se realicen sin el consentimiento del otro, aun cuando aseguren el derecho de uso o habitacional en otra vivienda; en este caso, sería anulable la venta de la vivienda —sin el otro consentimiento— aunque se asegure la compra y puesta en disposición de otra para la familia, porque sería otra distinta, y lo mismo pasaría respecto de aquellos actos dispositivos que no perjudicaran el derecho de uso. Pero, si la finalidad es, por el contrario, proteger la vivienda familiar, el derecho de uso

habitacional, no deberán impugnarse aquellos actos dispositivos que no priven, o pongan en peligro, el uso de la vivienda familiar.

En este trabajo, como ya hemos dicho, defendemos que la finalidad del precepto y el fundamento del mismo está en la protección de la vivienda familiar, del derecho habitacional. No obstante, hay actos y situaciones que pueden generar ciertas dudas.

Por eso, vamos a intentar hacer un breve repaso de esos actos que, a la luz del artículo 1320 del Código Civil, pueden impugnarse.

1. En primer lugar, podrán impugnarse, sin ninguna duda, los actos que supongan una disposición *strictu sensu*; es decir, enajenación, renuncia y gravamen. Pero, todos ellos, y volveremos después sobre ello, deben implicar la privación del goce o uso de la vivienda, pues es ese uso, ese derecho de alojamiento, el que debe protegerse por el interés de la familia.

De este modo, y como ha recogido el Alto Tribunal en diversas ocasiones, pueden impugnarse tanto la venta, permuta, donación o cualquier otro negocio transmisivo de la propiedad de la vivienda, sin compra de otra. No cabe duda de que se trata de actos de disposición claros que no pueden realizarse sin consentimiento del otro cónyuge.

Se plantean ciertas dudas con respecto a la disposición de la finca con reserva de arrendamiento. En este caso, si bien, no se priva a la familia del uso de la vivienda, el título posesorio es mucho menor, de carácter más débil y claudicante, pues se trata de un derecho personal en vez del real, a la vez que temporal, lo que implica mayor vulnerabilidad y menor estabilidad, por ello se puede hacer dudar de si esa venta sin consentimiento sería impugnabile<sup>12</sup>.

2. De igual forma, la constitución de derechos reales o personales que supongan la privación del derecho de uso de la familia también será impugnabile. Por lo tanto, la constitución de un derecho de usufructo, de un derecho de uso y habitación, una servidumbre que impidiera ese uso, son impugnables. Y de igual forma, lo serían la constitución de un derecho de arrendamiento o de un comodato sobre la vivienda familiar, pues impide su uso por el resto de los miembros de la unidad familiar.

3. Tampoco es posible la constitución de un derecho de hipoteca sobre la vivienda familiar sin consentimiento del otro cónyuge, y esto es así porque la hipoteca supone la facultad de realización de valor y la venta de la vivienda dada en garantía a un tercero en caso de incumplimiento del crédito hipotecario, lo que en un futuro puede ocasionar la privación del goce de la vivienda para los miembros de la familia. La STS de 8 de octubre de 2010, aunque considera que no se puede impugnar la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar pues constaba el consentimiento del otro cónyuge no titular, confirma la idea de que la constitución de hipoteca es un acto impugnabile sin dicho consentimiento, puesto que «El consentimiento (del 1320 CC) se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real». Cuestión distinta sería si la hipoteca se refiere a la nuda propiedad, conservando el usufructo el disponente, como luego veremos (RDGRN de 26 de octubre de 1987).

4. La renuncia al derecho de propiedad, o al derecho que otorgaba el uso al cónyuge titular —aunque fuera un derecho personal, será también impugnabile sin lugar a dudas. «No cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier

acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda» (STS de 31 de diciembre de 1994).

5. Cuando el cónyuge posea la vivienda en virtud de un derecho personal como, por ejemplo, el arrendamiento, se entenderán impugnables aquellos actos que supongan, de nuevo, la privación del uso de la vivienda; es decir, un traspaso, un subarriendo, una cesión de arrendamiento, o cualquier acto que suponga la extinción unilateral del mismo (STS de 31 de diciembre de 1994). Si el arrendatario (titular del arrendamiento) desistiera unilateralmente del arrendamiento, este acto sería impugnable, pero es que, además, el artículo 12 LAU prevé esta especial situación, y en aras de la protección del otro cónyuge no titular del arrendamiento y la familia, exige que se notifique a este el desistimiento y se le pregunte por su voluntad de permanecer en la vivienda. Si el cónyuge no titular aceptara este ofrecimiento, se salvaguarda su derecho al alojamiento, y no procederá impugnar después el acto de desistimiento.

### 3. ACTOS DE DISPOSICIÓN DE DUDOSA IMPUGNABILIDAD

Sin embargo, pueden existir ciertas dudas sobre la necesidad o no de que el otro cónyuge preste su consentimiento, en los siguientes actos de disposición, ya que no implican la pérdida del uso por parte de la familia.

En este sentido, seguimos a ATIENZA NAVARRO<sup>13</sup>, y distinguimos los siguientes:

1. Venta de la nuda propiedad de la vivienda con reserva del usufructo. Este supuesto es precisamente el objeto de este trabajo, al que vamos a dedicar en exclusiva el siguiente epígrafe.

2. Venta de cuotas de pleno dominio en copropiedad romana ordinaria. Este acto de disposición de la cuota encuentra su justificación en el artículo 399 del Código Civil, y cada comunero puede hacerlo de forma individual y sin consentimiento del resto de comuneros. Sin embargo, nos planteamos si al tratarse de un acto dispositivo de parte del pleno dominio debe requerir el consentimiento del cónyuge no titular, y si su ausencia puede ocasionar la impugnación de dicho acto. La DGRN ha tratado este asunto en varias resoluciones<sup>14</sup> y ha concluido que no requiere del consentimiento del otro cónyuge puesto que aunque se enajene una cuota de la propiedad, ello no implica el peligro para el uso de la vivienda familiar, en la que reside la familia, pues esa cuota dominical no implica *per se* el uso del inmueble salvo que así se acuerde o pacte, ya que el titular de una cuota o parte de la vivienda no tiene la facultad de destinarla por sí solo a domicilio de su familia, basándose únicamente en su título. De este modo, la RDGRN de 10 de noviembre de 1987 afirma que solo procede la aplicación del artículo 1320 del Código Civil y el artículo 91 del Reglamento Hipotecario «si el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual», y entiende que, si un comunero tiene en la vivienda su domicilio familiar, el derecho de uso o goce en que ello se apoye «no derivarían naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario —posterior».

3. Constitución de una servidumbre que impida o dañe el uso. La constitución de gravámenes sobre la finca vivienda familiar no cabe duda de que es un acto dispositivo. Sin embargo, si la servidumbre que se constituye no impide el uso de la vivienda, ni lo limita o perjudica de modo que se haga muy dificultoso, la constitución de esa servidumbre no necesitará el consentimiento del otro cónyuge,

pues no está en juego el derecho de goce de la vivienda<sup>15</sup>. Se acepta comúnmente que no pondrá en riesgo la atribución del uso, las servidumbres de luces y vistas, medianería, o de paso. La RDGRN de 13 de junio de 2018 excluyó del ámbito del artículo 1320 del Código Civil la constitución de una servidumbre de paso por la azotea de la vivienda familiar de titularidad exclusiva del marido cónyuge, por no afectar a la convivencia familiar: «la constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo que, en principio, entra en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. No obstante, atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto legal, debe entenderse que la prevención establecida en el mismo no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual que solo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda, sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma».

4. Interposición de la *actio communi dividundo* cuando la vivienda sea copropiedad de ambos cónyuges. En este caso de copropiedad ordinaria sobre la vivienda familiar, la disposición, o los actos dispositivos sobre ella, debe adoptarse siempre por unanimidad (397 CC); luego, la disposición unilateral sería nula conforme a la jurisprudencia más antigua, o al menos ineficaz, si aplicamos la misma doctrina de la venta de cosa ajena<sup>16</sup>. Pero, aquí se trata de un acto diferente, es la acción de división de la cosa común que puede ejercitar cada comunero de forma individual, constituyendo un derecho imprescriptible e irrenunciable para el comunero (art. 400 CC). De este modo, cualquier comunero puede salir de la indivisión solicitando la división de la cosa común. ¿Se necesita, entonces, el consentimiento del otro cónyuge, a pesar de ser un acto individual? Esa es la cuestión que se discute. Si la vivienda es copropiedad de ambos, parece que debe permitirse la división de la cosa común sin necesidad de consentimiento, puesto que el otro cónyuge va a ser partícipe de dicha división, que se le debe comunicar. En este caso, no será necesario su consentimiento puesto que va a tener conocimiento, y podrá incluso continuar en la vivienda familiar, adjudicándosele (STS de 22 de diciembre de 1992<sup>17</sup>). El problema es si la copropiedad es entre el cónyuge titular y un tercero. Entonces, entendemos que sí es necesario el consentimiento del otro cónyuge, pues al no ser parte en la comunidad, no va a participar en esa división, y puede que la vivienda acabe en poder del tercero o de otro adquirente, poniéndose en riesgo el derecho de uso familiar.

5. El embargo de la vivienda. Parece que ya no hay dudas sobre el hecho de que el embargo de la vivienda familiar no se trata de un acto impugnabile por falta de consentimiento del otro cónyuge, ya que no es un acto voluntario de disposición del titular. Así lo manifiesta, por ejemplo, la STS de 18 de febrero de 1995: «el artículo 1320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual, realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno, pues no podía hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores, a virtud de deudas construidas por uno de los cónyuges, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal». Porque, tal y como recoge la STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2008 «el interés de los acreedores no puede quedar subordinado al de protección de la vivienda familiar. Cuando menos el legislador no le ha dado a esta tanta relevancia y se prima decididamente aquel». En cualquier caso, cuando se produzca el embargo de la vivienda familiar de titularidad exclusiva del cónyuge deudor, será necesario notificar el mismo al otro cónyuge, conforme a lo dispuesto en el

artículo 144.5 RH. Debe, por tanto, notificarse el embargo al otro cónyuge para proteger sus intereses, o debe acreditarse que no se trata de la vivienda familiar (RRDGRN de 23 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2000 y 23 de julio de 2011<sup>18</sup>).

6. Actos que supongan alteración registral de las fincas. Las modificaciones registrales sobre la finca (agrupación, agregación, división y segregación) son actos de dominio que, aunque civilmente se equiparen a actos de administración, solo puede realizarlos el propietario/s. ¿Es necesario el consentimiento del otro cónyuge para practicar dichas operaciones? Creemos que para aquellos actos que favorezcan —agrupación y agregación— no será necesario el consentimiento del otro cónyuge, pues suponen la ampliación de la finca registral y no perjudican el derecho de uso. No obstante, la división y segregación de la finca pueden ser actos previos o simultáneos a su enajenación —o al menos a parte de ella— lo que pone en riesgo el derecho de uso familiar, o al menos le perjudica. Entiendo que, en estos casos, sí será necesario dicho consentimiento.

### III. LA DISPOSICIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON RESERVA DE USUFRUCTO

Tras todas las consideraciones hechas sobre el significado y alcance del artículo 1320 del Código Civil, y qué debemos entender por actos dispositivos que requieren del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar, vamos a detenernos en el acto concreto de disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar por el cónyuge titular, a favor de un tercero, reservándose a la vez el derecho de usufructo vitalicio sobre el mismo. ¿Es un acto dispositivo que requiere el consentimiento de este último?

Esta cuestión se abordó en la RDGSJFP de 18 de febrero de 2021, que examinamos a continuación.

Los hechos de la resolución fueron los siguientes: Se presenta a inscripción una escritura de donación en la que concurren las circunstancias siguientes: se dona a un hijo la nuda propiedad de una vivienda; el donante está casado; se manifiesta y así consta en el Registro, que la finca es de carácter privativo del donante; la dirección que consta en la vivienda que se dona, coincide con el domicilio del donante. Se reserva, a la vez, un usufructo vitalicio en favor del mismo, lo que conlleva que la finca siga siendo el domicilio conyugal y familiar.

La registradora señala como defecto que falta el consentimiento del cónyuge o bien autorización judicial para transmitir la nuda propiedad de la finca, al tratarse de una vivienda; o bien la manifestación de que no constituye domicilio conyugal, en su caso, tal y como exige el artículo 1320 del Código Civil y 91 RH.

El notario autorizante de la escritura alega que se trata de «que la finalidad perseguida por el artículo 1320 del Código Civil es la de proteger el hogar familiar, garantizando la estabilidad jurídica del goce de la vivienda, y, por tanto, los actos dispositivos que se realicen por su titular, para que resulte de aplicación el precepto, deben afectar a dicha estabilidad jurídica y comprometer tal goce, lo que no ocurre en este supuesto; que el donante conserva un soporte jurídico, de carácter real y vitalicio, claramente suficiente para que la vivienda siga teniendo el carácter de vivienda conyugal; que en modo alguno queda comprometido el uso preexistente de la vivienda, ni se da el peligro de un posible desalojo del hogar familiar; que en el momento en que el usufructo se extinga por fallecimiento de

su titular, habrá quedado disuelto su matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal».

Para ello, en su recurso, el notario hace un repaso a la doctrina jurisprudencial de la DGRN (ahora DGSJFP) en este sentido, poniendo de manifiesto cómo en diversas ocasiones (venta cuota de copropiedad, hipoteca de nuda propiedad, servidumbre de paso por la finca) se ha planteado la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular y, sin embargo, en todas ellas, el Alto Centro Directivo ha manifestado que no era necesario, puesto que dichos actos «de disposición» no ponían en riesgo el uso de la vivienda familiar; que permanecía a pesar de aquellos; y que esta era la finalidad del 1320 del Código Civil y no otra: proteger de la «posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma» (RDGRN de 13 de junio de 2018).

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, atendiendo a las razones esgrimidas, considera que la finalidad del artículo 1320 del Código Civil es prohibir «el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien». Es decir, la finalidad del artículo 1320 del Código Civil es «proteger el hogar familiar, garantizando la estabilidad jurídica del goce de la vivienda».

Y si esto es así, entiende que la disposición de la nuda propiedad reservándose el usufructo, no atenta contra la necesidad de conservar el alojamiento familiar, ya que «los actos dispositivos que se realicen por su titular, para que resulte de aplicación el precepto (1320 CC), deben afectar a dicha estabilidad jurídica y comprometer tal goce». La reserva de un usufructo vitalicio (derecho real) a favor del cónyuge transmitente y titular exclusivo de la vivienda, garantiza que siga siendo la vivienda conyugal y familiar; luego, la disposición de la nuda propiedad no afecta al goce de la vivienda, y no requiere en consecuencia el consentimiento del otro cónyuge, pues su uso sigue garantizado. «Por tanto, la disposición y enajenación de derechos que no impliquen la limitación del uso de la vivienda, han de entenderse fuera del supuesto contemplado por la norma».

Y el Centro Directivo concluye afirmando que «en el concreto supuesto de este expediente, se dispone de la nuda propiedad, manteniéndose «la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de la vivienda» por lo que no se conculca la finalidad práctica de esta norma, que es impedir que los actos unilaterales del cónyuge titular con carácter privativo puedan provocar el desalojo del hogar familiar. En consecuencia, como bien sostiene el recurrente, en este caso concreto de disposición de la nuda propiedad, no hay elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. A mayor abundamiento, como se alega por el recurrente, en el momento en que el usufructo se extinga por fallecimiento de su titular, quedaría disuelto el matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal».

Consideramos que esta resolución es acertada en sus conclusiones ya que son la lógica consecuencia de entender que la finalidad y fundamento del artículo 1320 del Código Civil es la protección del hogar familiar; defender el derecho de uso de la vivienda familiar. Al mantenerse un derecho de usufructo de carácter vitalicio, se asegura el uso, disfrute, goce de la vivienda familiar por el cónyuge



titular y el otro cónyuge, ya que sigue siendo la vivienda familiar. Se cumple la finalidad de la norma, como se ha señalado repetidamente por la DGRN. Sin embargo, si fuera otra la finalidad del precepto —la igualdad jurídica de los cónyuges en los actos relativos al establecimiento de la vivienda familiar y el control para su disposición—, sí sería necesario el consentimiento del otro cónyuge pues, aunque no estuviera en peligro el derecho de uso, su falta de consentimiento sería suficiente para impugnar el acto, por haber sido olvidado, relegado.

Debemos devolver al artículo 1320 del Código Civil a su lugar, como norma de protección de la vivienda familiar constante matrimonio, norma de protección familiar, y no solo de gestión de actos conyugales. La finalidad del artículo 1320 del Código Civil como norma que pretende impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar justifica, al igual que lo ha hecho en otras ocasiones ya mencionadas (servidumbre, hipoteca de nuda propiedad, enajenación de cuotas), que no se requiera el consentimiento del otro cónyuge, pues no se pone en peligro el goce de dicha vivienda familiar. Siempre que esto sea así, no será de aplicación el artículo 1320 del Código Civil ni su correlativo artículo 91 RH, tal y como dicen las RRDGRN de 13 de junio y 9 de octubre de 2018, y 16 de junio y 29 de octubre de 2020: «el precepto (art. 1320) prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge, y a través de él, a la familia, el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien».

Una vez más, es necesario examinar el fundamento y finalidad de cada norma para su correcta aplicación.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El artículo 1320 del Código Civil establece una restricción a la facultad de disposición del titular exclusivo de la vivienda familiar, pues necesita para ello el consentimiento del otro cónyuge; y si este no consta, el acto de disposición puede impugnarse. No establece este artículo qué actos de disposición quedan afectados por tal restricción.

II. Según cuál se considere que es el fundamento y finalidad de este precepto, quedaran dentro de su ámbito unos actos de disposición u otros.

III. De este modo, si el fundamento del precepto se encuentra en el principio de igualdad jurídica de los cónyuges en el establecimiento y control de la vivienda habitual (familiar), según se deduce del artículo 70 del Código Civil, todo acto de disposición realizado de forma unilateral debería ser impugnado por el otro cónyuge cuyo consentimiento no se ha requerido. Así, se pueden impugnar, además de aquellas enajenaciones totales, las enajenaciones de nuda propiedad, constitución de hipoteca de nuda propiedad, enajenación de cuotas dominicales, constitución de gravámenes de cualquier tipo (incluidas las servidumbres).

IV. Por el contrario, si se entiende que la justificación del artículo 1320 del Código Civil reside en evitar los actos de disposición unilateral que pongan en peligro el derecho de uso o goce de la vivienda familiar, pudiendo provocar el desalojo familiar; es decir, se fundamenta en la necesidad de proteger esa vi-

vienda familiar, los actos de disposición que se impugnarán serán solo aquellos que, efectivamente, pongan en riesgo el derecho de goce o uso de la vivienda.

V. Por ello, la disposición de la nuda propiedad, reservándose el usufructo, por parte del cónyuge titular de la vivienda familiar, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 1320 del Código Civil, y no necesita del consentimiento del otro cónyuge, ya que no se pone en riesgo el goce pacífico del inmueble donde se ha establecido la vivienda familiar.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 19 de diciembre de 1985
- STS de 3 de enero de 1990
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 9 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 18 de febrero de 1995
- STS de 22 de mayo de 1995
- STS de 20 de febrero de 2004
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 28 de marzo de 2012

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2008

### AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Madrid de 17 de julio de 2002

### DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO/SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- RDGRN de 26 de octubre de 1987
- RDGRN de 10 de noviembre de 1987
- RDGRN de 27 de junio de 1994
- RDGRN de 23 de febrero de 2000
- RDGRN de 29 de febrero de 2000
- RDGRN de 9 de marzo de 2000
- RDGRN de 25 de abril de 2005
- RDGRN de 7 de diciembre de 2007
- RDGRN de 23 de julio de 2011
- RDGRN de 13 de junio de 2018
- RDGRN de 9 de octubre de 2018
- RDGRN de 16 de junio de 2020
- RDGRN de 29 de octubre de 2020
- RDGSJFP de 18 de febrero de 2021

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA NAVARRO, M.L. (2011). Artículo 1320. Disposición sobre derechos de vivienda y bienes de la familia. Comentario al artículo 1320 del Código Civil, en *Código Civil comentado* [Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.)], Vol. 3, (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444), 840-853.
- BARRIO GALLARDO, A. (2012). La autonomía privada y el artículo 1320 del Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 2012-IV, 1653- 1744.
- MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. Artículos 1315 a 1343, 2.ª ed.*, Edersa, Madrid.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitaria, S.A. (PPU), Barcelona.
- JEREZ DELGADO, C. (2018). Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense. *In Dret*, núm. 4, octubre, 1-39.
- MARTÍN AZARO, E.M. (2014). Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial. *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, septiembre 2014, tomo 2, 974 y ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, vol. 33, 91 a 119.
- MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2009). *Derecho civil. Estudios, Comentarios y Notas*, Colegio de Registradores, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> En este sentido, las SSTs de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994.

<sup>2</sup> ATIENZA NAVARRO, M.L. (2011). Artículo 1320. Disposición sobre derechos de vivienda y bienes de la familia. Comentario al artículo 1320 del Código Civil, en *Código Civil comentado* [Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.)], Vol. 3, (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444), 840-853.

<sup>3</sup> Véase en este sentido a MARTÍN AZARO, E.M. (2014). Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, septiembre 2014, tomo 2, 974 y sigs. Y las sentencias STS de 8 de octubre de 2010 y STSJ Cat de 28 de febrero de 2008, que encuentran el fundamento de la limitación del 1320 del Código Civil en el principio de igualdad de los cónyuges.

<sup>4</sup> SAP de Madrid de 17 de julio de 2002: «El artículo 1320 del Código Civil (muy relacionado con el párrafo cuarto y último del artículo 96 del mismo Cuerpo Legal) se encuentra ubicado dentro de las disposiciones generales del régimen económico matrimonial. En base a este precepto, desde que se celebra el matrimonio y mientras subsista alguno de sus regímenes económico matrimoniales (el de la sociedad de gananciales, el de participación o el de separación de bienes), el cónyuge que sea propietario exclusivo de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia deberá contar con el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, con autorización judicial, para que sea válido cualquier acto de disposición de sus derechos sobre esa vivienda y muebles.

Cuando la vivienda habitual (y los objetos de uso ordinario existentes en ella) sea de la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, para que sea válido el acto de disposición de esa vivienda (y en su caso de los objetos de uso ordinario) deberá su titular dominical contar con el consentimiento de su cónyuge o en su defecto, con autorización judicial. Pero quede claro que solo el titular dominical ostenta el poder de disposición de la vivienda habitual, poder de disposición del que carece en absoluto el cónyuge, quien no podrá proponer un acto de disposición y, ante la negativa del dueño, recabar la autorización judicial. El consentimiento del cónyuge no titular dominical de la vivienda es un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo concertado por el titular dominical, una especie de derecho de veto mediante el cual puede impedir que el dueño realice actos contrarios al interés familiar, derecho de veto que, a instancia del propietario, puede ser levantado por la autoridad judicial decidiendo definitivamente si el propuesto acto dispositivo es o no contrario al interés familiar».

<sup>5</sup> JEREZ DELGADO, C. (2018). Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense. *In Dret*, núm. 4, octubre, 19.

<sup>6</sup> Citado por JEREZ DELGADO, BARRIO GALLARDO, A. (2012). La autonomía privada y el artículo 1320 del Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 2012-IV, 1661.

<sup>7</sup> Véase, por todos, JEREZ DELGADO, C. (2018). Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense, *ob. cit.*, 16; BARRIO GALLARDO, A. (2012). La autonomía privada y el artículo 1320 del Código Civil, *ob. cit.*, 1698, y ATIENZA NAVARRO, M.L. (2011). Artículo 1320. Disposición sobre derechos de vivienda y bienes de la familia. Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *ob. cit.*, 847.

<sup>8</sup> En este sentido, DE LOS MOZOS, J.L. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1*. Artículos 1315 a 1343, 2.<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 129; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, vol. 33, 91 a 119; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2009). *Derecho civil. Estudios, Comentarios y Notas*, Colegio de Registradores, Madrid, 170; ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitaria, S.A. (PPU), Barcelona, 141.

<sup>9</sup> Así lo manifiesta la STS de 8 de octubre de 2010: El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

<sup>10</sup> JEREZ DELGADO, C. (2018). Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense, *ob. cit.*, 18. Y recoge esta autora las palabras de MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 431 y 434, entre otras, que considera que «el concepto de acto de disposición que encontramos en el artículo 1320 del Código Civil tiene un contenido específico («es un concepto propio», explica), delimitado por la función tuitiva del precepto, que conduce a la obligación del cónyuge titular de «no ejercer» el poder de disponer cuando —directa o indirectamente (incluso por suponer un riesgo)— perjudique a la vida familiar».

<sup>11</sup> ATIENZA NAVARRO, M.L. (2011). Artículo 1320. Disposición sobre derechos de vivienda y bienes de la familia. Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *ob. cit.*, 848.

<sup>12</sup> Así lo manifiesta ATIENZA NAVARRO, M.L., *ob. cit.*, 850, y DE LOS MOZOS, J.L. (1982). *Comentarios al Código Civil*, (art. 1320 CC), *ob. cit.*, 129.

<sup>13</sup> ATIENZA NAVARRO, M.L. (2011). Artículo 1320. Disposición sobre derechos de vivienda y bienes de la familia. Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *ob. cit.*, 849-850.

<sup>14</sup> Véanse las RRDGRN de 10 de noviembre de 1987; 27 de junio de 1994; 29 de octubre de 2020 (en esta se trataba de la aportación de una participación indivisa de una vivienda a una sociedad como aumento de capital).

<sup>15</sup> Eso siempre que se defienda que la finalidad de este precepto es la defensa del derecho de uso de la familia. Si el artículo 1320 del Código Civil se fundamenta en la

igualdad de los cónyuges y la necesidad de consentimiento dual, sí sería necesario el doble consentimiento.

<sup>16</sup> Anteriormente, la jurisprudencia se inclinaba por considerar la venta de cosa común por uno solo de los comuneros como nula por falta de objeto (por todas, STS de 19 de diciembre de 1985; sin embargo, con posterioridad, se ha aplicado la doctrina de la validez de la venta de cosa ajena, al entender que se trata de un supuesto de venta de cosa en parte ajena que es válida pero ineficaz en el plan real (STS de 20 de febrero de 2004 y para la copropiedad, STS de 28 de marzo de 2012).

<sup>17</sup> STS de 22 de diciembre de 1992: En cuanto al artículo 96 del Código Civil, se tiene que los requisitos establecidos en su párrafo 4.º para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquella es copropiedad de ambos excónyuges, pues ha de prevalecer —en cuanto a la cesación de la comunidad— el criterio inspirador del artículo 400 del Código Civil fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión, sin que sea suficiente para desconocerlo la medida adoptada a consecuencia del divorcio, siempre y cuando, como aquí sucede, al constar expresamente en la sentencia recurrida en ejecución de la cual podría producirse la venta (art. 404 CC), se garantice el derecho dimanante de aquella, por lo que la sentencia impugnada no infringe el artículo 96 ni tampoco, desde la perspectiva constitucional, cuanto deriva de la protección a la familia y, en particular, a los hijos menores.

<sup>18</sup> La DGRN entiende en estos casos que, ordenada la práctica de la anotación del embargo, «no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que deberá estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá y deberá suspender el asiento en tanto se le acredite debidamente que de los autos resulta de modo indubitado lo contrario, o que se ha practicado la notificación del embargo «que no de la demanda» al cónyuge del deudor; solución esta que es la adoptada en la actualidad por el mismo artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en lo que cabe considerar una interpretación más auténtica de las normas sustantivas que no han variado».

#### 1.4. Sucesiones

La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio *on line* sobre voluntades digitales

*Identity of the digital and analogical will and the digital estate successor: the inexistence of the digital will and the on-line contract of service on the digital intentions*

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora de Derecho civil y Defensora Universitaria UNED*

**RESUMEN:** A la luz de la jurisprudencia señera sobre el tipo de acciones o derechos y su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», es parte del contenido no patrimonial —y cómo no, incluido el que es evaluable patrimonialmente—, susceptible de ser recogido en unas disposiciones testamentarias. En este punto, no se ajusta a derecho la expresión «testamento digital», pudiendo inducir a confusión a consumidores y usuarios en el intercambio de prestaciones con una empresa, donde el contrato de prestación de servicios *on line* consista en la gestión presente y futura de su huella digital en su conjunto. Y ello teniendo en cuenta que esta «herencia digital», hipotéticamente integra cierto tipo de contratos o relaciones previas, en las que el usuario ha suscrito acuerdos de carácter personalísimo y, que por tanto, no son ni transmisibles por razón de fallecimiento, ni gestionables por un operador de esta naturaleza.

**ABSTRACT:** *According to the case law on the type of shares or rights and the qualities of their transferability, the so-called «digital will» or, to be exact, «digital intentions», is part of the non-proprietary content that can be included in a will. The expression «digital will» is neither in any case nor in conformity with the law, as it may confuse consumers and users as subjects in the interchange of services with a company where the online service supply contract consists of the present and the future management of their entire digital heritage. Moreover, this considering that there are certain types of contracts or previous relationships, in which the user has signed agreements of a strictly confidential and personal nature, therefore, are not transmissible by death, nor can be managed by an operators such as this one.*

**PALABRAS CLAVE:** Testamento digital. Elementos sucesorios. Huella digital. Contrato de prestación de servicios.

*KEY WORDS: Digital will. Components of heredity. Digital fingerprint. Service provision contract.*

**SUMARIO: I. PREÁMBULO SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO:** 1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES. 2. DERECHOS Y TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO.—**II. TITULARIDAD Y TENENCIA DE CONVERSACIONES PRIVADAS, SMS Y LA PUBLICIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: NO CABE DISTINGUIR ENTRE HERENCIA DIGITAL Y ANALÓGICA Y NO HABRÁ HEREDERO DE PATRIMONIO DIGITAL DISTINTO DEL HEREDERO DEL PATRIMONIO ANALÓGICO, PORQUE LA HERENCIA ES UNA SOLA.**—**III. LAS VOLUNTADES DIGITALES SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018:** 1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS). 2. LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES: A) *El texto y su futuro desarrollo.* B) *Notas sobre su contenido: el legislador de nuevo quiere aventurar más allá del Reglamento europeo y añadir elementos novedosos.* C) *Oferta on line: prestación de servicios.* D) *Potenciales contenidos de la «herencia digital».* 3. LA INEXISTENCIA DE UN TESTAMENTO DIGITAL Y LA CONFUSIÓN QUE AFECTA AL CONSENTIMIENTO DE AQUELLOS USUARIOS QUE SUSCRIBAN *ON LINE* ESTOS NEGOCIOS. 4. TEXTO DE LA LEY 10/2017, DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS SEGUNDO Y CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.—**IV. UNA MENCIÓN A LA BIOMETRÍA.**—**V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.**—**VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.**—**VII. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. PREÁMBULO SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO

### 1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES

Para sistematizar de forma convencional estas reflexiones preliminares, resulta preceptivo reiterar la mejor doctrina y la tradicional disección del fenómeno de la herencia y su contenido, donde cabe singularizar hasta tres elementos constitutivos<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, el denominado elemento personal apela al causante o al sucesor, frente a los formales que incumben al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia. Finalmente, la visión estática de la herencia, integra los elementos reales por cuanto está constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados<sup>2</sup>.

En nuestro Derecho común, el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante, está previsto, en dos preceptos esenciales. Es el caso del artículo 657 que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y, a mayor abundamiento, el artículo 661, al declarar que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»<sup>3</sup>.



Sea como fuere, esta tradicional perspectiva doctrinal sobre los elementos hereditarios y su interpretación por parte de la doctrina jurisprudencial en cuantas controversias reclaman su aplicación, se ratifica —cuando menos por el momento— ayuna de fisuras reseñables. La herencia es una, sin que la naturaleza de los bienes, derechos y obligaciones del causante, quebrante esta perspectiva. Cuestión distinta o condigna a esta afirmación es la de que, de aquellos bienes del causante, alguno de ellos estuviese dotado de la categoría de personalísimo, circunstancia esta última que, por su identidad jurídica, supondría la inmediata exclusión de la potencial transmisibilidad a sus legitimarios, mediado o no «albacea digital».

De modo que la intransmisibilidad, emana de aquella cualificación adjetiva y sus consecuencias imbricadas de forma inseparable. Así y como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que *ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los intuitu personae* o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias —los en general denominados o calificados de personalísimos— como parentesco, confianza y otras, que por Ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida; y como el que se está contemplando en autos no cabe asimilarle a ninguno, en los que se da dichas circunstancias, es más, desvirtúa dicho posible carácter el que la cosa sea transmitida a determinada persona, que lo ha de ser con todos los derechos que le sean inherentes, de los que no puede ser excepción el retracto, si la acción para ejercitarlo había nacido por haber sido enajenada a un extraño por un copropietario de la misma cuando se transmite al que sea el sucesor a título hereditario, teniendo este carácter, en aquel momento, el causante de la sucesión».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983 advierte que «la norma contenida en el artículo 661 del Código Civil, del que se deduce en consonancia con el testamento que los demandantes sucedieron a su padre y esposo por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y al artículo 659 del mismo Cuerpo legal, que integra en la herencia 'todos los bienes, derechos y obligaciones' que no se extingan con la muerte de su titular, y *aparece como lógica consecuencia, que, como se deduce de la Sentencia de esta Sala de 12 mayo de 1959, las obligaciones y los derechos nacidos de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimos o de prohibirlo el pacto o la Ley —no concurrentes en el caso ahora contemplado— se transmiten a los herederos de los contratantes*, pudiendo, por lo tanto, ejercitarlas en juicio, no solo de forma conjunta por todos los herederos, como ocurrió en la *litis* de que dimana este recurso, sino también cualquier heredero en provecho de la herencia (STS de 26 de junio de 1948)»<sup>4</sup>.

## 2. DERECHOS Y TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO

En defecto de norma específica que resuelva la concreta transmisibilidad de un bien o un derecho, habremos de atender las reglas de interpretación testamentaria, siendo la universal, la que declara la intransmisibilidad de los que sean

personalísimos, así como la transmisibilidad de obligaciones y derechos nacidos de vínculos contractuales.

De lo dicho se sigue que no opere el fenómeno sucesorio en ciertas circunstancias de hecho, destacando ROCA SASTRE entre estos supuestos, las que afectan al propio cadáver del causante y la propiedad funeraria, como «los títulos nobiliarios, pues su sucesión se rige por normas especiales en las que impera el *ius sanguinis* y, a veces el *ius matrimonii*». En idéntica línea se pronuncia LA-CRUZ BERDEJO, Maestro de maestros, quien incluye a dichos títulos nobiliarios entre los que no pertenecen a la herencia, al tratarse de uno de los supuestos de «derechos del causante que siguen existiendo en el momento de fallecer este, pero que tiene vida propia y no forman parte del caudal relicto»<sup>5</sup>.

Consecuencia directa de lo anterior es que hayamos de apelar a la noción clásica de patrimonio y la masa patrimonial, compuesta por los bienes —de la naturaleza que sea— de titularidad de un sujeto e incluidas, a mi juicio, las deudas habidas y de las que resulte asimismo sujeto pasivo quien ostente la titularidad de dicha masa patrimonial<sup>6</sup>. No parece que haya contradicción alguna si afirmamos que en él se incluye, en sentido estricto, el que se denomina patrimonio digital de la persona física individual<sup>7</sup>. Como veremos en líneas posteriores, así lo ratifica la constante línea jurisprudencial.

En cuanto a la alegada noción de patrimonio digital, de conformidad a la UNESCO; «El patrimonio digital está formado por los materiales informáticos de valor perdurable dignos de ser conservados para las generaciones futuras, y que proceden de comunidades, industrias, sectores y regiones diferentes. No todos los materiales digitales poseen valor perdurable, pero los que lo tienen exigen metodologías de conservación activas para mantener la continuidad del patrimonio digital.

En los documentos de la UNESCO, el patrimonio se define como nuestra herencia del pasado, nuestros bienes actuales y lo que legamos a las generaciones futuras. El patrimonio es, o debería ser, algo que se transmite de generación en generación porque se valora.

La noción de patrimonio cultural es conocida: se trata de aquellos lugares y objetos tangibles e intangibles que poseen valor cultural, histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico para determinados grupos o individuos. También el concepto de patrimonio natural es muy familiar: características físicas, biológicas o geológicas, hábitats de especies de la flora o la fauna y zonas que poseen valor por razones científicas o estéticas, o desde el punto de vista de la conservación».

Ciertamente, esta noción sobrepasa al propio individuo, si bien deberíamos tenerla en cuenta, si el objeto controvertido del causante fuese, por ejemplo, una novela, el poemario, los ensayos u otras creaciones científicas, artísticas o literarias, que el disponente y creador hubiese podido gestionar a través de un representante de sus derechos patrimoniales en un depósito digital. Es más, transitando en el presente futuro creativo y superando la actual perspectiva estricta de las obras del espíritu humano —si el legislador, prudentemente, elabora una enumeración *ad exemplum* de lo que pueda considerarse creación<sup>8</sup>—, no será quien redacta estas líneas la que no se atreva a traspasar los límites de las actuales formas creativas. En estos supuestos que trasciende al creador en sí, cuyo valor es representativo de capital cultural, cabría aplicar sin duda alguna, la noción que nos proporciona la UNESCO. En otros supuestos, como los que podremos dilucidar a continuación, la relevancia con el fin de acreditar el contenido de algunos intercambios puramente coloquiales realizados a través de

medios de comunicación electrónica; intercambios de los que se pueden inferir conductas delictivas, contrarias, por tanto al orden público, u otras controversias «menores», no solo ante su capital entidad para sus actores, sino en el estricto sentido de carecer de perspectivas de profundidad para futuras generaciones<sup>9</sup>.

Empero y aunque no sea este el lugar y momento para reverdecer el debate sobre la Propiedad Intelectual como Derecho especial, en tanto en cuanto recae sobre bienes calificados de inmateriales y duración determinada, excepción hecha sobre el reconocimiento de la autoría de la obra o su integridad<sup>10</sup>, conviene reiterar su condición de Propiedad y como tal, dotada del derecho de uso y disfrute del bien inmaterial sobre el que recae<sup>11</sup>. Dadas las características de los derechos morales, lo cierto es que esta especialidad impide que formen parte de la masa patrimonial hereditaria ordinaria.

En definitiva y a la vista de cuanto se acaba de decir, para fijar el ámbito objetivo de la sucesión, resulta presupuesto jurídico fundamental tener presente, de nuevo, el inmanente artículo 659 del Código Civil, toda vez que asevera que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». De este modo, el Prof. HERNÁNDEZ GIL, con su claridad prístina afirmaba que, distinto de los derechos de la personalidad, las relaciones obligatorias «predominantemente» transmisibles, derechos reales o los derivados de las relaciones familiares, «los llamados derechos morales de autor no se transmiten. Son consustanciales a la persona del autor. Los derechos patrimoniales de autor sí son transmisibles conforme a la Ley de 10 de enero de 1879, aunque no ilimitadamente. El derecho de autor subsiste ochenta años después de la muerte del autor y durante este tiempo corresponde a los herederos. transcurridos los ochenta años, se extingue»<sup>12</sup>.

## II. TITULARIDAD Y TENENCIA DE CONVERSACIONES PRIVADAS, SMS Y LA PUBLICIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: NO CABE DISTINGUIR ENTRE HERENCIA DIGITAL Y ANALÓGICA Y NO HABRÁ HEREDERO DE PATRIMONIO DIGITAL DISTINTO DEL HEREDERO DEL PATRIMONIO ANALÓGICO, PORQUE LA HERENCIA ES UNA SOLA

Corresponde revisar algunos pronunciamientos judiciales, especialmente aclaratorios, con el añadido de que proceden tanto del orden civil como del penal, en los que como indica la intitulación del epígrafe, no cabe distinguir entre herencia digital y analógica y no habrá heredero de patrimonio digital<sup>13</sup> distinto del heredero del patrimonio analógico, porque la herencia es una sola<sup>14</sup>.

Así, la STS de la Sala de lo Penal, siendo Ponente CONDE-PUMPIDO TORÓN, 26 de noviembre de 2014; seguida en su interpretación teleológica por muchas otras. Ventila esta resolución, la sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la AP de Palma de Mallorca con fecha 18 de febrero de 2014, condenatoria a los recurrentes por delito contra la salud pública, inducción a la prostitución y corrupción de menores. Frente a ella se alzan los recursos interpuestos los dos primeros por las acusaciones particulares, y los seis restantes por las representaciones de los condenados.

Con carácter preliminar, hemos de tener en cuenta, tanto la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como a la propia Circular de la Fiscalía General 3/2019. Dicha LO atempera y regula, como era esperado por doctrina y jurisprudencia

dencia la intervención de las comunicaciones telemáticas, si bien, por su importancia, hemos de remitirnos a las resoluciones que recogemos a continuación por la especial relevancia que adquieren en la comprensión de nuestra materia.

La antedicha resolución del Tribunal Supremo, desestima el recurso de los condenados y, por cuanto atañe a esta materia, en su Fundamento de Derecho octavo precisa, «la intervención de las comunicaciones telemáticas carece de regulación legal expresa en nuestro ordenamiento procesal penal, que es preciso subsanar con la máxima urgencia, dada la relevancia de los derechos fundamentales e intereses generales en conflicto. La doctrina jurisprudencial ha realizado un considerable esfuerzo para subsanar este déficit, que afecta a la calidad democrática de nuestro sistema de investigación penal, por la vía de la *asimilación de las comunicaciones telemáticas al régimen de las intervenciones telefónicas*, lo que implica, con carácter general, la exigencia de autorización judicial sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad necesidad y proporcionalidad de la medida. En el caso actual, sin embargo, no nos encontramos ante este supuesto. La prueba de cargo que fundamenta la condena del recurrente no procede de la intervención de sus comunicaciones telemáticas, sino de una intervención telefónica acordada judicialmente por auto de 17 de enero de 2012, y debidamente motivada por remisión a un oficio policial previo (...)»<sup>15</sup>.

En consecuencia, no cabe estimar que las pruebas derivadas de la intervención telefónica y del registro domiciliario posterior están antijurídicamente conectadas con la obtención de los SMS del terminal telefónico de Tamara, pues la base fáctica relevante para acordar judicialmente dicha intervención telefónica procede de una fuente de prueba independiente, irreprochable constitucionalmente, como lo es la declaración testifical de Santiago, y el número telefónico del traficante, una vez identificado, podría haber sido obtenido policialmente por otras vías, como es habitual.

NOVENO.— En cualquier caso, *tampoco cabe estimar que los SMS aportados por los padres de la joven y obtenidos de su terminal telefónico una vez fallecida la menor, constituyan una prueba ilícita. Las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueran guardados, equivalen a la correspondencia que pueda ser conservada por la menor entre sus papeles privados*. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

Incluso en aquellos derechos personalísimos, que no se transmiten a los herederos, estos sí suceden al fallecido en el ejercicio de las acciones para su defensa (derecho moral de autor, protección civil del honor, intimidad, imagen, etc.), lo que les faculta para acceder de forma proporcionada a la documentación de sus comunicaciones (correspondencia, correos electrónicos o telemáticos, conversaciones grabadas, etc.) en la medida en que sean necesarios para la defensa de sus intereses, incluido obviamente, para ejercitar las acciones procedentes para la reparación de los daños causados al fallecido, tanto en el ámbito civil como en el penal.

En consecuencia, no concurre vulneración alguna del derecho a la intimidad, tanto de la menor (ya fallecida) como del recurrente, por el hecho de que los sucesores legítimos de la joven accediesen a su documentación privada para conocer a los responsables de haberle proporcionado las drogas que acabaron ocasionando su muerte, y en su caso para promover el castigo de los responsables»<sup>16</sup>.

Por tanto y «desde la perspectiva del derecho a la intimidad, no constituye una injerencia inconstitucional el *acceso proporcional de los padres de la menor fallecida, en su condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a sus documentos privados*. Y desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, es sabido que el artículo 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros. Y en consecuencia, los sucesores legítimos del receptor, titulares de todos sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin por ello vulnerar ningún precepto constitucional»<sup>17</sup>.

Por su parte, la SAP de Jaén, de 13 de abril de 2021, dictada contra el auto de sobreesimiento provisional del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Cazorla, de fecha 5 de enero de 2021, en las DP 92/2020, declara: «La presente causa se inicia en virtud de denuncia presentada por D.<sup>a</sup> Benita contra su hermano D. Alfredo, relatando que fallecida la madre de ambos, el denunciado accedió sin consentimiento de la denunciante a conversaciones privadas mantenidas entre su fallecida madre y la propia denunciante a través de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, que levantó acta de los mismos y los presentó en un procedimiento judicial civil».

«1. La madre de ambas partes, denunciante y denunciado, falleció el 25 de junio de 2019. 2. Que tanto denunciante como denunciado son herederos de la misma. 3. No resulta acreditado, puesto que se discute entre las partes, que entre los bienes que se integran dentro del caudal hereditario deba de incluirse el teléfono móvil que la causante utilizaba. Así tanto el investigado como el Ministerio Fiscal entienden que es propiedad del propio investigado por haber aportado este una factura (folio 10) en la que consta la adquisición del mismo. No obstante la denunciante considera que fue un regalo que recibió su madre y por tanto de exclusiva titularidad de esta. No obstante, esta cuestión resulta intrascendente, puesto que *cualquier heredero puede realizar actos de administración de los bienes de la herencia, sin que la mera aprehensión o tenencia del referido bien mueble, equivalga a una ilícita apropiación, y en cualquier caso tal tenencia el terminal por uno de los coherederos, una vez fallecida la usuaria, no es constitutiva de ilícito penal*. 4. En sus respectivas declaraciones ambas partes admiten que el investigado accedió a los mensajes de la aplicación «WhatsApp» que la causante conservaba en la memoria del teléfono móvil y en concreto, algunos mensajes de audio que le remitió la denunciante. Estos mensajes, al parecer se han aportado en un procedimiento judicial de índole civil».

En suma, «esta Sala comparte tal criterio debiendo abundar<sup>18</sup>, no solo en los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, sino atendiendo a que el tipo penal del artículo 197 alude a mensajes de correo electrónico, debiendo de entenderse incluida dentro de tal concepto cualquier tipo de correspondencia digital. De forma que se produce una equiparación en cuanto a la protección penal que se otorga entre las cartas y los mensajes electrónicos, como no podía ser de otro modo dado que ambos gozan de idéntica protección constitucional en el artículo 18 CE. En tal sentido esta Sala comparte el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a que el heredero, en tanto que sucesor legítimo del caudal hereditario en el que se integran todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, puede acceder a su correspondencia, postal o digital, y puede hacer uso de la misma, dado que el acceso a esta es lícito y no constituye infracción de derecho constitucional alguno. En otros términos, *no cabe distinguir*

entre herencia digital y analógica y no habrá heredero de patrimonio digital distinto del heredero del patrimonio analógico, porque la herencia es una sola»<sup>19</sup>.

*Obiter dicta*, en la controversia ventilada en sede de apelación AP de Barcelona, a 28 de noviembre de 2022, declara «2.7.— Pero es que, ante cualquier duda, en el derecho de sucesiones de Catalunya se establece una preferencia del modo testamentario a la condición testamentaria. En este sentido, el artículo 428-1 del CCC define aquel, en idéntica forma a lo que establecía la norma en vigor en el momento de otorgar el testamento del que traen causa las presentes actuaciones, el artículo 161 del Codi de Successions, al señalar que “1. *El modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos, una carga, un destino o una limitación, que, por la finalidad a que responde, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo. El modo también puede consistir en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante*”. De lo que se infiere el heredero adquiere la herencia, uniéndose a ello la obligación de cumplir con la carga, pero el incumplimiento de esa obligación no repercute en la institución, como sucede en nuestro caso»<sup>20</sup>.

En cuanto a la STS de 28 de febrero de 2018, estimatoria de la casación impetrada contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2016 por la sección 20.<sup>a</sup> de la AP de Madrid en el recurso de apelación 456/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario 1329/2014 del Juzgado de Primera Instancia 73 de Madrid sobre tutela civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Declara el Ponente MARÍN CASTÁN, sobre el *Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad*, «Eficacia legitimadora de la relevancia pública del hecho divulgado. Decisión de la Sala: estimación del motivo».

Este motivo primero debe ser estimado por las siguientes razones Cuestión jurídica planteada en el recurso que: Recurren en casación los demandados (el autor del reportaje periodístico cuestionado, la empresa editora del periódico en que se publicó y su entonces director), condenados en ambas instancias (aunque en apelación se redujo el importe de la indemnización por daño moral) por haber vulnerado la intimidad personal y familiar del demandante (primogénito del anterior Marqués de D., en cuyo nombre también actuaba) a resultados de una información publicada en la versión impresa y digital del diario «El País» el sábado 4 de octubre de 2014 sobre el conflicto familiar y las disputas judiciales motivadas por la herencia de su padre. La controversia en casación se centra en el juicio de ponderación entre la intimidad personal y familiar y la libertad de información, en particular por la relevancia pública de la información publicada como factor legitimador de la intromisión en la intimidad, aunque también se impugne, mediante el motivo segundo del recurso, la condena a publicar la sentencia condenatoria en la forma acordada por la sentencia recurrida».

De modo que habida cuenta de la colisión de derechos y el objeto casacional, donde ha de dilucidarse qué Derecho subjetivo tiene prioridad, lo cierto es que si bien, en supuestos de otra naturaleza no pudiera ceder la publicidad del contenido de las disposiciones testamentarias y de otra documentación privada, y no decaer la intimidad, lo cierto es que la ponderación de la colisión de derechos a la vista de la notoriedad personal y económica conduce a la indudable relevancia informativa de la contienda hereditaria. Así declara el Ponente, estimando la casación interpuesta por uno de los herederos que: «2.<sup>a</sup>) A este respecto, y por lo que se refiere al interés público de la información enjuiciada, la tesis del demandante es que su condición de aristócrata, de persona con título nobiliario, no es motivo suficiente para deducir que toda información



que afecte a su persona o familia tenga interés público, sobre todo cuando ni él ni su padre habían adoptado pautas de comportamiento en ese sentido; y en particular, que no estaba justificado que se hiciera público el contenido de las disposiciones testamentarias de su padre, ya que estas ponían de manifiesto la existencia de una agría disputa entre ambos que pertenecía al ámbito privado familiar, cuya revelación no consentida afectaba además a su reputación (aunque en su demanda no pedía la tutela del honor)».

Es más, «por esta razón, el argumento de la sentencia recurrida de que ni el demandante ni su padre podían ser considerados personas de notoriedad pública, por no haber aceptado exponerse públicamente, no se compadece con la jurisprudencia citada, cuya aplicación al caso permite concluir, por el contrario, que la información sí tenía un evidente interés público informativo, pues este resultaba no solo de la condición personal del demandante y de su padre, pertenecientes a una familia aristócrata en la que se aunaban los marquesados de D y D2, hecho determinante de una indudable proyección social que se explotaba, mencionándolos, en la propia web del grupo Mazacruz, sino, fundamentalmente, del hecho de que el conflicto familiar que se inició con la donación hecha al demandante por su padre (que no se discute que motivó disputas judiciales —algunas incluso llegadas a esta Sala— en torno a su validez, al control del grupo societario Mazacruz y al reparto de la herencia, no cuestionándose tampoco que fue voluntad del fallecido apartar a su hijo Jesús Luis del control empresarial y dejarle solo la legítima estricta, en metálico) había dejado de ser un tema estrictamente privado mucho antes de publicarse el artículo enjuiciado por afectar —lo que tampoco se discute— a un importante grupo empresarial, con un importante patrimonio —sobre todo inmobiliario en la provincia de Málaga—, y existir numerosos pleitos sobre esta contienda familiar y empresarial e informaciones paralelas que daban cuenta puntualmente de sus vicisitudes.

A este respecto fue precisamente el notorio interés informativo de una de las manifestaciones o ramas de este conflicto (la demanda del ahora recurrente contra la mujer de su padre y contra Dehesa de Los Llanos S.L. pidiendo que se declarase nulo el contrato de usufructo sobre la casa palacio y que la usufructuaria fuera condenada a entregar a la propietaria la posesión del inmueble) lo que llevó al Gabinete Técnico de esta Sala Primera y al CGPJ a difundir el viernes 15 de mayo de 2015, y por tanto antes de que se dictara la sentencia recurrida, una nota de prensa sobre la sentencia dictada con fecha 17 de marzo de ese mismo año (...)»<sup>21</sup>.

### III. LAS VOLUNTADES DIGITALES SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018

1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS)

Estos son los elementos básicos, al objeto de este estudio:

1. (27) El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas<sup>22</sup>.



2. (158) El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas. Las autoridades o los organismos públicos o privados que llevan registros de interés público deben ser servicios que están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, a adquirir, mantener, evaluar, organizar, describir, comunicar, promover y difundir registros de valor perdurable para el interés público general y facilitar acceso a ellos. Los Estados miembros también deben estar autorizados a establecer el tratamiento ulterior de datos personales con fines de archivo, por ejemplo, a fin de ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político bajo antiguos regímenes de Estados totalitarios, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, en particular el Holocausto, o los crímenes de guerra. 4.5.2016 L 119/29 Diario Oficial de la Unión Europea ES.

3. (160) *El presente Reglamento debe aplicarse asimismo al tratamiento de datos personales que se realiza con fines de investigación histórica. Esto incluye asimismo la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas*<sup>23</sup>.

Es suficiente tener en cuenta, últimamente, dos presupuestos dictados en el seno de la UE, la Decisión de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de 1 de octubre de 2019 por la que se establecen normas de ejecución relativas a la protección de los datos personales por el Servicio Europeo de Acción Exterior y a la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo 2019/C 370/05<sup>24</sup>.

Y, por otra, el Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la revisión de los Reglamentos de la UE relativos a la notificación y al traslado de documentos y a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, habida cuenta del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo<sup>25</sup>.

## 2. LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

### A) *El texto y su futuro desarrollo*

Y en este punto llamamos la atención sobre los siguientes extremos, aventurados en el Reglamento de la UE, si bien reclama, a nuestros efectos de un real decreto, ejecutivo y que desarrolle como es su obligación, el Reglamento interno correspondiente:

1. *Preámbulo V.* Destaca la importante mutación normativa de los datos referidos a las personas fallecidas. Es decir, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido. También excluye del ámbito de aplicación los tratamientos que se rijan por disposiciones específicas, en referencia, entre otras, a la normativa que transpone la citada Directiva (UE) 2016/680, previéndose en

la disposición transitoria cuarta la aplicación a estos tratamientos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, hasta que se apruebe la citada normativa<sup>26</sup>.

2. *Artículo 3. Datos de las personas fallecidas.* 1. Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.

Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

2. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

3. *Artículo 96. Derecho al testamento digital.*

1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

b) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma.

3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de estos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación.

*B) Notas sobre su contenido: el legislador de nuevo quiere aventurar más allá del Reglamento europeo y añadir elementos novedosos*

En definitiva, contempla más allá de los términos y de la propia pretensión del Reglamento europeo, el Derecho al testamento digital, toda vez que el Reglamento 2016/679 no resulta de aplicación a las personas fallecidas, de conformidad a lo previsto en su Considerando 27, 158 y 160, si bien los Estados miembros «son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas», tal como precisa el citado Considerando 27. En suma, si nada lo impedía, el legislador español ha querido incorporar el ejercicio de su competencia estatal, el tratamiento de la huella digital de los causantes.

En apretada síntesis, nuestra renovada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, pretende resolver los conflictos de hecho planteados ante la gestión post-mortem de los datos personales, su acceso, por parte de quien así designe el causante, sea en calidad de heredero, legatario, albacea o tercero.

Es necesario recapitular y contrastar esta novedad legislativa, entre los componentes clásicos de la herencia, personales, formales y los reales, para ratificar si estamos ante una auténtica innovación o si, antes bien, el destino de los archivos digitales generados en vida del causante, no son sino una manifestación más de la «huella» de su personalidad, contractual y no contractual.

Por tanto, si bien las nuevas tecnologías son una realidad pujante, diariamente renovadas, lo cierto es que, bajo el paraguas de la interpretación sociológica, cabe integrar el ordenamiento jurídico civil; de modo tal que no constituyan las comunicaciones que empleen estas vías sino un elemento del ámbito personalísimo.

Así que su destino —acceso, rectificación, eliminación— puede ser dispuesto en testamento notarial o, incluso, ológrafo, que, en el ejercicio de la actual noción de capacidad jurídica, podrán disponer menores y personas «con la capacidad de obrar modificada».

*C) Oferta on line: prestación de servicios*

Sea como fuere, las empresas que ofertan sus servicios bajo la amplia y confusa denominación de Testamento digital, extremo que habría de ser objeto

de análisis no solo doctrinal, sino específicamente a la luz del propio Derecho de Consumo y de las Prestaciones de servicios *on line*. Si bien en algunos casos, podría llegar a celebrarse y perfeccionarse la prestación de servicios de forma presencial, a mi juicio y en principio, más se asemeja a una prestación *on line* que a un contrato de mandato<sup>27</sup>, toda vez que extralimita los muros de este intercambio de prestaciones y que, abstracción hecha de la compensación económica o no de la relación jurídica de mandato, lo cierto es que la onerosidad siempre va a estar presente en dichos prestadores de servicios.

D) *Potenciales contenidos de la «herencia digital»*

<b>Categoría</b>	<b>Datos relevantes</b>	<b>Ejemplos</b>
Cuentas electrónicas	Datos de acceso, saldos y depósitos, contratos, historiales de mensajes, listados de transacciones, detalles de los contratos, pagos domiciliados, condiciones de rescisión de los contratos	Banca online, servicios de pago (PayPal, Google Pay), tiendas online (Amazon), plataformas de criptomoneda (bitcoin), servicios de streaming (Netflix, Spotify), cuenta de Google o de Apple
Perfiles en redes sociales	Datos de acceso, información del perfil, mensajes, imágenes y videos compartidos	Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Google, SnapChat, Skype, YouTube, páginas de citas
Cuentas de correo electrónico	Datos de acceso, mensajes, contactos	Buzones de correo electrónico en IONOS, GMX, Google, etc.
Software as a Service (plataformas <i>on line</i> )	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, imágenes y videos compartidos, historiales de mensajes, listado de transacciones, datos comerciales	Servicios en la nube, plataformas de trabajo (Slack, WordPress), herramientas para redes sociales (hootsuite), software de finanzas (NetSuite), plataformas de crowdfunding (Patreon, Kickstarter), canales de YouTube
Licencias y propiedades	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, normas de traspaso	Licencias de software (programas de edición de imagen), videojuegos (Steam, Origin), pertenencias y avatares en juegos online
Hardware	Medios, documentos, proyectos	PC, portátiles, smartphones, tablets, discos duros (externos), dispositivos USB, lectores de eBook, consolas de videojuegos

Fuente: <https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/la-herencia-digital/>  
La herencia digital: gestionar nuestro legado en la red<sup>28</sup>

Hasta contamos con app y actualizaciones inapreciables en nuestros terminales móviles: Cuando *iOS 15* se presentó en la *WWDC 2021*, pocos repararon en una de sus novedades más interesante: el Legado digital. «Esta función permite designar hasta cinco personas como representantes digitales para que puedan acceder fácilmente a los datos e información personal almacenada en iCloud en caso de defunción»<sup>29</sup>.

3. LA INEXISTENCIA DE UN TESTAMENTO DIGITAL Y LA CONFUSIÓN QUE AFECTA AL CONSENTIMIENTO DE AQUELLOS USUARIOS QUE SUSCRIBAN *ON LINE* ESTOS NEGOCIOS

Siquiera sea remitiéndonos a las periclitadas nociones de las superestructuras y la constatación de lo que hace ya décadas es una evidencia, cabe interrogarnos si consolidar este sistema de legado digital, nos permitiría construir el *Estado de Ciberderecho*: así, «Un punto de partida que todo el mundo pueda entender y compartir sus objetivos. No importaría la cultura, ni la posición social o ideológica (...) De esta manera, podemos entender que dentro del contexto de la UFADAA [*Uniform Fiduciary to Digital Assets Act*] podríamos entender que existen cuatro tipos de bienes: a) Los que se refieren al acceso a la información, tales como números de cuenta o la información de registro en las páginas, sin perjuicio de que la protección que pueda tener la información a la que se accede sea diferente (Haworth, 2014: 537) b) Bienes digitales tangibles, no se refiere a que exista una tangibilidad física, sino a los archivos informáticos (desde fotos a documentos de texto) que puedan ser nombrados y transferidos a un tercero. Estos más allá del valor de uso que tenía los anteriores implican un valor financiero, cultural o sentimental. c) Bienes digitales intangibles, esta categoría se distancia de las anteriores porque se refiere a la información posteada en los perfiles de usuario o comentarios a sus publicaciones, los retuits de Twitter o los «likes» de Facebook, es decir, esos datos que van marcando nuestra presencia *on line* (Haworth, 2014: 538). Serían los datos e informaciones que podrían ser requeridos para que se dieran de baja o fueran borrados. d) Metadatos, se refiere a los datos almacenados electrónicamente dentro de un documento o web que contienen información sobre el historial de acceso, localización, datos borrados, códigos, etc.»<sup>30</sup>.

Yendo a la solución presente de los conflictos actuales, no cabe sino hacer nuestras las afirmaciones de Enrique MONTOLIU ALCÓN, por evidentes, por incontestables y seguramente porque como fedatarios públicos, las respuestas que han de solventar han de ser inmediatas<sup>31</sup>.

De ahí que «Música, videos, redes sociales, e-mails, documentos, miles de fotografías... y lo que esté por venir. En los tiempos que corren acumulamos más y más patrimonio digital, cuyo valor puede llegar a ser considerable. Por ello, es normal que los notarios nos enfrentemos cada vez con más frecuencia a legítimas inquietudes sobre el destino de este «patrimonio digital» que vendría a conformar la llamada «herencia digital». Añado, por mi parte, de la doctrina especializada cripto juegos, otra fuente de activos...»<sup>32</sup>.

Sostiene que como ya hemos subrayado que de forma unívoca reitera la jurisprudencia que «no existe una herencia digital distinta de la herencia normal. No es nada sorprendente. El Código Civil dice que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»<sup>33</sup>, es decir, abarca todos los bienes, sean estos digitales o analógicos.

Sentada la base de que la herencia es una, se componga de bienes digitales, analógicos o de ambos, la mejor manera de gestionarla es, como siempre, mediante testamento abierto notarial. Este tipo de testamento nos permitirá, por un coste que rara vez supera los 50 euros, asegurarnos de que nuestra herencia recibirá el destino que deseamos, gracias al asesoramiento previo y gratuito dado por el notario.

Mucha atención con no caer en la trampa de los mal llamados «testamentos online», «digitales», o similares que ofrecen algunas empresas por internet. El testamento online NO existe. Lo único que pretenden estas compañías es cobrar-

te por realizar el mero trámite de ponerte en contacto con un notario, a quien puedes acudir directamente a asesorarte, ahorrándote un dinero.

Dicho lo cual, aunque la herencia sea la misma para bienes digitales o analógicos, cierto es que no debemos perder de vista que los bienes digitales tienen unas características propias evidentes, por lo que recomiendo recoger en el testamento una serie de disposiciones especiales para ellos, como puede ser la designación de un albacea, persona que será la encargada de cumplir las funciones que le especifiquemos, que podrían ir desde la administración *post mortem* de redes sociales, hasta el acceso a nuestra nube para descargar los archivos... lo que necesitamos. Debemos facilitarle todas las contraseñas que sean necesarias, lo que se puede hacer en el mismo testamento, pues su contenido permanece secreto hasta el fallecimiento»<sup>34</sup>.

Sea por tanto esta argumentación la que al día de hoy hayamos de mantener e instar la auténtica protección de los usuarios potenciales de dichos servicios *on line*<sup>35</sup>.

#### 4. TEXTO DE LA LEY 10/2017, DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS SEGUNDO Y CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Procede, sin otros preámbulos, la transcripción de la siempre precursora legislación catalana. Declara el preámbulo de la ya mencionada en un epígrafe precedente, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña: «Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado. Del mismo modo, después de la muerte pueden quedar unos derechos y unas obligaciones de naturaleza jurídica diversa sobre los diferentes archivos que haya generado la actividad de los prestadores de servicios, respecto a los cuales debe decidirse qué hacer. A menudo, los contratos que se suscriben con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de los archivos digitales. La legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones. Además, en el ámbito de las interacciones que se producen en las redes sociales a menudo nos encontramos ante derechos de carácter personalísimo que se extinguen con la muerte de la persona. Estas cuestiones y otras relacionadas han comenzado a generar inquietud en la ciudadanía y todo hace prever que esta inquietud se incrementará a medida que se extienda el uso de las redes sociales y la presencia de las personas en estas redes y, en general, en los entornos digitales. Conviene, pues, establecer unas normas que permitan determinar cómo debe administrarse el legado relativo a la actividad de cada persona en los entornos digitales»<sup>36</sup>.

A continuación prosigue: «Para gestionar la huella en los entornos digitales cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y para evitar daños en otros derechos o intereses tanto de la propia persona como de terceros, la presente ley establece que las personas pueden manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judi-

cialmente modificada. Mediante estas voluntades digitales, las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida. Estas mismas acciones deben poder ordenarse, cuando se goza de plena capacidad de actuar, para el caso de que se produzca una pérdida sobrevenida de esta capacidad».

Y como extremo que también conviene destacar: «Está claro, también, que la actividad digital de los menores de edad puede afectar a su desarrollo y puede tener repercusiones negativas por la incapacidad de gestionar adecuadamente su presencia en los entornos digitales. Respecto a los datos digitales de los menores de edad, la Ley faculta a quienes tienen la potestad parental y a los tutores para que velen por que la presencia de los menores y tutelados en los entornos digitales sea adecuada y no les genere riesgos. A tal efecto, deben poder promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios digitales y solicitar también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos».

La regulación es la integrada en su artículo 6. *Adición de un artículo al capítulo I del título I*, con relación a las voluntades digitales en caso de muerte.

Se añade, el 411-10, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, con el siguiente texto:

«Artículo 411-10. Voluntades digitales en caso de muerte. 1. Se entiende por *voluntades digitales en caso de muerte* las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas. 2. El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción. b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas. c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores. 3. Las voluntades digitales pueden ordenarse por medio de los siguientes instrumentos: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias. b) Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. 4. El documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad. 5. Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras *a*, *b* y *c* del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor. 6. Si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo



que obtenga la correspondiente autorización judicial. 7. Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales corren a cargo del activo hereditario»<sup>37</sup>.

Por su parte, el artículo 7, altera la redacción del artículo 421-2, sobre las voluntades digitales en testamento. Declara: Se modifica el artículo 421-2 del Código Civil de Cataluña, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 421-2. *Contenido del testamento*. 1. En testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte. 2. El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona».

Y como extremo controvertido por cuanto atañe al reparto competencial en este Estado plurilegislativo, el artículo 10 disponía. *Adición de una disposición adicional relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales*. «Tercera. *Registro electrónico de voluntades digitales*. 1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia. 2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales. 3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. 4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas. 6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento»<sup>38</sup>.

Procede ahora, recapitular el Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.

En particular, baste con el examen del auto 25/2018, de 20 de marzo, suficientemente expresivo como para la intelección de los elementos controvertidos

Pleno. Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña<sup>39</sup>.

Declara su Fundamento de Derecho Primero: El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión

que afecta a los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña. Dichos preceptos se encuentran suspendidos en su vigencia y aplicación como consecuencia de la invocación del artículo 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno. El recurso se fundamenta en la infracción de la competencia estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos de derecho privado (art. 149.1.8 CE). Al respecto se argumenta, en síntesis, que la Ley 10/2017 regula las voluntades digitales *mortis causa*, entendidas como decisiones mediante las cuales las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de defunción, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que la muerte supone no se extiendan a los entornos digitales. *La Ley prevé que esas voluntades digitales puedan plasmarse, cuando la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, en un documento que deberá inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales creado por la propia Ley.* El recurrente sostiene que no se trata de un registro administrativo, sino de un registro jurídico de derecho privado, por lo que la regulación autonómica impugnada invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Consecuentemente «afirma el Abogado del Estado que el documento de voluntades digitales previsto en la Ley 10/2017 ha de inscribirse en el Registro electrónico creado por la misma Ley, de suerte que la decisión sobre el destino que tras la muerte desea dar la persona a sus archivos digitales, manifestada al margen de los instrumentos típicos ordenadores de las últimas voluntades *mortis causa*, despliega, merced a esa inscripción registral, efectos sustantivos en un ámbito de las relaciones y esfera privada de las personas tan relevante como el sucesorio. Ello entra en conflicto insalvable con la normativa estatal (una ha de ser la ley que regule la sucesión), lo que hace necesario mantener la suspensión de los preceptos recurridos, pues los efectos que se derivarían de su aplicación solo podrían coordinarse convenientemente con una única norma de carácter y ámbito estatal que tuviera presente el registro general de actos de última voluntad, evitando así cualquier incertidumbre jurídica y garantizando una aplicación coherente de las medidas de protección (de la voluntad del causante y de los terceros afectados por el fenómeno sucesorio) en todo el territorio nacional. El levantamiento de la suspensión afectaría a un valor constitucional tan relevante como la seguridad jurídica, referida a la de los titulares de derechos subjetivos y relaciones jurídicas civiles de carácter patrimonial y mercantiles, con palmarias repercusiones en terceros que pudieran haber confiado en las inscripciones del registro autonómico, pues el contenido de los derechos y obligaciones que se reflejaran en el mismo podrían ser distintos en función de la ley a la que estuvieran sometidos».

En buena lógica, el TC, acuerda mantener la suspensión de los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.

Finalmente, el Pleno del TC, ha declarado inconstitucional y nulo el mencionado artículo 10, en la STC de 17 de enero de 2019.

Como bien advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Por lo que se refiere a este segundo requisito la voluntad del legislativo catalán es clara e indubitada»: «un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales» dice el artículo 411-10.3.b); «Este documento debe inscribirse en el

Registro electrónico de voluntades digitales» reitera el artículo 421-24.1. Lo que quiere decir que *si el documento en cuestión no se ha inscrito en el Registro que la propia Ley 10/2017 constituye el mismo carece de eficacia para legitimar a la persona en él designada como interlocutor de los prestadores de servicios digitales en las relaciones contractuales que el causante mantenga con ellos en el momento de su fallecimiento.*

Dicha inscripción del negocio jurídico recogido en el documento de voluntades digitales tiene pues carácter constitutivo, es decir, es un requisito *sine qua non* para la eficacia del mencionado negocio jurídico *mortis causa*.

No parece que se pueda albergar la menor duda sobre la eficacia civil o sustantiva del Registro electrónico de últimas voluntades, puesto que el mismo es cauce para la eficacia de un negocio jurídico *mortis causa* especial, cuya especialidad radica en que se limita a designar a un sucesor contractual del causante. Así se describe con acierto en la exposición de motivos de la Ley 10/2017: «A menudo, los contratos que se suscriben con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de los archivos digitales». Obsérvese que lo que el legislador catalán denomina políticas en vigor de los prestadores de servicios digitales, con respecto a su actuación en caso de fallecimiento de sus clientes, no son sino condiciones generales de la contratación, sometidas lógicamente a los controles que nuestro ordenamiento establece para reconocer su valor contractual. Posteriormente se califica el Registro electrónico de voluntades digitales en esa misma *Exposición de Motivos, de forma manifiestamente premeditada, a efectos de preparar la defensa de la competencia legislativa sobre la materia, como «un nuevo instrumento registral de carácter administrativo».*

Se trata de una sucesión *mortis causa* Ley de Propiedad especial, similar a la que prevé, aunque de forma más sencilla, la en su artículo 15 para el ejercicio *post mortem* de los derechos morales de autor, y que, al igual que ocurre en este supuesto puede dar lugar a una relación compleja entre las personas designadas para la misma y los demás sucesores *mortis causa* del autor, en la medida en que el ejercicio de esos derechos morales pueden tener unas consecuencias patrimoniales importantes que no corresponden a aquellas sino a los titulares de la herencia. En efecto, si bien frecuentemente los archivos digitales del causante que estén en los servidores de los prestadores de servicios digitales carecerán de valor patrimonial, puede ocurrir que en ocasiones no sea así. Con lo que la realización de ese valor patrimonial, que corresponde a los titulares de la herencia, dependerá de la actuación que tenga la persona designada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales. Obsérvese que, en coherencia con la distinción señalada, el artículo 411-10.7 prevé que «Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales corren a cargo del activo hereditario». Esa relación entre persona legitimada para cumplimentar la voluntad digital del causante y sus herederos también puede resultar complicada cuando los archivos puedan tener un especial valor en relación con el honor, la imagen o la intimidad del propio causante o de terceras personas<sup>40</sup>.

Por su parte, ORDELIN FONT y ORO BOFF ratifican lo ya dicho acerca de que «el Derecho está llamado a intervenir en la búsqueda de la compatibilidad entre las implicaciones de un progreso tecnológico, cada vez más independiente del control humano, y mantener incólumes derechos tan básicos como la intimidad o la privacidad de las comunicaciones. El Derecho de Sucesiones en general y, la institución de la herencia, en particular, deben adaptarse a la com-

pleja naturaleza de los adelantos tecnológicos. Los bienes digitales no tienen un valor económico *per se* determinado o determinable, y en el complejo mundo de la tecnología constituyen la nueva moneda de cambio, susceptible de cesión y transmisión precisamente por la información personal que poseen, resultando no solo un activo digital en el estricto sentido de la palabra, sino también un bien digital personal, en el cual es imposible desligar una característica de otra, puesto que precisamente estos caracteres están recíprocamente condicionados y se determinan entre sí. Por ello es dable reconocer no solo un poder de conservación sino también de disposición sobre dichos activos luego de la muerte de su titular»<sup>41</sup>.

Por último, haremos una mención a la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, libro segundo, donde se adopta para todo lo no regulado en esta materia la fórmula de la remisión dinámica a *todos los testamentos regulados en el derecho común, salvo el ológrafo*, el cual se regula específicamente con observancia de la legislación notarial y salvando las especialidades concretas que sobre el mismo contiene el propio Fuero.

De momento, baste incluir el texto de la Ley 190. *Concepto de testamento ológrafo*. Se denomina ológrafo el testamento que el testador mayor de edad o menor emancipado escribe de su puño y letra en su totalidad y firma por sí mismo con expresión de la fecha en que lo otorga y la Ley 193 *Otros testamentos*. Sin perjuicio de las especialidades contenidas en la presente Compilación, se aplicarán en Navarra las disposiciones del Código Civil relativas a los siguientes testamentos: el testamento otorgado en tiempo de epidemia, los testamentos militares y marítimos y el testamento hecho en país extranjero.

En principio, por tanto, será de plena aplicación lo previsto en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sin entrar en colisión con la actualización del Derecho foral, que en nada menciona ni contempla, sin excluirlos por reenvío, los testamentos y voluntades digitales.

#### IV. UNA MENCIÓN A LA BIOMETRÍA

Es sabido que nuestro Código común se adscribe a la familia romano-francesa si bien, en el ámbito sucesorio, no podemos obviar que, al tiempo, concurren vestigios germánicos, como sostendría ROCA SASTRE<sup>42</sup>. Sea como fuere, las modificaciones habidas en el texto común sobre las fórmulas hereditarias en pro las personas con discapacidad visual, son especialmente interesantes para la materia en cuestión, toda vez que sus avances podrían estar a disposición de un amplio grupo social; incluso, en todo lo que sea más favorable a quienes así lo pudieran reclamar. Evidentemente es una reflexión personal y *lege ferenda*. Con todo, aventurarse en el intrincado mundo de lo electrónico y digital, es cuando menos apasionante; desde hace años muchos conveníamos en lo acertado de la aplicación de los medios electrónicos para la facilitación de la deposición hereditaria ante notario.

De ahí que la valoración de la ininterrumpida presencia de modalidades específicas para estas últimas voluntades, a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos occidentales, ratifica en buena lógica tanto la realidad poblacional, como la condigna preocupación para solventar con mayor o menor atino sus necesidades especiales. Decíamos en este punto, que en resumidas cuentas, la

discapacidad visual, sea ceguera, ceguera legal o baja visión, según la última encuesta del INE<sup>43</sup> afecta a tantos miles de personas que, reclama ciertas matizaciones técnicas protagonizadas por el ejercicio de su capacidad jurídica.

En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común, auguran no solamente que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es el precursor—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos<sup>44</sup>. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

## V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. A la luz de la jurisprudencia señera sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», o con más sencillez «instrucciones de carácter digital», es parte del contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento. Y del patrimonial también, sea en forma de criptoactivos, bitcoins, o criptomoneda China eYuan, tokenización o NFT de activos artísticos, etc. Por tanto, digital y como el analógico, parte de las disposiciones testamentarias, materiales, inmateriales, patrimoniales o no, de las que el fedatario público dará cuenta según alguna de las modalidades previstas según el Derecho foral o común.

II. Ciertamente es que no se ajusta a derecho la expresión «testamento digital», si bien lo más perjudicial y dañino puede ser la confusión que propicia entre consumidores y usuarios, en particular, en la oferta *on line* de estos servicios. De hecho, consumidores y usuarios, podrán ser sujetos en un intercambio de conductas comprometidas con una empresa, donde el contrato de prestación de servicios *on line* consista en la gestión, presente y futura, de su huella digital en su conjunto. A mayor abundamiento, hemos de tener en cuenta que, en principio, estos acuerdos incluyen, cuando menos nominalmente, cierto tipo de contratos o relaciones previas, en las que el usuario ha suscrito pactos (con terceros a estos efectos) de carácter personalísimo y, que, por tanto, no son ni transmisibles por razón de fallecimiento, ni gestionables por un operador de esta naturaleza. Esta equivocidad, nos retrotrae al denominado testamento vital, que ni era testamento ni vital, con la conspicua divergencia de no inducir a confusión patrimonial entre quienes pudieran suscribirlo. Diferencia nominal que, finalmente, fue enmendada por la de «instrucciones previas» y constituido su Registro Nacional, de conformidad a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

III. Por su parte, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica «confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal. Las dificultades asociadas a ese vacío se han visto multiplicadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial de la legislación llamada a reglar la obligación de las operadoras de conservar los datos generados por las comunicaciones electrónicas, que ha degradado los muy extendidos instrumentos de comunicación telemática —por ejemplo, los mensajes de SMS o el correo electrónico— a la condición de aspectos acceso-

rios, de obligado sacrificio siempre que se adopte una decisión jurisdiccional de intervención telefónica. Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas —en su propia y diferenciada instrumentalidad— a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional». A esta LO, se añade la Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

IV. Es posible que gracias al Reglamento europeo «la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido». En definitiva, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales contempla más allá de los términos y de la propia pretensión del Reglamento Europeo, el Derecho al testamento digital, toda vez que el Reglamento 2016/679 no resulta de aplicación a las personas fallecidas, de conformidad a lo previsto en su Considerando 27, 158 y 160, si bien los Estados miembros «son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas», tal como precisa el citado Considerando 27. En suma, si nada lo impedía, el legislador español quiso incorporar el ejercicio de su competencia estatal, el tratamiento de la huella digital de los causantes. Ya teníamos sus antecedentes.

V. En estos momentos hemos de reclamar tanto el desarrollo reglamentario, como el inexcusable Registro Nacional de «voluntades digitales»; es más, por atrevido que se antoje, es necesario el de las criptomonedas, bitcoins, yen coin chinos..., en suma, como en su momento sucedió con la creación del Registro de Contratos de Seguro, habrá de prestarse por parte de los operadores y con las preceptivas garantías, la declaración de qué y quiénes son titulares de estos intangibles que, ciertamente, configuran un mercado paralelo incluso a la fiscalidad, si bien, pronto será complejo permanecer ajenos a la tributación de dichos activos.

VI. Quizás fuesen los fedatarios públicos quienes, entre sus muchos quehaceres, incorporasen la consulta a sus deponentes, si son o no titulares de este tipo de bienes, haciéndoles sabedores que, de momento, la tenencia de la clave, parece que hace titular a quien la posea. Así sus clientes podrán tomar las medidas que aconsejados debidamente, hagan de sus disposiciones testamentarias, un recorrido completo por sus tenencias y titulares activos.

VII. Téngase presente el régimen jurídico al que ya están sometidos alguno de los activos que hemos tenido ocasión de mencionar en este trabajo, así la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, advierte «Esta ley también introduce las adaptaciones necesarias para la aplicación del Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos. En concreto,



en lo referente a la designación de la CNMV como autoridad competente para la supervisión de la emisión, oferta y admisión a negociación de determinados criptoactivos que no sean instrumentos financieros. Con el objeto de que la CNMV pueda ejercer las facultades que le confiere dicho Reglamento, se introduce también el régimen de infracciones y sanciones aplicable de conformidad con el mismo. En definitiva, todas estas previsiones permitirán aplicar en España la normativa europea sobre criptoactivos, tan pronto como esta se apruebe, ya que la CNMV contará inmediatamente con las competencias de supervisión necesarias para garantizar la protección de los inversores y la estabilidad financiera en este ámbito».

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de la Sala de lo Penal, siendo Ponente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 26 de noviembre de 2014

### SALA PRIMERA

- STS de 28 de febrero de 2018
- STS de 19 de julio de 1983
- STS de 17 de febrero de 1981
- STS de 27 de abril de 1940
- SAP de Barcelona, de 28 de noviembre de 2022
- SAP de Jaén, de 13 de abril de 2021

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA (1990). Comentario del artículo 672, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 A, Edersa, Madrid.
- ALBIEZ DOHRMANN (1998). *Negocios atributivos «post mortem»*, Madrid.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentarios a la Sección 2.ª *De los testamentos en general. Artículos 667 a 675, Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 830-837.
- ÁLVAREZ OLALLA (2017). Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 302), *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 104, 445-460.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 110/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Pamplona. BIB 2019/5958.
- (2009). Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 599-601.
- (1991). Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.),



- Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1690 a 1692.
- CADENA SERRANO, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, DEL MORAL GARCÍA, ESCOBAR JIMÉNEZ, LANZAROTE MARTÍNEZ (2022). *Intervención de las comunicaciones*, Tratamiento jurisprudencial y legal de algunos supuestos de datos asociados a la comunicación 5.5.9 Acceso a los mensajes de SMS.
- CÁMARA LAPUENTE (2019). Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019 ¿Derecho sucesorio, privacidad, datos o nuevos derechos digitales intransmisibles?
- COLLOSA, A. (2023). Los juegos criptográficos y su tributación, Centro Interamericano de Administraciones tributarias <https://www.ciat.org/ciatblog-los-juegos-criptograficos-y-su-tributacion/>
- CUCURULL POBLET (2022). La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales), *RDC*, vol. IX, núm. 2 (abril-junio), 313-338.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012). *Sistema de Derecho Civil, III (tomo 1) Derechos reales en general*, Madrid, 8.<sup>a</sup> ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2021). Lección 3. Tipos de sucesión *mortis causa* y Contenido de la herencia, *Manual de Derecho Civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, Llamas Pombo, (Dir.), La Ley, Madrid, 67 y sigs.
- ESPÍN CÁNOVAS (1991). Comentario al artículo 672 del Código Civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1690 a 1692.
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS (2016). La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre, *Escritura Pública*, 23 y sigs.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999). *Propiedad industrial, Propiedad intelectual y Derecho administrativo*, Prólogo de PRIETO DE PEDRO, Madrid.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2020). La Herencia Digital Ante El Derecho Europeo.
- GARCÍA HERRERA (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *La Ley*, 9284.
- GINEBRA MOLINS (2018). Morir en la era digital «voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales, *Derecho mercantil y tecnología*, Agustín Madrid Parra (Dir.) Blanco Sánchez, (Coord.), Navarra, Aranzadi, 107 y sigs.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Carta de derechos digitales*.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo segundo, Madrid, 7.<sup>a</sup> ed.
- GUTIÉRREZ GARCÍA (2022). Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el *cloud computing*: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube, *Actualidad civil*, 12, 2022.
- (2020). El concepto de obra audiovisual en el Derecho español, *Derecom*, 29.
- HERNÁNDEZ GIL (1989). Contenido de la sucesión, *Obras completas*, 4, Madrid, 483 a 487.
- INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy\\_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia\\_tecnologias\\_biometricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf&usq=AOvVaw0tcOkWLR6bGfML4yiO033k](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usq=AOvVaw0tcOkWLR6bGfML4yiO033k) (visitado en marzo de 2023).

- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ (2021). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 15.ª ed., con la colaboración de CERVILLA GARZÓN, GARCÍA PÉREZ y PLANA ARNALDOS.
- LÓPEZ VILAS (1974). *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios. Sucesión y rehabilitación*, Madrid, 1974.
- MARTÍNEZ CALCERRADA (1966). El testamento y su pretendida patrimonialidad, *RDP*, 463.
- MARTÍNEZ ESPÍN (2009). Comentarios a la Sección 3.ª *De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687* y Comentarios a la Sección 4.ª *Del testamento ológrafo. Artículos 688 a 693*, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 838 a 856.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, MORENO VERDEJO, REY HUIDORO, RIVES GARCÍA, RIVES SEBA (2022). Capítulo II Tratamiento procesal de la prueba ilícita: excepciones. La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: (Capítulos I a X)», Aranzadi/Civitas.
- MORALEJO IMBERNÓN (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *ADC*, tomo LXXIII, I, 241-281.
- MORETÓN SANZ (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *RCDI*, 95, 772, 2019, 955-977.
- (2020). El contenido personal de las redes sociales y voluntades digitales: «historia digital», *Disposiciones testamentarias y tutela de la privacidad, Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 193 a 248.
- MUÑIZ PÉREZ, J.C. (2023). Criptoactivos, paraísos fiscales y financiación del terrorismo yihadista, *Repercusiones de la radicalización yihadista en la seguridad europea, mediterránea y latinoamericana*, 691-707.
- MUÑIZ PÉREZ, J.C., CORDEIRO CÁNDIDO, J. (2021). Criptomonedas y fiscalidad, *Desafíos fiscales en un mundo post-covid: valoración y retos pendientes a nivel interno e internacional*.
- MOHAMMAD OWAIS FAROOQU (2023). Herencia de Activos Digitales: Análisis Del Concepto De Herencia Digital En Plataformas De Redes Sociales, *Novum Jus Novum Jus*, 16 3 Bogotá oct./dic. 2022 Epub 22-Mar-2023.
- PABLO CONTRERAS (2007). Comentario al artículo 42, *Comentarios a la LPI*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), Madrid, 3.ª ed., pág. 745 y sigs.
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA (2017). *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017, pág. 98.
- ROCA SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.ª ed.
- (1940). Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 497 a 515.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2015). La aportación de SMS como prueba en el proceso penal una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre, FODERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [«IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015»], 137-144.
- RODRÍGUEZ PRIETO, R., y MARTÍNEZ CABEZUDO, F. (2017). Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la Filosofía del derecho, *Revista internacional de pensamiento político*, I Época, Vol. 12, 77-104.

- RODRÍGUEZ TAPIA (2007). Comentario al artículo 42, *Comentarios a la LPI*, Madrid, 353 y sigs.
- ROGEL VIDE (1990). Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código Civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid.
- (2003). *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid.
- (1999). (Coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid.
- SANTOS MORÓN (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 1, 413-438.
- SOLÉ RESINA (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril, 417 a 440.
- TORRALBA MENDIOLA (2008). Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal, *ADC*, LXI, fasc. III, 1261 a 1361.
- TORRES LANA (2004). Forma del negocio y nuevas tecnologías, *RDP*, 489 a 522.
- ZÁRATE CONDE (2019). La tutela penal de los datos de carácter personal. Una perspectiva jurisprudencial, *Diario La Ley*, 9422.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este artículo es uno de los frutos de los Proyectos que llevan por título EJES DE LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE CAMBIO (EJEJUSTICAM), en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, de TRANSICIÓN DIGITAL DE LA JUSTICIA, Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023 *Next Generation UE*, IP CALAZA LÓPEZ, Sonia y MUINELO COBOS, José Carlos, UNED y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ACTUAL ENTORNO TECNOLÓGICO Y SOCIAL, IP CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> Dolores, Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho Universidad de Cádiz. PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. A todos ellos, rindo testimonio de su inagotable capacidad de trabajo y generosidad académica de la que soy beneficiaria.

<sup>2</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

<sup>3</sup> El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde ahora ventilar aquellos casos controvertidos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad. En este sentido, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles. En especial apunta a las singularidades que ostentan ciertos derechos de carácter público que se sustraen del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias. *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, por cuanto la declaración del causante de morir intestado constituye, en sí, una afirmación que no puede considerarse otorgamiento estricto de testamento.

<sup>4</sup> En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1998, reitera la línea jurisprudencial al decir: «El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de 'la partición de sus bienes', sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia».

<sup>5</sup> Sobre estos aspectos, *vid.*, MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, pág. 46, nt. 26 y las sentencias de las Audiencias allí citadas.

<sup>6</sup> Sobre el patrimonio y la separación de los ámbitos de responsabilidad de las deudas, *vid.*, las obras clásicas DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *vid.*, *Sistema de Derecho Civil I*, Madrid, 2002, 10.<sup>a</sup> ed. 383 a 384; ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Barcelona, 2002, 15.<sup>a</sup> ed., 509 a 511; COSSÍO, *La teoría del patrimonio, Estudios en homenaje al Prof. Serrano*, Valladolid, 1965, 125 y sigs.; FAIRÉN MARTÍNEZ, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, RDN, 1962, 241 y sigs.

<sup>7</sup> *Vid.*, entre otras obras, GUTIÉRREZ GARCÍA, *Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el cloud computing: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube, Actualidad civil*, 12, 2022; El concepto de obra audiovisual en el Derecho español, *Derecom*, 29, 2020.

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *vid.*, Artículo 10. Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. i) Los programas de ordenador. 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella. *Vid.*, sus Comentarios, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 745 y sigs.

<sup>9</sup> Apréciase cuál es el alcance y su aplicabilidad: UE Patrimonio digital europeo Las tecnologías digitales ofrecen nuevas oportunidades para conservar el contenido cultural y hacer que el patrimonio cultural sea más accesible para todos los públicos. Los museos y las organizaciones culturales que abrazan la tecnología pueden ofrecer experiencias innovadoras a sus visitantes, así como permitir que el público acceda a exposiciones a distancia y vea material que no está expuesto. La Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías (DG CNECT) se ocupa de las acciones estratégicas, de coordinación y financiación para apoyar la digitalización de los Estados miembros, así como el acceso en línea a material cultural y su conservación digital. Más información sobre el patrimonio cultural digital. Europeana: la plataforma digital de Europa para potenciar el patrimonio

cultural La misión de Europea es potenciar el sector del patrimonio cultural en su transformación digital. Brinda apoyo a miles de museos, archivos y bibliotecas europeos para ofrecer acceso libre a versiones digitalizadas de obras de arte, libros y música. Europea se financia desde 2008 en el marco del programa del Mecanismo «Conectar Europa». Descubra la extensa colección en Europea. Patrimonio cultural digital El patrimonio cultural está evolucionando rápidamente gracias a las tecnologías digitales. El impulso es ahora preservar nuestro patrimonio cultural y llevarlo a esta década digital. Las oportunidades sin precedentes traídas por tecnologías como Data, AI, 3D y XR vuelven a la vida los sitios del patrimonio cultural. Los museos virtuales ofrecen a los visitantes la posibilidad de ver obras de arte en contexto y experimentar objetos o sitios inaccesibles para el público. La transformación del sector está dando lugar a un acceso en línea más fácil al material cultural para todos. La Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología de la Comisión Europea ha llevado a cabo una amplia coordinación de políticas y acciones de financiación para complementar la política cultural de los Estados miembros. Estas acciones abarcan los ámbitos de la digitalización, el acceso en línea al material cultural y la preservación digital.

<sup>10</sup> Vid., artículos 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>11</sup> En este sentido, la SAP de Madrid, de 13 marzo de 1998 en un asunto siendo demandante Films, S.A., en su condición única y legítima titular de los derechos exclusivos de explotación en España de las películas «Agustina de Aragón», «Ama Rosa», «El Beso de Judas», «Condenados», «Currito de la Cruz», «De mujer a mujer», «Dña. Francisquita», «Duquesa de Benamejí», «Festival en Benidorm», «La hermana San Sulpicio», «Juanito», «La leona de Castilla», «Locura de amor», «Lola la Piconera», «Muchachas de Bagdad», «Pequeñeces», «La reina del Tabarín» «Las ruinas de Babilonia», «Una cubana en España», «Vampiresas 1.930», «Buen viaje Pablo», «Calabuch», «Caravana de esclavos», «Esa voz es una mina», «El genio alegre», «Operación Popoff», «El pescador de coplas», «El Piyayo», «El puente de la paz», «Que bella eres Roma», «El soltero», «Susana pura nata», «Suspiros de Triana», y el «Ultimo cuplé», por haberlos adquiridos de su anterior titular D. Matías, quien consolidó plenamente los derechos de explotación subastados por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión.

<sup>12</sup> Téngase en cuenta la normativa actualmente vigente y la duración temporal fijada en los setenta años desde la muerte del autor.

<sup>13</sup> Con todo y en tanto no consigamos unificar la terminología y evitar equívocos, lo cierto es que en la autodenominada, *Carta de derechos digitales*, cuyo objeto descansa en «perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. Se trata de un proceso naturalmente dinámico dado que el entorno digital se encuentra en constante evolución con consecuencias y límites que no es fácil predecir», incluye entre los Derechos de Libertad, el de la Herencia digital, consistente en «1. Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida. 2. Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido. 3. Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino». [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwie3rmejMH-AhU1UaQEhJYAWYQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.lamoncloa.gob.es%2Fpresidente%2FActividades%2FDocuments%2F2021%2F140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf&usq=AOVaw01XAVkDWmDzRxhthdINUY](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwie3rmejMH-AhU1UaQEhJYAWYQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.lamoncloa.gob.es%2Fpresidente%2FActividades%2FDocuments%2F2021%2F140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf&usq=AOVaw01XAVkDWmDzRxhthdINUY) (visitada abril de 2023)



<sup>14</sup> De modo que como ya he anticipado y he afirmado en mis publicaciones anteriores, coincido como ya he manifestado, las afirmaciones sobre que «los «contenidos» digitales a los que se refiere la norma del artículo 96 LOPD no siempre constituyen bienes «transmisibles» que puedan ser objeto de una sucesión *mortis causa*, lo que alejaría esta regulación del ámbito del Derecho hereditario [que solo abarca aquellos bienes y derechos que lo sean]», MORALEJO IMBERNÓN, (2020), El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, ADC, tomo LXXIII, I, 241-281.

<sup>15</sup> Sigue la STS «En este oficio se expone ampliamente que una testigo (Santiago), amiga de la menor fallecida Tamara, en la declaración prestada el 29 de diciembre de 2012, manifestó que Tamara, una semana antes de morir, le dijo que había conocido a un chico llamado Justo, a través de Casilda, y que Justo le había proporcionado a Casilda cocaína por haberle conseguido a Tamara, y a su vez le proporcionaba cocaína a la propia Tamara por acostarse con él.— Estos hechos ponen de relieve la utilización de estupefacientes para la inducción a la prostitución de menores de edad, una actividad delictiva de acentuada gravedad, y constituyen una base fáctica suficiente para justificar por sí mismos la intervención telefónica del supuesto responsable, Justo. En consecuencia, la intervención telefónica de la que se derivan las pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena del recurrente, tiene su apoyo en una base fáctica suficiente, independiente de los SMS localizados por los progenitores de la menor.— Estos SMS sirvieron básicamente para localizar los números telefónicos de Justo, que en cualquier caso podrían haberse obtenido por otro medio, una vez que la testigo Santiago había proporcionado los datos relevantes de la implicación de Justo en tráfico de cocaína, y en la inducción de la menor a la prostitución, utilizando los estupefacientes como incentivo. Debiendo señalar adicionalmente que la testigo proporcionó asimismo los datos fácticos necesarios para localizar e identificar policialmente a Justo entre las relaciones conocidas de Tamara (un joven latinoamericano, de entre 27 y 28 años, con un hijo pequeño y con el que frecuentaba el hotel del Pont d'Inca)».

<sup>16</sup> *Vid.*, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La aportación de SMS como prueba en el proceso penal una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre», *FODERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [«IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015»]*, 2015, 137-144; CADENA SERRANO, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, DEL MORAL GARCÍA, ESCOBAR JIMÉNEZ, LANZAROTE MARTÍNEZ, «Intervención de las comunicaciones», «Tratamiento jurisprudencial y legal de algunos supuestos de datos asociados a la comunicación 5.5.9 Acceso a los mensajes de SMS», MARTÍNEZ JIMÉNEZ, MORENO VERDEJO, REY HUIDORO, RIVES GARCÍA, RIVES SEBA, Capítulo II Tratamiento procesal de la prueba ilícita: excepciones, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: (Capítulos I a X)*, Aranzadi/Civitas, 2022; RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017, pág. 98.

<sup>17</sup> Roj: STS 5174/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5174.

<sup>18</sup> «Entiende la defensa del investigado que resulta de aplicación la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, de 26 de noviembre de 2014 que en su fundamento jurídico noveno trata la cuestión y acaba por concluir que el heredero tiene acceso a la correspondencia del causante, incluso a la de naturaleza digital, en aquel caso SMS, guardada en el terminal móvil y que debe de equipararse a la correspondencia ordinaria, papeles y cartas del fallecido».

<sup>19</sup> Roj: AAP J 391/2021 - ECLI:ES:APJ:2021:391.

<sup>20</sup> Roj: SAP B 14026/2022-ECLI:ES:APB:2022:14026, en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario tramitados por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Arenys de Mar, pendientes en esta segunda instancia al haber interpuesto recurso la parte demandante contra la sentencia que dictó dicho juzgado de primera instancia el día 23 de abril de 2020.

<sup>21</sup> Roj: STS 1306/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1306.

<sup>22</sup> Como bien señala 12 de octubre de 2020 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., (2020), *Notaría La Herencia Digital Ante El Derecho Europeo*, además de esta Reglamentos habremos de tener en cuenta «la Directiva (UE) 2019/770 de 20 de mayo de 2019, relativa a deter-

minados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que en su considerando 53 y artículos 2.13 y 10 delimita el carácter patrimonial del contenido digital en referencia al periodo de tiempo acorde con los fines de la información a través de soportes duraderos o en relación a derechos sobre propiedad intelectual de terceros» y, añadido Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

<sup>23</sup> *Vid.*, Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (Diario Oficial de la Unión Europea L 119 de 4 de mayo de 2016).

<sup>24</sup> Vista la Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 26 de julio de 2010, por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (2010/427/UE) (1) («Decisión SEAE del Consejo»), y en particular su artículo 11, apartado 3, Visto el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE (2) («Reglamento»), y en particular sus artículos 43, 44 y 45, Considerando lo siguiente: (1) El régimen de responsabilidad más completo que establece el Reglamento para los responsables del tratamiento de datos exige la adopción de una nueva decisión de ejecución que sustituya a la Decisión PROC HR(2011) 016 de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de 8 de diciembre de 2011, sobre las normas relativas a la protección de datos en el SEAE. (2) Las funciones del delegado de protección de datos y las responsabilidades del responsable del tratamiento en el Servicio Europeo de Acción Exterior deben estar claramente establecidas y adaptarse a los requisitos del Reglamento, DOUE-Z-2019-70040 (2019/C 370/05) <https://www.boe.es/doue/2019/370/Z00009-00017.pdf>

<sup>25</sup> Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la revisión de los Reglamentos de la UE relativos a la notificación y al traslado de documentos y a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil ((2019/C 370/07), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_2019\\_370\\_R\\_0007&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_370_R_0007&from=ES) La cuestión, como literalmente expresan las conclusiones es la transmisión de datos probatorios en asuntos civiles y mercantiles, como es el caso de la materia que tratamos, por tanto «El SEPD acoge con satisfacción los objetivos generales de las propuestas de mejorar la eficiencia de la cooperación judicial, en particular mediante la digitalización y el uso de las tecnologías de la información, en relación con la obtención de pruebas y la notificación de documentos en materia civil o mercantil». En particular, de entre las tres recomendaciones formuladas por el SEPD para garantizar el cumplimiento de la Carta y del Reglamento general de protección de datos, destacaremos la primera de ellas «proporcionar un fundamento jurídico claro para el sistema informático que se emplearía para la transmisión de documentos, solicitudes y comunicaciones a efectos del presente Reglamento. En particular, en caso de que el sistema informático implique la participación de una institución, órgano, agencia u oficina de la UE, este fundamento jurídico debe estar previsto, en principio, en un acto legislativo de la UE. Asimismo, *incluso en caso de que el tratamiento de los datos personales se lleve a cabo en el marco de un sistema informático existente, el SEPD recomienda prever la utilización de dicho sistema en el propio acto legislativo*. No obstante, el sistema existente que se prevé utilizar debe fundamentarse debidamente sobre la base de un acto jurídico adoptado a nivel de la UE, lo que no es actualmente el caso de e-CODEX. Si el legislador de la UE optara por la solución e-CODEX, habría que poner remedio sin demora a la falta de un instrumento jurídico a escala de la UE que establezca y regule el sistema».

<sup>26</sup> *Vid.*, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA Serie A: Proyectos de Ley, 9 de octubre de 2018 Núm. 13-3 Pág. 1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Informe de la Ponencia).



<sup>27</sup> Una búsqueda en cualquier buscador bajo el título de Testamento digital o incluso Testamento inteligente <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/> oferta a mayores de 14 años, la posibilidad de crearlo *on line*, con un chatbot que sirve de apoyo para que, una vez registrado y sobre la oferta preliminar, puedas suscribir; lo que a todas luces es una prestación de servicios. En este punto, añade MORALEJO IMBERNÓN, que han «proliferado nuevas empresas que se encargan de gestionar la herencia o legado digital y que, a menudo, reciben el mandato del causante de hacer llegar los archivos a determinadas personas cuando se produzca su fallecimiento», MORALEJO IMBERNÓN, (2020), El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, ADC, tomo LXXIII, I, 241-281. Lectura y estudio imprescindible, dada su recapitulación de los aspectos más relevantes de la materia.

<sup>28</sup> *Vid.*, en particular, por su paralelismo, Mohammad OWAIS FAROOQU Herencia De Activos Digitales: Análisis Del Concepto De Herencia Digital En Plataformas De Redes Sociales, *Novum Jus Novum Jus* vol. 16, 3 Bogotá oct./dic. 2022 Epub 22-Mar-2023 2022.16.3.15

<sup>29</sup> Nestor PARRONDO 15 de diciembre de 2021 «Apple Legado digital, la función de iOS 15 que te permite dejar en herencia los datos de tu iPhone». Apréciase que apunta al «legado» digital, no a la herencia.

<sup>30</sup> Y sigue «Para estos dos últimos tipos el acceso es realmente difícil de conseguir y más aún el borrado de los mismos. Esto podría ser importante en casos como la cesión de cuentas de juegos como War of Warcraft y juegos *on line* similares donde el valor monetario de estas puede suponer un interés legítimo para los herederos. Además, en otros casos como los comentarios a artículos publicados en la Red recordamos que en EEUU no existe ningún tipo de regulación sobre el derecho al olvido que sería una manera de poder lidiar con alguno de estos problemas»... RODRÍGUEZ PRIETO, R., y MARTÍNEZ CABEZUDO, F., (2017), «Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la Filosofía del derecho», *Revista internacional de pensamiento político*, I Época, Vol. 12, 77-104.

<sup>31</sup> ¿Qué sucede con mi herencia digital? 19/01/2023 notario en red; *vid.*, adicionalmente los contenidos <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/testamento-digital-herencia-contenido-online> En consumo CAM, la voz El testamento digital. La herencia de nuestro contenido *on line* (documento recuperado en marzo de 2023). Para ello, la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, permite el acceso a los contenidos digitales de la persona fallecida gestionados por los *prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (SSI)*, tales como cuentas de correo o perfiles de redes sociales.

<sup>32</sup> En este punto, apréciase que los juegos criptográficos basados en la Web 3.0 y la tecnología blockchain atraen a un público diverso y cada vez más numeroso. Las transacciones de juegos alcanzaron los 7400 millones, un crecimiento del 37% con respecto al año anterior y un asombroso 3260 % desde 2020. En 2022, en promedio, 1,13 millones de billeteras activas únicas se conectaron diariamente a dapps [1] de juegos. Eso es un aumento del 60% con respecto a los números de 2021 [2]. Estos criptojuegos a menudo ofrecen elementos del juego en forma de tokens y NFT, que pueden intercambiarse fácilmente en los criptomercados por otras criptomonedas. Se trata de un fenómeno en constante evolución y con muchos aspectos por definir aún, entre los cuales se encuentra su tributación. Un token es «una unidad de valor que una organización crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios entre todos sus accionistas». COLLOSA, A., (2023), «Los juegos criptográficos y su tributación», *Centro Interamericano de Administraciones tributarias* <https://www.ciat.org/ciatblog-los-juegos-criptograficos-y-su-tributacion/> Por su parte, los token «William Mougayar, autor del libro 'The business blockchain', el nuevo término de la economía digital. <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-un-token-y-para-que-sirve/> (consultado abril 2024). Y en cuanto a los NTF *Non-Fungible Token* y nada mejor que visitar esta web financiera <https://www.santander.com/es/stories/que-son-los-nft> (consultado abril 2024); unidad económica, que valdrá tanto como el mercado del arte decida atribuir a esta obra de arte, que funciona al estilo de la criptomoneda pero de forma inescindible.

<sup>33</sup> En los «Términos y condiciones» de muchas empresas online de videos, música o videojuegos se especifica que ellas solo venden licencias de uso personal e intransferible. Esto

podría significar que buena parte del patrimonio «digital» se evapora con el fallecimiento. Es, sin duda, un tema controvertido que dará mucho que hablar en un futuro cercano».

<sup>34</sup> *Vid.*, también CÁMARA LAPUENTE, Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019 *¿Derecho sucesorio, privacidad, datos o nuevos derechos digitales intransmisibles?*

<sup>35</sup> Baste referirnos, sobre los contenidos digitales y el ámbito de aplicación de la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, al decir que «En concreto, se trata de servicios digitales en relación con los cuales existe una participación de los usuarios que constituye una contribución al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios, y a través de los cuales la empresa monetiza esas contribuciones de los usuarios. Es decir, los servicios contemplados por este impuesto son aquellos que no podrían existir en su forma actual sin la implicación de los usuarios. El papel que desempeñan los usuarios de estos servicios digitales es único y más complejo que el que adoptaba tradicionalmente un cliente de un servicio *off line*. Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio». A mi modesto juicio, y haciendo un puro y memorístico seguimiento del Estado social y democrático de Derecho, la Agencia tributaria es la máquina que con más perfección ha funcionado, por lo que será a través de la tributación donde se consiga trabar los bienes y concretar la masa del causante y así, en sus voluntades testamentarias, hacer inventario de sus activos patrimoniales, incluidos los de naturaleza digital. Así, más recientemente, la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre 2016, *Escritura Pública*, 23 y sigs.

<sup>37</sup> *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad civil*, 7-8, 2017, 74-78.

<sup>38</sup> Y en este caso, nada mejor que recurrir al periodismo digital, donde nos dan una visión de esta norma: La vida «on line» de los fallecidos será accesible para sus herederos. La ley de protección de datos que tramita el Congreso prevé el derecho de los deudos a gestionar o suprimir el contenido digital salvo que el difunto lo hubiera prohibido, Laura DELLE FEMMINE, Madrid 4 de octubre de 2018-21:49 CEST (...) La nueva Ley (...) que está previsto que se publique a finales de año en el BOE, reconoce por primera vez el derecho al testamento digital. El informe de la ponencia consensuada por todos los grupos, al que ha tenido acceso EL PAÍS, establece que los herederos o las personas vinculadas al fallecido puedan dirigirse a la compañía que posea estos datos, sean plataformas de redes sociales o empresas que se dedican a otros servicios, para gestionar la información de sus deudos. Esta disposición, que supone un avance en el reconocimiento de lo digital como algo cotidiano y omnipresente levanta, sin embargo, ciertas dudas en el mundo jurídico. Paloma LLANEZA, abogada especializada en nuevas tecnologías, destaca que la posibilidad de que personas cercanas al fallecido puedan gestionar la huella personal que ha dejado en Internet puede suponer problemas relacionados con el derecho a la intimidad del difunto. • ¿Quién decidirá por mí cuando yo no pueda hacerlo? • La última voluntad digital. «No creo que la muerte deba de dar derecho a los herederos a acceder a conversaciones privadas, gustos, fotos, relaciones, preocupaciones o pensamientos que no son de su incumbencia», opina la letrada: «En general, los herederos suelen ser los menos indicados para tener acceso a esta información. Y no es lo mismo encontrar cuatro cartas en un cajón que detalles de toda una vida al acceder a un perfil en una red social». La medida establece que herederos o familiares puedan decidir sobre el futuro de la información digital del fallecido, solicitarla, eliminarla o modificarla, siempre y cuando este no lo hubiese prohibido expresamente. Asimismo, el texto establece que se pueda nombrar a una persona encargada o albacea que gestione esta herencia digital, algo que ya se venía haciendo, aunque no estuviese explícitamente regulado. «No hay un testamento digital en contraposición a un testamento analógico», aclara Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, decano del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, quien subraya que podría haber un conflicto con la ley orgánica que protege el derecho al honor. Este fedatario asegura que ya ofrece a sus clientes la

posibilidad de decidir sobre el futuro de sus perfiles y datos digitales cuando acuden a su oficina para testar; una posibilidad que no estaba reconocida ni prohibida. Cataluña es la única comunidad que ha aprobado una ley de voluntades digitales vigente desde el año pasado. La norma reconoce la figura del heredero digital y dispone la creación de un registro electrónico de voluntades digitales. «Pero el testamento siempre prevalece sobre este documento», explica Ángel SERRANO, notario de Barcelona y vocal en la Comisión General de Codificación de la Generalitat: «Era algo que ya se podía hacer en el testamento, pero ahora se ha dejado constancia». SERRANO explica, sin embargo, que puede contar con los dedos de una mano las personas que han incluido disposiciones acerca de su legado digital en los testamentos que él ha firmado. «Suelen ser personas mayores las que hacen testamento», asegura, y añade que el registro electrónico de voluntades digitales es una herramienta pensada sobre todo para los más jóvenes que tienen una intensa actividad en Internet pero que todavía no tienen pensado testar; algo que en España no es costumbre siquiera entre la población de más edad. Borrar el perfil. La medida relativa al testamento digital está incluida en un nuevo título, dedicado a la garantía de los derechos digitales, que recoge en su casi totalidad la enmienda del PSOE. Decreta que los requisitos y condiciones para que quede acreditada la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones serán establecidos a través de real decreto, pero que las comunidades con derecho civil, foral o especial propio regirán sobre la materia dentro de su ámbito de aplicación. Las principales plataformas digitales ya cuentan en sus términos de uso con la posibilidad de que los familiares decidan sobre las cuentas de sus fallecidos. Facebook, por ejemplo, ofrece dos alternativas: borrar el perfil del difunto o mantener su recuerdo creando un perfil conmemorativo. También Twitter contempla la posibilidad de solicitar la eliminación del perfil del usuario por una persona autorizada. Pero pone como condición que en ningún caso proporcionará acceso a la cuenta de otra persona, independientemente de la relación que se tenga con el fallecido. La abogada LLANEZA explica que el derecho sucesorio vigente en España, que sigue siendo prácticamente el mismo desde el derecho romano y los fueros locales, se basa en la gestión del patrimonio y los derechos económicos del difunto, «pero no de la reputación o el derecho a mantener como privado o no conocido los entresijos del carácter o de las relaciones de una persona». Por ello, explica, ni antes la Ley Orgánica de Protección de Datos ni ahora el reglamento europeo que empezó a aplicarse en España el pasado mayo gestionan adecuadamente estas situaciones. «El fallecido pierde sus derechos con la muerte», concluye. Una obra entera e inédita almacenada en la nube «¿Qué pasa si un escritor se muere y una obra inédita que ha escrito se queda en la nube? ¿O un ingeniero que deja los planos industriales de un nuevo proyecto?», se pregunta el notario Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. «Es siempre el heredero quien tiene derecho a todo», zanja. El fedatario lamenta que la disposición que reconoce el derecho al testamento digital en el nuevo proyecto de ley orgánica de protección de datos que tramita el Congreso no distinga de manera clara entre legítimos sucesores y terceros que puedan acceder al contenido digital dejado por el difunto. «¿Solo se habla de redes sociales o también del resto?», insiste. Porque la muerte llega para todos. Para músicos como Charles AZNAVOUR, quien falleció hace pocos días, o para artistas como FORGES, que se fue en enero. El problema, insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, es que la disposición del nuevo texto habla de personas vinculadas al fallecido por razones tanto familiares como, de hecho, sin especificar en ningún momento el orden sucesorio que establece el derecho civil. «Si se presenta tanto el heredero como la pareja de facto para solicitar el acceso a los datos digitales, ¿a quién creo? Puede tener una trascendencia económica importante y tocar una larga lista de derechos y variables», insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. El notario reconoce que esta medida responde a una evidente necesidad y demanda social en un mundo cada vez más conectado, pero a la vez añade que hace falta una evolución: «Creo que las herramientas que tenemos ahora son suficientes, y que es un error distinguir el testamento analógico del digital». Artemi RALLO, ex director de la Agencia Española de Protección de Datos y diputado del PSOE, ha sido uno de los impulsores de la enmienda que ha introducido el nuevo título dedicado a la garantía de los derechos digitales en la ley de protección de datos pendiente de aprobar. Aclara que, aunque el texto hable de testamento, no se refiere exactamente al documento que se conoce con este nombre. «Hay dos

artículos clave, uno enfocado a los datos personales y otro que se proyecta a los servicios de Internet: el primero habilita a sucesores para dirigirse a cualquier base de datos, y el segundo proyecta este mismo concepto a las redes sociales», explica. El diputado socialista insiste en que el testamento digital que contempla el nuevo proyecto de ley no es una norma que tenga la ambición de completar el Código Civil. «Lo que hace es regular como familiares de facto o de *iure* puedan activar la posibilidad de acceder a una base de datos y decidir el destino de ese contenido», añade. «Es cierto que hay una intersección, pero no hay ninguna implicación que atañe a otros ámbitos».

<sup>39</sup> Recurso planteado en relación con: los artículos 6, 8, 10, 11 y la disposición final 1 de la Ley 10/2017, de 27 de junio; los artículos 411-10.3 b), 421-24.1 y las disposiciones adicional 3 y final 5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio; Corrección de errores del Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código Civil de Cataluña: Donde dice: «disposición adicional primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio», debe decir: «disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio». Donde dice: «26 de mayo de 2017», debe decir: «26 de octubre de 2017».

<sup>40</sup> Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 110/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Pamplona, 2019. BIB 20195958; *vid.*, también PLAZA PENADÉS, Javier, El Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 46/2018. BIB 20187463 y, del mismo autor, La ley catalana de voluntades digitales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 45/2017. BIB 201743077.

<sup>41</sup> ORDELIN FONT, ORO BOFF, ¿Herencia digital?: la protección «*post mortem*» de los bienes digitales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 50/2019. BIB 20197012.

<sup>42</sup> «Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina. Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera» «Crítica institucional del Código Civil», *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515, *vid.*, de la autora de estas líneas, «Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario», *RDCI*, 777, 544 y sigs.

<sup>43</sup> Población con discapacidad o limitación según tipo de deficiencia de origen por edad y sexo, en unidades por miles de personas: Deficiencias visuales 799,1; Ceguera total 47,6; Mala visión 750,0 <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/0/&file=01010.px>

<sup>44</sup> De conformidad al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), son «datos biométricos»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. *Vid.*, INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, teniendo en cuenta que «la biometría es

un método de reconocimiento de personas basado en sus características fisiológicas o de comportamiento. Se trata de un proceso similar al que habitualmente realiza el ser humano reconociendo e identificando a sus congéneres por su aspecto físico, su voz, su forma de andar, etc», existen en primer lugar, las *Tecnologías biométricas fisiológicas*: Huella dactilar, reconocimiento facial, Reconocimiento de iris, Reconocimiento de la geometría de la mano, Reconocimiento de retina, Reconocimiento vascular; Otras formas de biometría fisiológica y, en segundo, las *Tecnologías biométricas de comportamiento*, como el Reconocimiento de firma, Reconocimiento de escritor, Reconocimiento de voz, Reconocimiento de escritura de teclado, Reconocimiento de la forma de andar [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy\\_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia\\_tecnologias\\_biométricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLR6bGfML4yiO033k](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biométricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLR6bGfML4yiO033k) (visitado en marzo de 2023)

## 1.5. Obligaciones y contratos

# A vueltas sobre la usura en los créditos *revolving*

## *Again about usury in revolving credits*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO  
*Profesora contratada Doctora de Derecho Civil  
(acreditada a Profesora titular de Universidad)  
Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** La controversia sobre los créditos *revolving* continúa en el marco del control de usura sobre los mismos. Desde la STS de 25 de noviembre de 2015 el Tribunal Supremo ha ido tratando de marcar unos criterios y pautas para su apreciación, poniendo especial atención a los requisitos objetivos previstos en la Ley de Represión de la Usura, y obviando el elemento subjetivo. Particularmente, la controversia judicial se ha centrado en la concreción del tipo normal del dinero con el que comparar el tipo de interés del caso concreto, junto con la determinación del margen de desviación de ese tipo de referencia que llevaría a considerar el crédito concreto como usurario. Recientemente la STS de 25 de febrero de 2023, con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica y, sin duda, poner cierto freno a la litigiosidad en esta materia, ha marcado un claro criterio acerca de la consideración de usurario de estos créditos.

**ABSTRACT:** *The controversy over revolving credits continues within the framework of usury control over them. Since the STS of November 25, 2015, the Supreme Court has been trying to establish criteria and guidelines for its appreciation, paying special attention to the objective requirements set forth in the Law for the Repression of Usury, and ignoring the subjective element. In particular, the judicial controversy has focused on the specification of the normal rate of money with which to compare the interest rate in the specific case, together with the determination of the margin of deviation from that reference rate that would lead to consider the specific credit as usurious. Recently, the STS of February 25, 2023, with the aim of providing legal certainty and, without a doubt, putting a certain brake on litigation in this matter, has set a clear criterion regarding the consideration of usury of these credits.*

**PALABRAS CLAVE:** Crédito *revolving*. Consumidor. Préstamo. TAE. Tarjeta *revolving*. Usura.

**KEY WORDS:** *Revolving credit. Consumer. Loan. APR. Revolving card, usury.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CRÉDITO *REVOLVING* Y LA USURA: 1. PREVISIONES LEGALES SOBRE LA USURA Y LA LUCHA FRENTE A ELLA. 2. PRINCI-

PALES NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO *REVOLVING*.—III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE NULIDAD DEL CRÉDITO *REVOLVING* POR USUARIO: 1. LAS SSTS NÚM. 628/2015, DE 25 DE NOVIEMBRE, Y NÚM. 149/2020, DE 4 DE MARZO. 2. LAS SSTS NÚM. 367/2022, DE 4 DE MAYO, Y NÚM. 643/2022, DE 4 DE OCTUBRE. 3. LA STS NÚM. 258/2023, DE 15 DE FEBRERO. 4. LA STS NÚM. 317/2023, DE 28 DE FEBRERO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

Los créditos *revolving* (y las tarjetas *revolving* a través de las cuales se materializan y operan normalmente esos créditos) se han convertido en los últimos años en España en el objeto de gran número de litigios, respecto de los cuales la controversia se ha centrado principalmente en la posible usura de los intereses remuneratorios previstos, y de modo más subsidiario por la posible falta de transparencia: de hecho principalmente las demandas se han planteado bajo la pretensión de la declaración de nulidad del crédito por usurario, y solo en algunos casos subsidiariamente se ha solicitado la nulidad por falta de transparencia y, en consecuencia, abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios recogida en el contrato.

Una pretensión por falta de transparencia en estos casos que, en su caso, se planteaba de forma subsidiaria fundamentalmente por la dificultad de realizar ese control en relación con una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato como es el precio, pero que, a la vista de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo al respecto de la calificación como usurarios de los créditos *revolving*, puede llegar a convertirse sin embargo en la pretensión que efectivamente, pese a ser subsidiariamente ejercitada, pueda llegar a ser el motivo estimado de la nulidad solicitada por esa parte (dado que la pretensión principal de nulidad por usura no se haya admitido) o bien la pretensión principal esgrimida en las futuras demandas. Transparencia o falta de ella al amparo de la doctrina jurisprudencial general ya consolidada sobre dicho control y presupuestos, completada con la doctrina académica, y, también, transparencia plasmada ya normativamente como exigencia y control en muchos textos legales, y particularmente en el caso de los créditos *revolving* en la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, que, entre otras disposiciones, incluye la modificación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incorporando a esta Orden de 2011 un nuevo capítulo III bis (que entró en vigor el pasado 27 de enero de 2021), conteniendo disposiciones de mejora de la transparencia con la clientela aplicable «al crédito al consumo con interés de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática concedido a personas físicas en el que el crédito dispuesto no se satisfice en su totalidad al final del periodo de liquidación pactado (crédito revolvente o *revolving*)» (art. 33 bis Orden EHA/2899/2011), haciendo especial hincapié en los deberes de información, no solo precontractual (art. 33 ter) sino también periódica (art. 33 quinquies) y adicional (art. 33 sexies)<sup>1</sup>. Asimismo, cabe citar la Circular núm. 3/2022, de 30 de marzo, del Banco de España, que modifica, entre otras normas, la Circular núm. 5/2012, de 27 de junio, y que desarrolla las obligaciones de información de las entidades al comercializar productos de crédito *revolving*.

Este trabajo se centrará en el análisis de la evolución de la doctrina jurisprudencial acerca del carácter usurario de estos créditos *revolving* hasta la



reciente STS núm. 258/2023, de 15 de febrero que, con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica y, sin duda, poner cierto freno a la litigiosidad en esta materia ha marcado un claro criterio acerca de la consideración de usurario de estos créditos, no exento de ciertas críticas además, se comentará brevemente la STS núm. 317/2023, de 28 de febrero, que atiende a la especial circunstancia de la modificación unilateral del tipo de interés TAE por la entidad prestamista y cómo afecta tal hecho a la valoración de la concurrencia de una posible usura.

Antes de este análisis jurisprudencial contextualizaré brevemente el objeto de la controversia con ciertas notas y comentarios sobre la Ley de Represión de la Usura de 1908 y las características principales del crédito revolvente o *revolving*.

## II. EL CRÉDITO *REVOLVING* Y LA USURA

### 1. PREVISIONES LEGALES SOBRE LA USURA Y LA LUCHA FRENTE A ELLA

Las previsiones de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (también conocida como Ley Azcárate o Ley de represión de la usura, en adelante LRU) han vuelto a la palestra jurídica y judicial en el marco de los créditos *revolving*, pues, además de haber sido el fundamento principal de la mayoría de las demandas presentadas contra estos productos, la argumentación jurídica de principales sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto sobre esta materia hasta el momento (las SSTS núm. 628/2015, de 25 de noviembre, núm. 149/2020, de 4 de marzo, núm. 367/2022, de 4 de mayo, núm. 643/2022, de 4 de octubre, núm. 258/2023, de 15 de febrero y núm. 317/2023, de 28 de febrero) se han centrado en dicha ley para calificar los créditos *revolving* como usurarios. Ahora bien, la aplicación efectiva que de esta norma de hace más de un siglo ha hecho el Tribunal Supremo a una situación y producto tan actuales ha recibido muchas críticas y ha originado gran incertidumbre e inseguridad jurídica.

En primer lugar, como punto de partida para entender toda esta controversia resulta esencial atender a lo indicado en el párrafo primero del artículo 1 LRU: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Del tenor literal del artículo 1 LRU se viene deduciendo la existencia de dos elementos necesarios para considerar un contrato usurario: a) uno objetivo que reside en ese inciso que señala «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»; y b) otro subjetivo que se acogería en el último inciso por centrarse en el consentimiento emitido por el prestatario bajo tres posibles circunstancias que lo viciarían de algún modo, al indicar «habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» (elemento subjetivo que se centra en un reproche moral a esas prácticas).

La exigencia de concurrencia cumulativa de ambos elementos para considerar un préstamo usurario parecía que se había consolidado entre los tribunales al menos hasta 2014; así lo defienden, entre otras, las SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre<sup>2</sup>: «[...] la noción de usura, estrictamente vinculada etimológicamente al ámbito de los intereses, se proyecta sobre la lesión

patrimonial infligida, esto es, sobre los intereses remuneratorios y de demora; STS de 7 de mayo de 2012. De forma que el control establecido debe interpretarse de un modo objetivable a través de las notas del “interés notablemente superior al normal del dinero” (ya respecto al interés remuneratorio, o al de demora y, en su caso, al nivel de los dos) y de su carácter de “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, para extenderse a continuación, al plano valorativo de la situación o relación negocial llevada a cabo en donde, también de un modo objetivable, se analizan las circunstancias previstas por la norma: situación angustiosa del prestatario, inexperiencia del mismo y limitación de sus facultades mentales» (STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre); «el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos» y «aunque la ley de usura importa o interesa al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que podemos considerar anómalas y que se definen restrictivamente como contratos usurarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad» (STS núm. 406/2012, de 18 de junio).

De modo que a través de estas resoluciones se destaca ese elemento subjetivo de reproche o tacha de inmoralidad como algo consustancial al control que con la Ley de 1908 y la usura se pretende hacer del tipo de interés de los préstamos o créditos, como límite a la libertad de pacto y de autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1255 del Código Civil (que prevé como límites a esa autonomía: la ley, la moral y el orden público).

Pero como se concretará más adelante, el Tribunal Supremo precisamente en sus resoluciones sobre el *crédito revolving* viene a prescindir, sin fundamento claro alguno, del elemento subjetivo en el control y apreciación de la usura y entiende que con que concurra el elemento objetivo de interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso puede considerarse usurario ese contrato y ese interés. Apreciación que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de ciertos autores que consideran que, como ya se señalaba en las referidas SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, el elemento subjetivo debe concurrir para apreciar usura pues de lo contrario se desnaturalizaría la institución<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de esto, lo cierto es que esta Ley de 1908 en este artículo 1 aborda la definición de la usura de una forma muy amplia. Aunque en este precepto se hable solo de «préstamo» debe señalarse que en el artículo 9 LRU se advierte que «lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido». Esta amplitud de definición y objeto, esa flexibilidad de esta regulación, ha permitido que se haya ido adaptando su aplicación a circunstancias existentes más de un siglo después. Pero también supone la exigencia de completar ciertos conceptos o expresiones indeterminadas: ¿qué se puede entender como «interés notablemente superior al normal del dinero»? ¿cuál es el «interés normal»? ¿y en qué punto se considera que es «notablemente superior»?; por otro lado, ¿cuándo un interés es «manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso»?

Como ya advirtió nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 4 de marzo de 2020, en algunos países de nuestro entorno el propio legislador ha fijado porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario<sup>4</sup>; sin embargo, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de «interés notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación y valoración en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos. Esa ponderación y la respuesta a esas preguntas que se acaban de resaltar deberían concretarse caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes. Pero esta indeterminación sin una guía o referencia clara y objetiva a seguir puede llevar, como así ha ocurrido, a resoluciones judiciales que chocan entre sí por fallar de forma distinta en asuntos con tipos de interés similares.

En otros supuestos el Tribunal Supremo ha marcado unos criterios claros: así, con los intereses de demora en préstamos personales o hipotecarios el Tribunal Supremo ha venido manteniendo el criterio de que se considerarán abusivos los intereses de demora que excedan de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado; cierto es que después el legislador con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de modo sorprendente, se aparta de esta doctrina del Tribunal Supremo y de otros criterios normativos que acogían esa doctrina, para prever (sin una justificación clara) en su artículo 25 un criterio fijo e imperativo para los contratos de préstamo hipotecario sobre bienes inmuebles de uso residencial respecto a los que se advierte que el interés de demora será «el interés remuneratorio pactado más tres puntos porcentuales».

Pero en el caso de los intereses en créditos *revolving*, el Tribunal Supremo, como se analizará posteriormente, no ha tenido éxito de cara a sentar criterios claros que permitan a tribunales inferiores tener una referencia al respecto, provocando, por el contrario, incertidumbre, inseguridad y, por ello, resoluciones contradictorias entre la llamada jurisprudencia menor; así como numerosas críticas doctrinales; hasta la STS núm. 258/2023, de 15 de febrero, en la que ha tratado de poner fin a esa inseguridad jurídica marcando un criterio fijo objetivo de considerarse usurario el interés que supere los seis puntos porcentuales del interés medio o normal del tipo de referencia.

## 2. PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO *REVOLVING*

Los contratos de crédito *revolving* son productos de financiación con una concesión rápida y fácil en los que se pone a disposición del usuario una línea o tarjeta de crédito con cierto límite máximo ya fijado con la entidad bancaria y unas modalidades de pago o amortización concretas del importe dispuesto bajo distintas posibles modalidades, con la peculiaridad de que el importe devuelto se reincorpora a formar parte del capital total que la entidad pone a su disposición para nuevos futuros usos (de ahí su nombre como crédito renovable, rotativo, revolvente o *revolving*). Aunque no está especificado ni resulta relevante para su concesión el destino del importe que se disponga, lo cierto es que en la práctica son fundamentalmente créditos al consumo, lo son por importes medios y, además, para disponer de los importes se suele prever el uso de una tarjeta de crédito (tarjeta *revolving*).

Siguiendo a REYNER SERRÀ, «un crédito renovable o *revolving* es una operación por la que se pone a disposición del acreditado un límite que este puede disponer total o parcialmente para cualquier finalidad que considere oportuna. Puede materializarse a través de una tarjeta de crédito o no. A diferencia de los créditos para capital circulante a empresas, en el caso de las operaciones a particulares, puede establecerse también una cuota periódica cuyo montante se compone de una parte de gastos, en su caso (p. ej. un seguro), intereses y por el resto, devolución del capital. Una distinción importante respecto al préstamo es que la parte de capital que se paga en cada cuota sirve para restablecer el límite utilizado de forma que el prestatario puede volver a utilizarlo cuando se le presenta cualquier necesidad concreta siempre dentro del límite previamente acordado y de la vigencia del contrato. No se requiere justificación documental de la/s necesidad/es que pueden ser diversas»<sup>5</sup>.

Por su parte, TORRAS COLL señala: «Las denominadas tarjetas *revolving* (apertura de crédito, o tarjetas) son unos contratos en los que se dispone de un límite de crédito determinado, que puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Estas pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; cuotas periódicas que se pueden elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. El crédito personal *revolving* consiste en un contrato de crédito que le permite al prestatario hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta de crédito. Su peculiaridad estriba en que la deuda derivada del crédito se «*renueva*» mensualmente, disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente»<sup>6</sup>.

Por otro lado, el Banco de España, califica las tarjetas *revolving* como una modalidad de tarjeta de crédito con pago aplazado o flexible<sup>7</sup>.

Como notas que caracterizan a este tipo de créditos pueden destacarse las siguientes<sup>8</sup>:

— Es un crédito de concesión rápida y ágil, normalmente de importes medios-bajos de disposición máxima (habitualmente hasta 3000-6000 euros, aunque por su operativa y según circunstancias hay casos de importes mayores de hasta 25000-30000 euros), en el que no se exige intervención de notario ni apenas aportación previa por el usuario de documentación (al menos no tanta como en el caso de los préstamos ordinarios e hipotecarios), ni tampoco la prestación de garantías.

— Actúa como una línea de crédito:

a) La entidad financiera (tanto entidades bancarias como establecimientos financieros de crédito) pone a disposición del usuario un importe como límite máximo del que puede ir disponiendo total o parcialmente por distintas cantidades en cualquier momento, sin necesidad de justificación y para cualquier necesidad que le surja, permitiendo que de modo flexible y permanente pueda ir disponiendo de las cantidades no utilizadas hasta ese límite inicialmente pactado (incluyéndose habitualmente una cláusula por la que la entidad puede aumentar ese límite de crédito inicial).

b) El usuario deberá devolver los importes de los que ha dispuesto y se admite una devolución anticipada sin esperar a la fecha de vencimiento del crédito, previéndose distintas modalidades de pago, que normalmente consisten: o

en un pago diferido anticipado usualmente a fin de mes de todas las cantidades dispuestas en ese mes; o bien, lo que suele ser más habitual, en el pago aplazado fijando una cuota fija al mes o un porcentaje de las cantidades dispuestas en el mes, lo que supondrá el pago de intereses (en ese pago aplazado el usuario deberá abonar la parte de capital dispuesto pero también los intereses previstos por ello; intereses que se pagan solo por las cantidades de las que el usuario ha dispuesto).

c) La principal característica radica en que esas cantidades pagadas por el usuario bien sea por pago total diferido o pago aplazado con una cuota al mes vuelven, tras ese pago, a reintegrarse en el crédito (con su límite) puesto a disposición del usuario, de modo que el usuario va a poder volver a disponer, reutilizar, esas cantidades hasta la fecha de vencimiento del crédito y hasta ese límite fijado. Como señala el Banco de España, «constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente, y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses»<sup>9</sup>, lo que constituye un caso de anatocismo pues la parte de interés no pagado se capitaliza y sobre ese importe se vuelven a devengar intereses.

Y precisamente, aunque normalmente la duración del contrato suele preverse inicialmente corta (por ejemplo, un año) como también se prevén mecanismos de renovación fácil (habitualmente ejecutados) por un nuevo plazo de vencimiento y con el mismo o distinto límite de crédito, finalmente, por el propio funcionamiento de este crédito los periodos de amortización suelen ser prolongados con altas cantidades de pago total de intereses: según advierte el Banco de España, «el hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en comercios, en Internet o reintegros de cajero) implica que, ante elevados tipos de interés de la deuda de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará en un periodo de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo, y que se calculan sobre el total de la deuda pendiente»<sup>10</sup>.

— No es relevante el destino que se le dé a las cantidades dispuestas: normalmente se consideran como créditos de consumo, pero realmente no se exige expresamente que se le dé un destino concreto (ni de consumo ni de otro tipo) para las disposiciones hechas ni siquiera que se concrete por el usuario qué destino se le va a dar para poder disponer de las cantidades que quiera: basta con que el usuario tenga aún crédito pendiente no dispuesto, sin sobrepasar el límite fijado.

— Es muy habitual que como instrumento de la disposición de ese crédito se acompañe de una tarjeta a través de la cual el usuario pueda hacer esas disposiciones, sea con pagos directos con la tarjeta o por disposiciones de efectivo en los cajeros automáticos.

— Se prevén unos tipos de interés más elevados que en los préstamos o créditos al consumo ordinarios, en principio justificados por el mayor riesgo que asumen las entidades financieras al proporcionar esa flexibilidad de crédito disponible al usuario característica de este producto, para que en cualquier momento y con la finalidad que quiera pueda hacer uso de las cantidades que necesite. Siguiendo a REYNER SERRÁ<sup>11</sup>, tal flexibilidad y facilidad de financiación para el usuario implica mayores exigencias de gestión financiera por la necesidad de

gozar de mayor liquidez ante posibles demandas del usuario y paralelamente debe poder atender de inmediato los reintegros de cantidades que el usuario realice, sin previo aviso y sin contar con un cuadro o calendario de amortización como los existentes en los préstamos ordinarios; además, supone que las entidades deben contar con un nivel de solvencia alto, con fondos propios suficientes y proporcionales para hacer frente a los riesgos que se derivan de las cantidades ya dispuestas y también de las que potencialmente se puedan disponer, lo que implica la exigencia de contar con recursos propios adicionales; por otro lado, en este tipo de contratos no se suele exigir la prestación de garantías reales ni personales adicionales, contando únicamente con la responsabilidad del usuario, lo que supone un mayor riesgo de desprotección ante la eventual morosidad del deudor que en los casos de créditos o préstamos que sí contasen con garantías adicionales.

Precisamente el problema en estos casos se ha planteado fundamentalmente por los altos tipos de interés remuneratorios previstos en estos contratos, lo que ha ocasionado una gran litigiosidad en esta materia, tratando de poner de manifiesto la «abusividad» o usura de tales intereses y de los contratos de crédito.

### III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE NULIDAD DEL CRÉDITO *REVOLVING* POR USUARIO

Se procede a continuación a analizar la evolución de la doctrina jurisprudencial producida en relación con la consideración como usurarios de los créditos *revolving*; doctrina que principalmente se centra en la determinación de lo que debe considerarse como tipo normal o de referencia para poder aplicar el presupuesto objetivo marcado por el artículo 1 LRU de tratarse de un interés «notablemente superior al normal del dinero»: es la concreción de ese tipo con el que comparar el tipo de interés del caso concreto el que ha suscitado mayores controversias, junto con la determinación del margen de desviación de ese tipo de referencia que llevaría a considerar el crédito concreto como usurario.

Y a este respecto, una crítica que ya desde la STS núm. 628/2015, de 25 de noviembre, se viene haciendo a la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia es que se olvide del requisito o elemento subjetivo también previsto en el artículo 1 LRU a la hora de analizar y resolver sobre el carácter usuario de los créditos *revolving* en sus intereses remuneratorios.

#### 1. LAS SSTS NÚM. 628/2015, DE 25 DE NOVIEMBRE, Y NÚM. 149/2020, DE 4 DE MARZO

En la primera de estas sentencias, el contrato de crédito *revolving* objeto de litigio se celebró en 2001 y contemplaba un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE. Fue en 2011, ante diversos impagos de las cuotas mensuales que desde 2009 se venían produciendo por el prestatario que la entidad bancaria reclamó la deuda y el prestatario alegó el carácter usurario del préstamo.

En este caso el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial negaron el carácter usurario de esta operación crediticia porque los intereses remuneratorios apenas superaban el doble del interés medio ordinario de las operaciones de crédito al consumo existente en el momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante el recurso de casación presentado por el prestatario consumidor estimó este y declaró el carácter usurario de la

operación de crédito *revolving* suscrita, declarando por ello su nulidad radical, absoluta y originaria. El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en primer lugar parte de que tratándose de intereses remuneratorios no puede atenderse a la normativa de protección de consumidores y al control de abusividad, pues se refieren a un elemento esencial del contrato (el precio), siempre que la cláusula sea transparente en cuanto permita asegurar que el consumidor usuario de este crédito haya prestado su consentimiento con pleno conocimiento de la efectiva carga onerosa (control de transparencia que, sin embargo, el Tribunal Supremo no realiza, pudiendo haberlo hecho de oficio y que, en mi opinión, hubiera sido muy oportuno, más que la vía seguida del control de usura con base en una argumentación criticable como se señalará a continuación).

En esta STS núm. 628/2015, de 25 de noviembre (al igual que en las SSTs núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 113/2013, de 22 de febrero, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre) nuestro Alto Tribunal sí que advierte que la Ley de Represión de la Usura constituye un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 Código Civil en relación con cualquier operación de crédito y específicamente atendiendo a los intereses remuneratorios (su precio). Pero en la aplicación de esta norma y su artículo 1 considera que no es necesaria la concurrencia simultánea de los dos elementos objetivo y subjetivo antes indicados, considerando que es suficiente con que se cumplan los requisitos del primer inciso del artículo 1, párrafo primero y que sea «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», no siendo necesario que además el consentimiento del usuario deudor haya sido prestado «a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Y precisamente esta postura, como ya se indicó *ut supra*, se ha criticado en gran medida<sup>12</sup>, advirtiéndose que el elemento subjetivo es esencial para apreciar la usura, pues es inherente a su naturaleza y finalidad, desnaturalizando la figura y descontextualizando la propia aplicación de la Ley de 1908, afirmando, además, que con ello se está contradiciendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo recogida en las SSTs núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, a la que antes he hecho referencia. Y es que ese elemento subjetivo acoge el reproche moral a las prácticas que imponen intereses desproporcionados en atención a las circunstancias del sujeto, siendo la moral uno de los límites al principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 del Código Civil.

Es cierto que el Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de noviembre de 2015 alude a estas sentencias y doctrina, pero lo hace justificando la asunción de esa postura de no exigir la concurrencia de ambos elementos (objetivo y subjetivo) de la siguiente forma: «Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014, de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de «unidad» y «sistematización» que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley»; así pues, no entiende que haya ninguna contradicción, sino quizás, según parece decir, ahora hay una mera matización o reajuste de lo expresado en esas anteriores resoluciones de 2012 y 2014.



Pero, al margen de si contradice o no realmente doctrina jurisprudencial anterior, lo relevante de esta sentencia que se comenta radica en los argumentos para apreciar el cumplimiento de esos requisitos previstos en la Ley de 1908. Aparte de, como se ha indicado, no tomar en consideración sin fundamento alguno el elemento subjetivo recogido en el artículo 1 LRU, centrándose en el elemento objetivo y sus dos requisitos, el Tribunal Supremo considera que el interés previsto es notablemente superior al normal del dinero tomando como términos de comparación la tasa anual equivalente (TAE) del producto objeto del litigio (la TAE y no el interés nominal o TIN, en atención a lo previsto en el artículo 315, párrafo segundo, CCom: «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor») y el «normal del dinero», considerando como tal, no el interés legal, sino el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (STS núm. 869/2001, de 2 de octubre).

La cuestión principalmente debatida radica en concretar qué es lo «normal o habitual». Y ante esto el Tribunal Supremo, aunque no lo señala como la vía única y exclusiva a tal efecto, acude a las estadísticas que el Banco de España publica tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.)<sup>13</sup>. En el contrato objeto de este litigio se estipulaba un interés del 24,6% TAE. A diferencia de la Audiencia Provincial que dictó la resolución recurrida y que no lo consideró excesivo pues apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, el Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que «la cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como “notablemente superior al normal del dinero”».

Aparte de no comprender el sentido que pretende darse a las diferencias semánticas entre «excesivo» y «notablemente superior» para este caso, lo que se evidencia es la necesidad de tener algún criterio claro que concrete ese concepto indeterminado de «notablemente superior», así como qué es el «interés normal». El Tribunal Supremo lo intenta concretar pero el problema es que en los términos de la comparación a la hora de señalar qué es lo «normal» acude a unas estadísticas del Banco de España referidas a los préstamos de consumo en general; pero por las propias características del crédito *revolving* señaladas *ut supra*, este producto no es un préstamo al consumo ordinario, siendo más propia la comparativa con productos semejantes a las tarjetas de crédito; el problema es que estos productos no aparecían reflejados de modo autónomo en las referidas estadísticas en el momento de dictarse esta sentencia, a diferencia de las estadísticas que ya sí a partir de marzo de 2017 se fueron publicando en virtud de la Circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España, en las que se reconoce la autonomía diferenciadora de las tarjetas de crédito y de estos productos *revolving* en relación a los préstamos al consumo ordinarios. Ahora bien, aunque en su momento no estuvieran publicadas esas estadísticas, también podrían acudir a otras herramientas, informaciones, datos estadísticos o informes con los que el concreto juzgador pudiera conocer efectivamente los tipos de interés que se estaban aplicando en el mercado para esas determinadas operaciones *revolving*<sup>14</sup>.

Es precisamente este error en la comparativa hecha por el Tribunal Supremo la principal crítica que se le ha hecho por la doctrina y que motivó también que diversas resoluciones posteriores de tribunales inferiores no siguieran ese criterio<sup>15</sup>. Y también se ha criticado que el Tribunal Supremo atendiera a la TAE para hacer esa comparación y no al tipo de interés nominal (TIN) de intereses remuneratorios fijados en el contrato, en contra de jurisprudencia previa<sup>16</sup>.

Por otro lado, junto con ese requisito de «notablemente superior al interés normal del dinero» debe concurrir según el Tribunal Supremo también, al menos, el requisito de que sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»: y sobre ello el Tribunal Supremo simplemente advierte que la entidad prestamista no acreditó que hubiera circunstancias excepcionales que justificaran la imposición de ese tipo de interés notablemente superior al normal de las operaciones de consumo; y no concurriendo circunstancias que jurídicamente puedan entender justificado ese interés tan notablemente elevado, considera que concurren los requisitos para entender usurario el crédito *revolving* objeto del litigio. Ahora bien, el propio Tribunal viene a reconocer que el mayor riesgo asumido con una operación financiera y la inexistencia de garantías adicionales para el producto concertado pueden considerarse circunstancias excepcionales, del mismo modo que un alto índice de impagos en los productos de consumo calificados como de financiación rápida (celebrados y concedidos de modo ágil y sin comprobar oportunamente la solvencia y capacidad de pago del cliente); pero anuda esas circunstancias con las prácticas irresponsables de concesión de crédito al consumo, que critica claramente y que, advierte, no pueden ser protegidas por el Derecho pues generan el sobreendeudamiento de los consumidores y suponen que aquellos que sí cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos.

Esta doctrina fue aplicada posteriormente por muchas resoluciones, generando una gran disparidad de criterios entre las Audiencias Provinciales<sup>17</sup>: así, cabe citar la SAP de Madrid (sec. 18.<sup>a</sup>) núm. 190/2018, de 21 de mayo, y la SAP de Cantabria (sec. 2.<sup>a</sup>) núm. 402/2019, de 9 de julio, que precisamente al ser recurrida motivó la STS de 4 de marzo de 2020, en la que la controversia recae sobre un contrato de tarjeta de crédito *revolving* celebrado en 2012 en el que se fijaba un tipo de interés inicial de 26,82% TAE (24% TIN) para pagos aplazados y disposiciones a crédito (si bien, en el momento de presentarse la demanda el TAE era del 27,24%).

En este caso resuelto por la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo, previamente el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron ambos que el interés remuneratorio previsto en el contrato es usurario, si bien acuden a distintos tipos de referencia en la comparativa: mientras que el juzgado atiende al interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concreto referido a tarjetas de crédito en el año 2018, que era de «algo más del 20%», conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España («Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH»), la Audiencia Provincial de Cantabria, por su parte, consideró que el parámetro a tener en cuenta como referencia comparativa es el interés en las operaciones de crédito al consumo y no las de tarjetas de crédito, aunque se cuente con estadísticas del Banco de España sobre ellas, pues ello «no afecta a la propia consideración estadística de la tarjeta de crédito como un crédito al consumo».

El Tribunal Supremo en esta resolución advierte de la circunstancia de que en el caso resuelto en noviembre de 2015 el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operacio-

nes de crédito mediante tarjetas de crédito o *revolving*, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que, según señala el Tribunal Supremo en esta STS de 4 de marzo de 2020, puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

Sin embargo, advierte, dado que ya sí que el Banco de España publica en sus estadísticas en un apartado distinto los tipos de interés de las tarjetas de crédito y *revolving*, apartándolas del cálculo del tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo (en las que ya no se tiene en cuenta el tipo medio de esas tarjetas), ahora en esta STS de 4 de marzo de 2020 el Tribunal Supremo, además de defender acudir a esas estadísticas oficiales del Banco de España<sup>18</sup>, considera que para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» de cara a la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si este es usurario, debe utilizarse el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características ese crédito objeto del litigio<sup>19</sup>.

Y este tipo medio lo concreta el Tribunal Supremo en este caso en algo superior al 20%, que ya se fijó por el Juzgado de Primera Instancia, sin que se hubiera alegado ni justificado que al tiempo de celebrarse el contrato objeto de la demanda el tipo de interés medio fuera superior al que se tuvo en cuenta en esa instancia. Pero en la comparativa vuelve a atenderse a la TAE del contrato y no al interés remuneratorio (TIN) fijado en el contrato; y la TAE no acoge solo la remuneración por la concesión del crédito (que sería el interés nominal y el precio del contrato), sino que en la TAE se incluyen también las comisiones y otros gastos que deba soportar el prestatario. Y, además, el problema reside en que el Tribunal Supremo tomó como referencia comparativa con las estadísticas del Banco de España la TAE prevista en el contrato cuando en esas estadísticas los promedios no se calculan con base en la TAE sino en el TEDR (tipo efectivo definición restringida), que equivale a la TAE pero sin incluir comisiones. Este TEDR se ajustaría más en la comparación que debe hacerse, de cara a apreciar la usura, con el TIN del contrato; al menos son importes más similares. Pero si se acoge la TAE del contrato (que siempre es superior al TIN) y se compara con el TEDR medio establecido en las estadísticas del Banco de España, al final se están comparando elementos que no son equivalentes ni homogéneos y, por ello, el resultado no es real, sino sesgado<sup>20</sup>. En el caso previsto en esta STS de 4 de marzo de 2020 la TAE del contrato era el 26,82%, el TIN de contrato un 24% y el tipo medio TEDR de las estadísticas del Banco de España un 20,64%: el resultado de comparar la TAE del contrato con el TEDR medio, no es en modo alguno el mismo que si se compara el TIN del contrato con el TEDR medio. Si se hubiera hecho la comparación entre términos equivalentes TIN y TEDR, siendo el resultado, de solo 3,36% superior el del contrato ¿se hubiera calificado también como usurario? Probablemente el Tribunal Supremo, ante la ambigua fundamentación que hace en su sentencia, también lo hubiera declarado, pero realmente cabe dudar de que pueda calificarse como usurario, atendidas a las características diferenciales de estos contratos con respecto a otros productos financieros<sup>21</sup>.

Continuando con el análisis de esta STS de 4 de marzo de 2020, una vez fijado el índice de referencia de esta forma en algo superior al 20 % anual, el Tribunal Supremo advierte que ya este porcentaje es alto, por lo que, afirma, «menos margen hay para incrementar el precio de la operación sin incurrir en

usura». Pero tratándose de un índice medio ese del 20 %, lo que es preciso es concretar porqué un índice de seis o siete puntos superior a ese tipo medio debe considerarse usurario y no debiera fijarse la usura a partir de los ocho puntos, por ejemplo; y es que hay que tener en cuenta que para lograr esa media algunos de los productos que se toman en cuenta en la estadística del Banco de España habrán sido sin duda superiores a ese 20 %. O incluso, cabe plantearse si también se consideraría usurario cuando el interés sea solo superior en uno, dos o tres puntos sobre ese 20%, porque, como dice el Tribunal Supremo en esta sentencia de 4 de marzo de 2020, ya ese tipo medio es alto y el margen para apreciar usura entonces es pequeño; pero ¿cuál es ese margen? ¿cuándo sería usura y cuando no? ¿hasta dónde puede preverse un interés sin ser usurario? Es decir, ¿esos seis o siete puntos completan así esa indeterminación que la Ley de 1908 contemplaba en la expresión «notablemente superior»? ¿O si fueran solo dos puntos superior también cabría considerarlo usurario, bajo la argumentación del tipo medio alto y el pequeño margen existente que señala esta STS de 4 de marzo de 2020? ¿O cuál es el margen aceptable? Y en relación con estas preguntas y la incertidumbre generada, cabe plantearse si el Tribunal Supremo con esta postura y actuación, no está realmente desarrollando unas tareas de control judicial del precio de estos créditos, sin amparo legal<sup>22</sup>; y es que tal control no es competencia de los tribunales sino del legislador y chocaría con lo previsto en el Derecho de la Unión Europea, y en concreto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, resultando prohibido tal control o fijación judicial del precio o coste del crédito al consumo<sup>23</sup>, como se expuso en la STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre<sup>24</sup>.

Por otro lado, no hay que olvidar que hay que tener en cuenta también que la usura, conforme a la Ley de 1908, no se mide o aprecia solo por sobrepasarse «notablemente» el interés medio de esas operaciones de crédito: también es importante atender al requisito de la desproporción manifiesta atendidas las circunstancias del caso (art. 1 LRU). El Tribunal Supremo en esta sentencia de 4 de marzo de 2020 no analiza concretamente este requisito y su concurrencia en el caso objeto del litigio, sino que atiende a circunstancias generales relativas a los créditos o tarjetas *revolving* que le llevan a reafirmar su decisión de calificar como usurarios esos intereses previstos en el contrato. Esas circunstancias son: a) el tipo de destinatarios a los que, según el Tribunal Supremo, suelen ir dirigidos estos productos (personas que no pueden acceder a otras vías de crédito menos gravoso por sus condiciones de solvencia y por la falta de garantías suficientes disponibles); b) el carácter rotativo de este crédito que lleva a que las cuotas abonadas se reintegren de nuevo como capital disponible; c) unas cuotas en una cuantía normalmente baja, lo que hace alargar el tiempo de devolución total del capital dispuesto y determina que en esa cuota se abonen muchos más intereses que amortización de capital; y d) vinculada con esta última circunstancia, la existencia de anatocismo, capitalizándose los intereses y comisiones devengados para que a su vez vuelvan a devengar intereses, llevando a convertir al prestatario en lo que denomina nuestro Alto Tribunal un «deudor cautivo».

Atendida la primera de estas circunstancias podría llevar a pensar que lógicamente la entidad financiera asume mayor riesgo de impago ante la falta de solvencia clara y de garantías adicionales, y eso justificaría un interés alto. Pero el Tribunal Supremo vuelve a advertir, como ya hizo en la sentencia de 25 de noviembre de 2015, que cita ahora, que el alto riesgo de impago no puede justificar intereses notablemente superiores al normal del dinero y vuelve a criticar las prácticas bancarias irresponsables al conceder de modo tan ágil (y muchas

veces mediante técnicas de comercialización agresivas) los créditos al consumo sin atender a la capacidad de pago del prestatario, facilitando así el sobreendeudamiento, lo que no puede ser, según este Tribunal, objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

En este punto el Tribunal Supremo no concreta al caso la exigencia prevista en el artículo 1 LRU sobre «la desproporción manifiesta del tipo de interés atendidas las circunstancias del caso»; pero realmente viene a establecer que para este requisito no es al caso concreto enjuiciado al que deberá atenderse (situación personal y económica del prestatario, información suministrada por la entidad, si hubo o no técnicas de comercialización agresivas o fue el propio prestatario quien solicitó ese tipo de crédito...), sino que en supuestos de créditos o tarjetas *revolving*, cualquiera que sea el caso concreto, ya esas circunstancias o características generales que se acaban de señalar y que en abstracto rodean y definen esta modalidad de crédito, según se describen en esta STS de 4 de marzo de 2020, vienen a cubrir el requisito de desproporción manifiesta. Pero esto supone que el Tribunal Supremo no aplica correctamente este segundo requisito del elemento objetivo de la usura: hace un análisis general de esta modalidad de operación crediticia y como entiende que son reprochables ciertas prácticas (que tampoco analiza si concurren en el caso concreto) asume entonces que concurre ese segundo requisito objetivo relativo a un tipo de interés manifiestamente desproporcionado, y aplica la sanción de nulidad por usura.

Esa descripción que hace el Tribunal Supremo de las circunstancias que rodean a estas operaciones financieras lo que evidencia es una situación de desprotección a los clientes prestatarios (que por lo general además merecen la calificación de consumidores) ante una contratación en masa con condiciones generales (que es lo que existe en estos casos), respecto de la cual hay ya construcciones normativas y jurisprudenciales que permiten protegerles, e incluso declarar la nulidad del tipo de interés o el contrato: me refiero a las exigencias de cumplir por las entidades financieras obligaciones concretas de información precontractual suficiente (e incluso deberes a tener en cuenta en el marco de la publicidad y actividad comercial de los productos), evaluación de solvencia previa y, por supuesto, el control de transparencia de la cláusula (y, por ende, del contrato).

Tras esta STS de 4 de marzo de 2020 se presentaron varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Dos planteadas en septiembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria<sup>25</sup> que recibieron respuesta del TJUE mediante el auto de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20, *caso Banco Santander*), con poca trascendencia para la controversia suscitada por cuanto se declaró inadmisibles la primera cuestión por no haberse planteado ni explicado con claridad y, respecto a la segunda cuestión planteada se limitó el TJUE a admitir (pues el ordenamiento comunitario no se opone a ello), que puede aplicarse en España la Ley de Usura de 1908 y con ello poner limitaciones a los tipos de interés (concretamente a la tasa anual equivalente - TAE) para luchar contra la usura en los contratos de crédito al consumo celebrados con consumidores.

Posteriormente, el 7 de mayo de 2021 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón un auto elevando al TJUE dos cuestiones prejudiciales con varias consideraciones en la primera de ellas<sup>26</sup> y con las que se plantea al TJUE: i) si la interpretación y aplicación que hace el Tribunal Supremo de la Ley española de Represión de la Usura de 1908 con respecto a los créditos y tarjetas *revolving* se ajusta al Derecho de la Unión Europea (atendiendo al principio de su primacía y a su función armonizadora); ii) y si esa doctrina jurisprudencial,

que viene a prever un control judicial del precio de esos créditos al consumo en su modalidad *revolving* (regulados en el Derecho de la Unión, específicamente en la Directiva 2008/48/CE y de forma general en la Directiva 93/13/CEE), vulnera el principio de seguridad jurídica del mercado financiero, por tratarse de una extralimitación del Tribunal sin que exista una norma nacional que cubra o autorice tal control o fijación judicial del precio o coste del crédito (ni siquiera la Ley Azcárate de 1908)<sup>27</sup>.

Insiste la magistrada titular del juzgado remitente de esta cuestión prejudicial, como cuestión de fondo, en la indebida supresión del presupuesto subjetivo de la usura, desnaturalizando tal concepto y la finalidad de la Ley, e insiste asimismo en la crítica a la aplicación e interpretación extralimitada que de esta Ley de 1908 ha hecho el Tribunal Supremo en la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo, con formulaciones indeterminadas y ambiguas y declarando y generalizando el «reproche usurario» (que no abusivo) a todo contrato de crédito al consumo *revolving*, distorsionando injustificadamente dicho sector.

Desafortunadamente estas cuestiones no tuvieron respuesta por el TJUE pues al proceso origen se le puso fin anticipadamente en virtud de un acuerdo de las partes y por tal motivo el TJUE entendió que ya carecía de objeto la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas.

## 2. LAS SSTS NÚM. 367/2022, DE 4 DE MAYO, Y NÚM. 643/2022, DE 4 DE OCTUBRE

En estas resoluciones se vuelve a incidir en la doctrina jurisprudencial ya indicada de que el tipo de referencia a tomar en consideración para realizar la comparativa determinante de la usura de los créditos *revolving* tiene que ser la categoría de operación más específica y con la que más coincidencias y rasgos comunes tenga el crédito cuestionado: y en tal sentido advierten que tal operación no es la de los créditos al consumo en general, sino que, dado que aún en las fechas de los contratos cuestionados en ambas sentencias aún no existían estadísticas oficiales del Banco de España con referencia expresa a las operaciones *revolving*, en estos casos debía atenderse a los datos existentes sobre las operaciones específicas más similares que eran las tarjetas de crédito con pago aplazado o las recargables.

Y a ese respecto, según se advierte por el Tribunal Supremo, ante los hechos probados fijados en la instancia, en las fechas próximas a la celebración de los contratos (2006 y 2001 respectivamente en cada caso) los tipos de interés de las tarjetas de crédito de pago aplazado eran superiores al 20%, oscilando entre el 23% y el 26%.

De modo que se considera que los tipos de interés fijados en los casos objeto de enjuiciamiento (un 24,5% en el caso de la STS núm. 367/2022, y un 20,9% en el caso de la STS núm. 643/2022) no eran «notablemente» superiores a esos índices de referencia (incluso en el último caso particularmente era inferior), por lo que se rechaza la demanda de nulidad y calificación de usurario del préstamo cuestionado.

## 3. LA STS NÚM. 258/2023, DE 15 DE FEBRERO

Con esta sentencia se ha tratado de dotar de seguridad jurídica y, también, por qué no decirlo, de cierta predecibilidad sobre futuras resoluciones respecto a la



usura de estos créditos *revolving* de cara a ordenar la litigiosidad masiva con que se vienen caracterizando este tipo de conflictos relativos a contratos de adhesión.

Se incide nuevamente en la principal cuestión controvertida en estos temas que es la determinación del interés normal del dinero (término que no puede equipararse al «interés legal» del dinero) en el momento de celebración del contrato de crédito *revolving* y que sirva de referencia en la comparativa para la calificación de usura; siendo preciso en esto último, además, concretar el margen de desviación que permitiría considerar que el interés del crédito cuestionado es «notablemente superior al interés normal» en palabras del artículo 1 LRU, y ello especialmente dada la incertidumbre existente por no haber una norma legal concreta que señale claramente ese máximo de interés en estos contratos, siendo los tribunales los que marcan ciertas pautas en atención al caso concreto, pero sin haberse fijado aún un criterio claro fijo. Y precisamente en este punto, el Tribunal Supremo en esta sentencia trata de poner fin a esa incertidumbre existente.

Vuelve en todo caso a prescindirse del elemento subjetivo previsto en el artículo 1 LRU para centrarse únicamente en el requisito objetivo, y especialmente en el primero de sus presupuestos («interés notablemente superior al normal del dinero»), asumiendo la valoración genérica y ambigua efectuada en la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo, respecto al segundo presupuesto objetivo («interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»), sin atender realmente al caso concreto, sino a las características generales de estos créditos *revolving* y circunstancias que rodean a su contratación y que en abstracto rodean y definen esta modalidad de crédito en todo caso (contratos de adhesión, quiénes son sus destinatarios, el carácter rotativo, las cuotas mensuales de bajo importe que alargan el periodo de vigencia y amortización de la deuda, el anatocismo y la «cautividad» a que se someten al deudor por esos motivos...).

En esta sentencia el Tribunal Supremo:

a) Insiste en que al realizar la comparación debe atenderse siempre al momento de celebración del contrato (como ya se señaló en resoluciones anteriores aquí analizadas, como la STS de 4 de marzo de 2020) y que respecto al parámetro de comparación debe acudirse a la información específica, fundamentalmente las estadísticas del Banco de España, relativa a la categoría correspondiente a la concreta operación cuestionada.

Para los contratos posteriores a 2010 que es cuando ya se publicaron en esas estadísticas oficiales datos desglosados concretos sobre las operaciones *revolving*, está claro que el juicio comparativo se realizará atendiendo al interés medio que resulte de esos datos respecto de la categoría de operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito *revolving*. Pero para los contratos anteriores a 2010 se señala que, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco de España, no cabe acudir al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como se señaló en la STS núm. 643/2022, de 4 de octubre, «es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos *revolving*». Y tales productos son las tarjetas de crédito de pago aplazado. Pero es que además advierte que «con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010».

Se sigue insistiendo en atender a los datos estadísticos oficiales del Banco de España como información comparativa; sin duda son datos relevantes, pero particularmente para el caso de contratos anteriores a la publicación de estadís-



ticas concretas, entiendo que deberían servir también otros medios de prueba que pudieran probar más específicamente los tipos de mercado existentes más concretamente para esos contratos específicos en el momento de la celebración del contrato controvertido: tales pruebas se someterían a la valoración del juez, quien si lo estima acreditado, aun existiendo diferencias con respecto a lo previsto en estadísticas del Banco de España respecto a operaciones similares, pero no de operaciones *revolving*, debería poder hacer la comparativa con esos datos presentados y acreditados<sup>28</sup>.

b) En la comparativa a realizar en este caso se precisa que debe atenderse a la TAE del interés convenido en el contrato controvertido, pero advierte asimismo que en las estadísticas oficiales del Banco de España a cuya información se acude para la comparación no se utiliza la TAE sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones. A este respecto, el Tribunal Supremo en esta sentencia señala que aun con todo, como las diferencias son escasas, y teniendo en cuenta que lo que se exige es que el interés del contrato sea «notablemente» superior al interés medio, finalmente en la comparación se minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE. No obstante, viene a señalar que con carácter general la diferencia será que la TAE es superior en veinte o treinta centésimas respecto del TEDR, así que podría hacerse igualmente la comparativa acogiendo esa corrección del TEDR señalado en las estadísticas del Banco de España para adecuarlo a la TAE.

Ahora bien, a este respecto cabe aludir al hecho de que desde enero de 2023 el Banco de España en sus boletines estadísticos cuando se refiere al TEDR en su capítulo 19 incluye una nota al pie aclarando que: «Los tipos TEDR no incluyen los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización y las comisiones que compensen costes directos relacionados. La finalidad de los tipos TEDR es básicamente proporcionar al Eurosistema información relevante para el análisis de la transmisión de la política monetaria pero no son, a diferencia de los tipos TAE, una referencia adecuada ni comparable del coste total para los clientes de la financiación concedida»<sup>29</sup>. Una advertencia que sin duda es relevante en el marco de la controversia objeto del presente trabajo<sup>30</sup>.

c) Tras la concreción del índice de referencia comparativo, el Tribunal Supremo procede a valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia para no considerar el TAE del crédito concreto cuestionado como usurario («notablemente superior»). Y dado que no hay norma legal que fije un tipo concreto, sino tan solo la Ley de 1908 que utiliza esa conocida fórmula tan amplia de «interés notablemente superior al normal del dinero» que exige hacer una valoración para cada caso concreto en búsqueda de la justicia para tal caso, teniendo en cuenta el contexto actual en el que ha irrumpido la litigación en masa, el Tribunal Supremo entiende que «en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico». Y en este contexto y solo con referencia a un tipo de contrato concreto, cual es el de las tarjetas de crédito *revolving*, nuestro Alto Tribunal en esta STS 258/2023, de 15 de febrero, considera adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.

4. LA STS NÚM. 317/2023, DE 28 DE FEBRERO

Por último, cabe aludir a una sentencia de nuestro Alto Tribunal en la que se aborda una circunstancia peculiar.

Se parte de la idea general que la doctrina jurisprudencial ha venido marcando, al menos claramente desde la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo, de que la comparación entre el tipo de interés contractual concreto cuestionado y el tipo de interés medio o normal del dinero debe realizarse atendiendo al momento en el que se celebra el contrato: en tal sentido se justifica tal afirmación así: «Bien porque el interés del crédito sea un tipo fijo, bien porque sea un tipo de interés variable referenciado a un índice legal, cuya evolución no depende del propio prestamista, las circunstancias determinantes de que el interés fuera notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso son, lógicamente, las que concurrieran en el momento de contratar, pues no es imputable al acreedor que tales circunstancias evolucionen con el tiempo y que el interés que se fijó cuando se celebró el contrato, ajustado a las circunstancias de aquel momento, quede muy por encima del interés normal de esos contratos cuando transcurran varios años, dada la duración en el tiempo de estos contratos crediticios».

Pero en el caso planteado en esta sentencia se da la singularidad de que en el contrato se preveía que la entidad financiera podía modificar unilateralmente (previa notificación al acreditado y con la posibilidad de que este diera por terminado el contrato y se limitara a pagar lo que hasta ese momento adeudaba al tipo de interés pactado) el tipo de interés de la operación crediticia revolviente, sin que tal modificación se hiciera con referencia a un índice legal. De este modo, la TAE, que inicialmente, cuando se concertó el contrato en 2003, era de un 15,9% anual, fue incrementada paulatinamente por la entidad financiera y pasó a ser en 2009 del 26,9 %.

Ante tan especial circunstancia, el Tribunal Supremo considera que tratándose de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada, en el que la entidad acreedora puede modificar el tipo de interés, sin atenerse a un índice legal, «ajustándose a las exigencias del artículo 85.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha de considerarse, a efectos de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, que cada modificación del interés supone la concertación de un nuevo contrato, en el que se fija un nuevo tipo de interés, y que a partir de ese momento el contrato crediticio puede ser considerado usurario si el nuevo tipo de interés de la operación es notablemente superior al interés normal del dinero en aquel momento y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias concurrentes».

Por lo tanto, en estos casos la comparativa para valorar una posible usura no se hará en atención a la fecha de celebración del contrato inicial, sino con referencia a la fecha de la modificación unilateral del tipo de interés TAE por la entidad prestamista pues se entiende a tales efectos como que ha habido la celebración de un nuevo contrato; y por ello, de declararse usurario (como así se hizo en el caso objeto de la sentencia), tal declaración no afectará al contrato desde el inicio sino solo desde que se produjo esa modificación unilateral del contrato fijando una TAE notablemente superior al interés normal del dinero en ese momento.

Esta conclusión se justifica por el Tribunal Supremo en que «una solución diferente llevaría a la consecuencia absurda de que bastaría que en un momento inicial la entidad financiera fijara un tipo de interés moderado para que el con-

trato crediticio mediante tarjeta no pudiera ser considerado usurario pese a que la entidad financiera se reservara la facultad de elevar, en cualquier momento, de forma unilateral, sin atender a un índice legal, el tipo de interés hasta cotas muy superiores al interés normal del dinero y desproporcionadas a las circunstancias concurrentes».

#### IV. CONCLUSIONES

I. El artículo 1 LRU acoge dos elementos para considerar usurario un crédito: un elemento subjetivo, vinculado a la situación y capacidad del prestatario, y un elemento objetivo que se fija en el tipo de interés concreto del contrato cuestionado.

El Tribunal Supremo en sus sentencias obvia injustificadamente el elemento subjetivo de la usura previsto en el artículo 1 LRU como reproche moral y que precisamente justifica y contextualiza esa norma de represión de la usura y su finalidad (centrada en el ámbito de la nulidad contractual del préstamo en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas de su concesión) y además aplica los requisitos del elemento objetivo con una marcada pretensión de control judicial del precio o coste en este tipo de contratos de crédito (precio que es un elemento esencial del contrato) sin cobertura normativa alguna; y es que tal control no es competencia de los tribunales sino del legislador, lo que va en contra de lo previsto en el Derecho de la Unión Europea, y en concreto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, resultando prohibido tal control o fijación judicial del precio o coste del crédito al consumo, como se expuso en la STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre.

II. Según el Tribunal Supremo el carácter notablemente superior al interés normal del dinero puede apreciarse con referencia al tipo de interés medio del mercado en cuanto a la categoría específica de los contratos de crédito o tarjeta *revolving*, atendiendo fundamentalmente a las estadísticas oficiales publicadas por el Banco de España u otras tablas o informes que aporten datos suficientes y correctos sobre el mercado de estos productos. Para el caso de que se trate de un contrato anterior a 2010 y a la publicación de las estadísticas del Banco de España con referencia expresa a las operaciones *revolving*, sin perjuicio de poder valorar otras pruebas, resulta relevante atender a datos oficiales publicados por el Banco de España sobre operaciones específicas similares que tengan rasgos comunes, como son las tarjetas de crédito de pago aplazado o las tarjetas recargables, más que a las operaciones de crédito al consumo en general; y en todo caso a los datos existentes en las estadísticas más próximas en el tiempo.

Además, según la STS de 15 de febrero de 2023 la comparativa del crédito objeto de litigio con ese tipo de interés medio debe ser en atención a la TAE, con la oportuna corrección respecto al TEDR, que es el tipo a que se refieren las estadísticas oficiales del Banco de España, caso de atenderse a las mismas, como es la pauta marcada por nuestro Alto Tribunal.

Y en tal sentido, en esta sentencia se fija como criterio de referencia el de que se considerará como un «interés notablemente superior al interés normal del dinero» aquel que sea superior a seis puntos porcentuales de ese interés normal o medio del mercado, obtenido principalmente de las estadísticas oficiales del Banco de España en relación con las operaciones *revolving* u otras operaciones específicas que se consideren las más similares en el caso.

III. Con respecto al requisito de resultar el interés manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso, debe precisamente atenderse a las circunstancias del supuesto concreto planteado al tribunal; sin embargo, el Tribunal Supremo en estas sentencias objeto de este trabajo no atiende al caso concreto, sino que hace una valoración general de los créditos *revolving*, reprobando determinadas prácticas que asume que se desarrollan de modo generalizado en estos casos y que provocan sobreendeudamiento y la constitución del llamado «deudor cautivo», lo que le llevan a determinar el cumplimiento de este requisito objetivo y junto con el anterior presupuesto también objetivo, la calificación del carácter usurario del préstamo.

IV. Con carácter general la comparación entre el tipo de interés del contrato controvertido y el tipo de interés normal del dinero de cara a la apreciación de una posible usura se hará con referencia al momento de celebración del contrato; pero en aquellos supuestos como el resuelto en la STS núm. 317/2023, de 28 de febrero, en que se prevé la facultad de la entidad crediticia de modificar unilateralmente el tipo de interés del contrato sin atenerse a un índice legal, esa comparación se llevará a cabo con respecto al momento en que se produjo la modificación unilateral de la TAE del contrato.

V. A la vista de la doctrina jurisprudencial comentada, la solución a posibles abusos que puedan producirse en el ámbito de la contratación de estos créditos *revolving*, a mi juicio, pasa actualmente por la aplicación de la normativa de protección de consumidores y del cliente bancario o financiero, más que por la vía de la usura.

Con la aprobación de la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, al modificar la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico previsiones expresas sobre deberes de información y transparencia, publicidad y evaluación de solvencia con respecto a los créditos *revolving*.

Por otro lado, el control de incorporación y el control de transparencia resultan claramente aplicables a estos casos de cara a comprobar que se emitió un efectivo, libre y consciente consentimiento informado por parte del prestatario en relación a la real carga económica asumida con estos contratos, con especial atención a la dinámica revolvente de este producto y al posible y frecuente anatocismo o capitalización de intereses que generan a su vez nuevos intereses (y, por lo tanto, incrementan la carga económica inicialmente prevista).

Así pues, la solución en los créditos *revolving* puede venir mejor planteada desde la perspectiva del control de la información proporcionada y de la existencia de un verdadero consentimiento informado y consciente de todas las cargas asumidas, más que por la vía del reproche de la usura.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- ATJUE de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20).
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio.
- STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre.
- STS núm. 628/2015, de 25 de noviembre.
- STS núm. 149/2020, de 4 de marzo.
- STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre.

- STS núm. 367/2022, de 4 de mayo.
- STS núm. 643/2022, de 4 de octubre.
- STS núm. 258/2023, de 15 de febrero.
- STS núm. 317/2023, de 28 de febrero.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Consecuencias auguradas de la doctrina «Sygma» en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia. *Revista Jurídica de Consumidores vLex*, núm. 7, febrero 2020, 74-92 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consecuencias-auguradas-doctrina-sygma-840324614>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- (2020). Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 56-72 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencia-wizink-usura-ausencia-842771769>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- (2021). Usura: estado de la cuestión. Análisis de los criterios aplicados por las audiencias provinciales y tabla analítica de sus últimas resoluciones. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 39, 13-47 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2846>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Pleno, número 149/202, de 4 de marzo de 2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA sobre la usura en los créditos revolving. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión? *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 23-24 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-sentencia-tribunal-supremo-842771766>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- (2016). De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. *Revista de Derecho vLex*, núm. 140, enero de 2016 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/nuevo-sentencia-tribunal-supremo-592384119>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2020). Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020 y el Acuerdo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- CARRASCO PERERA, A.F., y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatis»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 73-94 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/983>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*. Comentario a la STS de España, Sala 1.<sup>a</sup>, 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019). *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, 758-775 (disponible en [https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30\\_Carolina\\_Castillo\\_pp.\\_758-775.pdf](https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30_Carolina_Castillo_pp._758-775.pdf), fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- MARTÍNEZ DÍAZ, J. (2023). Donde dije usura, digo mercado: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (pleno) 258/2023 de 15 de febrero. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 134-148 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3308>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas *revolving*): una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio. *Revista de Derecho vLex*, núm. 158, julio 2017 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/credito-revolving-precio-687116277>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial de las tarjetas *revolving*. *Diario La Ley*, núm. 9638, sección Tribuna, 22 de mayo de 2020.
- TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas *revolving*. *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2019.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o *revolving*, control de transparencia, abusividad y carácter usurario. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero de 2020, 44-71 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/creditos-rotativos-revolving-control-840324613>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

## NOTAS

<sup>1</sup> Esta Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, además, modifica el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 en relación con la exigencia de cumplir con una previa evaluación de solvencia del prestatario de cara a la concesión responsable del crédito, incluyéndose también expresamente para el caso de los créditos *revolving* (art. 18.2.e)). Y, asimismo, con esta Orden EDT/699/2020 también se modifica el artículo 4 de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (con efectos desde el 2 de enero de 2021), de cara a la publicidad de estos créditos *revolving*, previéndose en el apartado 5.e) de dicho artículo exigencias específicas con respecto al ejemplo representativo que debe incluirse cuando la publicidad comercial se refiera a estos créditos revolventes. En relación con esta Orden de 2020 y su finalidad en el marco de las tarjetas *revolving* y la protección de los usuarios puede consultarse <https://cliente.bancario.bde.es/ff/webcb/RCL/ProductosServiciosBancarios/ServiciosPago/Tarjetas/Memoria2020tarjetasrevolving.pdf> (fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>2</sup> Asimismo, en estas SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, lo que se hace es una delimitación del ámbito de control de la normativa sobre usura y la normativa de protección de consumidores. Se advierte que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto (existiendo compatibilidad conceptual y material), no obstante, su aplicación conjunta o integrada no es posible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados. Señalan así estas resoluciones



y concretamente la STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre, que «A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta. B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (arts. 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 de TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto, y SSTS de 11 de marzo de 2014, núm. 152/2014 y de 7 de abril de 2014, núm. 166/2014). C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que, doctrinalmente, dicho fenómeno en la actualidad se califique como un «auténtico modo de contratar», diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014)». Cfr. a este respecto VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o *revolving*, control de transparencia, abusividad y carácter usurario. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero 2020, 57 y ss. (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/creditos-rotativos-revolving-control-840324613>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>3</sup> Cfr., a este respecto, entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas *revolving*): una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, quien advierte que la concurrencia del presupuesto subjetivo ha sido una constante en nuestra jurisprudencia (cita entre otras, las SSTS núm. 622/2001, de 20 de junio, núm. 1028/2006, de 10 de octubre, núm. 113/2013, de 22 de febrero; núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 677/2014, de 2 de diciembre, y núm. 189/2019, de 27 de marzo), del que ahora el Tribunal Supremo prescinde sin ninguna justificación ni fundamento, provocando confusión e inseguridad jurídica en la futura aplicación de la Ley de 1908, y además convirtiendo lo previsto en esta Ley, al ser aplicada fuera de su natural marco casuístico, en «un criterio general de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia»; concluye que «la Ley de Usura, lamentablemente, aún resulta útil y aplicable en la actualidad, pero debe ajustarse, si no se reforma, a la necesaria estimación del presupuesto subjetivo, pues, como señala expresamente el artículo 1, dicho presupuesto subjetivo le dota de sentido y concierto. Para la mejor defensa de los consumidores y usuarios resulta pertinente la vía del control de transparencia, que se ajusta modernamente a este modo de contratación y mejora, sin duda, las condiciones, competencia y comprensibilidad de este segmento de la contratación del crédito personal. Por lo que, en definitiva, si se pretende recuperar un cierto grado de seguridad jurídica y de



certeza habrá que acordar que la sentencia objeto de comentario lo «único» que realmente fija es el límite del 26,86% para la consideración usuraria del crédito *revolving*, sin establecer otro concreto límite conceptual por debajo del ya fijado. Para ello, habría que volver a la aplicación del presupuesto subjetivo que justificara, en cada caso concreto, el carácter usurario de un interés remuneratorio inferior». Otros autores que han criticado, asimismo, la falta de atención al elemento subjetivo previsto en el artículo 1 LRU son, entre otros: CARRASCO PERERA, A.F., y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatís»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio. *Revista CESCO de Derecho De Consumo*, núm. 16, 73-94 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/983>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Consecuencias auguradas de la doctrina «Sygma» en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero de 2020, 75-77 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consecuencias-auguradas-doctrina-sygma-840324614>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); de la misma autora, AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 66-68 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencia-wizink-usura-ausencia-842771769>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); Alemany Castell, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Pleno, número 149/202, de 4 de marzo de 2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA sobre la usura en los créditos *revolving*. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión? *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 23-24 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-sentencia-tribunal-supremo-842771766>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving. *Diario La Ley*, núm. 9638, sección Tribuna, 22 de mayo de 2020; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o *revolving*, *op. cit.*, 52-57.

<sup>4</sup> Este límite máximo se encuentra regulado, por ejemplo, en el Código francés de Consumo (*Code de la Consommation*) que en sus disposiciones 314-6 a 314-9 (aplicables tanto al crédito al consumo como al crédito hipotecario) regula la usura y el tipo de interés usurario, y concretamente en esa norma 314-6 viene a considerar usurarios aquellos préstamos cuyo tipo de interés (tasa efectiva global) exceda en el momento de su otorgamiento «en más de un tercio del tipo de interés o tasa efectiva promedio aplicada durante el trimestre anterior por las instituciones de crédito y las compañías financieras para operaciones de la misma naturaleza que impliquen riesgos similares, según lo definido por la autoridad administrativa previa consulta al Comité Asesor del Sector Financiero».

Por otro lado, en el artículo 31.2 de la propuesta de la Comisión Europea de Directiva relativa a los créditos al consumo se prevé expresamente que «Los Estados miembros podrán introducir límites máximos adicionales para las líneas de crédito renovable» (puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0347&from=ES>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); quizás en breve se apruebe ya esta Directiva y el legislador español se decida, a su amparo, a prever expresamente en una norma un límite máximo a los intereses de estos créditos, dejando de recaer ya en los tribunales y, concretamente en el Tribunal Supremo, especialmente tras la STS núm. 258/2023, de 15 de febrero, como se detallará más adelante en este trabajo, el papel de «limitador» que abunda en una labor de control de precios que en modo alguno le compete y que resulta criticable.

<sup>5</sup> REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio. *Revista de Derecho vLex*, núm. 158, julio 2017 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/credito-revolving-precio-687116277>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>6</sup> TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas *revolving*. *Actualidad Civil*, núm. 4, abril de 2019.

<sup>7</sup> En su Portal del Cliente Bancario, el Banco de España señala que las tarjetas *revolving* (revolventes o de pago aplazado) «Son tarjetas de crédito en la que se ha elegido la modalidad de pago flexible. Te permiten devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas. Dentro de

unos límites prefijados por tu banco, podrás fijar el importe de la cuota, pero sé consciente de que con cada cuota pagada el crédito disponible de la tarjeta se reconstituye, es decir, puedes volver a disponer del importe del capital que amortizas en cada cuota». *Vid.* <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos/servicio/servicios/pago/tarjetas/guia-textual/tipos-de-tarjeta/> (fecha de última consulta el 10 de marzo de 2023). Asimismo, en su Memoria de Reclamaciones de 2020 indica: «Las tarjetas *revolving* son una tipología especial de tarjeta de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos, y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.)». (<https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/Productos/ServiciosBancarios/ServiciosPago/Tarjetas/Memoria2020tarjetasrevolving.pdf>; fecha de última consulta el 10 de marzo de 2023).

<sup>8</sup> *Vid.*, entre otros, TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática..., *op. cit.*; y REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio, *op. cit.* Asimismo, en la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, en el primer apartado de su preámbulo se señalan que los que denomina «créditos de duración indefinida con carácter revolvente o *revolving*» presentan ciertas especialidades que los hacen susceptibles de un tratamiento regulatorio diferenciado: «El principal elemento que los caracteriza es que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. La cuantía de las cuotas puede variar en función del uso que se haga del instrumento del crédito y de los abonos que se realicen por el prestatario. Así, el límite de crédito establecido por el prestamista disminuye según se dispone de él, principalmente mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, transferencias del crédito concedido o liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se repone con abonos, en esencia mediante el pago de los recibos periódicos o la realización de amortizaciones anticipadas, si bien, en particular en el caso de los créditos asociados a un instrumento de pago, también se pueden producir devoluciones de compras que reponen igualmente el crédito disponible. Las cuantías de las cuotas destinadas a la amortización del capital que el prestatario abona de forma periódica vuelve a formar parte de su crédito disponible (de ahí su nombre, revolvente o *revolving*), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática en cada vencimiento, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente. Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. En ocasiones, si se producen impagos o la cuantía de la cuota periódica es muy baja y no cubre los intereses, estas cantidades se capitalizan mediante nuevas disposiciones del crédito que, a su vez, generarán intereses. Estos créditos se comercializan mayoritariamente asociados a instrumentos de pago que prevén, de forma exclusiva o junto con otras modalidades de reembolso, la posibilidad de establecer una modalidad de pago aplazado flexible o *revolving*, lo que facilita su accesibilidad y la inmediatez en la realización de disposiciones del límite por el titular. En estos casos, aunque habitualmente el titular del instrumento de pago tiene la posibilidad de modificar su funcionamiento, pasando a operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes, las características de estos créditos pueden dar lugar a que la amortización del principal se realice con frecuencia en un periodo de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo o incluso el riesgo de que la deuda se prolongue de manera indefinida. Si bien es cierto que actualmente el principal medio de disposición de los créditos *revolving* son las denominadas tarjetas *revolving*, nada impide que, dado el progreso tecnológico exponencial en esta área, se desarrollen nuevas formas de prestar el servicio de crédito revolvente asociado a otros instrumentos de pago».

<sup>9</sup> *Vid.* <https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/Productos/ServiciosBancarios/ServiciosPago/Tarjetas/Memoria2020tarjetasrevolving.pdf> (fecha de última consulta el 10 de marzo de 2023).

<sup>10</sup> *Vid.* <https://cliente bancario.bde.es/finwebcb/RCL/ProductosServiciosBancarios/ServiciosPago/Tarjetas/Memoria2020tarjetasrevolving.pdf> (fecha de última consulta el 10 de marzo de 2023).

<sup>11</sup> REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio, *op. cit.*

<sup>12</sup> Cfr., a este respecto, entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020..., *op. cit.*; AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 75-77 y de la misma autora (2020). Sentencia Wizink..., *op. cit.*, 66-68; SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial..., *op. cit.*; CARRASCO PERERA, A.F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura..., *op. cit.*, 78-79; y ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre..., *op. cit.*, 23-24.

<sup>13</sup> Como señala la STS de 25 de noviembre de 2015, «esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) núm. 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada».

<sup>14</sup> Aparte de esas estadísticas del Banco de España cabe advertir, como señalan CARRASCO PERERA y AGÜERO ORTIZ, que existen otros instrumentos que arrojan datos y estadísticas sobre el crédito o tarjeta *revolving* a los que se podía y se puede acudir para concretar ese «interés normal» o de mercado con el que se debe hacer la comparación para poder apreciar usura: están las tablas comparativas que ofrece la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) o tablas publicadas por diarios especializados en economía (como *Expansión*): *vid.* CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura..., *op. cit.*, 83-86. Incluso la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) elaboró un índice de valores sobre estos productos *revolving* y otros contratos de crédito al consumo entre 2008 y 2018 (corregido en 2021): <https://asnef.com/media/3409/indice-asnef-tin-tae-2018-correcto-2021.pdf> (fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023). A la posible consulta de este índice ASNEF se refiere también ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre..., *op. cit.*, 19-20; de hecho, esta autora advierte también que «lo que debemos hacer los abogados es ayudar a los jueces y proporcionar datos objetivos de comparación fiables con una determinada categoría de producto, el crédito *revolving*, y la referida tabla estadística valorada por el Tribunal Supremo es una herramienta a tener en cuenta, pero no es en absoluto la única fuente de información para comparar productos de crédito *revolving*» (p. 17 de la obra citada); pero asimismo, considera esta autora que es muy valiosa la información que trimestralmente las entidades bancarias deben proporcionar al Banco de España sobre comisiones y tipos practicados u ofertados, conforme exige la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España (ALEMANY CASTELL, M. (2016). De nuevo con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. *Revista de Derecho vLex*, núm. 140, enero 2016; disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/nuevosentencia-tribunal-supremo-592384119>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>15</sup> *Vid.* a este respecto, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 78 y sigs.; ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre ..., *op. cit.*, 25-26; y ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2020). Tarjetas *revolving*, usura e inseguridad jurídica. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo 149/2020 y el Acuerdo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>16</sup> *Vid.* a este respecto, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 77-78; y *vid.* CARRASCO PERERA, A.F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura..., *op. cit.*, 82-83.

<sup>17</sup> A este respecto, puede consultarse, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2021). Usura: estado de la cuestión. Análisis de los criterios aplicados por las audiencias provinciales y

tabla analítica de sus últimas resoluciones. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 39, 13-47 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2846>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023); y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial..., *op. cit.*

<sup>18</sup> El Tribunal Supremo defiende acudir a esas estadísticas oficiales del Banco de España porque son elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión y atendiendo a esos datos se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del Banco de España (como supervisor) que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

<sup>19</sup> Como se ha indicado, el Tribunal Supremo considera que debe acogerse el tipo medio de interés existente en el momento de celebración del contrato correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada; si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), entonces deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes, señala el Tribunal Supremo, son determinantes del precio del crédito.

<sup>20</sup> *Vid.*, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Sentencia Wizink..., *op. cit.*, 63-66; ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre..., *op. cit.*, 16-17; y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*. Comentario a la STS de España, Sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019). *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio de 2020, 770-771; disponible en [https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30.\\_Carolina\\_Castillo\\_pp.\\_758-775.pdf](https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30._Carolina_Castillo_pp._758-775.pdf); fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>21</sup> Cfr. REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «*revolving*» y su precio, *op. cit.*, quien afirma que están justificados los mayores precios del crédito *revolving*, en atención a las características diferenciadas de este producto, y no en una situación de abuso de las entidades sobre sus clientes. Características relacionadas con la compleja gestión financiera, la exigencia de más recursos propios, la falta de garantías ante la eventual morosidad o el hecho de que pueda destinarse el crédito a cualquier finalidad.

<sup>22</sup> Esta es una de las consideraciones advertidas por la titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE el 7 de mayo de 2021. Concretamente planteó «si resulta contrario al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que el órgano jurisdiccional nacional, en aplicación de una disposición nacional como la referida Ley de Represión de la Usura de 1908, fuera de su natural proyección en el marco de la declaración de nulidad del contrato celebrado, realice, como potestad «*ex nova*», un «control judicial» sobre el objeto principal del contrato que determine, con carácter general, bien el precio del crédito al consumo, entendido por referencia a su interés remuneratorio (TIN), o bien el coste del crédito al consumo, entendido como referencia a su tasa anual equivalente (TAE)». Esta interpelación parte previamente de considerar y advertir el juzgado remitente al TJUE que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha reiterado, en numerosas sentencias, que la «exclusión» prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, como norma armonizada, ha sido plenamente transpuesta al ordenamiento jurídico español, por lo que no es procedente que el juez nacional realice un control judicial de precios; así como de considerar que no existe en el ordenamiento jurídico español norma jurídica que permita o dé cobertura, con carácter general, a dicho control judicial de precios, incluida la propia Ley de usura de 1908, y, además, que no se ha entrado a valorar la posible falta de transparencia de la cláusula que determina el precio del crédito al consumo (*vid.* STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre).

<sup>23</sup> Atendiendo al Derecho comunitario, y en concreto al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ante créditos al consumo, que están sujetos a condiciones generales de la contratación, estaría prohibido el control o fijación judicial del precio, coste o interés del crédito, pues solo si un juez declara que esa cláusula no es transparente, entonces podrá proceder a revisar su abusividad o no (control de contenido). Así lo ha advertido el TJUE en varias

sentencias: SSTJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-280/13), de 20 de febrero de 2015 (asunto C-143/13), de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14), de 9 de julio de 2015 (asunto C-384/14) y de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14). Cuestionando que efectivamente se pueda hacer un control de abusividad con respecto al precio del contrato, cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>24</sup> Esta STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre, resolvió sobre un préstamo multividua y, con cita de la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, señala que «no es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta Sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*». Y esta afirmación se hace partiendo de que ya el Tribunal Supremo ha considerado y advertido que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE «ha sido transpuesto de manera indirecta o implícita por la nueva redacción del artículo 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al «justo equilibrio de las contraprestaciones», tras la reforma aludía al «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes», de conformidad con los artículos 3 y 4.2 de la Directiva. Lo mismo establece hoy el artículo 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley. Por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos».

<sup>25</sup> La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria planteó por auto de 14 de septiembre de 2020 dos cuestiones prejudiciales en las que se preguntaba: «1) ¿Es compatible la libre prestación de servicios en el mercado europeo de crédito con la limitación en el importe máximo del tipo de interés por aplicación de la Ley contra la usura española? ¿Es compatible con el uso para determinar la nulidad de los préstamos de los tipos de interés medios aplicados por las entidades financieras exclusivamente en el mercado español? ¿Se trata de una disparidad nacional que puede crear distorsiones a la competencia entre prestamistas dentro de la [Unión Europea], entorpecer el funcionamiento del mercado interior y reducir las posibilidades de los consumidores de acogerse directamente al crédito al consumo transfronterizo? 2) ¿Es compatible la Directiva 87/102 y la Directiva 2008/48 con la legislación española que determina la nulidad de un contrato de préstamo por usurario, con independencia de que cumpla todos los requisitos exigidos en las Directivas, por considerar su tipo de interés elevado, teniendo en cuenta únicamente la media de los intereses aplicados en España? ¿Se debe entender que esa interpretación establece límites máximos a los tipos de interés no previstos por [las Directivas], ocasiona una protección al consumidor desigual en el ámbito del crédito al consumo de un Estado miembro a otro y distorsiona la competencia entre prestamistas? O por el contrario, ¿cabe entender que se trata de una disposición más severa para la protección del consumidor, respetuosa con las obligaciones de España en virtud del Tratado, en particular, la libre prestación de servicios?».

<sup>26</sup> Se incide en algunas cuestiones que también se plantearon en las anteriores cuestiones indicadas planteadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas. Y puede decirse también que en tales cuestiones prejudiciales la magistrada titular del juzgado remitente plasma en cierta medida la posición crítica con respecto a la doctrina y argumentos expuestos de la STS de 4 de marzo de 2020 que expuso anteriormente por escrito en un artículo doctrinal, donde advierte de la necesaria atención a las normas de protección de consumidores centradas en la transparencia y garantía del consentimiento informado, dejando como reflexión final el deseo de que se materialice «la regulación extensiva al ámbito de la contratación de



tarjetas de crédito de las obligaciones sustanciales que nuestro ordenamiento actualmente impone a las entidades financieras y que pivotan en los esenciales aspectos de la necesaria actuación transparente por parte de aquellas respecto de los contratantes consumidores, así como de la evaluación no solo de la solvencia de los prestatarios sino también del contenido y alcance del crédito concedido en el contexto de la situación del adherente» (CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal..., *op. cit.*, 772).

<sup>27</sup> Concretamente se insta al TJUE a que aclare: a) Si la conformidad con el Derecho de la Unión respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dictada en interpretación y aplicación de la Ley nacional de Represión de la Usura, debe realizarse «de oficio» por el órgano jurisdiccional nacional, o por el contrario, como declara el Tribunal Supremo español, dicho deber de evaluar la conformidad con el Derecho de la Unión y sus Directivas queda condicionado o subordinado al *petitum* de la parte demandante (principio de rogación). Y esto se plantea en la medida en que dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo se proyecta no solo sobre el plano de la invalidez del contrato celebrado, sino sobre la definición del «objeto principal» del contrato de crédito al consumo (en la modalidad crédito *revolving*) y sobre la adecuación de la «calidad/precio» del servicio prestado. Y se plantea también atendiendo a que, si se condiciona esa evaluación de conformidad con el Derecho de la Unión a la petición de parte y esa petición se centra única o principalmente en el ejercicio de una acción derivada de una norma nacional (como es la petición de nulidad por ser usurario el crédito conforme a la Ley de Represión de la Usura de 1908), entonces no podría atenderse a la primacía del Derecho de la Unión y su alcance armonizador, aunque la jurisprudencia que dicte el Tribunal Supremo español, en la interpretación y aplicación de la citada Ley de 1908, se proyecte sobre la definición del objeto principal y la adecuación de la calidad/precio del crédito al consumo objeto del litigio que debe resolverse. b) Si resulta contrario al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que el órgano jurisdiccional nacional, en aplicación de una disposición nacional como la referida Ley de Represión de la Usura de 1908, fuera de su natural proyección en el marco de la declaración de nulidad del contrato celebrado, realice, como potestad «*ex nova*», un «control judicial» sobre el objeto principal del contrato que determine, con carácter general, bien el precio del crédito al consumo, entendido por referencia a su interés remuneratorio (TIN), o bien el coste del crédito al consumo, entendido como referencia a su tasa anual equivalente (TAE). c) En atención a lo anteriormente expuesto y considerando el marco de regulación y armonización previsto en el TFUE, se pregunta también si el control por el órgano jurisdiccional nacional para la fijación, con carácter general, del precio o del coste del crédito al consumo, sin una previa norma nacional que expresamente le dé cobertura, «resulta compatible» con el artículo 120 TFUE, con relación a una economía de mercado abierta y al principio de libre contratación de las partes. d) Por último, en el marco de la segunda cuestión prejudicial planteada, se plantea al TJUE si resulta contrario al principio de seguridad jurídica para el correcto y eficaz funcionamiento del mercado interior del crédito al consumo, «la limitación de la TAE que puede imponerse, con carácter general, al consumidor en un contrato de crédito al consumo con el fin de luchar contra la usura, declarada por el Tribunal Supremo español, con base en unos parámetros no objetivos y precisos, sino por mera referencia aproximativa, de forma que se deje a la discrecionalidad de cada órgano jurisdiccional nacional su concreta determinación para la resolución del litigio del que conozca».

<sup>28</sup> En igual sentido, MARTÍNEZ DÍAZ, J. (2023). Donde dije usura, digo mercado: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (pleno) 258/2023 de 15 de febrero. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 137-140 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3308>; fecha de última consulta, el 10 de marzo de 2023).

<sup>29</sup> *Id.* el boletín estadístico del Banco de España de enero de 2023 ([https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/23/Fich/be\\_enero2023\\_es.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/23/Fich/be_enero2023_es.pdf)) y su boletín estadístico de febrero de 2023 ([https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/23/Fich/be\\_febrero2023\\_es.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/23/Fich/be_febrero2023_es.pdf)).

<sup>30</sup> A este respecto, criticando que se atienda al TEDR como métrica, *vid.* MARTÍNEZ DÍAZ, J. (2023). Donde dije usura..., 140 y sigs.

## 1.6. Responsabilidad civil

# La doctrina jurisprudencial sobre nulidad de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor

## *The jurisprudential doctrine on the nullity of predisposed clauses to the detriment of the non-consumer adherent*

por

LUIS ANTONIO CORPAS PASTOR

*Profesor sustituto interino ayudante Doctor de Derecho civil  
Universidad de Málaga*

**RESUMEN:** El marco jurídico básico establecido por las disposiciones contenidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación (LCGC) y en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) establece un doble control, bien conocido, sobre las cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente, que incluye un primer control de inclusión y un segundo, de transparencia, que deben superar las cláusulas de los contratos por adhesión; si bien, el segundo está vedado actualmente al adherente no consumidor. En este trabajo cuestionamos por razones de oportunidad la doctrina del Tribunal Supremo al respecto que refrenda en dos recentísimas SSTs de 16 de enero de 2023, y exploramos la posibilidad de sugerir un cambio legislativo tendente a la unificación de ambas situaciones, aplicándose el control de transparencia también cuando se trate de un adherente no consumidor que realice su actividad profesional o empresarial fuera del objeto del contrato de adhesión. Si bien la jurisprudencia actual interpreta correctamente dicho marco jurídico por cuanto lo aplica al ámbito subjetivo del TRLGDCU, somos partidarios de una interpretación menos restrictiva (que podría requerir un cambio legislativo, o no) para aquellas situaciones en las que el empresario adherente ejerza una actividad completamente ajena al programa prestacional del predisponente.

**ABSTRACT:** *The Spanish legal framework established through the General Contracting Conditions Law and in the Consolidated Text of the General Law for the Defense of Consumers and Users (TRLGDCU, by its acronym in Spanish), establishes a notorious double control over the predisposed clauses to the detriment of the adherent, which includes a first inclusion control and a second, transparency, which must exceed the clauses of the adhesion contracts; although the second is currently closed to non-consumer adherents. For reasons of opportunity, in this paper we question the doctrine of the Spanish Supreme Court in this regard, which supports this position in two very recent decisions of January 16, 2023, and we explore the possibility of suggesting a legislative change in order to unify both situations, applying the control of transparency even in the case of a non-consumer*



*adherent who develops his professional or business activity outside the object of the adhesion contract. Although current jurisprudence correctly interprets the Spanish legal framework to the extent that it applies it to the subjective scope of the TRLGDCU, we are in favor of a less restrictive interpretation (which may or may not require a legislative change) for those situations in which there is a non-consumer adherent that develops an activity completely unrelated to the activity of the predisposing agent.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusula suelo. Renuncia de acciones. Control de incorporación. Control de transparencia. Adherente no consumidor. Desequilibrio subjetivo. Buena fe. Préstamo hipotecario. Interés variable.

**KEY WORDS:** *Floor clauses. General waiver of actions. Incorporation control. Transparency control. Non-consumer adherent. Subjective imbalance. Good faith, Mortgage loan. Variable interest.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN. 2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE CONSUMIDOR Y SU REGULACIÓN TUITIVA: A) *El concepto jurídico de consumidor*. B) *La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento*. 3. LA NULIDAD DE LA «CLÁUSULA SUELO». 4. EL CONTROL DE LEGALIDAD.—II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.—III. RESULTADOS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS ACUERDOS NOVATORIOS A LA BAJA DE LA «CLÁUSULA SUELO» EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN. 2. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS QUE MODIFICAN A LA BAJA LA CLÁUSULA SUELO. 3. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES EN LA NOVACIÓN A LA BAJA DE LAS CLÁUSULAS SUELO. 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS EN EL CASO DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR: A) *El control de inclusión en el caso de adherente no consumidor*. B) *El control de transparencia de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor*.—5. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES DEL ADHERENTE NO CONSUMIDOR EN LOS PACTOS NOVATORIOS CON «CLÁUSULA SUELO» A LA BAJA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

El Código Civil no define ni regula expresamente los «contratos de adhesión», pues, como recuerda Díez-Picazo (2007, 133), la suya es una concepción tradicional y clásica; considerando el contrato como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas<sup>1</sup>, integrando todas las consecuencias que sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe<sup>2</sup> en el orden indicado por LASARTE (2019, 131). Esta concepción tradicional se basa en un sinalagma entre iguales que negocian y consienten (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013), generando una relación obligacional y dictando las normas que la regirán hasta su cumplimiento<sup>3</sup>. Es evidente que la concepción moderna del contrato

también abarca situaciones en las que no se da esa negociación: se ofrecen contratos dirigidos a una gran cantidad de consumidores y usuarios, en los que el contenido del contrato es prácticamente idéntico en todos ellos. Estos contratos son conocidos como «contratos-tipo» o «contratos en masa», y son estandarizados y masivos en su naturaleza. Por lo general, estos contratos se llevan a cabo mediante «contratos de adhesión», en los que se presume que el adherente tiene una posición de desventaja. Por lo tanto, la legislación establece mecanismos de protección conocidos para salvaguardar los intereses del adherente<sup>4</sup>.

Las «condiciones generales de la contratación» son cláusulas preestablecidas redactadas con la intención de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, cuya inclusión en el contrato se impone por una de las partes. Estas condiciones quedan excluidas del contrato si no se ha acordado nada al respecto, pero entran en juego en caso de conflicto. Es en este momento cuando se debe revisar la obligatoriedad de las condiciones impuestas unilateralmente por la parte que las estableció, en un intento de prevenir abusos.

## 2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE CONSUMIDOR Y SU REGULACIÓN TUTIVA

Resulta pertinente, en nuestra opinión, recordar aquí los aspectos principales relacionados con la regulación civil protectora del «consumidor jurídico». Este concepto, como veremos a continuación, se corresponde con «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», incluyendo tanto a personas jurídicas como entidades sin personalidad jurídica. Esta figura se asimila a la de contratante y, según la última modificación del TRLGDCU, se introduce una protección específica para «consumidores vulnerables». Esta protección se ejerce en aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril y el Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, mediante el control de inclusión y el control de contenido.

### A) *El concepto jurídico de consumidor*

Autores consolidados explican que el término «consumidor» procede de la economía, pero ahora forma parte del lenguaje jurídico (ORDUÑA Y CAMPUZANO, 2015; DOMÍNGUEZ PÉREZ, 2014; LASARTE, 2022). El concepto de consumidor jurídico, según la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, abarca a todas las personas físicas que adquieren bienes o servicios para satisfacer necesidades personales o familiares<sup>5</sup>; de tal forma que dicho sujeto adquiere un bien o servicio por el «valor de uso» del mismo, a diferencia del empresario, quien «adquiere el bien pensando en su valor de cambio» (LASARTE, 2022, 54).

En nuestro ordenamiento, el consumidor jurídico se puede asimilar a la figura del contratante civil, y la coincidencia entre el consumidor material y el jurídico crea grandes dificultades para su integración en el Derecho de los contratos. Además, una peculiaridad ajena al Derecho de la Unión Europea consiste en que en el nuestro se contempla la posibilidad de que una persona jurídica<sup>6</sup> pueda ser considerada consumidor (MORENO GARCÍA, L., 2019, 77). Finalmente, la última modificación del TRLGDCU<sup>7</sup>, operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo<sup>8</sup>, introduce una protección específica para los «consumidores vulnerables»<sup>9</sup>.

*B) La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento*

La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento se articula mediante leyes especiales, sin olvidar los elementos ya previstos en el Código Civil y los principios rectores de nuestro ordenamiento recogidos en la Constitución y, debido a que España se configura actualmente como un Estado constitucional multinivel, no podemos ignorar tampoco la regulación supranacional en este sector y muy especialmente la Directiva 93/13 del Consejo y la Ley de Condiciones generales de la contratación (LCGC) que la transpuso<sup>10</sup>, cuyo panorama continúa inalterado tras su modificación.

En nuestra opinión, la LCGC presupone que el poder del predisponente será sensiblemente mayor al del adherente consumidor y, por esta razón, sus intereses económicos merecen ser tutelados de acuerdo al mandato constitucional del artículo 51 CE que garantiza la defensa de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos, así como la protección de sus «legítimos intereses económicos» y su materialización en una obligación constitucional hacia las iniciativas legislativas de los poderes públicos, se ha configurado en España verdadero sistema tuitivo de los consumidores y usuarios. Es por ello que se recurren a mecanismos tuitivos de antiguo recogidos en el Código Civil, como la institución de la nulidad de ciertos pactos que son contrarios al orden público económico (art. 1583 sobre el «arrendamiento hecho por toda la vida»), la interpretación de las «cláusulas oscuras» (art. 1288, que prohíbe que dichas cláusulas favorezcan «a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad») o la dicción literal del artículo 1256 que prohíbe dejar «al arbitrio de uno de los contratantes» el cumplimiento del contrato o su validez. Estos mecanismos, sin embargo, se muestran insuficientes para controlar eficazmente la desigualdad de poder existente entre empresarios y consumidores o usuarios.

La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, en aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre (y de forma supletoria por el Código Civil), se organiza actualmente en torno al «derecho de consumo», muy influenciado por las normas supranacionales europeas que tratan de armonizar el derecho interno de los Estados miembros de la Unión. Esta disciplina, de carácter actual y multidisciplinar, siendo en gran medida tributaria y competencia de la jurisdicción civil, abarca también numerosa regulación administrativa, dando cumplimiento al principio rector de la política económica y social que informa al ordenamiento, a tenor del artículo 51 CE. De esta forma se ha configurado en España un verdadero sistema tuitivo de los consumidores y usuarios.

En relación al control de una posible abusividad de las condiciones generales de la contratación, se establecen dos controles principales de sobra conocidos: por un lado, el denominado «control de inclusión»<sup>11</sup> y, posteriormente, un «control de contenido»<sup>12</sup>. Finalmente, como exponemos seguidamente, la jurisprudencia se alza en interpretar cuándo se debe considerar abusiva una cláusula.

### 3. LA NULIDAD DE LA «CLÁUSULA SUELO»

Es un tema zanjado por nuestros tribunales en los contratos de préstamo referenciados a un determinado tipo de interés que incluían una salvaguarda para la entidad financiera, por cuanto el tipo se referenciase al índice que fuera, no podría bajar de un determinado tope mínimo o «cláusula suelo». En concreto, la

STS núm. 241/2013 de 9 de mayo<sup>13</sup>, del Pleno de la Sala de lo Civil, puso fin a una controversia que parecía interminable sobre la validez y el carácter abusivo de estas cláusulas en préstamos hipotecarios con consumidores, independientemente de si dicha cláusula se refiera al objeto principal del contrato (FD 7.º, in fine). La consideración de la cláusula suelo como cláusula impuesta no la hace automáticamente nula, ni la calificación como contrato de adhesión provoca por ello su nulidad, según dicha STS (FD 8.º, apartado 2.3), en la conclusión que alcanza el Pleno de la Sala, cuando dice:

«a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Con cita de la mencionada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, esta STS recuerda (FD 10.º) que: «la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor». Por lo tanto, la cláusula suelo delimita el objeto principal del contrato. «Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo»<sup>14</sup>. Sí se predica de aquellas cláusulas, como la examinada, que, pese a que supera el control de inclusión, no sigue la misma suerte la prueba del control de claridad y concluye que (FD 13.º):

«las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores».

Aquí radica la importancia de esta sentencia, pues tiene en cuenta la falta de claridad para considerar abusiva la cláusula suelo, es decir, «no son transparentes» las cláusulas analizadas, bien por falta de información suficiente de que son un elemento definitorio del contrato, se insertan camufladas con las cláusulas techo, carecen de simulaciones de escenarios diversos, no existe información

previa y clara y comprensible sobre el coste, o quedan enmascaradas entre una «abrumadora cantidad de datos».

En palabras de CAÑIZARES LASO (2017, 19), la cláusula suelo «consiste en una estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable impone un límite a la bajada de los tipos, de manera que el prestatario ha de pagar un interés mínimo (interés suelo) aunque baje el Euribor»<sup>15</sup>. Y, acerca de los efectos prácticos de la citada STS de 9 de mayo de 2013, derivados de la falta de transparencia de la cláusula suelo en ese caso particular; y en concreto, de sus efectos no retroactivos, dice (CAÑIZARES LASO, 2017, 40-41): «No se puede estar de acuerdo con una decisión que impida la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el artículo 1303 del Código Civil es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas. Si no debieron cobrarse cantidades porque la cláusula de acuerdo con la que procedía su cobro era nula, no se puede sostener que con posterioridad el que las cobra pueda quedarse con las cantidades injustamente cobradas y no devolverlas. [...] En su sentencia de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013». Es decir, la «limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015, en la que se fijó como criterio que, cuando en aplicación de la doctrina establecida en la sentencia de 2013 se declarase abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuaría a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 2013» (PÉREZ CARRILLO, y GERBOLÉS DE LAS HEREAS, 2022, 67).

Desde entonces han sido innumerables los procedimientos particulares y colectivos que se han interpuesto frente a las entidades financieras, y también, innumerables las modificaciones o pactos novatorios suprimiendo o disminuyendo el tipo de interés previamente fijado como cláusula suelo, bien instados por los prestatarios, bien por las propias entidades crediticias, las cuales introducían en estos pactos una renuncia general de acciones entre las cláusulas, para asegurarse que el problema quedaba zanjado.

La STS núm. 15/2023, de 16 de enero<sup>16</sup>, con cita de la STS núm. 483/2018, de 11 de septiembre, recuerda (FD 4.º) que «no basta con la simple claridad gramatical» para superar el control de transparencia», de acuerdo con la jurisprudencia no solo de la Sala sino también la comunitaria, que resalta «la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar». Porque, precisamente, es la información precontractual la que «permite conocer realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar», con cita de las SSTs núm. 170/2018, de 23 de marzo, 433/2019, de 7 de julio, reproducida en las sentencias 22/2021, de 21 de enero; 125/2021, de 8 de marzo, 195/2021, de 12 de abril; 327/2021, de 17 de mayo o 399/2021, de 14 de junio, entre otras. De esta última se extrae que el notario «interviene en el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional».

El carácter abusivo de la cláusula suelo se predica de un desequilibrio contrario a la buena fe y del desequilibrio en el reparto de riesgos, en perjuicio del consumidor; pues como afirma CAÑIZARES LASO (2015, 76), la «cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga

económica del contrato, es decir lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente»<sup>17</sup>. Es decir, que pese a la claridad gramatical de las cláusulas y de la intervención del fedatario público, la ausencia de información precontractual «suficiente» es determinante para que no pase el control de transparencia la mencionada cláusula suelo, que, en todo caso, recae la carga de la prueba en la entidad financiera demandada, por la mayor facilidad probatoria, y la misma no quedó acreditada. Se argumenta en la STS 15/2023 que, aunque una condición general dentro de un contrato celebrado con un consumidor pudiera no ser considerada transparente, eso no implica la abusividad automática de dicha cláusula, porque «la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas». Pero este no es el caso de las cláusulas suelo, se añade, «cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Finalmente, «tras la sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo, en la reciente STS de 24 de febrero de 2017, ha hecho suya la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 cambiando su criterio anterior y estableciendo que procede la devolución de todas las cantidades percibidas indebidamente desde la celebración del contrato. Porque, como sostiene MUÑOZ RODRIGO (2018, 257), «las sentencias prejudiciales son obligatorias» y «los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

#### 4. EL CONTROL DE LEGALIDAD

ZUMAQUERO GIL (2022) defiende la tesis que sostiene una obligación del notario (un «derecho-deber», afirma textualmente) de control de la legalidad «formal y material» de aquellos documentos autorizados por ellos, relativo a aspectos relativos «a la validez del contenido del negocio jurídico» del que se trate<sup>18</sup>. Aunque reconoce que existen razones legales y una amplia doctrina contraria a que dicho control de legalidad por parte del notario pueda abarcar el control de legalidad de una supuesta abusividad de cláusulas predisuestas, pues el notario «no se encuentra en condiciones de valorar»<sup>19</sup>, careciendo de la preceptiva legitimación para ello cuando no esté prohibida de antemano, o declarada como tal en sentencia judicial.

Sea como fuere, lo cierto es que el papel de los fedatarios públicos en el control de legalidad de las cláusulas abusivas<sup>20</sup> se ha mostrado hasta ahora insuficiente, probablemente «dada la exigencia del principio de contradicción» (GARCÍA VILA, 2017, 212) que tiene la valoración del caso concreto en la apreciación de la nulidad de una cláusula en la mayoría de los casos; por lo que pudiera ser razonable esperar una intensificación del mismo.

El artículo 1 de la Ley Hipotecaria<sup>21</sup> establece que «el Registro de la Propiedad tiene como finalidad la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles», así como la publicidad de dichos actos y contratos. En realidad, el control de legalidad del Registro de la Propiedad encuentra su fundamento en el principio de legalidad, por el que los registradores

«bajo su responsabilidad» (arts. 18 LH, y 98 RH) son los encargados de calificar los documentos y la propia validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. En este sentido, el Registro de la Propiedad, como órgano de la Administración pública encargado de llevar a cabo la inscripción de actos y contratos relativos a bienes inmuebles, debería velar por la conformidad de los documentos presentados con la normativa aplicable<sup>22</sup>.

Por ello, en nuestra opinión, el control de legalidad por parte del Registro de la Propiedad adquiere hoy, sin duda, una importancia crucial (y, en buena parte, absolutamente necesaria desde un punto de vista práctico) en relación al control de las cláusulas abusivas en general, y la «cláusula suelo», en particular. *Mutatis mutandis*, hay que pensar en que la inscripción registral no convalida la nulidad de una cláusula inscrita *ex* artículo 33 LH<sup>23</sup>. Sin embargo, GARCÍA VILA (2017), defiende que la actuación de oficio de notarios y registradores podría estar limitada a aquellas situaciones en las que claramente «se enfrente la cláusula con una norma imperativa o prohibitiva en que, además, resulte clara la irrenunciabilidad», dado que «ni el notario [...] ni el registrador son funcionarios ante quienes pueda ventilarse un procedimiento mínimamente contradictorio». A su juicio, añade que el control notarial y registral sobre las cláusulas abusivas es claro en todos aquellos supuestos en que la cláusula infringe una norma imperativa o prohibitiva y en aquellos supuestos incluidos en los supuestos del TRLGDCU (la «lista negra») que no den margen alguno a la valoración de las circunstancias del caso concreto (214).

Por el contrario, DEL REY BARBA (2019) afirma que las cláusulas suelo, siendo un «instrumento de cobertura del riesgo por el tipo de interés», se refieren al objeto principal del contrato de préstamo (a su precio), por lo que no cabe someterlas al control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, pudiendo ser abusivas «si no superan el control de transparencia» relacionado íntimamente con la comprensión efectiva que implica para el consumidor jurídica y materialmente (y por lo tanto, si producen una opacidad relativa a posibles comparaciones con otros productos financieros del mercado). Por lo que, eventualmente, pueden ser declaradas abusivas por los tribunales. Incluso si no lo son, en su opinión, debe evitarse «que accedan al Registro cláusulas hipotecarias que pudieran resultar nulas por dicha falta de transparencia».

En lo que respecta a la actuación de los registradores de la propiedad en relación con la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, DEL REY BARBA (2019, 308), entiende que su labor en la evaluación del préstamo hipotecario debería enfocarse en verificar que se han llevado a cabo los controles de transparencia requeridos por la normativa vigente.

Más recientemente, este mismo autor se hace eco de lo preceptuado en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario<sup>24</sup>, que permite en su opinión un control más efectivo de la legalidad, al exigirse una «calificación registral favorable» de las cláusulas financieras (DEL REY BARBA, 2021, 1444). En idéntico sentido, ZUMAQUERO GIL (2022, 1219), defiende que «existen argumentos muy poderosos para defender que el registrador pueda entrar a valorar el carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos»: una cláusula abusiva es nula y debe tenerse por no puesta y el registrador debe rechazar «el acceso al Registro de todas aquellas cláusulas que sean nulas por contravenir claramente la cláusula general de buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones»<sup>25</sup>. La nulidad, concluye, «no requiere de una resolución judicial que así lo declare», ya que existe independientemente de tal sentencia<sup>26</sup>, por lo que notarios o registradores, por este motivo y «en el ejercicio de sus funciones, pueden y deben apreciar esa



nulidad, sin que resulte un obstáculo la errónea interpretación del artículo 84 TRLCU» (p. 1225).

Por otra parte, además del Reglamento Hipotecario<sup>27</sup>, las resoluciones de los tribunales, tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales inferiores, establecen criterios interpretativos y pautas a seguir en la calificación registral, aclarando y desarrollando la normativa aplicable en casos concretos como el que analizamos en este trabajo. Así, la jurisprudencia es una fuente dinámica, evolutiva y crucial que contribuye a la interpretación y aplicación del control de legalidad en el Registro de la Propiedad. Esta es una de las razones por las que hemos planteado este estudio.

## II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Este trabajo se ha diseñado como una investigación basada en los datos obtenidos mediante procedimientos normativos de carácter lógico y objetivo, siguiendo el método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, en relación a las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, «SSTS») dictadas sobre los pactos novatorios a la baja de cláusulas suelo, durante las primeras semanas del mes de enero de 2023, con un análisis final inductivo, en relación al tratamiento que da el Alto Tribunal a las cláusulas de renuncia general de acciones, en casos en los que el demandante es un consumidor; en contraposición a la posición doctrinal en los casos en los que el contratante afectado se trata de un empresario o profesional; es decir, en casos donde el demandante es adherente no consumidor.

## III. RESULTADOS

En una atenta mirada a la producción jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo durante el primer mes del año, sorprende que casi un 70% de las SSTS dictadas en ese periodo, versen sobre abusividad de cláusulas en contratos con condiciones generales y de ellas, un total de treinta y cinco<sup>28</sup> están relacionadas con las cláusulas suelo.

Por otra parte, en la mayoría se declara la abusividad de la cláusula de renuncia de acciones introducida en los respectivos acuerdos novatorios que modifican a la baja las «cláusulas suelo», anteriormente declaradas nulas en los contratos de financiación suscritos por consumidores.

### 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS ACUERDOS NOVATORIOS A LA BAJA DE LA «CLÁUSULA SUELO» EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

En primer lugar, analizamos la copiosa doctrina del Alto Tribunal sobre los acuerdos novatorios a la baja de la cláusula suelo, con cierta similitud con lo ya explicado sobre la nulidad de la cláusula suelo, que no superaba el control de transparencia y, sobre todo, produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe. De esta manera, nos encontramos con una cantidad importante de sentencias sobre tales acuerdos, con la particularidad que los mismos incluyen de continuo una cláusula, también predispuesta, que

se refiere a una «renuncia general de acciones», a la que nos referiremos más adelante y que, avanzamos nuestra opinión acerca de que su introducción por parte del predisponente no parece compadecerse en absoluto con las exigencias de la buena fe, que predica el artículo 7 del Código Civil.

De las cuarenta estudiadas, tan solo la STS núm. 10/2023, de 13 de enero<sup>29</sup> desestima la pretensión de nulidad de la «cláusula de limitación a la variabilidad de los intereses», basada en un análisis sobre su transparencia, pero utilizando una vía errónea como es su planteamiento a través del recurso por infracción procesal, del que se afirma reiteradamente en la jurisprudencia que «no puede convertirse en una tercera instancia», en lugar de haberlo planteado como recurso de casación, descartando (FD 2.º y 3.º) «que la sentencia de apelación haya incurrido en una valoración probatoria patentemente errónea, arbitraria o ilógica», desestimando las pretensiones del recurso de casación (que pasaban por una previa modificación de «los hechos probados contenidos en la sentencia impugnada, en relación con la transparencia de la cláusula litigiosa») en el previamente desestimado recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que, en consecuencia, se desestima la casación; con imposición de costas.

En cuanto a la admisibilidad de acuerdos novatorios a la baja de la «cláusula suelo», la doctrina jurisprudencial es unánime en la interpretación que realiza en tan prolija serie. Que haya una producción tan sorprendentemente abundante sobre este tema, indica la importancia que tiene actualmente este asunto.

## 2. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS QUE MODIFICAN A LA BAJA LA CLÁUSULA SUELO

Sobre la admisibilidad en sí de los acuerdos novatorios, el Tribunal Supremo indica que los mismos sí son admisibles, por cuanto superan el control de inclusión y la necesaria transparencia para un consumidor medio. Así, las SSTS núm. 17, 18, 19, 20, 21, 27 y 30, todas de 16 de enero de 2023<sup>30</sup>, aprecian la validez de la modificación de la cláusula suelo originaria que «reduce el límite mínimo a la variabilidad del interés remuneratorio» (SSTS 17/2023, FD 2.º, 18/2023, FD 2.º, 19/2023, FD 1.º, 26/2023, FD1.º, 21/2023, FD 1.º, 28/2023, FD 2.º, y 30/2023, FD 1.º), con base en «reiterada jurisprudencia (sentencias 580 y 581/2020, de 5 de noviembre, y en concreto para los asuntos provenientes de las Audiencias Provinciales de Badajoz y Cáceres en los que, en su mayoría, ha sido recurrente Ibercaja, a partir de las sentencias 325/2021, de 17 de mayo, 335, 336, 338, 339 y 340/2021, todas ellas de 18 de mayo, y unas cien sentencias dictadas en fechas posteriores)».

En idéntico sentido, se decantan las soluciones que aplican las SSTS núm. 31/2023, de 17 de enero (FD 2.º, 2) y la 34/2023, de 17 de enero, cuando especifican que la estipulación que «modifica la cláusula suelo potencialmente nula, sería válida pues cumple las exigencias de transparencia de las cláusulas predisuestas». Es decir que el pacto novatorio de la cláusula suelo a la baja resulta válido (FD 2.º). Igualmente, la STS núm. 38/2023, de 17 de enero confirma también la validez del pacto novatorio realizado a la luz de «la sentencia del pleno de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia; redacción clara e inteligible para un consumidor medio y facilidad de comprensión por cualquier consumidor de las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo,

más aun si se indica el importe de la cuota resultante en función del sistema de amortización vigente) son suficientes para que puedan superar el control de transparencia, pues un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esta novación»<sup>31</sup>.

Por su parte, la STS núm. 41/2023, argumenta la validez del acuerdo novatorio de la siguiente forma:

«El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado. Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 63/2021, de 9 de febrero), “la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)”»<sup>32</sup>.

### 3. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES EN LA NOVACIÓN A LA BAJA DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Por el contrario, se tiene por nula la renuncia de acciones general incluida por las entidades crediticias en perjuicio del consumidor adherente, junto con la anteriormente reseñada validez de la novación con reducción del límite mínimo a la variabilidad del interés remuneratorio, que tiene como consecuencia la restitución de las cantidades indebidamente cobradas hasta ese momento (por la aplicación de la cláusula suelo abusiva). Así, la anteriormente citada STS 17/2023 (FD 2.º.2), al igual que las SSTS 18/2023 (FD 2.º), 19/2023 (FD 1.º), 21/2023 (FD 1.º), 26/2023 (FD 1.º), 28/2023 (FD 2.º) y 30/2023 (FD 2.º), declara la nulidad de la cláusula «de renuncia de acciones, por lo que procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo hasta la suscripción del acuerdo novatorio». Así, la STS núm. 34/2023, de 17 de enero recoge lo siguiente (FD 2.º.3):

«La renuncia al ejercicio de acciones va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo pues se refiere genéricamente «a cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado —del contrato de préstamo— así como las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». La extensión de la renuncia a cuestiones ajenas a la validez de la cláusula suelo y liquidaciones, determina la invalidez de la cláusula»<sup>33</sup>.

Igualmente, con el mismo argumento, se declara la nulidad de la cláusula de renuncia general de acciones en la STS núm. 31/2023, de 17 de enero<sup>34</sup>; las SSTS núm. 38 (FD 2.º.3) 42 (FD 2.º.3) y 41/2023 (FD 2.º. 3), en consonancia con

lo anterior, declara acerca de la renuncia de acciones que «sería nula conforme a la jurisprudencia de aplicación. El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado»<sup>35</sup>.

Como vemos, la doctrina es unánime en cuanto a la aplicabilidad del control de inclusión y el control de transparencia, de las cláusulas predispuestas en contra del adherente consumidor y también en relación a la nulidad del «pacto» predispuesto por la entidad financiera, por el que se produce una renuncia general de acciones del adherente consumidor, por ser contrario a la buena fe que se predica de su falta de transparencia; así como la validez de la novación a la baja de las cláusulas suelo, casi todas después de la STS de 9 de mayo de 2013. Así lo atestiguan varias resoluciones más, cuya exégesis sería inútil, a la par que tediosa<sup>36</sup>. Sin embargo, existen sensibles diferencias de tratamiento cuando el adherente no es consumidor.

#### 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS EN EL CASO DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR

En el periodo estudiado, hemos identificado dos sentencias sobre cláusulas suelo, y el control de incorporación de cláusulas contenidas en contratos celebrados con profesionales, es decir, cuando el adherente no es consumidor, que dan una solución parecida al control de inclusión en el caso de adherente consumidor, pero las cuales vetan por «indebido» el control de transparencia sobre las cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor. En concreto, nos referimos a las SSTS núm. 11 y 12, de 16 de enero de 2023, de las que ha sido Ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María de los Ángeles PARRA LUCÁN<sup>37</sup>.

##### A) *El control de inclusión en el caso de adherente no consumidor*

La LCGC no establece en su ámbito subjetivo ni territorial distinción alguna entre su aplicabilidad a consumidores o profesionales o empresarios, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2, acerca de que será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados con «cualquier persona física —o jurídica— adherente», que «podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad». Dicho esto, el artículo 5 LCGC limita la incorporación de cláusulas predispuestas «cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas» (art. 5.1, párr. 2.º), dándole cierta relevancia al notario cuando se otorgue escritura en este control. Por su parte, el artículo 7 LCGC tampoco distingue entre adherentes consumidores o no consumidores y, sabemos, cuando la ley no distingue, el operador jurídico no puede hacer distinciones; por lo que «no quedarán incorporadas al contrato, en general, aquellas cláusulas que «el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer» puesto

que son básicas en la formación del consentimiento (o lo que es lo mismo, el adherente no ha consentido por desconocimiento de las mismas al tiempo de celebrarse el contrato); o bien, «sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica».

Por lo tanto, es claro que el control de inclusión rige en caso de adherente no consumidor en cláusulas incorporables a contratos de adhesión. En consecuencia, en clara aplicación del régimen de la nulidad de los contratos, aquellas cláusulas que no superen el control de inclusión, en contratos con adherente no consumidor, también serán expulsadas de tales contratos de adhesión y si estos pueden subsistir sin aquellas, seguirán desplegando sus efectos, pero sin atenerse a dichas cláusulas.

Buena cuenta de ello la da la STS núm. 23/2020, de 20 de enero<sup>38</sup> (FD 3.º.2), cuando dice «El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato [...] para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato».

En el mismo sentido, y referido expresamente a la nulidad de la cláusula suelo en un contrato donde los adherentes no eran consumidores, la STS núm. 168/2020, de 27 de febrero<sup>39</sup> resolvió un recurso de casación promovido por una entidad bancaria, que desestima, en un caso en el que se declaró en primera instancia la nulidad de una cláusula suelo de un contrato de crédito que «no superaba el control de incorporación, porque al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés. En consecuencia, declaró la no incorporación de la cláusula litigiosa y condenó a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación». Se trata sí, de una declaración nulidad de cláusula suelo en un contrato de adhesión donde los adherentes (un matrimonio que había solicitado un préstamo para adquirir una licencia de taxi) no eran consumidores.

El caso es que se trata de que dicha cláusula suelo no supera el control de inclusión, por lo que el Tribunal Supremo aplica la LCGC y expulsa dicha cláusula del contrato únicamente porque no supera el control de incorporación.

*B) El control de transparencia de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor*

Ahora bien, la cosa cambia, en cuanto al control de contenido. La singularidad expresada en el artículo 8.2 de la LCGC (y no digamos, en el TRLGDCU) ocasiona la inaplicabilidad de esta regulación a los adherentes con la condición de empresarios o trabajadores. Como dice la citada STS 23/2020 (FD 3.º.5, *in fine*), «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta Sala excluye que las condiciones generales de la contra-

tación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor» y (FD 4.º) «no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor».

Así las cosas, la STS 11/2023, de 16 de enero, estima un recurso de casación interpuesto por una entidad de crédito frente a una sentencia de segunda instancia que había «sobrepasado» el control de inclusión de una cláusula suelo, extralimitándose con la realización de un verdadero control de contenido cuando este último lo tiene vedado en contratos donde el adherente no es consumidor. Dice la sentencia (FD 3.º.3):

«En la práctica [...], se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del artículo 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración [...]. El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato».

En el FD 3.º.5, se explica que en los contratos de adhesión «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia» y (FD 3.º.7), «este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios», tanto en contratos con empresarios, aunque su actividad empresarial «se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional».

En idéntico y restrictivo sentido, se pronuncia la STS núm. 12/2023, de 16 de enero<sup>40</sup>, en un caso de cláusula suelo insita en un contrato de préstamo «otorgado exclusivamente para financiar la actividad empresarial de los demandantes, dedicados a la explotación de máquinas del tipo vending», en la que decide que «no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor y, por otro lado, la cláusula sometida a examen supera el control de incorporación» con base en la siguiente argumentación (FD 3.º.5): «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta Sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor. Y la sentencia recurrida no discute que en el contrato que nos ocupa los demandantes, como prestatarios, ostentaban la condición de adherentes no consumidores». En el FD 3.º.6, incide, en el mismo sentido, que la anterior;

en la inaplicabilidad de los controles de transparencia y abusividad cuando el adherente es un profesional o empresario:

«El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio, 209/2019, de 5 de abril y 433/2019, de 17 de julio).

Pero esto no es así en el resto del mundo, donde se puede observar (MATO PACÍN, 2015) que «el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Francia, en Italia y en Reino Unido»<sup>41</sup>. ¿Será que todos están equivocados?

Mi opinión personal, desde el principio es que la legislación nacional es demasiado restrictiva, al dejar fuera del control de contenido las cláusulas predisuestas en perjuicio del adherente no consumidor. Los empresarios, en ocasiones, no tienen la misma capacidad económica, siquiera de recursos intelectivos necesarios para comprender el alcance de ciertas condiciones generales, siendo contrario a la buena fe que no se proteja a empresarios vulnerables.

En palabras de MATO PACÍN (2015, 281), «en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, ha sido común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes».

##### 5. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES DEL ADHERENTE NO CONSUMIDOR EN LOS PACTOS NOVATORIOS CON «CLÁUSULA SUELO» A LA BAJA

Buena parte de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo durante el mes de enero de 2023, se refieren a la admisibilidad de pactos novatorios a la baja de las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamos financieros, y a la inadmisibilidad de la renuncia general de acciones predispuesta por la entidad bancaria como condición general de la contratación, como ya hemos expuesto. Sin embargo, ninguna de las resoluciones estudiadas versa sobre



bases fácticas relativas a tales novaciones en contratos suscritos por adherentes no consumidores, ni sobre la cláusula de renuncia general de acciones, por lo que no podemos extraer datos al respecto.

Pese a ello, en nuestra opinión, la incorporación de una renuncia general de acciones tampoco es admisible en el caso del adherente no consumidor: la renuncia de acciones general incluida por las entidades crediticias en perjuicio del consumidor adherente no consumidor, pensamos, iría en contra de la buena fe contractual del artículo 7 y del 1258, y con nosotros, CÁMARA LAPUENTE, que ya hace mucho tiempo sostenía la posibilidad de que pudiera replantearse «el control de transparencia y reconducirlo a su sede natural, esto es, el control de incorporación (art. 80 TRLGDCU y arts. 5 y 7 LCGC), como aquí se ha defendido. El *punctum pruriens* de la ineficacia plena *ex tunc* quedaría igualmente salvaguardado, pues la cláusula se tendría por no incorporada al contrato y contaría con la ventaja de unificar este control también para contratos con adherentes empresarios, evitando la incipiente pero exponencialmente multitudinaria e incierta vía inaugurada por la STS de 3 de junio de 2016, que remite la cuestión en sustancia a la buena fe del artículo 1258 del Código Civil» (CÁMARA LAPUENTE, 2017, 1-12).

En palabras de ALBIEZ DOHRMANN (2009, 117), «(e)l legislador no quiso o no supo comprender cuál es el verdadero significado de una ley de condiciones generales. Al menos en lo que respecta a la protección de los empresarios, no ha dado las respuestas necesarias». No parece de recibo en un Estado que se autodenomina «Social, Democrático y de Derecho» que quepa dejar desprotegidos a los profesionales o a empresarios vulnerables que no actúan en el ámbito de la actividad financiera, discriminándolos, porque, como afirmaba ALFARO, bastantes años atrás, «(s)i bien cabría admitir que las necesidades de protección sean mayores en el caso de los consumidores, no parece que ello justifique en modo alguno que los empresarios no sean protegidos frente al empleo de condiciones generales» (ALFARO, 1991, 176). Es evidente que se pueden producir abusos entre profesionales cuando haya «posiciones contractuales entre predisponente y adherente (que sean) notablemente desiguales y no hay razón para prescindir de toda protección del contratante débil en tales casos. [...] Tanto el control de incorporación como el de contenido responden a un mismo fin: proteger al adherente débil (al que se le imponen las condiciones porque no tiene capacidad —fuerza en el mercado— para conseguir su negociación. Si los profesionales pueden ser débiles para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación lo son también para merecer un control de contenido» (BERCOVITZ, 2000, 265).

#### IV. CONCLUSIONES

I. De lo anterior se colige que, actualmente, en contratos de adhesión con adherente no consumidor, la legislación especial sobre cláusulas abusivas impide el control de contenido. Si bien el Tribunal Supremo aplica la Ley con todo rigor, bastaría un poco más de esfuerzo interpretativo para proteger en base a la buena fe y al artículo 1278, a los profesionales y pequeños empresarios autónomos, o societarios, vulnerables. La protección del consumidor actual parece incompatible con la desprotección de estos adherentes no consumidores y si ello requiere un cambio normativo, sea.

II. Se exige doctrinalmente una mayor sensibilidad y sentido común en la interpretación del ordenamiento por parte del Tribunal Supremo hacia un

colectivo que sustenta gran parte de la carga fiscal en este país, sin olvidar que estamos en un Estado de Derecho, pero cuya orientación social no puede perder de vista la igualdad que se predica del artículo 14 CE.

III. El Registro de la Propiedad debe actuar de oficio en el control de la legalidad que le es exigible, de tal forma que se convierta en un instrumento eficaz en el control de las cláusulas abusivas en general, con un especial celo en particular, en el control de legalidad de ciertas cláusulas nulas por abusividad palmaria, denegando, bajo la sola responsabilidad del registrador, la correspondiente inscripción en los casos que proceda.

## V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 241/2013 de 9 de mayo.
- STS núm. 15/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 17/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 18/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 19/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 20/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 21/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 26/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 27/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 28/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 29/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 30/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 31/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 32/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 33/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 34/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 35/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 37/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 38/2022, de 17 de enero.
- STS núm. 40/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 41/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 42/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 43/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 46/2021, de 18 de enero.
- STS núm. 47/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 48/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 49/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 50/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 51/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 52/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 54/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 55/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 56/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 57/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 58/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 130/2023, de 31 de enero.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Navarra: Thomson Civitas.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020). Comentario al artículo 8. En Berco- vitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 259-280. Navarra: Aranzadi.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *InDret* [En línea], núm. 1, disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1287.pdf>
- CANIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 67-105.
- (2017). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. En Senés Mottilla, C. (Dir.) y Soto Ruiz, J. (Coord.). *Jornada «Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales»*. Granada: Publicaciones RAJL (19-46).
- (2022). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. (Comentario artículos 80, 81, 82 y 83). En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1151-1208. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 21, 168-170, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1419/1182>
- DEL REY BARBA, S. (2019). *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Pamplona: Aranzadi.
- (2021). *La calificación registral*. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo II*, 1361-1453.
- RAMÍREZ CÁRDENAS GIL, J.M., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M.P. (2021). El Registrador de la Propiedad. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 131-201.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6.<sup>a</sup> Ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. (2014). Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la directiva 2011/83/ UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 261-274.
- EBERS, M. (2012). El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional. *InDret* [En línea], núm. 1, 1-46, disponible en <https://indret.com/el-control-de-las-clausulas-abusivas-en-un-futuro-instrumento-opcional/>
- GARCÍA VILA, J.A. (2017). Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016. *RDC*, Vol. IV, núm. 1, 183-218.
- LASARTE, C. (2022). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 13 Ed. Madrid: Dykinson.

- LASARTE, C., y CALAZA, A. (2022). *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 23 Ed. Madrid: Marcial Pons.
- MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ RODRIGO, G. (2018). El control de transparencia en las cláusulas suelo. *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 25, 212-271.
- ORDUÑA, F., y CAMPUZANO A.B. (Dirs.). (2015). *Curso de derecho privado*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ CARRILLO, M., y GERBOLÉS DE LAS HEREAS, R. (2022). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2021 (36/2021). Imposición de costas en demandas de nulidad de cláusulas suelo tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero. En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 13. 2021. Madrid: BOE. Dykinson (27-42).
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1.<sup>a</sup>, 3 de junio de 2016. *InDret*. núm. 4, 1-21, disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf)
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual* Madrid: Marcial Pons.
- SALVADOR CODERECHECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T.G. (2020). Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil. *InDret* [En línea], núm 1. 28-55, disponible en <https://indret.com/concepcion-contextual-de-la-buena-fe-contractual/>
- VERDERA SERVER, R. (2021). Aspectos registrales de la ineficacia de actos y contratos. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 607-687.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2022). Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. Comentario. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1281-1225. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6.ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 133. A tenor del artículo 1088 del Código Civil, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo. El artículo siguiente, sitúa al contrato como una de las fuentes de las obligaciones. El artículo 1091 establece la fuerza de ley que tienen tales obligaciones nacidas del contrato entre las partes contratantes, desde que existe consentimiento (en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio) como dice el artículo 1254, cuando concurren los requisitos del artículo 1261. Sin embargo, el Código Civil no define qué es un contrato. Ni mucho menos, un contrato por adhesión.

<sup>2</sup> *Id.*, SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T.G., Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1258 del Código Civil, *InDret*, 1/2020, 51. La buena fe [...] debe ser un mecanismo que contribuya a la compleción del contrato, siempre dentro de los marcados límites del contrato suscrito entre las partes pues, en definitiva, la buena fe es un mecanismo de interpretación e integración del contrato, no para novar el contrato o crear un segundo contrato, ajeno del primero.

<sup>3</sup> Sobre este concepto, *Id.*, RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *Resolución y sinalagma contractual* Madrid: Marcial Pons, 12-13, que reitera esta concepción tradicional, y presenta una relación sinalagmática genética y funcional entre los contratantes a partir del acuerdo de voluntades. El sinalagma entre iguales que consienten, no solo genera una particular relación obligacional, sino que dicta las normas que la regirán hasta su cumplimiento, a través del desarrollo del programa prestacional según las propias reglas contenidas en el contrato, pero también «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» *ex* artículo 1258 *in fine*.

<sup>4</sup> Para una revisión sistemática de los contratos, en concreto acerca de la «desindividualización» del mismo, la crisis del sistema codificado y la protección multinivel del consumidor, *vid.*, Lasarte, C., y Calaza, A. (2022). *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 23 Ed. Madrid: Marcial Pons, 67-92.

<sup>5</sup> ORDUÑA, F., y CAMPUZANO A.B. (Dirs.), *Curso de derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 366. Afirman los autores que el concepto legal de consumidor, en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios correspondía al «concepto económico de consumidor», es decir, un «sujeto del mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para satisfacer necesidades personales o familiares».

<sup>6</sup> Cuando dicha persona jurídica actúe sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad *Cfr.* MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 77.

<sup>7</sup> *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

<sup>8</sup> *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, (BOE núm.76, de 28 de marzo), cuya finalidad era «transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE» (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) que estableció «un nuevo marco legal armonizado, modificando la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [...] bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales». Esta Directiva viene a armonizar el derecho de la Unión sobre esta materia, regulando «de forma muy detallada y exhaustiva del derecho de desistimiento que asiste a los consumidores en determinados contratos, de forma que la Directiva contiene una completa regulación de este derecho, así como un documento normalizado para formalizar su ejercicio por el consumidor. *Cfr.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de

25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2014, núm. 26, 261 y ss. Estos autores aclaran que este concepto de consumidor (art. 3 del Texto Refundido), tras la modificación introducida por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo*, abarca a los «consumidores o usuarios» y se corresponde con «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», incluyendo tanto las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica «que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

<sup>9</sup> La importancia del concepto jurídico de consumidor radica, en primer lugar, en que dicho concepto jurídico puede o no coincidir con el concepto de «consumidor material» pero resulta, además, en segundo lugar, que su asimilación por el Derecho civil al concepto de «contratante» crea dificultades no menores en relación a esta protección. En realidad, el consumidor jurídico se asimila a la figura del «contratante» para diferenciarlo del consumidor material, que, por otra parte, puede coincidir o no con el concepto jurídico. El que se asimile el concepto de «consumidor jurídico» a «contratante» «crea grandes dificultades» a la hora de la integración de los consumidores en el «Derecho clásico de los contratos» (*Cfr. Lasarte, 2022, op. cit.*, 61-62), sobre todo a la luz de la última modificación del TRLGDCU operada por el artículo 16 del *Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*, (BOE núm. 101, de 28 de abril), el cual introduce una protección específica de «consumidores vulnerables» y en relación con ciertos aspectos del mercado digital.

<sup>10</sup> *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*, (BOE núm. 89, de 14 de abril). Esta disposición normativa modificó el régimen de protección de consumidores y usuarios, establecido por la anterior *Ley 26/1984, de 19 de julio (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)*. A tenor de su preámbulo, su objetivo principal era «distinguir entre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación». Su ámbito subjetivo es amplio y abarca tanto a los consumidores como a los empresarios en contratos por adhesión. El artículo 2.1 de la LCGC establece que se aplica a los contratos que contienen condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), incluyendo a los profesionales definidos como «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada». Por lo tanto, la LCGC también se aplica en contratos con adherentes que no son consumidores. El control de incorporación de las condiciones generales al contrato se rige por el artículo 5 de la LCGC, que establece que se considera que ha sido aceptada su incorporación cuando el adherente haya aceptado expresamente su existencia y contenido, y cuando se haya proporcionado al adherente un ejemplar de las mismas y sean firmadas por todos los contratantes. Esto implica que el adherente debe ser informado de manera expresa de la existencia y contenido de las condiciones generales y recibir un ejemplar de las mismas antes de aceptar su incorporación al contrato. La jurisprudencia establece que la carga de la prueba de la entrega e información expresa de las condiciones generales recae en el predisponente, o en su defecto, debe garantizarse al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LCGC. Además, como resultado de la modificación del apartado 5 del artículo 5 de la LCGC por la disposición final 4.1. de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo*, se establece que la redacción de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Asimismo, se añade un nuevo párrafo que establece que las condiciones incorporadas de manera no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho (*Cfr. LASARTE, C., op., cit.*, 2022, 151). La nulidad establecida en el artículo 8 LCGC para las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, a menos que se establezca un efecto distinto en caso de contravención, se trata (como aclara DÍEZ-PICAZO, L., *op., cit.*, 2007, 457), «de una nulidad de pleno derecho y en interés del adherente, que se produce por contravenir las condiciones generales imperativas de la propia ley o cualquiera otras normas imperativas».



y, de acuerdo con las reglas de integración de los contratos, *ex* artículo 1258, con efectos de expulsión del contrato de dicha cláusula, pero con subsistencia del mismo «si este puede subsistir sin tales cláusulas». El texto hace referencia a dos tipos de controles que se aplican a las cláusulas en contratos de adhesión con consumidores: el control de inclusión y el control de contenido. Por lo tanto, la incorporación de cláusulas generales en contratos de adhesión solo será posible después de superar el control de incorporación o inclusión, y también el control de contenido en el caso de contratos con consumidores adherentes. No existe control de contenido para cláusulas generales en contratos entre empresas, y en estos casos, solo se aplicarán las disposiciones del artículo 8.1 de la LCGC sobre la nulidad de cláusulas contrarias a normas prohibitivas e imperativas, en conjunción con el artículo 1258 del Código Civil. *Cfr.* MORENO GARCÍA, L. (2019, 291). En estos casos «el adherente no consumidor podrá ejercitar la acción de nulidad de la cláusula cuando infrinja lo establecido en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, pero no podrá instar su nulidad por resultar abusiva». Pero cuando exista un «abuso de posición dominante», deberá fundarse en las normas generales («nulidad contractual y, en su caso, en el régimen legal de las cláusulas negociadas»).

<sup>11</sup> El control de inclusión se refiere a que las cláusulas deben ser conocidas por el adherente antes de la celebración del contrato. Se establece que las condiciones generales deben ser claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente, y deben entregarse antes o en el momento de la celebración del contrato, a menos que se pruebe que el adherente ya las conocía. En opinión de la doctrina consolidada «la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual» (*Cfr.* CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 74). Es decir, este control se aplica a todos los contratos, sin importar si los contratantes son empresarios o no, y cualquier cláusula no negociada que no haya sido puesta fehacientemente en conocimiento del adherente será excluida del contrato.

<sup>12</sup> El control de contenido, por otro lado, se refiere al parámetro para medir la posible abusividad de una cláusula, según el cual, se considerarán «cláusulas abusivas» todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Este control se articula en tres niveles: el contenido de las cláusulas debe responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, con concreción, claridad y sencillez en la redacción; deben ser accesibles y legibles; y se considerarán abusivas en todo caso las cláusulas contenidas en los artículos específicos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). Se trata de un control especial que deben pasar los contratos con condiciones generales, y en concreto, los contratos de adhesión cuando se realizan con consumidores y usuarios. Las cláusulas abusivas son cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores que no traspasan el control de contenido, a tenor del artículo 82.1 TRLGDCU, el cual especifica que se «considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores se articula legalmente en tres niveles, un primer nivel, como regla general, su contenido deberá responder a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (art. 80.1.c TRLGDCU) y la exigencia que en los dos primeros números del mismo artículo se obliga: «Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa» o reenvío a documentos entregados previa o simultáneamente o bien se hagan constar en el propio contrato; y «accesibilidad y legibilidad (tamaño de letra mínimo de 2,5 mm., y espacio entre líneas de 1,15 mm., o superior, con contraste adecuado con el fondo» de manera que su lectura no se «hiciese dificultosa». Un segundo nivel, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 82, es decir, el concepto legal de cláusulas abusivas; y,



un tercer nivel, por el que se considerarán «abusivas en todo caso», sin ánimo de exhaustividad, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. Es decir, cláusulas que determinan la vinculación del contrato a la voluntad del empresario (art. 85), que privan al consumidor de derechos básicos (art. 86), que provocan falta de reciprocidad (art. 87), sobre garantías (art. 88), que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89) o sobre competencia y derecho aplicable (art. 90). En definitiva, las cláusulas predispuestas serán consideradas abusivas si no superan este control de contenido.

<sup>13</sup> STS núm. 241/2013 de 9 de mayo (Roj 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS).

<sup>14</sup> STS núm. 241/2013 de 9 de mayo, (párr. 191).

<sup>15</sup> CAÑIZARES LASO, A., Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en Soto Ruiz, J. (Coord.), *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, Granada, 2017, 19. Cfr., CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 19. En el mismo sentido, vid. DEL REY BARBA, S. (2019). *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Pamplona: Aranzadi. Afirma el autor que son «las que han causado mayor perjuicio a los consumidores, teniendo en cuenta que existía una desproporción evidente entre esos intereses fijos mínimos que se fijaban en beneficio del acreedor [...] y las cláusulas techo que serían las que hipotéticamente beneficiarían al deudor puesto que más allá de las fijadas no les afectaría la subida del interés de referencia» (p. 285).

<sup>16</sup> STS núm. 15/2023, de 16 de enero, (Roj: STS 38/2023 - ECLI:ES:TS:2023:38. Ponente: Excmo. Sra. D.ª María de los Ángeles PARRA LUCÁN).

<sup>17</sup> Vid., en profundidad, CAÑIZARES LASO, A. (2022). Cláusulas abusivas. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, (1151-1208). Valencia: Tirant lo Blanch. la autora aclara algo muy importante respecto de aquellas cláusulas que se refieran a los elementos esenciales del contrato, las cuales, «además de estar redactadas de forma clara y comprensible no deben infringir un especial deber de transparencia porque de hacerlo las cláusulas podrían ser declaradas nulas por abusivas, al provocar una alteración de los derechos y obligaciones de las partes en realidad, o bien podrá declararse la nulidad directa por la falta de transparencia», 1169.

<sup>18</sup> ZUMAQUERO GIL, L. (2022). Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. Comentario. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1211. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 1211-1212.

<sup>20</sup> Sobre este tema, vid. GARCÍA VILA, J.A. (2017). Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016. *RDC*, Vol. IV, núm. 1, 196.

<sup>21</sup> *Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria*. (BOE núm. 58, de 27 de febrero).

<sup>22</sup> Cfr. RAMÍREZ CÁRDENAS GIL, J.M., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M.P. (2021). El Registrador de la Propiedad. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo De Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 131-201. Sobre la independencia del registrador, destacan que de la misma deriva «su responsabilidad» en la calificación que establece el artículo 18 LH, «únicamente vinculado con el principio de legalidad». (p. 141), cuyas principales garantías son, por una parte, su no sujeción al principio de jerarquía, materializado en el artículo 273 LH que le impide elevar consultas sobre materias o cuestiones sujetas a calificación. Por otro lado, está legitimado a instar recurso de queja ante el TSJ por injerencias judiciales, y finalmente, la inamovilidad (relativa) y la no concurrencia (absoluta) en su distrito hipotecario. Es decir, en la circunscripción territorial de «su» Registro.

<sup>23</sup> Sobre los aspectos registrales de contratos ineficaces, vid., VERDERA SERVER, R. (2021). Aspectos registrales de la ineficacia de actos y contratos. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*,

607-687. El autor defiende la opinión mayoritaria de la doctrina contraria a la continuidad del artículo 33 LH, por «superfluo, infantil y estéril», 615.

<sup>24</sup> Explica el autor que «la doctrina no ha sido pacífica en este punto. En un primer momento se consideraba que no se podía entrar a calificar la abusividad por ser un tema exclusivamente reservado a los jueces, habiendo evolucionado hasta la postura actual en que recoge expresamente cuál debe ser el alcance de dicha calificación. Por el camino ha habido distintas modificaciones legales que parecían inclinar la balanza hacia uno u otro lado. Así, el inicial artículo 10 bis de la LGDCU, actual artículo 82 TRLGDCU y el artículo 258.2 LH, parecían favorecer dicha calificación, mientras que la nueva redacción del artículo 12 LH que introdujo la Ley 41/2007, se dictó con la clara voluntad de restringir todo lo posible la calificación registral, no solo de las cláusulas abusivas, sino del préstamo hipotecario en general. [...] El nuevo artículo 258.2 también viene a aclarar este punto en cuanto establece qué tipo de cláusulas denegarán los registradores: «El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». La referencia a estos tres tipos de cláusulas abusivas, nulas, tiene relación con la doctrina que había ido decantándose por la DGRN en diversas resoluciones, así como el papel preponderante que tiene en la nueva regulación el RCGC, como instrumento fundamental de transparencia», 1444-1445.

<sup>25</sup> ZUMAQUERO GIL, L. (2022), *op. cit.*, 1222.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 1225. Se refiere la autora a que la lectura, *a sensu contrario*, del artículo 84 del Texto Refundido, podría llevarnos a una conclusión errónea, en el sentido de que únicamente deberían excluirse del Registro las condiciones generales que hubiesen sido declaradas nulas por abusivas mediante sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o en virtud de sentencias con valor jurisprudencial, o las que forman parte de la lista negra. Pero en realidad, en referencia tanto a notarios como a registradores, según la opinión defendida por la autora, «no impide el control de legalidad, entendido como control de validez, que recaiga sobre una cláusula nula por abusiva; aunque dicha nulidad no haya sido declarada por los tribunales».

<sup>27</sup> *Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario*. (BOE núm. 106, de 16 de abril).

<sup>28</sup> SSTS núm. 15/2023, 17/2023, 18/2023, 19/2023, 20/2023, 21/2023, 26/2023, 27/2023, 28/2023, 29/2023 y 30/2023 de 16 de enero de 2023. SSTS núms. 29/2023, 31/2023, 32/2023, 33/2023, 34/2023, 35/2023, 37/2023, 38/2022, 40/2023, 41/2023, 42/2023 y 43/2023, de 17 de enero de 2023. SSTS núm. 46/2021, 47/2023, 48/2023, 49/2023, 50/2023, 51/2023, 52/2023, 54/2023, 55/2023, 56/2023, 57/2023 y 58/2023, de 18 de enero de 2023.

<sup>29</sup> STS núm. 10/2023, de 13 de enero (Roj: STS 89/2023 - ECLI:ES:TS:2023:89. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE). Hay que señalar, en relación a la casuística referida en la nota anterior, que en el momento de someter a revisión este artículo no había sido publicada todavía la STS núm. 130/2023, de 31 de enero (Roj: STS 284/2023 - ECLI:ES:TS:2023:284). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Es reseñable que esta última resolución considera válida la cláusula suelo de un préstamo concedido a un particular porque (FD 2.º) «el demandante tuvo la oportunidad real de conocer la cláusula impugnada al estar incluida en la escritura, ser fácilmente comprensible [...] destacada en negrita [...] leída por el notario. Y todo ello, además, de su condición de empleado del banco, que le concedió el préstamo, y figurar dentro de sus cometidos profesionales informar de dicho producto a los clientes de la entidad, por lo que tenía perfecta constancia de que todos los préstamos se concedían bajo cláusula suelo y, por supuesto, el suyo».

<sup>30</sup> SSTS núm. 17/2023, de 16 de enero (Roj: STS 39/2023 - ECLI:ES:TS:2023:39), 18/2023, de 16 de enero (Roj: STS 36/2023 - ECLI:ES:TS:2023:36), 19/2023, de 16 de enero (Roj: STS 37/2023 - ECLI:ES:TS:2023:37), 20/2023, de 16 de enero (Roj: STS 126/2023 - ECLI:ES:TS:2023:126), 21/20323, de 16 de enero (Roj: STS 108/2023 - ECLI:ES:TS:2023:108), 27/2023 (Roj: STS 41/2023 - ECLI:ES:TS:2023:41), 26/2023, de 16 de enero (Roj: STS 40/2023 - ECLI:ES:TS:2023:40), 28/2023, de 16 de enero (Roj: STS 42/2023 - ECLI:ES:TS:2023:42)

y 30/2023, de 16 de enero (Roj: STS 88/2023 - ECLI:ES:TS:2023:88). Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA.

<sup>31</sup> STS núm. 31/2023, de 17 de enero (Roj: STS 93/2023 - ECLI:ES:TS:2023:93), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO y STS núm. 38/2023, de 17 de enero (Roj: STS 96/2023 - ECLI:ES:TS:2023:96). Ponente Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE.

<sup>32</sup> STS núm. 41/2023, de 17 de enero (Roj: STS 109/2023 - ECLI:ES:TS:2023:109). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE).

<sup>33</sup> STS núm. 34/2023, de 17 de enero (Roj: STS 91/2023 - ECLI:ES:TS:2023:91). Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO).

<sup>34</sup> STS núm. 31/2023, de 17 de enero (Roj: STS 93/2023 - ECLI:ES:TS:2023:93), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO.

<sup>35</sup> SSTS núm. 38/2023, de 17 de enero (Roj: STS 96/2023 - ECLI:ES:TS:2023:96), 41/2023, de 17 de enero (Roj: STS 109/2023 - ECLI:ES:TS:2023:109) y 42/2023, de 17 de enero (Roj: STS 102/2023 - ECLI:ES:TS:2023:102). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE.

<sup>36</sup> *Vid.* SSTS núm. 32/2023, de 17 de enero (Roj: STS 94/2023 - ECLI:ES:TS:2023:94), 33/2023, de 17 de enero (Roj: STS 90/2023 - ECLI:ES:TS:2023:90), 35/2023, de 17 de enero (Roj: STS 92/2023 - ECLI:ES:TS:2023:92), 46/2023, de 18 de enero (Roj: STS 100/2023 - ECLI:ES:TS:2023:100), 47/2023, de 18 de enero (Roj: STS 101/2023 - ECLI:ES:TS:2023:101), 48/2023, de 18 de enero (Roj: STS 103/2023 - ECLI:ES:TS:2023:103), 50/2023, de 18 de enero (Roj: STS 110/2023 - ECLI:ES:TS:2023:110), 51/2023, de 18 de enero (Roj: STS 47/2023 - ECLI:ES:TS:2023:47), 52/2023, de 18 de enero (Roj: STS 106/2023 - ECLI:ES:TS:2023:106), 54/2023, de 18 de enero (Roj: STS 48/2023 - ECLI:ES:TS:2023:48), 55/2023, de 18 de enero (Roj: STS 49/2023 - ECLI:ES:TS:2023:49), 56/2023, de 18 de enero (Roj: STS 107/2023 - ECLI:ES:TS:2023:107), 57/2023, de 18 de enero (Roj: STS 50/2023 - ECLI:ES:TS:2023:50), y 58/2023 (Roj: STS 51/2023 - ECLI:ES:TS:2023:51).

<sup>37</sup> *Cfr.* SSTS núm. 11/2023, de 16 de enero (Roj: STS 46/2023 - ECLI:ES:TS:2023:46) y 12/2023, de 16 de enero (Roj: STS 104/2023 - ECLI:ES:TS:2023:104).

<sup>38</sup> STS núm. 23/2020, de 20 de enero (Roj: STS 98/2020 - ECLI:ES:TS:2020:98). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE).

<sup>39</sup> STS núm. 168/2020, de 27 de febrero (Roj: STS 812/2020 - ECLI:ES:TS:2020:812). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES).

<sup>40</sup> STS núm. 12/2023, de 16 de enero (Roj: STS 104/2023 - ECLI:ES:TS:2023:104). Ponente: Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Ángeles PARRA LUCÁN).

<sup>41</sup> *Vid.*, ampliamente, MATO PACÍN, M.N., El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo, *Cuad Derecho Transnacional*, 2015, Vol. 7, núm. 2, 216-282. Sostiene la autora que «diversos ordenamientos jurídicos contemplan de forma expresa al empresario adherente como sujeto susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas o bien están inmersos en procesos de reforma de su Derecho privado en este sentido (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Portugal y Holanda). La misma solución adoptan las propuestas más importantes de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL)».

## 1.7. Concursal

# La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre\*

## *The exoneration of unsatisfied liabilities after the bankruptcy reform by Law 16/2022, of September 5*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora titular de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal ha realizado la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En el preámbulo de la norma se indica que el texto refundido era la base idónea para acometer la transposición de la Directiva. Dentro de los cambios introducidos en el libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal destacan los que tienen que ver con la exoneración del pasivo insatisfecho, manteniéndose la posibilidad de exoneración para personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores), lo que aconsejaba la Directiva. La regulación por la que ha optado el legislador español es la de una exoneración inmediata con previa liquidación concursal del patrimonio del deudor o bien, una exoneración mediante un plan de pagos en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin previa liquidación de todos sus bienes y derechos. Para obtener este beneficio, el deudor persona natural, en estado de insolvencia y no de mero sobreendeudamiento, debe satisfacer el requisito de buena fe, pudiendo exonerar todas sus deudas salvo aquellas que, de forma excepcional, por su especial naturaleza, se consideran no exonerables. Para lograr la aplicación de esta excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el deudor debe acudir al procedimiento concursal y ostentar buena fe, la cual se objetiva por referencia a determinadas conductas que se relacionan taxativamente. La exoneración del pasivo insatisfecho se regula en el capítulo II del título XI del libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal, que se divide en tres secciones: la sección primera, relativa al ámbito de aplicación; la sección 2.<sup>a</sup>, de los elementos comunes de la exoneración y la sección 3.<sup>a</sup> dedicada a las modalidades de la exoneración.

---

\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar» con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la catedrática de Derecho Civil, Dra. Matilde CUENA CASAS.

**ABSTRACT:** *Law 16/2022, of September 5, reforming the Revised Text of the Bankruptcy Law has transposed Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, of June 20, 2019 (Directive on restructuring and insolvency). The Preamble to the law indicates that the consolidated text was the ideal basis for undertaking the transposition of the Directive. Among the changes introduced in Book I of the Consolidated Text of the Bankruptcy Law, those that have to do with the exonerated of unsatisfied liabilities stand out, maintaining the possibility of exonerated for natural persons whose debts do not come from business activities (consumers), which the directive advised. The regulation for which the Spanish legislator has opted is that of an immediate exonerated with prior bankruptcy liquidation of the debtor's assets or, an exonerated through a payment plan, in which he allocates his rents and future income during a period to the satisfaction of its debts, being exonerated the party that finally does not attend and without previous liquidation of all its assets and rights. To obtain this benefit, the natural person debtor, in a state of insolvency and not merely over-indebtedness, must satisfy the requirement of good faith, being able to exonerated all his debts except those that, exceptionally, due to their special nature, are considered non-exemptible. In order to achieve the application of this exception to the principle of universal patrimonial responsibility (art. 1911 CC), the debtor must go to bankruptcy proceedings and show good faith, which is objectified by reference to certain behaviors that are exhaustively related. The exemption of unsatisfied liabilities is regulated in Chapter II of Title XI of Book I of the Consolidated Text of the Bankruptcy Law, which is divided into three sections: the first section, relating to the scope of application; the 2nd section, of the common elements of the exonerated and the 3rd section dedicated to the modalities of the exonerated.*

**PALABRAS CLAVE:** Exoneración del pasivo insatisfecho. Liquidación concursal. Plan de pagos.

**KEY WORDS:** *Exonerated of unsatisfied liabilities. Bankruptcy liquidation. Payment plan.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. SUBJETIVO. 2. TEMPORAL.—III. REQUISITOS PARA PODER SOLICITAR LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.— IV. MODALIDADES DE LA EXONERACIÓN: 1. EXONERACIÓN MEDIANTE PLAN DE PAGOS: A) *Contenido del plan de pagos.* B) *Duración del plan de pagos.* C) *Aprobación del plan de pagos y concesión de la exoneración provisional.* D) *Impugnación del plan de pagos.* E) *Alteración significativa de la situación económica del deudor.* F) *Exoneración definitiva en caso de plan de pagos.* G) *Cambio de modalidad de exoneración.* 2. EXONERACIÓN CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA.—V. EXTENSIÓN DE LA EXONERACIÓN. CRÉDITOS NO EXONERABLES.—VI. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN: 1. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE LOS ACREEDORES. 2. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE LOS BIENES CONYUGALES COMUNES. 3. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE OBLIGADOS SOLIDARIOS, FIADORES, AVALISTAS ASEGURADORES Y QUIENES, POR DISPOSICIÓN LEGAL O CONTRACTUAL, TENGAN OBLIGACIÓN DE SATISFACER LA DEUDA AFECTADA POR LA EXONERACIÓN. 4. EFECTOS DEL PAGO POR TERCEROS DE LA DEUDA NO EXONERABLE O NO EXONERADA. 5. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE LAS DEUDAS CON GARANTÍA REAL. 6. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN

CREDITICIA.—VII. LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN.—VIII. CONCLUSIONES.— IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El 6 de septiembre de 2022 se publicó en el BOE la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, *exoneración de deudas* e inhabilitaciones, y sobre *medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En el preámbulo de la norma se indica que el texto refundido se presentaba como la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023. Dentro de los cambios introducidos en el libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal destacan los que tienen que ver con la exoneración del pasivo insatisfecho, manteniéndose la posibilidad de exoneración para personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores), lo que aconsejaba la Directiva.

La filosofía que se dice inspira esta institución es la recuperación del concursado para la vida económica, permitiendo al deudor volver a emprender una actividad económica, lo que se señala que también beneficia a los acreedores ya que el deudor, de lo contrario, recurriría a la economía sumergida lo que impediría la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. También se indica que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han ponderado los beneficios macroeconómicos de la exoneración de deudas y que un número creciente de legislaciones ya acoge esta figura y que la homogeneización de la misma a nivel de la Unión Europea se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

A mi juicio, la Directiva trata de fomentar la realización de actividades económicas transfronterizas y la internacionalización de la figura del empresario individual e incluso del consumidor, por la vía de que esté localizado en uno u otro ámbito de la Unión Europea pueda disfrutar de este beneficio, lo que busca facilitar el tráfico de personas fuera de las fronteras nacionales. Igualmente, se pretende en definitiva potenciar el crédito permitiendo que el deudor que no pudo hacer frente a sus deudas tenga un *fresh start* que le permita acceder de nuevo al mercado del crédito lo que no ocurriría en caso de aplicarse el principio de responsabilidad patrimonial universal, que queda de este modo excepcionado. Por otro lado se socializa la deuda en la medida en que los acreedores que ven condonados forzosamente sus créditos repercutirán sus pérdidas en sus productos y servicios ofrecidos a terceros.

La regulación por la que ha optado el legislador español es la de una exoneración inmediata con previa liquidación concursal del patrimonio del deudor o bien, una exoneración mediante un plan de pagos, en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin previa liquidación de todos sus bienes y derechos. Estas dos modalidades son intercambiables, en el senti-



do de que el deudor que haya obtenido una exoneración provisional puede en cualquier momento dejarla sin efecto y solicitar la exoneración con liquidación.

Para obtener este beneficio, el deudor persona natural, empresario o no, en estado de insolvencia actual o inminente y no de mero sobreendeudamiento, debe satisfacer el requisito de buena fe, pudiendo exonerar todas sus deudas salvo aquellas que, de forma excepcional, por su especial naturaleza, se consideran no exonerables. Para lograr pues la aplicación de esta excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el deudor debe acudir al procedimiento concursal.

La buena fe se objetiva por referencia a determinadas conductas que se relacionan taxativamente y entre las deudas no exonerables se encuentran las deudas por alimentos, las deudas de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal y las deudas por responsabilidad civil extracontractual, las deudas por costas o gastos judiciales derivados de la tramitación de la propia exoneración y las deudas con garantías reales. Además el juez puede declarar la no exonerabilidad total o parcial de ciertas deudas cuando ello sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor.

La exoneración del pasivo insatisfecho se regula en el capítulo II del título XI del libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal, que se divide en tres secciones: la sección primera, relativa al ámbito de aplicación; la sección 2.<sup>a</sup>, de los elementos comunes de la exoneración y la sección 3.<sup>a</sup> dedicada a las modalidades de la exoneración.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

### 1. SUBJETIVO

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación (art. 468 TRLC), la exoneración alcanza al deudor persona natural, empresario o no, que sea deudor de buena fe y solicite la exoneración en los términos y condiciones establecidos en la Ley Concursal, bien con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa (subsección 1.<sup>a</sup> de la sección 3.<sup>a</sup>), o bien con liquidación de la masa activa (subsección 2.<sup>a</sup> de la sección 3.<sup>a</sup>) siempre que la causa de conclusión del concurso sea la finalización de la fase de liquidación de la masa activa (art. 465.6.º TRLC) o la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 465.7.º TRLC).

Como señala el artículo 484.1 de la Ley Concursal en caso de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos insatisfechos, salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. La obtención de este beneficio, que es una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), impide que los acreedores puedan iniciar ejecuciones singulares contra el deudor, para las cuales, la inclusión del crédito en la lista de acreedores se equipara a una sentencia firme de condena.

### 2. TEMPORAL

La norma, que entró en vigor el 26 de septiembre de 2022, a los 20 días de su publicación en el BOE, se aplica a los siguientes supuestos, de acuerdo con la disposición transitoria primera:



- A las solicitudes de concurso presentadas a partir de su entrada en vigor.
- A los concursos declarados a partir de su entrada en vigor, aunque la solicitud del mismo hubiere sido presentada antes del 26 de septiembre de 2022.
- En cuanto a los concursos declarados antes de su entrada en vigor, si bien se rigen por lo establecido en la normativa anterior, se excepciona un concreto número de supuestos entre los que se encuentra las solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho que se presenten después de su entrada en vigor.
- En cuanto a los concursos consecutivos a un acuerdo extrajudicial de pagos que se declaren a partir de la entrada en vigor de la Ley, se regirán por lo establecido en la Ley Concursal (arts. 697 a 720) en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, lo que conlleva remisiones al régimen abreviado y ordinario de la normativa anterior, matizado con las excepciones anteriores<sup>1</sup>.

### III. REQUISITOS PARA PODER SOLICITAR LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

Para poder obtener el beneficio de la exoneración, es preciso que el deudor sea de buena fe. El Texto Refundido de la Ley Concursal establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (*numerus clausus*). Se trata de conductas en las que no puede haber incurrido el deudor pues de haber incurrido en ellas, se excepcionaría la aplicación del beneficio de la exoneración. Junto a ello se elimina el requisito de que el deudor no haya rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso y también se elimina la obligación de haber celebrado o haber al menos intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

De manera que para poder obtener el beneficio de la exoneración (con arreglo al art. 487 TRLC), será preciso:

1.º. Que en los diez años anteriores a la solicitud de exoneración, el deudor no hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, salvo que la pena máxima señalada al delito sea igual o inferior a tres años, en cuyo caso no existe óbice a la exoneración. Si la pena máxima señalada al delito fuese igual o superior a tres años pero en la fecha de presentación de la solicitud se hubiera extinguido ya la responsabilidad criminal (arts. 130 a 137 CP) y se hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 a 126 CP), tampoco existiría obstáculo para obtener la exoneración.

Si existiese un procedimiento penal, «a diferencia de lo que acontecía con la normativa anterior, no se suspende la tramitación de la solicitud de reconocimiento del beneficio... hasta que recaiga resolución judicial firme que ponga fin a dicho proceso; sino que se resuelve y en caso de que se estime la petición de exoneración será susceptible de revocación en los términos del artículo 493.1.3 TRLC»<sup>2</sup>, es decir, si durante los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de masa activa o a la exoneración provisional en caso de plan de pagos (arts. 498, 498 ter y 499 TRLC)<sup>3</sup> recayera sentencia condenatoria firme.

2.º. Que en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor no hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, ni se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad.

En el caso de infracciones graves no pueden obtener la exoneración aquellos deudores sancionados por un importe que exceda del 50 % de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria indicada en el artículo 489.1.5.º de la Ley Concursal, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad. Es decir, deudores sancionados por un importe de más de 5000 euros con el límite de 10000 euros.

Con arreglo a lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Concursal, «las referencias que se hacen a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se entenderán también referidas a las Haciendas Forales de los territorios forales. En el caso de que en el momento de resolver sobre la solicitud no hubiera recaído todavía resolución administrativa firme, se aplica la misma solución prevista para el proceso penal y se resolverá sobre la exoneración, siendo en su caso revocable si recayera resolución sancionatoria firme en los términos del artículo 493.1.3 [TRLRCA]», que ya hemos explicado<sup>4</sup>.

3.º. Que el concurso no haya sido declarado culpable (arts. 441 a 464 TRLRCA). Pero si el concurso hubiera sido declarado culpable exclusivamente por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá atender a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso.

4.º. Que en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración no haya sido declarado persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable. Se exceptúa el caso de que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad<sup>5</sup>.

Tanto en este caso como en el anterior si la calificación del concurso no fuera aún firme, el juez suspenderá la decisión sobre la exoneración del pasivo insatisfecho hasta la firmeza de la calificación.

5.º. Que el deudor haya cumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal (arts. 134 y 135 TRLRCA).

6.º. Que el deudor no haya proporcionado información falsa o engañosa ni se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer el endeudamiento o de evacuar sus obligaciones. Si se hubieran producido dichas conductas, no se podrá obtener la exoneración, incluso si las mismas no hubieran merecido la calificación del concurso como culpable.

Para determinar la concurrencia de estas conductas el juez deberá valorar:

a) La información patrimonial suministrada por el deudor al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario contempla la evaluación de la solvencia del deudor (arts. 11, 12 y 13), así como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (art. 14).

b) El nivel social y profesional del deudor.

c) Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.

d) En caso de empresarios, si el deudor utilizó herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones públicas.

7.º. Que hayan transcurrido al menos dos años desde la exoneración definitiva mediante plan de pagos, para poder presentar nueva solicitud de exoneración (arts. 488.1 y 500 TRLC). Según este último precepto, transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado la exoneración (arts. 493 a 493 ter y 499 ter), el juez del concurso dictará auto concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho. Como contra esta resolución no cabe recurso alguno, el plazo de los 2 años se contará a partir de la fecha del auto.

8.º. Que en caso de haber obtenido ya una exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación de la masa activa (arts. 501 y 502 TRLC), hubieran transcurrido al menos cinco años desde la resolución que hubiere concedido la exoneración, para poder presentar nueva solicitud. Dicha resolución es la resolución en la que el juez declara la conclusión del concurso *ex* artículo 502.1 de la Ley Concursal.

Tanto en este supuesto como en el anterior las nuevas solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho no alcanzarán en ningún caso al crédito público.

9.º. En caso de que el deudor solicite la exoneración mediante la modalidad de plan de pagos, será preciso que en la solicitud acepte que la concesión de la exoneración se haga constar en el registro público concursal durante el plazo de cinco años o el plazo inferior que se establezca en el plan de pagos. Deberá acompañar a la solicitud las declaraciones presentadas o que debieran presentarse del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, y las de las restantes personas de su unidad familiar (art. 495.1 TRLC). En el caso de la modalidad de exoneración con previa liquidación será preciso que el deudor manifieste que no está incurso en ninguna de las causas que impiden obtener la exoneración según los artículos 487 y 488 de la Ley Concursal y acompañar las declaraciones del impuesto de la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud que se hubieran presentado o debido presentarse (art. 501.3 TRLC).

10.º. En el caso de la modalidad de exoneración mediante plan de pagos, será preciso presentar la solicitud de exoneración antes de que el juez del concurso acuerde la liquidación de la masa activa.

11.º. Aunque la Ley no lo indica, es preciso para que pueda solicitarse la exoneración del pasivo insatisfecho que se haya declarado el concurso y tramitado la fase común (con formación del inventario y de la lista de acreedores). Así, de acuerdo con el artículo 296 bis de la Ley Concursal, «dentro de los quince días siguientes al de presentación del informe de la administración concursal con los documentos, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin a la fase común del concurso, con simultánea apertura de la fase de liquidación si todavía no estuviera abierta». Pero la apertura de la liquidación no procederá si se hubiera presentado propuesta de convenio, esté o no admitida a trámite o si se hubiera solicitado la exoneración del pasivo insatisfecho con arreglo a un plan de pagos (art. 296 bis.2 en relación con los arts. 486.1.º y 495 TRLC)º.

#### IV. MODALIDADES DE LA EXONERACIÓN

##### 1. EXONERACIÓN MEDIANTE PLAN DE PAGOS

Como hemos indicado antes, cabe solicitar la exoneración del pasivo con sujeción a un plan de pagos y sin liquidación de la masa activa.

El deudor debe solicitar la exoneración mediante esta modalidad antes de que el juez del concurso acuerde la liquidación de la masa activa, y presentar al mismo tiempo un plan de pagos.

##### *A) Contenido del plan de pagos*

En dicha propuesta de plan de pagos, de acuerdo con el artículo 496 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el deudor deberá incluir el calendario de pagos de los créditos exonerables, que según esa propuesta, vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan (los cuales no serán satisfechos en su totalidad, pues hay que partir de que el deudor se encuentra en estado de insolvencia). La propuesta debe incluir los recursos previstos para el cumplimiento de dicho calendario de pagos para la satisfacción de las deudas que no son exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia o las que generen su actividad empresarial o profesional. Deberá atenderse especialmente a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y a la previsible variación de los mismos durante el plazo del plan. Igualmente deberá acompañarse el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender y deberá indicarse cuáles son los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para el mantenimiento de la actividad o el nuevo emprendimiento<sup>7</sup>.

El plan de pagos puede incluir daciones en pago de bienes o derechos, siempre que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad o el emprendimiento de la nueva actividad empresarial o profesional durante el plazo del plan y siempre que su valor razonable, calculado conforme a lo previsto en el artículo 273 de la Ley Concursal, sea igual o inferior al crédito que se extingue.

Aunque el artículo 273 en relación con el artículo 272.1 de la Ley Concursal prevé la determinación del valor razonable de los bienes y derechos de la masa activa a los efectos de la determinación del límite del privilegio especial que recae sobre un bien, lo cierto es que dichas reglas pueden aplicarse para la determinación del valor razonable de cualquier bien (aunque no esté afecto a un privilegio especial).

Si el valor razonable del bien excede del importe del crédito que se extingue, el acreedor integrará la diferencia en el patrimonio del deudor. La dación en pago deberá ser aceptada por el acreedor, o sea, que no se concibe como una dación en pago forzosa ni como extintiva de la totalidad del crédito con independencia del valor razonable del bien (arts. 1166 CC y 1169 CC).

Ahora bien, el plan de pagos no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, por lo que no cabe que consista en una multiplicidad de daciones en pago que permitan extinguir los créditos exonerables, quedándole exclusivamente al deudor los bienes inembargables (art. 192 TRLC). Tampoco podrá el plan de pagos alterar el orden de pago de los créditos legalmente establecidos (arts. 429 a 440 TRLC) salvo con expreso consentimiento de los acree-

dores preteridos o postergados. Orden de pago que también deberá respetarse al realizarse daciones en pago.

El plan podrá establecer pagos de cuantía determinada, pagos de cuantía determinable en función de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor o combinaciones de unos y otros.

*B) Duración del plan de pagos*

En cuanto a la duración del plan de pagos será, con carácter general, de tres años, siendo de cinco años cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y su familia, y cuando el importe de los pagos dependa exclusivamente de la evolución de los recursos del deudor. El plazo del plan comenzará a correr desde la fecha de la aprobación judicial.

*C) Aprobación del plan de pagos y concesión de la exoneración provisional*

De la propuesta de plan de pagos, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a los acreedores personados en el concurso, a fin de que, dentro del plazo de diez días, puedan alegar cuanto estimen oportuno en relación con la concurrencia de los requisitos legales para obtener la exoneración o en relación con la propuesta de plan de pagos presentada y el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional que se mantiene o se emprende. Los acreedores también pueden proponer el establecimiento de medidas limitativas o prohibitivas de las facultades de administración y disposición del deudor durante el plan de pagos (art. 498.1 TRLC).

Presentadas las alegaciones de los acreedores o transcurrido el plazo de diez días sin que estos formulen alegaciones, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los requisitos legales para la exoneración, del contenido del plan de pagos y de las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido, concederá o no la exoneración provisional del pasivo insatisfecho, con aprobación del plan de pagos, bien en los términos propuestos por el deudor o bien con las modificaciones que considere oportunas hayan sido solicitadas o no por los acreedores (art. 498.2 TRLC). La resolución judicial que conceda la exoneración provisional producirá efectos desde que finalice el plazo para la impugnación, sin haberse deducido, o bien desde la sentencia judicial que la rechace (art. 498.ter.1 TRLC).

Desde la eficacia de la exoneración provisional, cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezca en el plan de pagos (arts. 106 y sigs. TRLC en relación con el art. 498.1 TRLC).

Los deberes de colaboración e información subsistirán hasta la exoneración definitiva. Con periodicidad semestral, el deudor informará al juez del concurso acerca del cumplimiento del plan de pagos, así como de cualquier alteración patrimonial significativa (art. 498 ter TRLC).

La exoneración se extenderá a la parte del pasivo exonerable (todas las deudas insatisfechas salvo las indicadas en el artículo 489 de la Ley Concursal que esta califica como no exonerables), que conforme al propio plan de pagos vaya a quedar insatisfecha (art. 499.1 TRLC).

Las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable (art. 489 TRLC) o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor

durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 499.2 TRLC).

Los créditos afectados por la exoneración provisional se entenderán vencidos con la resolución judicial que conceda la exoneración provisional (o mejor, en el momento en que esta tenga eficacia), descontándose su valor al tipo de interés legal. Se trata de un vencimiento anticipado legal (art. 496.bis.1 TRLC). Los créditos exonerables no devengarán intereses durante el plazo del plan de pagos (lo que excepciona el art. 1108 CC). Los créditos no exonerables tampoco devengarán intereses, salvo que gocen de garantía real, hasta el valor de la garantía, conforme a las reglas establecidas en el capítulo II, título XI, libro I de la Ley Concursal. La suspensión en el devengo de intereses se produce igualmente desde la eficacia de la resolución que concede la exoneración provisional y aprueba el plan de pagos.

#### *D) Impugnación del plan de pagos*

Dentro de los diez días siguientes a dicha resolución, cualquier acreedor afectado por la exoneración podrá impugnarla. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el cauce del incidente concursal. De las impugnaciones presentadas se dará traslado al deudor, y al resto de acreedores para que puedan formular oposición.

El juez estimará la impugnación en los siguientes casos:

1.º. Cuando el plan de pagos no le garantice al acreedor impugnante el pago al menos de la parte de sus créditos que habría de satisfacerse en la liquidación concursal, lo cual exige realizar una liquidación contable a efectos de poder cotejar las cantidades que se abonarían en la liquidación concursal y en el plan de pagos.

2.º. Cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo exonerable. De lo que se trata es de que todos los bienes integrados en la masa activa del concurso con excepción de los indicados y de los bienes legalmente inembargables se pongan al servicio del cumplimiento del plan de pagos (p.e., habría que arrendar los bienes inmuebles), pues no se trata de realizar una cesión de bienes para pago a los acreedores al modo del artículo 1175 del Código Civil, lo que supondría una liquidación total del patrimonio del deudor prohibida por el artículo 496.2.4.º TRLC.

3.º. Cuando se constate la oposición al plan de pagos por parte de acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos, salvo que el juez, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, imponga el plan a pesar de la oposición de los acreedores.

4.º. Cuando el plan de pagos no destine a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de los rentas y recursos líquidos disponibles o previsibles, que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plan de pagos que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias (p.e., deudas que genere el ejercicio de la nueva actividad de emprendimiento) y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plan de pagos.

5.º. Cuando no concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración a que nos hemos referido antes.

La sentencia que resuelva la impugnación deberá dictarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente y será susceptible de recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 498.bis.3 TRLC).

*E) Alteración significativa de la situación económica del deudor*

Cuando tras la eficacia de la exoneración provisional se produjera una alteración significativa de la situación económica del deudor, tanto este como cualquiera de los acreedores afectados por la exoneración podrán solicitar del juez la modificación del plan de pagos aprobado. De la solicitud se dará traslado al deudor y a los acreedores afectados. La tramitación, aprobación e impugnación de la modificación del plan de pagos se realizará en los plazos y en la forma prevista para el plan de pagos original, y producirá los mismos efectos. No podrá aprobarse más de una modificación del plan de pagos (art. 499 bis TRLC).

*F) Exoneración definitiva en caso de plan de pagos*

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado la exoneración, el juez del concurso dictará auto concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho (art. 500.1 TRLC). La exoneración provisional es revocable por las causas indicadas en el artículo 493 de la Ley Concursal (causas comunes a ambas modalidades de exoneración), así como por las causas indicadas en el artículo 499 ter de la Ley Concursal (que son específicas de la modalidad de exoneración mediante plan de pagos).

Aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez, previa audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho cuando el incumplimiento del plan de pagos resultara de accidente o enfermedad y otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a quienes con él convivan, siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de dación en pago que se establezcan en el plan de pagos (art. 500.2 TRLC).

La resolución por la que se conceda la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho se publicará en el Registro público concursal. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno (art. 500.3 TRLC).

*G) Cambio de modalidad de exoneración*

El deudor que hubiera obtenido la exoneración provisional mediante plan de pagos podrá dejarla sin efecto, solicitando la exoneración con liquidación de la masa activa conforme a lo previsto en la subsección 2.ª, de la sección 3.ª, del capítulo II, del título X de la Ley Concursal. Si se hubiera revocado la exoneración provisional o no procediera la exoneración definitiva con un plan de pagos (es decir, con arreglo a lo previsto en el artículo 500.2 TRLC el juez no entiende procedente conceder la exoneración a pesar de que el incumplimiento del plan se debe a acontecimientos graves e imprevisibles), el deudor podrá igualmente



solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho con liquidación de la masa activa (art. 500 bis TRLC).

## 2. EXONERACIÓN CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA

De acuerdo con el artículo 501 de la Ley Concursal en los casos de concurso sin masa en los que no se hubiera acordado la liquidación de la masa activa<sup>8</sup>, de concursos con insuficiencia sobrevenida de la masa activa para satisfacer todos los créditos contra la masa y concursos en los que tras la liquidación concursal, el líquido obtenido fuera insuficiente para el pago de todos los créditos concursales reconocidos, el concursado podrá presentar ante el juez del concurso solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

En el primer caso, podrá presentarse la solicitud dentro de los diez días siguientes a contar bien desde el vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal sin que lo hubieran hecho, bien desde la emisión del informe por el administrador concursal nombrado si no apreciare indicios suficientes para la continuación del procedimiento.

En los otros dos casos, la solicitud se formulará dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la conclusión de concurso.

En la solicitud, el concursado deberá manifestar que no está incurrido en ninguna de las causas que impiden obtener la exoneración según los artículos 487 y 488 de la Ley Concursal y acompañar las declaraciones del impuesto de la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud que se hubieran presentado o debido presentarse (art. 501.3 TRLC).

El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud del deudor a la administración concursal y a los acreedores personados para que dentro del plazo de diez días aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión de la exoneración (art. 501.4 TRLC).

Si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad con la solicitud del deudor o no se opusieran a ella en el plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los requisitos establecidos en esta ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación concursal en la resolución por la que declare la conclusión del concurso (art. 502.1 TRLC). Si se formulare oposición a la exoneración del pasivo insatisfecho, no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concursal de oposición concediendo o denegando la exoneración solicitada (art. 502.3 TRLC).

En caso de oposición a la exoneración del pasivo insatisfecho, dicha oposición solo podrá fundarse en la ausencia de alguno de los requisitos establecidos en la ley para hacerse acreedor del beneficio. Como hemos indicado, la oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 502.2 TRLC).

## V. EXTENSIÓN DE LA EXONERACIÓN. CRÉDITOS NO EXONERABLES

De acuerdo con el artículo 489 de la Ley Concursal la exoneración del pasivo insatisfecho, en cualquiera de sus modalidades, se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las siguientes:

1.º. Las deudas por responsabilidad civil extracontractual, por muerte o daños personales; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que establezca dicha responsabilidad o dicha indemnización.

2.º. Las deudas por responsabilidad civil derivada de delito.

3.º. Las deudas por alimentos.

4.º. Las deudas por salarios correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuanto no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como los que se hubieran devengado durante el procedimiento concursal, siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial.

5.º. Las deudas por créditos de Derecho Público. No obstante, las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de la Administración Tributaria podrán exonerarse del siguiente modo: los primeros 5000 euros serán íntegramente exonerables, y a partir de esa cifra, la exoneración alcanza al cincuenta por ciento de la cuantía de la deuda hasta un máximo de 5000 euros más. En definitiva, la cifra máxima exonerable son 10 000 euros. Las deudas por créditos en Seguridad Social podrán exonerarse por el mismo importe y en las mismas condiciones.

«Para calcular el importe exonerado, hasta el límite legal, se sigue el orden inverso al de prelación legalmente establecido en el Texto Refundido de la Ley Concursal por lo que en primer lugar se exonera la deuda subordinada, a continuación la ordinaria y por último la privilegiada, siguiendo dentro de cada clase el criterio de su antigüedad»<sup>9</sup>.

Para la determinación de qué es crédito público «habrá que acudir al artículo 5 de la LGP que permite considerar como tales no solo a los créditos tributarios, impuestos, tasas y contribuciones especiales, como establece el artículo 2.2 LGT, sino también a los demás derechos de contenido económico que nazcan como consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Así, en dicha categoría se incluirían, entre otros, el reintegro de subvenciones, las indemnizaciones y penalidades acordadas en el marco de un expediente de contratación administrativa y las sanciones; a las que habrá que añadir las derivadas del pago de cuotas de la Seguridad Social de las personas obligadas, así como las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, a las que se refiere el artículo 86.1 de la LGSS»<sup>10</sup>.

De acuerdo con el artículo 489.3 de la Ley Concursal el crédito público solo será exonerable en la mencionada cuantía únicamente en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas exoneraciones que pudiera obtener el deudor.

6.º. Las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves.

7.º. Las deudas por costas y gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración.

8.º. Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial calculado conforme a lo establecido en esta ley. «Por consiguiente, en caso de deudas garantizadas es el remanente lo que se exonera una vez se ha realizado la garantía tal y como establece el artículo 492 bis. No obstante, según el citado precepto, si ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte deuda provisional o definitivamente exonerada, se produce por ministerio de la ley la revocación de la exoneración respecto de esa deuda garantizada»<sup>11</sup>.

9.º. Excepcionalmente, el juez podrá declarar que no son total o parcialmente exonerables deudas no relacionadas en el artículo 489.1 de la Ley Concursal (que son las indicadas antes) cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito.

## VI. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN

### 1. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE LOS ACREEDORES

Los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán ejercitar ningún tipo de acción frente al deudor para su cobro, salvo la acción de revocación de la exoneración, que podrá ejercitarse dentro de los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de masa activa o desde la exoneración provisional en el caso de plan de pagos (en concreto, desde la eficacia de la resolución que conceda la exoneración provisional) *ex* artículos 490.1 y 493.2 de la Ley Concursal.

Los acreedores por créditos no exonerables mantienen sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos (art. 490.2 TRLC).

En este sentido, señala el AJM núm. 3 de Barcelona núm. 748/2022, de 19 de diciembre de 2022:

«En el presente caso, consta el cumplimiento por el deudor de las obligaciones formales a que se refiere el artículo 501.3 TRLC y no constan en el procedimiento la concurrencia de alguna de las excepciones o prohibiciones de los artículos 487 y 488 del TRLC, por lo que procede acordar la exoneración de los créditos exonerables con la extensión a que se refiere el artículo 489 TRLC y los efectos regulados en los artículos 490 a 492 ter TRLC. En este sentido, los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la presente solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho no podrán ejercer ningún tipo de acción frente al deudor para su cobro, salvo la de solicitar la revocación de la exoneración. Por otro lado, y respecto de los acreedores por créditos no exonerables, estos mantendrán sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos».

### 2. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE LOS BIENES CONYUGALES COMUNES

Si el concursado estuviere casado y el régimen económico de su matrimonio fuese el de gananciales u otro de comunidad y no se hubiese procedido a la liquidación de ese régimen, la exoneración del pasivo insatisfecho que afecte a deudas gananciales contraídas por el cónyuge del concursado o por ambos cónyuges no se extenderá a aquel, en tanto no haya obtenido el mismo beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Esto es, «a diferencia de lo que acontecía con la legislación anterior que sí lo permitía para el caso de que no se hubiera procedido a la liquidación del régimen, el vigente artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal, *no extiende los beneficios de la exoneración al cónyuge del concursado, en tanto no haya obtenido él mismo el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*»<sup>12</sup>.

3. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE OBLIGADOS SOLIDARIOS, FIADORES, AVALISTAS ASEGURADORES Y QUIENES, POR DISPOSICIÓN LEGAL O CONTRACTUAL, TENGAN OBLIGACIÓN DE SATISFACER LA DEUDA AFECTADA POR LA EXONERACIÓN

La exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores, avalistas, aseguradores, hipotecante no deudor o quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda exonerada, *quienes no podrán invocar (como excepción) la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor con el que se obligaron solidariamente o al que avalan o aseguran* (art. 492.1 TRLC).

Los créditos por acciones de repetición o regreso quedarán afectados por la exoneración con liquidación de la masa activa o derivada del plan de pagos en las mismas condiciones que el crédito principal. Esto es, si el fiador abona el crédito exonerado al deudor, no tendrá acción de reembolso contra el deudor, ni podrá subrogarse en la posición del acreedor, pues tales acciones quedan afectadas por la exoneración (arts. 1838 y 1839 CC en relación con el art. 492.2 del TRLC).

Si el crédito de repetición o regreso gozare de garantía real será tratado como crédito garantizado (art. 492.2 TRLC).

Señala SENENT MARTÍNEZ que «el régimen de garantías personales subsiste plenamente y debe operar, en tanto concurre el presupuesto que le sirve de fundamento que no es otro que suplir la insolvencia de otro coobligado. Respecto a la imposibilidad de subrogarse en la posición del acreedor original, la norma excluye expresamente la posibilidad de reclamar por vía de regreso al deudor exonerado. Sería absurdo y difícilmente justificable que se declarase la exoneración y consiguiente extinción respecto a la deuda principal garantizada, y subsista sin embargo la deuda del concursado respecto al garante. Queda a salvo el derecho en caso de revocación del beneficio, pues en este supuesto recuperan plenamente sus derechos, en los términos del artículo 493 ter».

Pero el fiador persona natural puede obtener la exoneración del pasivo insatisfecho, esto es de sus deudas como avalista solidario. Es lo que ocurre en el supuesto resuelto por el AJM núm. 3 de Barcelona, núm. 748/2022, en que la exoneración alcanza la suma de 255 003,00 € más 54 100,00 €, es decir, más de 300 000 euros. Por lo que cabe decir que con la actual regulación concursal los acreedores no cuentan ni con la garantía patrimonial universal del deudor, persona física, ni con la garantía patrimonial universal del fiador persona física solidario o subsidiario. Contando únicamente con la acción de responsabilidad social por el déficit concursal frente a los administradores de la persona jurídica si son declarados personas afectadas por la calificación en la sentencia que declare el concurso culpable, los cuales tienen *limitado, pero no excluido*, el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho.

4. EFECTOS DEL PAGO POR TERCEROS DE LA DEUDA NO EXONERABLE O NO EXONERADA

Quienes, por disposición legal o contractual tengan obligación de pago de la totalidad o parte de la deuda *no exonerable o no exonerada*, adquirirán por el pago los derechos de repetición, regreso y subrogación frente al deudor y frente a los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados por causa legal o contractual respecto de la deuda. La misma

solución se aplicará en el caso de pago voluntario hecho por tercero de deuda no *exonerable* o no *exonerada* (art. 494 TRLC).

«Se trata de un supuesto distinto al del artículo 492, pues en este caso el pago se ha realizado sobre deudas no exonerables o no exoneradas, respecto de las que subsiste la responsabilidad del deudor concursado, por lo que se mantiene el derecho de repetición de quien hubiera satisfecho el crédito»<sup>13</sup>.

## 5. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE LAS DEUDAS CON GARANTÍA REAL

El artículo 492 bis contempla dos posibles escenarios:

1. Que se haya ejecutado la garantía antes de la aprobación del plan de pagos o antes de la exoneración en caso de liquidación. En este caso solo se exonerará la deuda remanente (art. 492.bis.1 TRLC). Lo que coincide con lo previsto en el artículo 489.1.8.º de la Ley Concursal que prevé que no son exonerables las deudas con garantía real, dentro del límite del privilegio especial, pero sí lo serían en lo que exceda del privilegio. Como este se ha hecho efectivo a través del resultado de la ejecución (art. 149 TRLC), quedará exonerada incluso la diferencia entre el crédito con privilegio especial reconocido en el concurso con arreglo a las normas previstas en los artículos 270 y siguientes de la Ley Concursal (valor razonable del bien) y la cantidad efectivamente satisfecha con la ejecución de la garantía. Si el deudor opta por la exoneración con liquidación, con la ejecución «se habrá cancelado el crédito privilegiado y la cantidad pendiente de pago se calificará conforme a los criterios generales de la normativa concursal (art. 272.2 TRLC)». Si el deudor opta por solicitar la exoneración mediante plan de pagos, el resto de crédito con garantía real no satisfecho con la ejecución se someterá al plan de pagos<sup>14</sup>.

2. Si la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos.

«En estos casos para definir el plan de pagos y los créditos incluidos en el mismo, en el concurso tendrá que cuantificarse qué parte de ese crédito con garantía real debe considerarse crédito con privilegio especial, calculado conforme a las reglas de determinación del valor razonable de la garantía previstas en el artículo 272 y siguientes». Ello deberá realizarse en el informe de la administración concursal. De este modo se cuantifica la parte de crédito no exonerable<sup>15</sup>.

Las cantidades que excedan del valor razonable del bien, tendrán la consideración de crédito ordinario y quedarán sometidas al plan de pagos<sup>16</sup>.

En este caso, si el deudor ha cumplido con los vencimientos de cuotas durante el concurso, se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas en el contrato, pero la cuantía de las cuotas de principal, y en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de deuda pendiente hasta el valor de la garantía (art. 496.bis.3 TRLC). A la parte de deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el artículo 496.bis, es decir, se entenderá vencida la deuda con la eficacia de la resolución que apruebe el plan de pagos y determine la exoneración provisional, y no devengará intereses durante el plazo del plan de pagos. Dicha parte de deuda recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha mediante el plan de pagos quedará definitivamente exonerada con arreglo al artículo 500 de la Ley Concursal<sup>17</sup>.

No obstante, como los créditos con garantía real no son exonerables dentro del límite del privilegio especial con arreglo al artículo 489.1.8.º de la Ley Con-

cural, si se produce la ejecución de la garantía (porque dejasen de satisfacerse las cuotas en los términos del artículo 492.bis.2.1.º TRLC durante la vigencia del plan de pagos o bien posteriormente, dado que se ha producido una novación del contrato que continuará vigente tras la exoneración definitiva), como señala el artículo 492.bis.3, cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada<sup>18</sup>.

Hay que tener en cuenta que los acreedores *por créditos no exonerables* mantienen sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos (art. 490.2 en relación con el artículo 492.bis.3 TRLC), pese a la obtención por el deudor de la exoneración.

#### 6. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN RESPECTO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

La resolución judicial que apruebe la exoneración mediante liquidación de la masa activa (art. 502 TRLC) o la exoneración definitiva en caso de plan de pagos (art. 500 TRLC) incorporará mandamiento a los acreedores afectados para que comuniquen la exoneración a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran informado del impago o mora de deuda exonerada para la debida actualización de sus registros (art. 492.ter.1 TRLC).

En todo caso, el deudor podrá solicitar testimonio de la resolución judicial que apruebe la exoneración mediante liquidación de la masa activa o la exoneración definitiva en caso de plan de pagos para requerir directamente a los sistemas de información crediticia la actualización de sus registros para dejar constancia de la exoneración (art. 492.ter.2 TRLC).

### VII. LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN

#### 1. CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN, COMUNES A AMBAS MODALIDADES

Cualquier acreedor afectado por la exoneración está legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la exoneración del pasivo insatisfecho en los siguientes supuestos, que resultan de aplicación tanto en la exoneración con liquidación de masa activa como en la exoneración con plan de pagos<sup>19</sup>:

1.º En caso de acreditarse que el deudor ha ocultado la existencia de bienes, derechos o ingresos.

«No estamos ante activos ignorados o sobrevenidos, en cuyo caso podrá proceder a la reapertura del concurso, sino ante un comportamiento intencional, descrito por el verbo ocultar, merecedor de reproche»<sup>20</sup>.

2.º Si durante los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de la masa activa o a la exoneración provisional, en caso de plan de pagos, mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar la totalidad o al menos una parte de los créditos exonerados. En caso de que la posibilidad de pago fuera parcial, la revocación de la exoneración solo afectará a esa parte.

3.º. Si en el momento de la solicitud de exoneración estuviera tramitándose un procedimiento penal o administrativo de los indicados en el artículo 487.1. 1.º y 2.º TRLC, y dentro de los tres años siguientes a la exoneración en caso de inexistencia o liquidación de la masa activa, o a la exoneración provisional en caso de plan de pagos, recayera sentencia condenatoria firme o resolución administrativa firme por los delitos e infracciones indicados en dichos preceptos.

## 2. CAUSAS DE REVOCACIÓN RELATIVAS A LA MODALIDAD DE EXONERACIÓN MEDIANTE PLAN DE PAGOS

1.º. En el caso de exoneración mediante plan de pagos, cualquier acreedor afectado por la exoneración estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la exoneración provisional, si el deudor incumple el plan de pagos (art. 499.ter.1 TRLC).

2.º. Si los pagos previstos en el plan dependen exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor, también podrá revocarse la exoneración provisional a solicitud de cualquiera de esos acreedores si, al término del plazo del plan de pagos (que puede tener una duración de 5 años), se evidenciase que el deudor no hubiera destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos (art. 499.ter.2 TRLC).

## 3. PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

Una vez transcurridos tres años a contar desde la exoneración con liquidación de la masa activa o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos, la revocación no podrá solicitarse. No obstante, de la lectura conjunta de los artículos 493.2 y 497.2 de la Ley Concursal, si el plan de pagos durase cinco años porque el importe de los pagos dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor, o porque no se realizase la vivienda habitual del deudor, la revocación podrá solicitarse por las causas comunes a ambas modalidades de exoneración y por incumplimiento del plan de pagos durante cinco años desde la exoneración provisional. Y de acuerdo con el artículo 499.ter.2 de la Ley Concursal, también podría solicitarse la revocación una vez finalizado el plazo del plan de pagos de hasta 5 años, si se dieran las circunstancias previstas en dicho precepto.

## 4. RÉGIMEN DE LA REVOCACIÓN

La solicitud de revocación se tramitará conforme a lo establecido para el juicio verbal (art. 493.bis.1 TRLC).

Hasta la celebración de la vista, cualquier acreedor podrá personarse para defender la solicitud de revocación de la exoneración (art. 493.ter.2 TRLC).



Y cualquier acreedor afectado por la exoneración podrá solicitar averiguación de bienes a través de los medios electrónicos de los que disponga la Administración de Justicia. En cuanto a las titularidades de bienes inmuebles y derechos reales, podrá solicitarse a través de la página web de registradores, o en cualquier Registro de la Propiedad (art. 493.ter.2 TRLC).

#### 5. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO

Si la revocación tiene lugar por ocultación de la existencia de bienes, derechos o ingresos o por recaer condena penal o sanción administrativa en el procedimiento abierto en el momento de presentarse la solicitud, en los términos indicados antes, en la misma resolución en la que se revoque la exoneración, el juez del concurso acordará la reapertura del concurso de acreedores, con simultánea reapertura de la sección de calificación (art. 493.ter.1; arts. 503 y sigs. y 441 y sigs. TRLC).

Si la revocación tiene lugar por mejorar la fortuna del deudor en los términos explicados antes, el juez del concurso dictará auto revocando total o parcialmente la exoneración concedida. Los acreedores recuperarán sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso (art. 493.ter.3 TRLC).

Todo ello en el caso de revocación de la exoneración obtenida con liquidación de la masa activa.

En el caso de exoneración mediante plan de pagos, la revocación de la exoneración provisional supondrá la resolución del plan de pagos y de sus efectos sobre los créditos, y la apertura de la liquidación de la masa activa.

«Por consiguiente, cualquier efecto novatorio del plan de pagos sobre los créditos, desaparece y los acreedores podrán reclamar la totalidad del importe insatisfecho, si bien quedarán a resultas de lo que se obtenga en la liquidación de la masa activa que se abre como consecuencia de la revocación, por cuanto el concurso no se encuentra concluido todavía»<sup>21</sup>.

No obstante, los actos realizados en ejecución del plan de pagos producirán plenos efectos, salvo que se probare la existencia de fraude, contravención del propio plan, o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (art. 499.ter.3 TRLC).

#### VIII. CONCLUSIONES

I. La nueva redacción de la Ley Concursal prevé dos modalidades de exoneración del pasivo insatisfecho: una exoneración con previa liquidación de la masa activa y una exoneración sujeta a un plan de pagos sin liquidación de la masa activa.

II. Para poder obtener el beneficio el deudor ha de ostentar una buena fe objetivada por el legislador.

III. Ciertas deudas por su especial naturaleza se declaran no exonerables, como las deudas con garantía real hasta el importe del valor razonable del bien afecto al privilegio.

IV. Con la actual regulación concursal los acreedores no cuentan ni con la garantía patrimonial universal del deudor, persona física, ni con la garantía patrimonial universal del fiador persona física, que también puede solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Los acreedores sí cuentan

con la acción de responsabilidad social por el déficit concursal frente a los administradores de la persona jurídica si son declarados personas afectadas por la calificación en la sentencia que declare el concurso culpable, pero teniendo presente que estos tienen *limitado, pero no excluido*, el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho.

V. A diferencia de lo que acontecía con la legislación anterior que si lo permitía para el caso de que no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico de comunidad, la actual redacción de la Ley Concursal no extiende los beneficios de la exoneración al cónyuge del concursado, salvo que él mismo obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 295/2022, de 6 de abril de 2022
- AJM núm. 3 de Barcelona, 748/2022, de 19 de diciembre de 2022

## X. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN, E. (2022). *GPS Concursal. Guía profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.<sup>a</sup> (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

GUÍA RÁPIDA FRANCIS LEFEBVRE (22 de septiembre de 2022). *Reforma Concursal Ley 16/2022*. Madrid: Lefebvre - El Derecho.

PULGAR ÉZQUERRA, J. (2022). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: La Ley.

## NOTAS

<sup>1</sup> GUÍA RÁPIDA FRANCIS LEFEBVRE, 22 de septiembre de 2022, 10-11.

<sup>2</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 531-532. Señala el autor que «cabe, por tanto, la posibilidad de que la sentencia condenatoria se dicte posteriormente al plazo de tres años, en cuyo caso no sería posible la revocación, manteniéndose la exoneración a pesar de que el deudor cometió antes de la solicitud un hecho merecedor de sanción penal, lo que parece contravenir el espíritu de la norma que pretende excluir del beneficio a las personas que hayan llevado a cabo comportamientos censurables» (SENENT MARTÍNEZ, 2022, 532).

<sup>3</sup> La exoneración provisional se extiende a la parte del pasivo exonerable que conforme al plan de pagos aprobado vaya a quedar insatisfecha. Esta exoneración provisional la concede el juez al aprobar el plan de pagos, y siempre que impugnado el plan por algún acreedor afectado por la exoneración, recaiga sentencia judicial que rechace la impugnación.

<sup>4</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 532.

<sup>5</sup> De acuerdo con el artículo 455.2.1.º TRLC, «la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1.º. La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de derecho o hecho, los directores generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, hubieran tenido cualquiera de estas condiciones». Se evita así que los administradores sociales pretendan

eludir su responsabilidad por el déficit concursal (art. 456 TRLC) a través del beneficio del *fresh start* (Cfr., SENENT MARTÍNEZ, 2022, 533).

<sup>6</sup> Sobre el procedimiento especial para microempresa, aplicable a los deudores personas naturales que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan los requisitos del artículo 685.1 TRLC, *vid.*, FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 75-85.

<sup>7</sup> En STS 1379/2022, de 6 de abril de 2022, el Tribunal Supremo había señalado en relación con la naturaleza del plan de pagos: «Efectivamente, la ley no especifica en qué consiste un plan de pagos, pero la propia significación de los términos empleados, así como el contexto de la expresión y finalidad de la institución permiten delimitar sus contornos. Desde el punto de vista gramatical, «plan de pagos» da idea de cómo se piensan satisfacer unas obligaciones. El contexto, una exoneración de deudas en cinco años, durante los cuales han de satisfacerse una serie de obligaciones no afectadas por la exoneración, muestra que este plan ha de explicar de qué forma se realizará el pago de estas obligaciones durante estos cinco años»...

<sup>8</sup> Se entiende por concurso sin masa aquel en que el deudor se encuentra en alguna de las siguientes situaciones: el concursado carece de bienes y derechos legalmente embargables; el coste de realización de los bienes y derechos del concursado es manifiestamente desproporcionado respecto de su valor venal; los bienes y derechos del concursado libres de cargas son de valor inferior al coste previsible del procedimiento; los gravámenes y cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo son por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos. En tales casos, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores con expresión del pasivo que resulte de la documentación presentada por el deudor junto con la solicitud de declaración de concurso, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al BOE para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo, a fin de que en el plazo de quince días a contar desde el siguiente a la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal para que presente informe razonado y documentado sobre los extremos indicados en el artículo 37.ter.1 de la Ley Concursal. Si dentro de dicho plazo ningún legitimado formulase esa solicitud, el deudor persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho (art. 37.ter.2 TRLC y art. 501.1 TRLC). Si en dicho plazo se formulase solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el informe, el juez procederá a su nombramiento. Si en su informe el administrador concursal apreciara indicios de que se hubieran realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles, o indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad o indicios suficientes de que el concurso fuera calificado como culpable, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento. Si el administrador concursal no apreciara indicios suficientes para la continuación del procedimiento, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho desde la emisión del informe en tal sentido (art. 501.1. TRLC). En este sentido el AJM núm. 3 de Barcelona, núm. 748/2022, de 19 de diciembre de 2022, señala que «de conformidad con los artículos 37 ter 2, 465.7.º y 501.1 TRLC, en redacción dada por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, si no se dicta auto complementario a que se refiere el artículo 37 quinquies TRLC, bien porque ningún acreedor solicita el nombramiento de Administrador Concursal o bien porque el Administrador Concursal no apreciaba los indicios necesarios para la apertura del concurso y, además, no se formula oposición a la conclusión del concurso, procederá dictar auto de conclusión. ...El artículo 484 TRLC establece que, en los casos de conclusión de concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable de pago de los créditos insatisfechos, salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho».

<sup>9</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 538. Esto es lo que querría decir el artículo 489.1.5.º *in fine* de la Ley Concursal cuando indica que «el importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad».

<sup>10</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 538.

<sup>11</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 539.

<sup>12</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 558. En este sentido señala CUENA CASAS: «Incorrectamente, a mi juicio, el artículo 178.bis.5 LC extendía los efectos de la exoneración al cónyuge del concursado, perdiendo los acreedores gananciales el derecho a agredir el patrimonio privativo de este (aunque fuera totalmente solvente), en contra del derecho que les concede la legislación civil, particularmente el artículo 1369 del Código Civil. La LC les expropiaba sin justificación alguna de su derecho contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado» ... «El artículo 491 TRLC dispone que la exoneración del pasivo NO se extiende al cónyuge no concursado, salvo que este haya sido declarado en concurso y haya obtenido la exoneración. Ello significa que, si no se ha procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, los acreedores gananciales que hubieran contratado con el cónyuge del concursado podrán agredir sus bienes privativos (art. 1369 CC), pues los bienes gananciales se habrán consumido ya al estar incluidos en la masa activa del concurso [art. 193 TRLC]. La norma exige que no se haya producido la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo normal es que si se ha solicitado la disolución del régimen (art. 125 TRLC), se proceda a la liquidación del mismo, dado que la liquidación debe ser previa a la del concurso (art. 125.2 TRLC). Pues bien, realizada la liquidación de la sociedad de gananciales, caso de que se decrete la exoneración del pasivo a favor del cónyuge concursado, la misma afectará al pasivo ganancial y privativo incluido en la masa [pasiva]. No se produce una extensión de efectos de la exoneración a favor del cónyuge del concursado, tal y como dispone el nuevo artículo 491 TRLC. *Esto significa que los acreedores comunes que contrataron con el cónyuge del concursado podrán agredir los bienes privativos de este, siendo de aplicación el artículo 1401 del Código Civil y 1369 del Código Civil*» (CUENA CASAS, 2023, 197-198). Artículo 251.2 de la Ley Concursal: «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, *los créditos contra el cónyuge del concursado, que sea, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva*».

<sup>13</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 557.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 149-150.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

<sup>18</sup> *Cfr.*, FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151, que señala: «Esta segunda regla [del artículo 496.bis.2.2.<sup>a</sup> TRLC] determinará que la aprobación de los planes de pagos conlleve ajustes en los títulos de constitución de las garantías reales. Suponiendo, en la práctica una reestructuración de la deuda hipotecaria pendiente...».

<sup>19</sup> «La legitimación activa se limita a los acreedores afectados por la exoneración, por cuanto los titulares de créditos no exonerables mantienen incólumes sus acciones tras la conclusión del concurso y pueden reclamar sus créditos» (SENENT MARTÍNEZ, 2022, 554).

<sup>20</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 553.

<sup>21</sup> SENENT MARTÍNEZ, 2022, 555.

2. MERCANTIL  
DERECHO DE SOCIEDADES

«*Causa petendi* y competencia objetiva  
mercantil»

«*Causa petendi and objective competence  
of commercial court*»

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

*RESUMEN:* La *causa petendi* ha de fijar la competencia objetiva de los juzgados mercantiles en aquellas materias reservadas legalmente a estos.

*ABSTRACT:* *The causa petendi must establish the objective competence of the commercial Courts in those matters legally reserved to them*

*PALABRAS CLAVE:* *Causa petendi* competencia objetiva de los Juzgados mercantiles.

*KEY WORDS:* *Causa petendi, objective competence of the comercial Courts.*

*SUMARIO:* I. CAUSA PETENDI Y GRUPO DE CASOS DISCUTIDOS.— II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. CAUSA PETENDI Y GRUPO DE CASOS DISCUTIDOS

En la práctica judicial no es difícil encontrarse con problemas de delimitación y fijación de la competencia objetiva de los juzgados mercantiles en el ámbito de las materias reservadas legalmente a su conocimiento en función de lo previsto en el artículo 86 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye, en lo que ahora nos ocupa, competencia objetiva mercantil a los juzgados de lo mercantil en cuestiones de «*sociedades mercantiles*».

Hemos identificado tres grupos de casos donde conocemos que se ha discutido si efectivamente los mismos podían incardinarse dentro de la competencia objetiva de los juzgados mercantiles, adelantando que a nuestro modo de ver, la solución viene dada por el recto entendimiento de la *causa petendi* correspondiente.

A nuestro juicio, la *causa petendi* es lo que termina identificando el objeto del proceso, ya que se puede pedir lo mismo, pero sobre la base de causas de pedir diferentes.

En este sentido la *causa petendi* es aquella situación de hecho jurídicamente relevante susceptible de recibir la tutela solicitada.

Como se ha sostenido doctrinal y jurisprudencialmente el fundamento de pedir, o *causa petendi* viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico. El elemento fáctico está constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica. El elemento jurídico no es, o no es solamente, la concreta norma que pueda resultar aplicable, sino que está formado a su vez por dos subelementos.

Por un lado, el enfoque o título jurídico, es decir, la calificación jurídica, fundamento jurídico, o razonamiento jurídico, que no es más que el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el elemento puramente normativo de esa calificación o punto de vista jurídico, o fundamentación, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica.

En la sentencia del Tribunal Supremo número 1118/2006, de 14 de noviembre (RJ 2006, 8063), se declara que la congruencia, emanación del principio dispositivo y resultado de la interdicción constitucional de la indefensión, excluye la posibilidad de que el Tribunal se aparte de la causa de pedir que hubiera sido señalada oportunamente por los litigantes, dado que la identidad objetiva de la acción se determina, a salvo los casos en que es preciso tomar en cuenta también la individualización jurídica, por lo pedido y por el componente fáctico de la causa de pedir.

Y, en la sentencia del Tribunal Supremo 268/2005, de 25 de abril (RJ 2005, 3758) —con cita de otras—, se recuerda que los tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hubieran sometido en los escritos de alegaciones, rectores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción; de modo que la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la *causa petendi* y determina incongruencia *extra petit*; y, finalmente, que no cabe objetar la aplicación del principio *iura novit curia* para justificar el cambio, ya que los márgenes de aquel no permiten resolver problemas distintos de los recurridos.

Como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 40/2006 de 13 febrero, RTC 200640:

*«Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:*

*a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurre la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y petitum—. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como*

a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*».

Es decir, la *causa petendi* está integrada también por la fundamentación jurídica, tal y como razona el propio Tribunal Constitucional.

Conclusión esta coherente con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre qué se ha de entender por *causa petendi* (v.gr., Sentencias 629/2013 —FJ 6.2, roj STS 188/2013—, 393/2012 —FJ 2, roj STS 4945/2012—, 64/2012 —FJ 2, roj STS 920/2012— y 1074/2006 —FJ 1, roj STS 6795/2012):

«La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19 de junio de 2000 y 24 de julio de 2000) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de agosto de 2000 y 15 de noviembre de 2001)».

*Causa petendi* que en otras ocasiones la Sala Primera también describe como el «fundamento fáctico y jurídico de lo pedido» (v.gr., FJ 2.º.2 STS 21/2022, de 17 de enero de 2022, roj STS 35/2022).

A lo anterior, añadimos que el Tribunal Supremo sí tiene admitida la posibilidad de incongruencia también en las sentencias que alteren la causa de pedir, cuando razona lo siguiente: «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador» (Sentencias 476/2012, de 20 de julio, 365/2013, de 6 de junio, y 31/2014, de 12 de febrero).

En suma, la causa de pedir «tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez o árbitro de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia* (STS de 18 de junio de 2012, RJ 2012, 6854)».

Como razona DOMÍNGUEZ LUELMO: La *causa petendi* es lo que termina identificando el objeto del proceso, ya que se puede pedir lo mismo, pero sobre la base de causas de pedir diferentes.

En este sentido la *causa petendi* es aquella situación de hecho jurídicamente relevante susceptible de recibir la tutela solicitada.

La LEC ha configurado la *causa petendi* de una manera que no permite interpretar el *iura novit curia* como ha pretendido el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. El fundamento de pedir, o *causa petendi* viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico. El elemento fáctico está constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica. El elemento jurídico no es, o no es solamente, la concreta norma que pueda resultar aplicable, sino que está formado a su vez por dos subelementos.

Por un lado, el *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, *fundamento jurídico*, o razonamiento jurídico, que no es más que el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el *elemento puramente normativo* de esa calificación o punto de vista jurídico, o *fundamentación*, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica (de la Oliva, 2005, 51 y sigs., y 71 y sigs.).



El único que conforma la libertad del tribunal recogida en el *iura novit curia* (o su equivalente *da mihi factum et dabo tibi ius*) es el que he calificado de elemento puramente normativo: las citas legales en que se apoya la calificación jurídica hecha por el actor. El principio *iura novit curia* no permite al tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes, si bien puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218 LEC).

Frente a las dos posturas posibles (teoría de la sustanciación y teoría de la individualización, cuyas diferencias se pueden apreciar *in extenso* en la STS de 28 de junio de 2010), en mi opinión, la LEC consagra en el artículo 218 de una manera clara la teoría de la individualización (de la Oliva, 2005, 52 y sigs.), lo que se confirma si se analiza la regla preclusiva que consagra el artículo 400 LEC a los efectos de un nuevo proceso<sup>1</sup>.

Sin embargo, superando la discusión entre las teorías de la sustanciación e individualización, hacemos nuestros los razonamientos que sobre el particular establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.<sup>a</sup>) núm. 217/2012 de 20 de abril, *JUR* 2012, 284349, cuando razona lo siguiente:

«Así las cosas habremos de advertir que, ciertamente, la sentencia dictada en la instancia incurre en una manifiesta y clara incongruencia extrapetita, desde la propia redacción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que establece en el párrafo 2.º del número primero, tras regular la exhaustividad y congruencia de las sentencias, que el Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de las que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Esta redacción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está aglutinando en torno a la causa de pedir, las teorías de la sustanciación y de la individualización a que se refieren la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica más autorizada; y así la teoría de la sustanciación mantuvo que bastaba para identificar la pretensión exponer todos y cada uno de los hechos que fundamentan la petición sin que sea necesario hacerlo así con la relación jurídica, para la teoría de la individualización descansar en la idea de que bastaba expresar con concreción la relación jurídica de donde nace el derecho que se pide para que la demanda esté bien fundamentada e identificada. La fundamentación habrá de incluir hechos, pero también actos y relaciones jurídicas o situaciones y posiciones de los propios intervinientes en el proceso. El derecho tiene que relacionarse, por tanto, con el propio hecho y con la relación o situación jurídica de manera que podría hablarse de fundamentos de hecho y de fundamentos de derecho, de fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, distinta, ciertamente, de los propios fundamentos legales, a los que sí puede acudir el Juez en función del principio «*iura novit curia*». Se ha dado, por tanto, una incongruencia extra petita porque la sentencia no es congruente con la demanda y las demás pretensiones de la parte deducidas oportunamente en el pleito, en la medida de que calificó jurídicamente los hechos de manera distinta a la que lo hicieron los litigantes, no dando amparo a aquella modificación de la causa de pedir, como se recoge en la sentencia dictada en la instancia, el principio «de que el derecho lo conocen los jueces o que dame el hecho y yo te daré el derecho», porque en la configuración de la causa de pedir en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (art. 218) se aglutinan o se conjuntan las teorías de la individualización y de la sustanciación para tener que descansar la sentencia en fundamentos de hecho y fundamentos jurídicos recogidos en la fase

*alegatoria, y que son, distintos de las normas concretas que pueda aplicar el «iudex a quo» para resolver el conflicto que se somete a su consideración».*

En suma y en nuestra opinión, conforme a los artículos 218 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *causa petendi* está integrada tanto por un componente fáctico como otro jurídico y la misma es la que nos ha de servir para delimitar la competencia objetiva de los juzgados mercantiles en materia de sociedades mercantiles.

Como decíamos al comienzo de este trabajo, hemos identificado en la práctica tres grupos de casos que principalmente se han dado objeto a la discusión competencial objetiva a la que nos venimos refiriendo, tales como los concernientes al levantamiento del velo societario, los relativos a los pactos parasociales y aquellos que ventilaban la anulación de los contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad.

## 1. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Como es conocido, esta doctrina del levantamiento del velo, de construcción jurisprudencial, trata de evitar los abusos que los socios de una compañía mercantil puedan cometer, acudiendo a la existencia de una personalidad distinta de la suya propia, con el fin de eludir su propia responsabilidad personal.

Esta doctrina considera que la personalidad jurídica propia de la sociedad es una ficción legal e identifica la sociedad con sus socios a los efectos de imputar los efectos jurídicos de un acto de la sociedad a los socios de esta. La idea fundamental está en que no cabe alegar la separación de patrimonios de la persona jurídica en razón de su propia personalidad independiente, cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento o lesionar derechos de terceros (como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual o aparentar insolvencia, por ejemplo).

Se proscribe, de este modo, la prevalencia de la personalidad jurídica de la sociedad si con ello se pretende un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, siendo la jurisprudencia la que con rotundidad afirma la competencia de los juzgados de primera instancia y no de los juzgados mercantiles para el conocimiento de las demandas en ejercicio del levantamiento del velo de las personas jurídicas, citándose a título de ejemplo:

El auto de la Audiencia Provincial de León de 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005, 219866), acoge con claridad la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de la acción de levantamiento del velo de la persona jurídica, según el cual *«por más que en el proceso esté involucrada una sociedad mercantil, no implica que la resolución del caso deba provenir de la aplicación de las normas de tal carácter referidas a dicha clase de sociedades», concluyéndose que «la técnica en que consiste el expediente de levantamiento del velo tiene su fundamento legal en normas de carácter estrictamente civil como son las que tienden a evitar el fraude de ley y a proscribir el abuso de derecho, de mención en los artículos 6 y 7 del Código Civil», por lo que ha de considerarse que la competencia en estos supuestos corresponde a los juzgados de primera instancia.*

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>) núm. 85/2014 de 20 de marzo (*JUR* 2014, 164344), negando la posibilidad de acumular acciones de responsabilidad de administradores y del levantamiento del velo de la persona jurídica, al ser competentes para el conocimiento de aquellas los juzgados mercantiles y para el conocimiento de estas los

juzgados de primera instancia, cuando razona lo siguiente: «c) *Lo mismo cabe decir de la acumulación de la reclamación deducida frente a UGARIT por deudas propias de QUILES ARTES GRÁFICAS, que se insta, exclusivamente, en virtud de la doctrina del levantamiento del velo, invocándose en la demanda una resolución del Tribunal Supremo y distintas normas del Código Civil (LEG 1889, 27) , en cuanto a la reclamación frente a las sociedades, lo que nos sitúa en un ámbito objetivo ajeno a la competencia del juzgado mercantil, conforme el artículo 86 ter LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635)».*

De igual forma, alegando la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones sobre el levantamiento del velo en detrimento de los juzgados mercantiles, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>) núm. 145/2009 de 17 de febrero (*JUR* 2009, 251301):

*«Comenzaremos el estudio del recurso abordando el estudio de las excepciones dilatorias invocadas por los apelantes.*

*a) No podemos poner en duda la importancia que han tenido las sociedades de responsabilidad limitada en el desarrollo económico de las sociedades capitalistas, al permitir que las personas que emprendan actividades empresariales solamente comprometan una parte de su patrimonio, pero tampoco debemos desconocer que para que este beneficio legal de limitación de responsabilidad pueda mantenerse y recibir la tutela de los Tribunales debe vigilarse, por un lado, que, la sociedad defienda, con una verdadera separación de patrimonios, una realidad o unos intereses independientes de las personas que la integran, evitando que sirva simplemente de pantalla para conseguir la limitación de responsabilidad cuando actúe como testarfero, careciendo de consistencia e independencia, o instrumento de otra persona y, por otro lado, que las personas que dirijan la sociedad deben asumir sus obligaciones con la diligencia exigible a cualquier empresario, respetando y dando cumplimiento a las normas imperativas que impone la ley para esta forma especial de sociedades y asumiendo la gestión empresarial con la prudencia y atención propia de cualquier ordenado comerciante.*

*Parece desconocer la parte apelante que no se ha utilizado la acción de responsabilidad de los administradores en el ejercicio de su cargo, el segundo de los mecanismos a los que hemos hecho antes referencia, sino que busca la protección de su derecho por el primero, en función de la doctrina del levantamiento del velo, que como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800) , «permite por vía de la equidad y acogimiento de la buena fe (art. 7.1 CC) la tesis y práctica de penetrar en el sustrato personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizado como camino de fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia(art. 7.2 CC) en daño de los derechos de los demás, es decir de un mal uso de su personalidad o de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.1 CC)».*

*Dicho esto, no desconocemos que el artículo 86 ter 2a) de la LOPJ establece que «los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de... todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas», pero tal precepto solo sería aplicable cuando la demanda se funde en las acciones de responsabilidad de los administradores, pero no en caso de que se ejercite la teoría*

*del levantamiento del velo, que es de elaboración jurisprudencial y está basada en los límites institucionales del ejercicio de los derechos, es decir la buena fe, fraude, abuso de derecho, por lo que no entendemos que sobre la acción ejercitada contra don Santiago en esta demanda deba conocer un juzgado de lo mercantil, sin que podamos aceptar que sea subsidiaria en los términos que se presenta, obligando a agotar, las acciones de responsabilidad frente a los administradores, pues son independientes y cubren campos de actuación totalmente diversos, como antes hemos explicado».*

En el mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 79/2012 de 19 de junio (*JUR* 2012, 300815), establece la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones jurídicas interpuestas sobre la base del levantamiento del velo de la persona jurídica, al razonar lo siguiente:

*«A mayor abundamiento, recordamos que, tal como se dice en la STS de 29 de noviembre de 2007, la doctrina del levantamiento del velo tiene como presupuesto la actuación de una o varias personas físicas bajo la apariencia formal o la cobertura legal de una persona jurídica, una sociedad (STS de 18 de mayo de 2006); la constatación de la falsedad de la apariencia de una persona jurídica, por tratarse de una situación no pública, resulta siempre compleja y para llegar a precisar si nos hallamos ante una persona jurídica usada para fines distintos de los propios de la personalidad, deben utilizarse los indicios que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad, de modo que «solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica» (STS de 27 de diciembre de 1997). La sentencia de 19 de abril de 2006, con cita de 29 de julio de 2005, señala que esta técnica se utiliza para «evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos o pueda utilizarse aquella (la sociedad) como camino de fraude (art. 6.4 CC) con posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea necesario para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás». Por eso, debido a la legislación de la que se extraen sus caracteres y su prohibición, debe entenderse como de derecho común la acción dirigida a levantar el velo social, y por lo tanto de una acción típica de la competencia objetiva de los juzgados de primera instancia.*

*Esa naturaleza civil de la acción justifica que se pueda conocer de la misma por los juzgados de primera instancia, haciendo referencia incluso a que en el artículo 86 ter párrafo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) no se da carácter excluyente a la competencia de los juzgados mercantiles respecto de las acciones de responsabilidad de administradores de hecho o derecho fuera del ámbito concursal; de manera que el rechazo de la pretensión fundado en la pretendida incompetencia objetiva del tribunal no debe ser mantenido en la alzada, procediendo examinar la cuestión en su momento de acuerdo con las pretensiones del apelante YYY, que reclama la declaración de condena respecto del administrador de la sociedad minera».*

*Debe hacerse hincapié que la competencia de los juzgados de lo mercantil señalado en el precepto antes citado es exclusiva y excluyente, más no la tienen sobre aquellas materias que no se contengan en el mismo, la (sociedad demandante no está en situación de concurso) resultando que el artículo 85 de la LOPJ atribuye a los juzgados de primera instancia el conocimiento de los juicios que no vengán*

atribuidos a otros jueces o tribunales. Existe pues una competencia objetiva genérica y subsidiaria de repetidos juzgados».

Igualmente, el auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª) núm. 114/2009 de 16 de diciembre (JUR 2010, 76179), establece que:

«Sentado lo anterior, entiende este Tribunal que la acción de reclamación del importe del precio impagado de un contrato de ejecución de obra dirigido contra dos sociedades mercantiles, la competencia objetiva para conocer de esta acción es la del juzgado de primera instancia, pues ninguna de las deudoras está incurso en concurso de acreedores ni se promueve acción en que deba aplicarse normativa reguladora de las sociedades mercantiles, pues la doctrina sobre el levantamiento de velo, íntimamente ligada a la buena fe y abuso de derecho, es una materia de naturaleza civil, por lo que compete a los juzgados de primera instancia, dada la competencia generalista de la jurisdicción civil (arts. 45 de la LE Civil y 85 de la LOPJ).

(En este mismo sentido se pronuncian el auto de fecha 13 de septiembre de 2005 de la Audiencia Provincial de León; auto de A.P. de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 11 de julio de 2005; auto de fecha 10 de febrero de 2006 de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo y acuerdo de presidentes de las Secciones civiles de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 15 y 29 de septiembre de 2005, y auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21, de 17 de julio de 2007)».

Es decir, la acción jurídica del levantamiento del velo de la persona jurídica se efectúa con base a los artículos 6.4 y 7 del Código Civil (*causa petendi*) y no con base a la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, a saber, la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no puede sustentar la competencia objetiva de los juzgados mercantiles y sí de los juzgados de primera instancia.

## 2. PACTOS PARASOCIALES

En cuanto al carácter de pacto parasocial, hemos de tener presente el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo 478/2019, de 18 de septiembre (JUR 2019, 270858), la sentencia de segunda instancia recurrida había sostenido, en el supuesto concreto que resolvía, que las obligaciones que provienen de un pacto parasocial no integran «una deuda reclamable a la sociedad ante los juzgados civiles, pues la determinación de la validez y eficacia de ese acuerdo frente a la sociedad exigirá, cuando menos, la aplicación de normas de tipo societario»; y por ello, al tratarse de una cuestión de orden público, apreció de oficio la falta de competencia del juzgado civil.

El Tribunal Supremo revoca dicha sentencia con base en la siguiente doctrina: «el artículo 86 ter LOPJ establece en forma de numerus clausus cuáles son las competencias atribuidas a los órganos de lo mercantil (competencia objetiva). Dicho precepto relaciona un catálogo cerrado de materias específicas de las que compete conocer a los juzgados de lo mercantil, entre las que incluye, en su apartado 2.a), todas aquellas cuestiones que, dentro del orden jurisdiccional civil, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Al referirse a cuestiones que se promuevan al amparo de dicha normativa está contemplando las que son objeto de concreta pretensión en el suplico de la demanda y que, por tanto, se integran en el objeto del proceso y no a aquellas que pudieran tener un carácter prejudicial para la decisión acerca de lo verdaderamente pretendido».

Y en el caso examinado por el Tribunal Supremo antes citado, termina razonando el Alto Tribunal lo siguiente para afirmar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia en detrimento del juzgado mercantil: *«En el presente caso basta examinar el «suplico» de la demanda para comprobar que se trata de reclamaciones de cantidad entre sociedades mercantiles sin que se formule ninguna pretensión concreta acerca de la declaración de eficacia o ineficacia de acuerdos societarios, lo que sí comportaría —para resolver el fondo de la cuestión— la aplicación de las normas reguladoras de dichas sociedades; las cuales en este caso únicamente podrían tener carácter prejudicial».*

Los pactos de relación se caracterizan por su neutralidad frente a la sociedad, En ellos prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin afectación directa a la sociedad cuando no son incorporados a los estatutos trascendiendo de su naturaleza parasocial.

Así, el principio general será que las pretensiones cuyo objeto consista en el cumplimiento, resolución o indemnización derivadas de un posible incumplimiento de un pacto parasocial, deben ser consideradas como una reclamación netamente civil cuya competencia correspondería a los juzgados de primera instancia.

En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 20 de septiembre de 2010.

Igualmente, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de junio de 2017, entendiendo que la competencia correspondía a los juzgados de lo civil no especializados al tratarse de un pacto de atribución según la catalogación reproducida:

*«(...), hemos de señalar que nos inclinamos por atribuir con carácter general a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer de las acciones por las que directamente se solicite el cumplimiento de pactos parasociales, no obstante, no resulta ocioso analizar en cada caso la naturaleza de pacto de socios cuya aplicación se pretende para dilucidar la medida en la que el pacto incide, siquiera indirectamente, en el cumplimiento de la normativa societaria. La doctrina suele diferenciar tres categorías de pactos parasociales: los pactos de relación, los pactos de atribución y los pactos de organización. Los de relación son aquellos que regulan de manera directa las relaciones recíprocas entre los socios, esto es, sin intervención de la sociedad; la segunda tipología (atribución) pretenden procurar algún tipo de ventajas a la sociedad, mientras que los de organización tiene por objeto expresar la voluntad de los socios de reglamentar la organización, funcionamiento de la sociedad, lo que afecta directamente al sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Únicamente en supuestos de pretensiones ejecución de este último tipo de pactos en los que se inciden de manera directa en la esfera jurídica de la compañía y en los que nos es extraño que impliquen la impugnación de un acuerdo social, ya del órgano de administración, ya de la Junta General, parece oportuno atribuir al juzgado de lo mercantil la competencia para conocer de los asuntos».*

En conclusión, ha de sostenerse la competencia objetiva de los juzgados de primera instancia con carácter general, ya que sostener la del juzgado mercantil, sería ir en contra del criterio del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que solo estiman la competencia objetiva del juzgado mercantil para aquellas demandas relacionadas con pactos parasociales en las que se efectúa alguna impugnación de un acuerdo societario para declarar la eficacia o ineficacia del mismo.



3. ANULACIÓN DE CONTRATOS CON INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Pese a ser varias ya las sentencias que analizan esta cuestión y provenir las mismas de los juzgados mercantiles, no existe un claro cuerpo jurisprudencial menor sobre la competencia objetiva en estos casos, aunque en nuestra opinión aquí sí que nos encontramos ante una clara competencia objetiva mercantil.

A estos efectos, podemos observar fácilmente cómo este ha sido el criterio adoptado por los jueces mercantiles tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en 2014 que introdujo el referido artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, *vid.*

CONCLUSIONES JORNADAS MAGISTRADOS ESPECIALISTAS MERCANTIL PAMPLONA 4,5 y 6 de noviembre de 2015, cuando se razona lo siguiente:

«2.2. *La acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, ¿es de la competencia del juzgado de primera instancia no especializado, o el hecho de fundarse en la infracción de normas societarias, las que definen el deber de lealtad, determina la competencia del juzgado de lo mercantil conforme a la letra a) del artículo 86 ter. 2 de la LOPJ?*

2.3. *¿Cabe sostener una acción de nulidad de un contrato en la deslealtad de la actuación del administrador que en nombre de la sociedad lo concertó, sin demandarlo? Supuesto que la acción de anulación sea de la competencia del juzgado de lo mercantil, ¿cabría acumular a ella otra de enriquecimiento injusto dirigida contra el administrador?*

*Resulta posible un concurso de normas en el caso de que al mismo tiempo se esté ante una infracción de competencia desleal.*

*En los casos de ejercicio acumulado de acciones, se entendió unánimemente que resultaría competencia del juzgado de lo mercantil si alguna de las acciones acumuladas fuera específicamente mercantil.*

*En el caso de que se plantee el ejercicio de las «otras acciones» de forma aislada, por ejemplo de la acción de anulación de actos y contratos, se entendió de forma mayoritaria que la competencia sería del juzgado de lo mercantil, al basarse la causa de pedir en la infracción del deber de lealtad».*

Por ello, siendo la causa de pedir la infracción del deber de lealtad y las acciones de nulidad o anulabilidad que permiten el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, no puede haber otra consecuencia que la competencia del juzgado mercantil al que tenemos el honor de dirigirnos para el conocimiento de esta demanda.

Para una mejor comprensión, acudamos a un ejemplo que nos puede ilustrar también lo anterior.

El artículo 86 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

2. *Los juzgados de lo mercantil igualmente serán competentes para conocer de las acciones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de las pretensiones de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.*

Pues bien, la Audiencia Provincial de Madrid establece en su Auto de 22 de junio de 2017 que, con carácter general, serán estos juzgados de lo mercantil los



que asuman la competencia objetiva por razón de la materia en aquellos pleitos civiles que versen sobre la aplicación del Derecho de la competencia tanto de la UE (Tratado de Funcionamiento) como español (LDC).

La Audiencia Provincial acoge esta tesis (Fundamento Jurídico 2.º), y concluye que serán los juzgados de lo mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños *derivadas de ilícitos anticompetitivos*: «*Como se ha reseñado, considera la apelante que se está planteando una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños, con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil; sin embargo, (...) daños y perjuicios que en todo caso serán siempre consecuencia de la infracción del citado artículo 3 de la ley especializada [Defensa de la Competencia], lo que corresponde enjuiciar al juzgado especializado mercantil, por los fundamentos expuestos*».

Es decir, sabido es que la nulidad del negocio jurídico infringiendo el Derecho de la Competencia no es discutido ya que la nulidad en la que se sustenta un contrato prohibido es la derivada de la infracción de una norma imperativa como es la protectora de defensa de la competencia. El artículo 1.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es lo suficientemente explícito al respecto:

2. *Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley*».

Siguiendo con el razonamiento anteriormente expuesto aunque en ejercicio de la acción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital se solicite la nulidad o anulabilidad del contrato en cuestión con aplicación de los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, está claro que la causa de pedir es netamente societaria al venir fundada la acción en el referido artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital. Otro resultado sería como si al negocio prohibido por infracción del Derecho de la Competencia que es nulo, resultasen ser competentes los juzgados de primera instancia ya que a dicha nulidad le sería de aplicación el régimen general de los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, lo que realmente carece de rigor jurídico y sentido competencial alguno.

Sin embargo, este no ha sido el criterio por ejemplo del auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) núm. 11/2018 de 18 de enero (*JUR* 2018, 150207), cuando razonó lo siguiente:

*«No es cierto que resulte de aplicación el último inciso del artículo 232 LSC, relativo al ejercicio de acciones de anulación de actos o contratos celebrados por el administrador con violación de su deber de lealtad. Tal norma está referida a las acciones de declaración de ineficacia de actos o contratos formalizados por los administradores, como sería el supuesto de las acciones de nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad, entre otras, con los efectos singulares que les son propios, que ciertamente corresponden a la competencia objetiva de los juzgados de primera instancia. Por todo lo cual procede desestimar el recurso*».

## II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC núm. 40/2006
- STS núm. 268/2005
- STS núm. 1074/2006

- STS núm. 1118/2006
- STS núm. 64/2012
- STS núm. 393/2012
- STS núm. 476/2012
- STS núm. 920/2012
- STS núm. 6795/2012
- STS núm. 4945/2012
- STS de 18 junio de 2012, *RJ* 2012, 6854
- STS núm. 365/2013
- STS núm. 629/2013
- STS núm. 188/2013
- STS núm. 31/2014
- STS 478/2019, de 18 de septiembre
- STS núm. 21/2022
- STS núm. 35/2022
- Auto de la Audiencia Provincial de León de 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005, 219866)
- SAPM núm. 145/2009
- SAPM Sección 11.ª, de 20 de septiembre de 2010
- SAPM núm. 217/2012
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 79/2012 de 19 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 85/2014 de 20 de marzo
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de junio de 2017
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 11/2018 de 18 de enero

### III. BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ LUELMO. Excepción de cosa juzgada material: los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en este. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (628/2018). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 10, 2018, ISBN 978-84-1324-321-4, 45-58. Boletín Oficial del Estado.

### NOTAS

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO. Excepción de cosa juzgada material: los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en este. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (628/2018). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 10, 2018, ISBN 978-84-1324-321-4, 45-58. Boletín Oficial del Estado.

### 3. URBANISMO

## Transmisión de fincas durante el proceso de tramitación e inscripción de un proyecto de reparcelación

### *Transfer of plots during the handling process of a reparcelling project*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** En este comentario se analiza la situación que se produce cuando durante la tramitación de un expediente de reparcelación se realizan transmisiones de las fincas afectadas, así como las condiciones que han de cumplirse para que resulte posible la inscripción del proyecto y de dichas transmisiones.

**ABSTRACT:** *This comment analyzes the situation that occurs when during the processing of a reparcelling project there are some transfers of the affected plots, as well as the conditions that must be met in order to make possible the registration of the project and the transfers.*

**PALABRAS CLAVE:** Proyecto de reparcelación. Transmisión. Finca de origen. Finca de resultado. Proceso de tramitación.

**KEY WORDS:** *Plot-redivision project. Transfer. Original plots. New plots. Handling process.*

Resolución de 28 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN. 3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN RESPECTO DEL TRÁFICO JURÍDICO DE LAS FINCAS DE ORIGEN. 4. INCIDENCIA DEL FACTOR TIEMPO EN EL CONTENIDO DEL TÍTULO TRASLATIVO: LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN: A) *Inscripción de la transmisión anterior a la del proyecto.* B) *Inscripción de la transmisión a través del proyecto.* C) *Inscripción de la transmisión posterior a la del proyecto.* 5. INCIDENCIA DEL FACTOR TIEMPO EN EL CONTENIDO DEL TÍTULO REPARCELATORIO: LA DETERMINACIÓN DEL TITULAR DE LA FINCA DE ORIGEN Y DEL ADJUDICATARIO DE LA DE RESULTADO: A) *Transmisión formalizada con anterioridad a la nota marginal de inicio.* B) *Transmisión formalizada entre la nota marginal de inicio y la apro-*

*bación del proyecto de reparcelación. C) Transmisión posterior a la aprobación del proyecto de reparcelación. 6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LAS CAUTELAS A ADOPTAR EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN ANALIZADA: A) En relación con el título traslativo. B) En relación con el título reparcelatorio.*

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La sucesión de los acontecimientos que conforman el supuesto de hecho analizado en la resolución de 28 de mayo de 2015 es la siguiente:

a) En el año 2004 se otorgó por un matrimonio una escritura de aportación a sociedad de gananciales de la finca registral 2629, que estaba inscrita en usufructo a nombre de la esposa y en nuda propiedad a nombre del esposo, con carácter privativo y por confesión.

b) En el año 2011 se inscribió una operación de equidistribución, formándose la finca registral 4636, expresándose literalmente en la inscripción lo siguiente: «Correspondencia: Esta finca se corresponde con la finca de procedencia registral 2629». La 2629 se cancela. La nueva 4636 se inscribe en usufructo a nombre de doña M. P. C. I. y la nuda propiedad a nombre del marido don F. J. M. O. A. con carácter privativo por confesión.

c) En 2012 fallece el marido sin que se haya realizado la partición de la herencia en el momento de la presentación del título al que seguidamente se hace referencia.

d) En 2015 se pretende la inscripción de la escritura de 2004 de aportación a la sociedad de gananciales de la antigua finca registral 2629.

El registrador de la propiedad suspendió la inscripción solicitada por entender que «según el Registro, el historial jurídico de la finca registral 2629, aparece cancelado, en virtud del correspondiente Proyecto de Reparcelación (...), siendo adjudicada a los titulares de la misma, doña M. P. C. I. y don F. J. O. A., del usufructo vitalicio y la nuda propiedad, respectivamente. Posible subsanación: aportar escritura de aclaración y rectificación, en la que los interesados describan la nueva finca de resultado. Indicando que dicha finca es la que realmente se aporta a los gananciales, para lo cual prestan su consentimiento expreso (...)».

## II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurrida la anterior calificación negativa, la Dirección General estimó el recurso y revocó la nota de calificación de acuerdo con la argumentación contenida en los apartados 2 a 7 de los fundamentos de derecho de la resolución, de los cuales extractamos los extremos que se reproducen a continuación.

«2. Los acuerdos aprobatorios de los instrumentos de equidistribución de beneficios y cargas producen el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultando y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella y la Administración (cfr. art. 18.1 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 102.2.b de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (...).

Una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma que se establece en el artículo 54 del texto refundido (art. 18.6 de la norma citada). La inscripción de los títulos de distribución de beneficios y cargas podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante la agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la actuación de transformación urbanística y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de distribución (cfr. art. 54.3 del texto refundido). Se trata de un procedimiento que no produce, hasta que se verifique la inscripción del título correspondiente y la cancelación de las fincas de origen, o su agrupación con las restantes y la adjudicación respectiva, el cierre al Registro de los títulos que se refieran a las fincas de origen —cfr. resolución de 4 de noviembre de 2013—.

3. A la vista de la citada regulación, la primera cuestión que se plantea es la de si las fincas de origen, una vez aprobado e inscrito el expediente de reparcelación, o el Proyecto de Actuación que lo contenga, se deben considerar como extinguidas jurídicamente a todos los efectos, tesis que se encuentra en la base de la calificación recurrida.

Hasta tanto no se produzca el cierre registral de las fincas de origen al tiempo de la inscripción del conjunto del proyecto de reparcelación, debe aceptarse la susceptibilidad de los derechos reflejados en dicho folio para ser objeto de tráfico jurídico. En este sentido es esencial reparar en la naturaleza jurídica de la subrogación real como modificación objetiva de un derecho subjetivo. En efecto, la figura de la subrogación real no implica ningún tipo de transmisión del bien o derecho a que se refiere, no pertenece al ámbito de las modificaciones del derecho en relación con el sujeto, sino en relación al objeto. Se trata de una sustitución de un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de forma que el bien nuevo ocupa el lugar del antiguo para quedar sometido a su mismo régimen jurídico y titularidad y, por tanto, presupone, como ha señalado la doctrina, por un lado, un cambio de cosas o elementos patrimoniales y, por otro, el mantenimiento, la continuidad e identidad de la misma situación jurídica, que permanece inmutable a pesar del cambio de objeto operado. Figura que, al margen de los casos de patrimonios separados —en que prevalece la idea de conservación del valor económico y de su integridad—, tiene en el Derecho inmobiliario español muy diversas manifestaciones (bienes gananciales, reservas hereditarias, bienes que sustituyen en concepto de indemnización por expropiación a los hipotecados, etc.), una de las cuales es la que ahora analizamos en el ámbito de las reparcelaciones urbanísticas cuando existe correspondencia entre las fincas de origen y las de resultado. Por ello no se plantea ningún problema en relación con la legitimación dispositiva, ni desde el punto de vista civil ni desde el registral, del titular de la finca de origen llamada a ser sustituida por la de resultado. Esta última subentra en la posición de las primeras, y queda sometida, según lo dicho, a su mismo régimen y titularidad jurídica, que permanece idéntica e inmutable y, por tanto, sometida al mismo poder de disposición de su titular que en nada ha variado.

4. Pero es que, además, no puede decirse en rigor que las fincas de origen desaparezcan por efecto de la aprobación del proyecto reparcelatorio. La finca física obviamente no desaparece. La registral tampoco. Si hubiera desaparecido la finca de origen no cabría practicar sobre ella una reanudación del tracto (cfr. art. 9 del Real Decreto 1093/1997), ni rectificación de linderos u otros datos descriptivos

(cfr. art. 8 del mismo Real Decreto), actuaciones que considera indispensables el legislador para lograr la concordancia con la realidad extra registral. Sobre la finca de origen no hay prohibición de disponer, ni cierre registral. El folio de la finca de origen no se cierra ni por el inicio del procedimiento, ni por su conclusión hasta que no se completa registralmente el proceso de subrogación real: lo que hay es una situación de carácter transitorio. Esa situación tiene su tratamiento registral específico en el artículo 54 del texto refundido de la Ley de Suelo y en los artículos 14 a 17 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, tratamiento que sirve para resolver los problemas de ordenación del tráfico jurídico-inmobiliario durante ese periodo intermedio entre la iniciación del expediente y su definitiva inscripción (...). No hay razones suficientes para excluir la aplicación de las soluciones arbitradas en dichos preceptos a las operaciones de tráfico jurídico que se produzcan después de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación hasta su firmeza y hasta su definitiva inscripción registral. En efecto, más allá de la aprobación del expediente y hasta su inscripción, los derechos y situaciones tabulares reflejados en el folio de la finca de origen mantienen su existencia y transcendencia jurídico-real. Como se ha dicho, en virtud del mecanismo de la subrogación real se produce una modificación objetiva en el derecho de dominio como derecho subjetivo, pero no su extinción: el derecho, su contenido y su titular o titulares sigue siendo el mismo, y lo único que cambia es su objeto. Pero ese nuevo objeto ni es ilícito, ni está indeterminado si en el título se identifica perfectamente la finca aportada y puede comprobarse la correspondencia con la de resultado (a diferencia de otras operaciones de reordenación de la propiedad, como la concentración parcelaria, cuyo régimen legal no lo permite, cfr. resolución de 22 de noviembre de 2001), ni es inexistente, al menos como expresión de los derechos de aprovechamiento urbanístico que ha generado (...).

6. Expuesta la necesidad de respetar los principios generales que rigen para la práctica de cualquier alteración registral, debe reconocerse, no obstante, que los singulares efectos de la subrogación real han llevado a este Centro Directivo a permitir la práctica de asientos sobre las fincas de resultado cuanto los títulos presentados en el Registro se referían a las fincas de origen y existía una perfecta correspondencia entre las fincas (cfr. resolución de 3 de octubre de 2008), respetando, por supuesto, las exigencias del tracto sucesivo y la legitimación registral —cfr. artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria— y del propio principio de prioridad registral —artículo 17—.

Como ya señalara la resolución de este Centro Directivo de 23 abril de 1997 es perfectamente posible anotar preventivamente una demanda —o un embargo— sobre determinadas fincas resultantes de reparcelación, aunque el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiera a determinadas fincas originarias cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias, determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por ministerio *legis* la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (cfr. arts. 122.1 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (cfr. arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística).

7. En el presente supuesto, tratándose de inscribir sobre una finca resultante de reparcelación, un título otorgado por quienes aparecen como titulares registrales, que tiene por objeto la finca de origen, cancelada hoy por efecto de la inscripción del proyecto, pero cuya correspondencia con aquella puede ser comprobada por el registrador de los asientos registrales —artículo 18 de la Ley Hipotecaria—, sin que haya accedido ningún título contradictorio —cfr. resolución de 9 de mayo de 2000—, y cumpliendo los demás requisitos de inscripción, debe reconocerse que el negocio jurídico de aportación a gananciales, junto al efecto jurídico de la subrogación real como consecuencia legal de la reparcelación, conforman un título material apto para justificar la modificación jurídica real que se pretende inscribir en el folio registral abierto a la finca de resultado.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador».

### III. COMENTARIOS

#### 1. PLANTEAMIENTO

Durante el proceso de redacción y tramitación de los proyectos de reparcelación, compensación o, en general, de equidistribución suele tener lugar una intensa actividad de transmisiones de las fincas afectadas por ellos, lo que obliga a ir actualizando y adaptando su contenido para que en ellos se sustituyan las referencias a las antiguas titularidades por las nuevas. En este sentido puede decirse que son documentos en constante evolución hasta el momento en que se produce su aprobación definitiva por la Administración urbanística actuante.

En ocasiones estas transmisiones realizadas antes de la aprobación municipal no generan mayores problemas en orden a su inscripción, como sucede, en principio, cuando la transmisión recae sobre las fincas preexistentes (las llamadas aportadas o de origen) y se inscriben antes que el proyecto y, por tanto, antes de la apertura de los folios registrales correspondientes a las nuevas fincas creadas por él (las fincas de resultado, de reemplazo o adjudicadas).

Sin embargo, son múltiples las circunstancias que pueden afectar tanto al contenido como a la viabilidad de la inscripción tanto del título traslativo de fincas como del propio proyecto de reparcelación, entre las que destacan el orden en que se produzca la inscripción de estos dos documentos.

Baste con considerar dos supuestos que ilustran la anterior afirmación. En un extremo, si el documento en que se formalice la transmisión de una finca de origen se presenta tras la inscripción del proyecto de reparcelación sin que sea posible establecer la directa y perfecta correspondencia entre aquella finca y la nueva finca de resultado, no podrá practicarse la inscripción debido al cierre del folio de la finca objeto del título y a la imposibilidad de apreciar los términos en que habría operado la subrogación real. En el otro extremo, si el título traslativo tiene por objeto exclusivamente la finca de resultado y se presenta antes de la inscripción del proyecto de reparcelación, aunque este estuviera aprobado, tampoco podría acceder al Registro por impedirlo el principio de tracto sucesivo y el de especialidad o determinación.

En el análisis de las condiciones que han de concurrir para el buen fin del negocio traslativo y del proyecto de reparcelación ha de partirse de la exposición de los efectos de la aprobación de este último y de su inscripción en relación con el tráfico jurídico de las fincas afectadas.



## 2. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN

De acuerdo con el artículo 71.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, se entiende por reparcelación la agrupación o integración del conjunto de las fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas, en proporción a sus respectivos derechos, y a la Administración competente, en la parte que corresponda conforme a la Ley del Suelo y al Plan.

La aprobación de los proyectos de reparcelación o equidistribución por la Administración se halla sometida a las normas particulares que establezca la legislación autonómica competente en cada caso en materia de suelo y urbanismo.

En cuanto a los efectos propios del acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas, el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del Estado de 2015 determina en su apartado 1 que se traducen en la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella, y la Administración, a quien corresponde el pleno dominio libre de cargas de los terrenos de cesión obligatoria de acuerdo con el artículo 18.1.a y b de la misma Ley. En los apartados siguientes del citado artículo 23 se contempla el régimen aplicable a los derechos reales o cargas según sean compatibles o no con la ordenación urbanística.

La Dirección General ha desenvuelto el esbozo de estos efectos señalando en su resolución de 10 de julio de 2018 que «Nuestro ordenamiento jurídico contempla el expediente de distribución de beneficios y cargas (en sus distintas variantes) como un medio para ejecutar las previsiones legales y del planeamiento y hacer efectivos el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la propiedad urbana (*vid.* de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). El efecto esencial del expediente es la transformación de la propiedad sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la Administración de los terrenos destinados a usos dotacionales así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la administración del proyecto de actuación. Así lo estableció el artículo 167 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y hoy lo contempla el artículo 23.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (con el antecedente común de los artículos 128 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, 179 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, y 18.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)».

Por tanto, la reparcelación produce una profunda transformación de la estructura parcelaria del sector o ámbito de actuación al que afecta y la modificación objetiva de los derechos que recaían sobre las fincas de origen, que quedan sustituidas por las de resultado a través del mecanismo de la subrogación real.

Conviene precisar que es el acuerdo aprobatorio del proyecto de equidistribución el que produce estos efectos y no su inscripción registral, puesto que esta no tiene carácter constitutivo aunque sí obligatorio<sup>1</sup>.

Por otro lado, para que tengan lugar los indicados efectos tampoco es necesario que se alcance la firmeza en vía administrativa del acto aprobatorio del proyecto, ya que este, como cualquier otro acto administrativo, goza del carácter de ejecutividad conforme al artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se presume válido y produce sus efectos desde la fecha en que se dicte, según el artículo 39 de la misma Ley<sup>2</sup>.

La firmeza del acto en vía administrativa, no siendo un presupuesto de eficacia del mismo, sí constituye un requisito necesario para que pueda procederse a su inscripción registral, como se desprende de los artículos 23.6 y 65.1.a del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y de los artículos 1.1, 2.2.b y 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

De este modo, producida aquella transformación de la estructura parcelaria como consecuencia del acuerdo de aprobación del proyecto, puede decirse que hasta que tenga lugar su inscripción registral se produce una situación de inexactitud registral, pues en ese ínterin los derechos inscritos continúan reflejados en los folios correspondientes a las fincas de origen, las cuales han quedado sustituidas en la realidad jurídica extrarregistral (dada la eficacia del acto administrativo al margen de la inscripción) por las nuevas parcelas resultantes del expediente de equisitribución (con superficies y linderos distintos de los originarios). Esta inexactitud registral responde al esquema previsto en el artículo 40.a de la Ley Hipotecaria, según el cual «Cuando la inexactitud proviniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello (...)». Por tanto, la inexactitud quedará superada a partir del momento en que tenga lugar la inscripción del proyecto y, con él, se cierre el folio registral de las fincas de origen y se abran los folios de las nuevas fincas con traslado a estos de los derechos que recaían sobre las primeras salvo que proceda su cancelación.

El régimen expuesto será aplicable cualquiera que sea el mecanismo de inscripción elegido de acuerdo con el artículo 68.3 del citado texto refundido de 2015, según el cual «La inscripción de los títulos de distribución de beneficios y cargas podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la actuación de transformación urbanística y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de distribución».

### 3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN RESPECTO DEL TRÁFICO JURÍDICO DE LAS FINCAS DE ORIGEN

De acuerdo con el artículo 23.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, «Una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma que se establece en el artículo 68».

Presentado el título reparcelatorio, son múltiples las operaciones registrales a realizar, que pueden clasificarse en dos categorías: las de carácter accesorio o instrumental y las principales. Entre las primeras destacan las previstas por el Real Decreto 1093/1997 en sus artículos 8 (la inmatriculación de fincas de origen que carecieren de inscripción, la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descriptiva y la realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución), 9 (la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen); 11

y 12 (el traslado o cancelación, según proceda, de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen) y 14 a 17 (las cancelaciones formales de inscripciones posteriores a la nota marginal prevista en el art. 5).

Las operaciones principales o propiamente reparcelatorias son: el cierre de los folios registrales correspondientes a las fincas de origen y la apertura de los nuevos folios para cada una de las fincas de resultado, previa inscripción, si se optara por esta modalidad, de la agrupación instrumental de las primeras y de la ulterior división dando lugar a la apertura de folio a las segundas (art. 18 RD).

Practicados todos los asientos anteriores, según resulten procedentes, y en particular el cierre de los folios registrales de las fincas de origen, la primera consecuencia lógica de la situación registral así generada es que no cabe ya la práctica de nuevos asientos sobre dichos folios, ya inactivos. De acuerdo con esta idea, se ha afirmado en alguna ocasión que la inscripción del proyecto cierra el Registro a los títulos relativos a dichas fincas originarias<sup>3</sup>.

Sin embargo, entendemos que la anterior afirmación debe ser matizada, al menos en su literalidad, en virtud del principio de subrogación real propio de los expedientes de equidistribución. Parece más acertado entender que la inscripción del proyecto no cierra el Registro a aquellos títulos referentes a las fincas de origen, puesto que estos títulos podrían causar asiento en los nuevos folios abiertos a las fincas de resultado, siempre que exista perfecta correspondencia entre unas y otras fincas en los términos a los que seguidamente nos referimos.

La posibilidad apuntada fue admitida desde antiguo por la Dirección General. Así, la resolución de 23 de abril de 1997 respondió afirmativamente al interrogante de si es posible o no practicar sobre el folio de las fincas resultantes de una reparcelación una anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo (contra el acuerdo de aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento), teniendo en cuenta que el mandamiento que ordenaba la práctica de tal anotación se refería a determinadas fincas originarias, cuyos folios registrales ya habían sido cerrados por efecto de la reparcelación. El registrador denegó la anotación solicitada por el defecto insubsanable de inexistencia registral de las fincas sobre las cuales se ordena practicar el asiento al estar canceladas las hojas registrales respectivas. Ante esta situación, el Centro Directivo declaró que «El defecto, tal como es planteado, no puede ser estimado. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por *ministerio legis* la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (cfr., arts. 122.1, 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, art. 167 del texto refundido de la Ley del Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, la cual, además, viene facilitada por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (cfr., arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística)».

Esta misma doctrina ha sido reiteradamente aplicada por el Centro, por ejemplo, en su resolución de 3 de octubre de 2008, que considera posible la práctica de anotaciones preventivas de demanda y de embargo aunque el mandamiento

respectivo se refiera a determinadas fincas originarias cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la reparcelación.

En el caso analizado por la resolución de 4 de noviembre de 2013 se plantea el interrogante de si es posible la inscripción de una escritura en la que se venden cuatro fincas registrales, concurriendo la circunstancia de que en el título presentado se indica: (i) que dichas fincas han sido aportadas a un proyecto de reparcelación; (ii) que dicho proyecto ya ha sido aprobado definitivamente; (iii) que del mismo resulta que se han adjudicado por subrogación real al titular de esas fincas una finca de resultado concreta y determinada, y (iv) que es voluntad de las partes contratantes que se comprenda en la transmisión esta finca de resultado. El obstáculo principal opuesto por la registradora para la inscripción fue la desaparición jurídica de las fincas de origen a causa de la reparcelación. La Dirección General revocó la calificación registral empleando una argumentación coincidente con la de la resolución de 28 de mayo de 2015, relativa a un negocio de aportación a sociedad de gananciales de una finca de origen formalizado mucho antes de la inscripción de la reparcelación pero presentado con posterioridad y que admite su inscripción en los términos que han quedado transcritos en el apartado II de este comentario.

#### 4. INCIDENCIA DEL FACTOR TIEMPO EN EL CONTENIDO DEL TÍTULO TRASLATIVO: LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN

Sobre la base de lo expuesto en los apartados precedentes, debe tenerse en cuenta la incidencia del momento de la inscripción del proyecto de equidistribución sobre el contenido que debe tener el título traslativo para que pueda acceder al Registro. En efecto, como vimos al principio, el orden en que se verifique la inscripción de uno y otro instrumentos tiene una influencia decisiva sobre el contenido que ha de darse a uno y otro para que pueda alcanzarse su inscripción registral, lo que nos lleva a considerar varias posibles situaciones.

##### *A) Inscripción de la transmisión anterior a la del proyecto*

La consecuencia inmediata de la sucesión cronológica enunciada es obvia: si la voluntad de las partes del negocio traslativo de cualquier derecho sobre una finca afectada por un expediente de reparcelación es que se inscriba antes que el proyecto, lo procedente es describir la finca de origen como objeto de dicho negocio.

Sin embargo, consideramos aconsejable que en el título se determinen perfectamente tanto las fincas de origen como las de resultado, en la medida en que el estado de redacción del proyecto de reparcelación sea conocido por las partes y lo permita. En efecto, es muy común que el título traslativo no sólo describa la finca de origen sino también la finca de resultado en que se pretende que la transmisión quede finalmente concretada cuando se inscriba el proyecto. El principal problema que surge entonces viene determinado normalmente por existir incertidumbre sobre dos extremos: de un lado, la incertidumbre sobre el contenido definitivo del título reparcelatorio (que, como se dijo, es un documento en constante evolución hasta su aprobación definitiva por la Administración urbanística, por lo que durante su redacción y tramitación puede resultar alterada la descripción de las fincas de resultado o la correspondencia entre estas y las

fincas de origen) y, de otro lado, la incertidumbre sobre el momento en que vaya a producirse la inscripción de los dos instrumentos, ya que en uno u otro caso puede adelantarse o demorarse.

Para evitar estos obstáculos resulta conveniente dotar al título traslativo de una flexibilidad suficiente en la determinación de su objeto, extendiéndolo tanto a las fincas de origen como a las de resultado a fin de permitir su adaptación, en cada caso, a las condiciones que pudieran concurrir en el momento de su presentación. Con ello puede lograrse un triple objetivo:

- a) Salvar la eventualidad de que al presentar el título traslativo sobre la finca de origen ya estuviera inscrito el proyecto de reparcelación

Esta situación se produce con frecuencia en la práctica. Así sucede en los casos de demora en la presentación o en la inscripción del título inicialmente concebido para la transmisión de una finca de origen por diferentes causas como, por ejemplo, un acuerdo entre las partes, la existencia de defectos subsanables, razones fiscales o motivos de oportunidad empresarial.

Así sucede precisamente en el supuesto contemplado por la comentada resolución de 28 de mayo de 2015, en el que entre el momento del otorgamiento del título y el de su inscripción se interpuso la constancia registral del proyecto de reparcelación que cerró el folio de la finca originaria. En concreto, el título traslativo (en aquel supuesto realmente se trataba de una aportación de la finca a la sociedad de gananciales vigente entre los otorgantes) data del año 2004, que no estaba inscrito cuando la reparcelación accedió al Registro en el año 2011 y fue presentado después dando lugar a la nota de calificación negativa (en 2015). Este título, aunque se refería exclusivamente a la finca de origen, se inscribió, como vimos, sobre la finca registral de resultado porque del Registro resultaba la plena correspondencia entre esta y la finca originaria objeto del negocio quedando así concretados registralmente los términos de la subrogación real operada por la equidistribución. En otro caso, es decir, de no haber mediado esa plena correspondencia, no podría haberse procedido a su inscripción.

- b) Salvar las discrepancias que pudieran surgir entre el título traslativo inscrito y el contenido definitivo del proyecto de reparcelación presentado después.

Las aludidas discrepancias sobrevenidas podrían dificultar la concreción del derecho transmitido y, por consiguiente, la aplicación del principio hipotecario de especialidad. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto también frecuente en que el objeto de la transmisión actual de una finca de origen o de una cuota sobre la misma viene determinado por el motivo causalizado dirigido a que el adquirente resulte finalmente titular de una o varias fincas de resultado determinadas o de cuotas indivisas sobre ellas. La correspondencia entre una sola finca de origen y una sola finca prevista en el artículo 11.3 del Real Decreto 1093/1997 solo tendría lugar en los casos en que la totalidad del ámbito estuviera integrada por una sola finca susceptible de aprovechamiento urbanístico y, al mismo tiempo, solo existiera una finca resultante de carácter lucrativo, además de las no lucrativas de cesión obligatoria y gratuita a la Administración. Fuera de este supuesto, puramente teórico o casi de laboratorio, lo que en la práctica se produce es alguna de las situaciones previstas en los apartados 4,

5 y 6 del mismo artículo, es decir, (i) que al titular de una sola finca de origen (o de una cuota indivisa) le corresponda por subrogación real la adjudicación de varias fincas de resultado (o cuotas indivisas), (ii) que al mismo titular de dos o más fincas de origen (o cuotas) le correspondiera la adjudicación de una única finca de resultado (o una cuota sobre ella) o (iii) que al mismo titular de varias fincas de origen (o cuotas) le correspondiera la adjudicación de distintas fincas de resultado (o cuotas). Ello es así porque las superficies y, por tanto, el número de unidades de aprovechamiento que corresponden a las superficies de origen no suelen coincidir exactamente con el número de las unidades asignadas a las de resultado que se pudieran adjudicar al aportante de las primeras, por lo que la adjudicación ha de reajustarse a través de varios mecanismos como son la asignación de cuotas indivisas sobre las fincas de resultado, la distribución del aprovechamiento correspondiente al propietario entre varias fincas resultantes o cuotas sobre ellas y las compensaciones económicas entre propietarios por excesos o defectos de adjudicación reflejados en la cuenta de liquidación del proyecto.

Por la razón apuntada, es posible que el contenido que definitivamente se dé al proyecto de reparcelación no coincida con los cálculos iniciales realizados por las partes del negocio traslativo. Así sucedería, por ejemplo, por falta de identidad entre las superficies inicialmente asignadas a las fincas de origen en dicho negocio (determinantes de las unidades de aprovechamiento respectivas) y las superficies reales de las mismas que queden verificadas de forma definitiva por el proyecto de reparcelación, o como consecuencia de los cambios del mismo que fueran requeridos por el Ayuntamiento antes de su aprobación. A la vista de estas discrepancias, para obtener el efecto deseado (de adquisición de una determinada finca de resultado o cuota que se corresponda con un número determinado de unidades de aprovechamiento) bastaría con pactar expresamente en el título traslativo que las fincas de origen o cuotas indivisas transmitidas darán lugar a la titularidad del adquirente sobre la finca o las fincas de resultado o cuotas sobre ellas que se correspondan finalmente con las primeras, sin perjuicio de los pactos meramente obligacionales que pudieran establecerse sobre las compensaciones económicas o de otro orden que se estimen procedentes a causa de las aludidas discrepancias.

- c) Prevenir los efectos de la posible cancelación formal de la inscripción de la transmisión

Dotando al título traslativo del referido carácter flexible permitiría «revertir» la cancelación formal de los apartados 2 y 3 del artículo 14 del RD 97, al facilitar la ulterior inscripción de la finca de resultado a favor del adquirente a través del procedimiento simplificado previsto en el artículo 17.3 de la misma norma reglamentaria, sin necesidad de acudir a los trámites establecidos en los apartados anteriores del mismo artículo ni de otorgar la escritura subsanatoria referida en el apartado 1, quedando así anticipada la conformidad de los diferentes titulares que exige el apartado 2.

En definitiva, resulta de gran utilidad redactar el título traslativo en unos términos lo suficientemente amplios como para que pueda cubrir todas las vicisitudes posibles pero sin comprometer el cumplimiento del principio de especialidad o determinación y de los demás principios hipotecarios.

Por otro lado, puede suceder que solo se pretenda transmitir una parte de la finca, lo que sucede con frecuencia cuando se trata de fincas de origen solo parcialmente incluidas en la unidad reparcelatoria, cuestión que ya comentamos en su día en esta misma Revista, por lo que nos remitimos a lo dicho entonces<sup>4</sup>.

*B) Inscripción de la transmisión a través del proyecto*

El artículo 9 del Real Decreto de 1997 regula la reanudación del tracto sucesivo interrumpido para el caso de que alguna de las fincas incluidas en la unidad de ejecución constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad sobre aquella.

Por lo tanto, el proyecto de reparcelación es título hábil para inscribir las transmisiones de fincas de origen como paso previo para su sustitución por las nuevas fincas de resultado, lo que sucede cuando durante su tramitación se produce la transmisión de alguna de las fincas de origen sin que esta transmisión conste inscrita al tiempo de la presentación del proyecto.

En principio, en este caso el redactor del proyecto no tiene constancia de la nueva titularidad, al figurar en la certificación registral de dominio y cargas a que se refiere el artículo 5 del citado Real Decreto la titularidad del transmitente y no la del adquirente. Por ello, y también en principio, el proyecto no podrá sino atribuir al transmitente la titularidad de la finca de origen adjudicándole la de resultado correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 9 antes citado.

Sin embargo, si la voluntad de las partes es que la inscripción de la adquisición de la finca de origen la realice el proyecto, lo procedente es que comuniquen tal adquisición el órgano actuante, la junta de compensación o la entidad competente para la ejecución de la unidad, según proceda<sup>5</sup>, a fin de que en la reparcelación se refleje la titularidad (aún no inscrita) del adquirente sobre la finca de origen y la adjudicación al mismo de la finca de resultado, solicitándose la inscripción del título traslativo al amparo de los apartados 2 y siguientes del mismo artículo 9.

*C) Inscripción de la transmisión posterior a la del proyecto*

Si, en lugar de proceder en la forma que se acaba de exponer y para evitar perpetuar el proceso de redacción del proyecto, se considera oportuno mantener el contenido del mismo en cuanto a la titularidad del transmitente sobre la finca de origen y la adjudicación a su favor de la finca de resultado, puede esperarse a la inscripción de dicho proyecto (y, por tanto, a la de la finca de resultado a nombre del transmitente) para después solicitar la inscripción de la transmisión.

En este caso, parece en principio que el título deba referirse expresamente a la finca de resultado pero, como vimos, la Dirección General considera que, una vez inscrita la finca de resultado a nombre del transmitente a través del proyecto, el título traslativo será suficiente para que aquella finca de resultado pase a quedar inscrita a favor del adquirente, incluso aunque se refiera exclusivamente a la finca de origen, en virtud del criterio de subrogación real y siempre que se cumplan los requisitos de correspondencia ya referidos.



Como se observa, también para este último supuesto resulta de utilidad el criterio de flexibilidad del contenido del título traslativo al que ya se ha hecho referencia porque la conveniencia de inscribir el título tras la inscripción del proyecto puede surgir después del otorgamiento de aquel.

5. INCIDENCIA DEL FACTOR TIEMPO EN EL CONTENIDO DEL TÍTULO REPARCELATORIO: LA DETERMINACIÓN DEL TITULAR DE LA FINCA DE ORIGEN Y DEL ADJUDICATARIO DE LA DE RESULTADO

En el apartado anterior se ha visto que el orden en que se sucedan las circunstancias apuntadas no solamente influye en el contenido del título traslativo sino que condiciona igualmente el del título reparcelatorio y, por tanto, también la viabilidad o no de su acceso al Registro.

La determinación del sujeto adjudicatario de las fincas de resultado en los casos de transmisión de las fincas de origen durante la tramitación del expediente de reparcelación depende de múltiples factores, tales como el momento en que se formalice la transmisión, el momento en que esta se inscriba, la fecha de la nota marginal de inicio, la constancia o no de la transmisión en el expediente reparcelatorio, la fijación o no de un plazo máximo para la constatación de transmisiones o el momento de la aprobación del proyecto, que es el momento en que se cierra su contenido, hasta entonces sujeto a sucesivas modificaciones.

En los apartados que siguen vamos a tratar de sistematizar los distintos supuestos posibles en función de la cronología propia de aquellos factores.

*A) Transmisión formalizada con anterioridad a la nota marginal de inicio*

Si la transmisión anterior a la fecha de la nota se inscribe también antes de su práctica, figurará en la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 5 del Real Decreto de 1997, por lo que el proyecto deberá atribuir al transmitente la titularidad de la finca de origen y adjudicarle la de resultado que se corresponda con ella.

En el supuesto contrario, es decir, si la transmisión anterior a la nota se inscribe después de ella, el proyecto, por aplicación del criterio inverso, atribuirá tales titularidades al transmitente salvo que, según lo dicho, existiera constancia de la transmisión en el expediente reparcelatorio.

*B) Transmisión formalizada entre la nota marginal de inicio y la aprobación del proyecto de reparcelación*

En esta situación, como la titularidad del adquirente no constaba en el Registro en el momento de la expedición de la certificación de dominio y cargas y de la práctica de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, a primera vista cabría entender que el proyecto ha de adjudicar la finca de resultado al transmitente, al ser este el que aparece como titular registral en dicha certificación. Sin embargo, esta afirmación no es extensible a todos los supuestos posibles sino que debe ser matizada en función de la confluencia o no de otros de los restantes factores a los que hemos aludido, lo que permite distinguir varias hipótesis:

- a) Inscripción del título traslativo de la finca de origen antes de la aprobación del proyecto de reparcelación sin constancia de la transmisión en el expediente.

Dado que en este caso la transmisión se inscribe después de la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, esta certificación publicará la titularidad de la finca de origen a favor del transmitente.

Por lo tanto, el proyecto no podrá sino atribuir a dicho transmitente la titularidad de la finca de origen y adjudicar la finca o las correspondientes fincas de resultado, pues no se conoce la existencia de la transmisión al no constar en la certificación ni haber sido comunicada por las partes del negocio traslativo.

Presentado en el Registro el título reparcelatorio que recoja la citada adjudicación al transmitente, procedería la cancelación formal de la inscripción practicada a favor del adquirente después de la nota marginal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 del Real Decreto 1093/1997, según el cual «Si el proyecto adjudicare las fincas de resultado a los que eran titulares de las fincas de origen en el momento de la expedición de la certificación y de la práctica de la nota marginal a que se refiere el artículo 5, la inscripción se llevará a cabo a favor de dichos titulares y se cancelarán las inscripciones de dominio de fecha posterior a la de la nota, cualquiera que sea la fecha del título en cuya virtud se hubieren practicado». Si fueran varias las transmisiones posteriores a la nota marginal, sería de aplicación el apartado 3 del mismo artículo, según el cual «Cuando fueran varias las inscripciones de dominio de la finca de origen posteriores a la que resulta de la certificación y el título de equidistribución adjudicare la finca de resultado al titular de cualesquiera de ellas, la inscripción se practicará a favor de este y se cancelarán solo las inscripciones de dominio posteriores a la del adjudicatario».

En relación con este sistema de cancelaciones formales hay que tener en cuenta la incidencia de un nuevo factor: la vigencia o no de la nota marginal de inicio en el momento de la inscripción del proyecto de reparcelación, como analizamos en otra ocasión<sup>6</sup>.

- b) Inscripción del título traslativo de la finca de origen antes de la aprobación del proyecto de reparcelación con constancia de la transmisión en el expediente.

Este supuesto se da en los casos en que, a pesar de no figurar la transmisión en la certificación de dominio y cargas, sí se ha hecho constar en el expediente la titularidad del adquirente, por ejemplo, por presentación de la correspondiente escritura pública que documente dicha transmisión, supuesto en que procede la inscripción de dicha titularidad sobre la finca de origen con carácter previo al cierre de su folio registral, para lo que el proyecto de reparcelación es título hábil acompañado de la escritura traslativa como documento anejo o complementario, según resulta del antes citado artículo 9 del Real Decreto 1093/1997, cuyo primer inciso establece que «Cuando alguna de las fincas incluidas en la unidad de ejecución constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad sobre aquella, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido podrá realizarse conforme a las siguientes reglas (...)\», conteniendo a continuación los requisitos aplicables en cada caso.

Por tanto, en esta hipótesis el proyecto de reparcelación debería atribuir la titularidad de la finca de origen y adjudicar la finca de resultado a quien será su titular registral, esto es, al adquirente, causando las siguientes operaciones regis-

trales: en primer lugar, la reanudación del tracto sucesivo inscribiendo la finca de origen a nombre de aquel; en segundo término, el cierre del folio registral de dicha finca y finalmente, la apertura de folio registral a las fincas de resultado, que quedarán inscritas a favor de dicho adquirente en virtud del principio de subrogación real. A estas operaciones habría que añadir las consistentes en la agrupación instrumental de todas las fincas de origen y su división ulterior dando lugar a las fincas de resultado en el caso de que el proyecto optara por esta fórmula alternativa según permiten los artículos 68.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, 7.5 y 18.2 del Real Decreto 1093/1997 y 71 del Reglamento de Gestión Urbanística.

De acuerdo con lo expuesto, resulta más que recomendable que el adquirente acredite su titularidad ante la Administración actuante, la junta de compensación, la entidad urbanística colaboradora a cuya instancia se hubiere tramitado el proyecto órgano actuante, el promotor de la actuación, el agente urbanizador o cualquier otro sujeto que, conforme a la legislación urbanística aplicable, resulte competente para la ejecución de la unidad. Esta acreditación permitirá que se tenga al nuevo titular de la finca de origen como parte en el expediente y le sea adjudicada la correspondiente finca de resultado en el proyecto de reparcelación, evitando así la cancelación formal de la inscripción a su nombre de la finca de origen conforme a lo expuesto en la letra a) precedente.

En todo caso, la comunicación de la transmisión no es el único medio de lograr el mismo efecto, toda vez que la junta de compensación o la entidad competente para la redacción del proyecto puede tener noticia por otros medios del negocio traslativo inscrito tras la nota marginal de inicio, por ejemplo, mediante la solicitud de información registral adicional a la certificación de dominio y cargas, por nota simple o por certificación, incluida la de información continuada cuando se cumplan los requisitos del artículo 354 del Reglamento Hipotecario. Es frecuente que las juntas de compensación soliciten periódicamente al Registro de la Propiedad información sobre los derechos inscritos sobre cuya titularidad actual exista alguna duda, a fin de actualizar permanentemente sus bases de datos y reflejar los cambios oportunos en el borrador del proyecto de reparcelación en fase de redacción. Esta consulta es especialmente oportuna en algunas situaciones que se producen con frecuencia y en las que la titularidad real no se corresponde con la registral por producirse transmisiones de fincas o cuotas indivisas durante la tramitación del expediente reparcelatorio.

Sin embargo, debe repararse en que la modificación de titularidades en el borrador del proyecto de reparcelación no es una tarea sencilla, por lo que resulta conveniente el establecimiento de un plazo máximo para la comunicación de las transmisiones como se verá en el apartado 6.

- c) Aprobación del proyecto de reparcelación sin la previa inscripción del título traslativo de la finca de origen y sin constancia de la transmisión en el expediente.

En este supuesto, el proyecto evidentemente atribuirá la titularidad de la finca de origen y adjudicará la finca o las fincas de resultado que se correspondan con ella al transmitente, por lo que si la transmisión se inscribiera antes que el título reparcelatorio sería objeto de la cancelación formal del artículo 14.2 del Real Decreto 1093/1997 ya referido. En el caso contrario, es decir, si el proyecto se inscribe antes que la transmisión, la inscripción de esta solo podrá practicarse

en relación con las fincas de resultado correspondientes, siendo de aplicación igualmente lo antes expuesto respecto del criterio de flexibilidad.

- d) Aprobación del proyecto de reparcelación sin la previa inscripción del título traslativo de la finca de origen pero con constancia de la transmisión en el expediente

En esta última situación, a pesar de no haberse inscrito la transmisión de la finca de origen, existe constancia de ella en el expediente, por lo que el proyecto de reparcelación atribuirá su titularidad al adquirente y le adjudicará la finca resultante que se corresponda con ella, en cuyo caso, al igual que en el analizado en el apartado b) precedente, el proyecto reanudará el tracto sucesivo en el folio de la primera antes de su cierre e inscribirá la finca de resultado directamente a nombre de aquel, mediando o no la agrupación instrumental y la posterior división a que se hizo referencia en el mismo apartado.

*C) Transmisión posterior a la aprobación del proyecto de reparcelación*

Como se dijo anteriormente, la aprobación municipal del proyecto de reparcelación es el momento en que se cierra el contenido definitivo del proyecto de reparcelación, sin perjuicio de las rectificaciones que hubiera que hacer como consecuencia de la calificación registral y salvo que con anterioridad se haya acordado fijar un plazo máximo para la comunicación de las transmisiones de fincas de origen.

Por lo tanto, si la transmisión se formaliza con posterioridad al cierre del texto definitivo del proyecto, este solo tendrá en cuenta la titularidad del transmitente, a no ser que haya constancia en el expediente de la nueva titularidad a favor del adquirente en los términos que ya han quedado expuestos.

6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LAS CAUTELAS A ADOPTAR EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN ANALIZADA

A la vista del análisis realizado, cabría concluir con la oportunidad de adoptar ciertas cautelas en la redacción y desenvolvimiento tanto del título traslativo como del reparcelatorio.

*A) En relación con el título traslativo*

En el proceso de negociación y redacción del documento en que se formalice la transmisión de la finca resulta más que conveniente dotar a su contenido de una razonable flexibilidad según las circunstancias ya apuntadas, incluyendo la oportuna referencia tanto a la finca de origen como a la de resultado si fuera preciso por existir incertidumbre sobre el momento de la inscripción de dicho título traslativo en relación con la del documento reparcelatorio.

Por otro lado, y también de acuerdo con las circunstancias ya analizadas, es igualmente conveniente que la transmisión de fincas de origen sea comunicada a la junta de compensación, entidad colaboradora, ayuntamiento, promotor o

redactor del proyecto, según proceda, a fin de evitar que en este último se omita toda referencia a dicha transmisión adjudicando las fincas de resultado al transmitente en lugar de su titular real, es decir, del adquirente.

*B) En relación con el título reparcelatorio*

La modificación de titularidades en el borrador del proyecto de reparcelación no es una tarea sencilla que se limite a la simple sustitución de un nombre por otro en la ficha correspondiente a la finca aportada sino que tiene múltiples consecuencias que afectan a otros muchos apartados, como el capítulo de fincas de resultado, las cuotas de participación de los propietarios en la unidad de ejecución, las tablas de fincas aportadas y resultantes, la cuenta de liquidación, etc. Por esta razón, y para evitar la perpetuación del proceso de redacción más allá de lo razonable, resulta de utilidad la fijación de un plazo máximo para la comunicación de las transmisiones de las fincas de origen a partir del cual no se tendrán en cuenta en el proyecto los cambios de titularidad, con las consecuencias que en cada caso procedan; principalmente, la cancelación formal de la transmisión cuando se haya inscrito antes y, en caso contrario, la necesidad de que la inscripción se realice, una vez inscrito el proyecto, en el nuevo folio abierto a las fincas de resultado en los términos que quedan expuesto. En este último supuesto es cuando cobra todo el sentido el criterio de flexibilidad en la determinación del objeto del negocio traslativo a que nos acabamos de referir para evitar tener que rectificar el instrumento en que se formalice.

Esta comunicación es independiente de las que procede realizar a los ayuntamientos por razones fiscales, como es el caso de la prevista en el artículo 110 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo, en relación con el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Dado que no siempre los propietarios dan muestras de una exquisita diligencia y puntualidad en el cumplimiento de su obligación legal de comunicar al promotor o redactor del proyecto de equidistribuciones las circunstancias y los títulos de las fincas aportadas al expediente, en ocasiones puede resultar recomendable realizar diversas consultas al Registro a fin de obtener información sobre las titularidades registrales y sobre la inscripción o no de los títulos traslativos otorgados durante la tramitación del expediente.

Finalmente, en el sistema de compensación cabe también adaptar el contenido de los Estatutos de la junta de compensación a las necesidades analizadas incluyendo previsiones como la concreción de los términos de cumplimiento de la obligación de los miembros de comunicar las transmisiones o la determinación del aludido plazo máximo para tal comunicación con apercibimiento de las consecuencias de su incumplimiento.

## NOTAS

<sup>1</sup> Puede verse en este sentido LASO BAEZA, V., *El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación*, RCDI núm. 765, enero-febrero de 2018, 601-613.

<sup>2</sup> Esta cuestión es desarrollada por LANZAS MARTÍN, E.P., *El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística*, RCDI núm. 762, julio-agosto de 2017, 2092-2106.

<sup>3</sup> Así lo expresa, según vimos, la resolución de 28 de mayo de 2015, manifestándose en idéntico sentido las de 4 de noviembre de 2013 y 10 de julio de 2018, entre otras.

<sup>4</sup> LANZAS MARTÍN, E.P., *Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas*, RCDI núm. 776, noviembre-diciembre de 2019, 3171-3185.

<sup>5</sup> De acuerdo con la legislación urbanística autonómica aplicable y el sistema de actuación de que se trate.

<sup>6</sup> LANZAS MARTÍN, E.P., *La inscripción de un proyecto de equidistribución tras la caducidad de la nota marginal de inicio del procedimiento*, RCDI núm. 753, enero-febrero de 2016, 620-631





# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### ANDALUCÍA:

Se ha celebrado la XIII JORNADA en Sevilla, el 14 de febrero de 2023:

- *DERECHO DE PROPIEDAD Y DERECHO A LA VIVIENDA: LA OCUPACIÓN ILEGAL*

Organizado por: El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato territorial de Andalucía Occidental y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Con el siguiente programa:

17:30 h. Presentación a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Decano Territorial de Andalucía Occidental.

17:35 h. Inauguración a cargo de:

Dña. Marifrán CARAZO VILLONGA. Consejera de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

17:50 h. Exposición a cargo de:

D. Joaquín GALLARDO GUTIÉRREZ. Letrado de la Junta de Andalucía. Director General de Patrimonio.

*«Las garantías del derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico».*

18:10 h. Exposición a cargo de:

D. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ. Profesor titular de Derecho civil, Universidad de Sevilla.

*«El Registro de la Propiedad ante la ocupación ilegal».*

18:30 h. Exposición a cargo de:

D. Víctor Jesús NIETO MATAS. Magistrado. Presidente de la Sección 8.<sup>a</sup> de lo Civil. Audiencia Provincial de Sevilla.

*«Protección civil frente a la ocupación ilegal».*

18:50 h. Exposición a cargo de:

D. José Manuel RUEDA NEGRI. Fiscal de Cooperación Internacional de la AP de Sevilla, adscrito al Juzgado de Instrucción n.º 7 de Sevilla.

*«Protección penal frente a la ocupación ilegal».*

MODERADORA:

Dña. Ángela Azahara FERNÁNDEZ VIGARA. Registradora de la Propiedad de Fuente Obejuna.

19:10 h. Coloquio.

19:30 h. Clausura a cargo de:

Dña. Marilola PÉREZ PINO. Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

- JORNADA RELATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES ECLESIASTICOS CELEBRADA EN SEVILLA EL 22 DE MARZO DE 2023

Organizado por:

El colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y el Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

**PROGRAMA:**

17:30 h. Presentación a cargo de:

Dña. Reyes MUÑIZ GRIJALVO. Vocal de Relaciones Institucionales del Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

17:45 h. Exposición a cargo de:

D. Santiago CAÑAMARES ARRIBAS. Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense de Madrid.

*«Personalidad jurídica y capacidad de obrar de las entidades religiosas en Derecho canónico: su proyección civil a través del Acuerdo de Asuntos Jurídicos».*

18:15 h. Exposición a cargo de:

D. José GARCÍA-CARRANZA BENJUMEA. Abogado de Osborne & García Carranza Abogados

*«Capacidad de obrar de las Hermandades y Entidades Religiosas en el ámbito civil. Requisitos necesarios. Especial referencia al R.D. 594/2015 que regula el Registro de Entidades Religiosas»*

18:45 h. Exposición a cargo de:

D. Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO. Registrador de la Propiedad de Manresa n.º 4.

*«Problemas prácticos de la inscripción de bienes de Hermandades y otras entidades canónicas».*

**MODERADOR:**

RVDO. SR. D. Isacio SIGUERO MUÑOZ. Secretario General y Canciller del Arzobispado de Sevilla

19:15 h. Coloquio.

19:45 h. Clausura a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Decano Territorial de Andalucía Occidental.

En la tarde del 22 de marzo de 2023 tuvo lugar en Sevilla una jornada científica dedicada al problema de la inscripción de los bienes eclesiásticos dirigida por la registradora de D.<sup>a</sup> Reyes MUÑIZ GRIJALVO, en su calidad de Directora de relaciones institucionales del Decanato de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores.

I. El primero de los ponentes fue el profesor Santiago CAÑAMARES ARRIBAS, Catedrático de la Universidad Complutense, que abordó el tema de la capacidad de obrar de las personas jurídicas eclesiásticas. En concreto, respecto de las católicas destacó que, conforme a los acuerdos sobre asuntos jurídicos entre la Iglesia y el Estado español de 1979 cabe distinguir tres categorías de personas jurídicas:

- 1.º Aquéllas que tienen base territorial, es decir, diócesis, parroquias, las que tienen un carácter territorial, las cuales tienen personalidad jurídica por el mero hecho de erigirse por parte de la Santa Sede o por parte de la Conferencia Episcopal o del Obispado respectivo, y en consecuencia, para adquirir su personalidad jurídica no necesitan inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas, si bien, la manera de acreditar dicha personalidad jurídica frente a terceros es la certificación eclesiástica de su mera existencia notificada al Registro de Entidades Religiosas.
- 2.º Las órdenes y congregaciones religiosas, los institutos de vida religiosa en general, los cuales en tanto que existiesen con anterioridad a enero de 1979, tenían personalidad jurídica reconocida, si bien, para inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas debía de notificarse igualmente su existencia por medio de la certificación (que es también la manera de acreditar su personalidad jurídica hacia el exterior).

En cuanto a los institutos de vida consagrada de nueva constitución posteriores, sí es preciso que el decreto de erección se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de Entidades Religiosas.

Para este segundo bloque de personas jurídicas, así como para el primero, rige como Derecho estatutario el Derecho canónico. A consecuencia de esto, los actos de contenido patrimonial que lleven a cabo las mismas, además de someterse a las normas comunes de la legislación civil del lugar en que se hallen, tienen que observar algunos requisitos de tipo canónico, entre los cuales está la autorización para las enajenaciones,

ya por parte de la Conferencia Episcopal cuando el valor de los bienes a enajenar excede de 150000€ o de la Santa Sede cuando excede del millón y medio.

El hecho de que el Estado español conozca como derecho estatutario el derecho canónico, implica que los requisitos establecidos por el derecho canónico deben observarse en todo caso como requisito de validez civil.

- 3.º Este tercer bloque es el relativo a las asociaciones y fundaciones. En éstas, el reconocimiento de la personalidad jurídica deriva igualmente de los acuerdos Iglesia-Estado. La constitución de las mismas requiere la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas y la elevación a público del acuerdo de constitución, junto con el certificado eclesiástico de erección en escritura pública como exige el Reglamento de entidades religiosas. Sin embargo, el Derecho canónico ya no rige como Derecho estatutario, sino que estos casos se rigen directamente por la legislación civil. Esto tiene como consecuencia que ya no es imprescindible que la autorización eclesiástica se tenga en consideración para la inscripción de las enajenaciones, por lo menos no es determinante de su validez, puede tener consecuencias en el Derecho canónico pero no ser determinante ad extra de su validez civil.

II. El segundo bloque de intervenciones correspondió al abogado José GARCÍA-CARRANZA BENJUMEA, que analizó la situación jurídica de las hermandades a la luz del Real Decreto 549/2015, regulador también del registro de entidades religiosas. Conectando con el primer ponente, entendió que las hermandades, en tanto que asociaciones eclesiásticas, se encuadran en el tercer bloque. La constitución de las mismas, en consecuencia, requiere la acreditación del cumplimiento de los requisitos del derecho canónico y la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, pero sus actos patrimoniales posteriores no. Por tanto una vez constituidas y sin perjuicio de que la autoridad eclesiástica pueda intervenir y establecer límites, las mismas ya pueden actuar civilmente, sin que se les vaya a poner como defecto en la inscripción en el Registro la falta de autorización eclesiástica de la enajenación de sus bienes.

Especialmente importante fue destacar que en el Derecho canónico existen dos tipos de asociaciones de fieles, las públicas, en las que el sometimiento a la autoridad eclesiástica es mayor, y los bienes se consideran eclesiásticos y, en consecuencia están sometidos a la antedicha autorización, y las privadas en las que esto no es necesario.



Después de diversas guerras, al parecer la situación práctica es que en archidiócesis como la de Sevilla se ha tendido a que las hermandades sean asociaciones de fieles públicas, por tanto hay una intervención de la autoridad eclesiástica en todo lo relativo a los actos de disposición sobre sus bienes.

III. El tercero de los ponentes fue el registrador Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, que analizó fundamentalmente los requisitos para la inscripción de los actos relativos a las fincas pertenecientes a los entes eclesiásticos. Después de un pequeño *excursus* acerca del artículo 206 de la Ley Hipotecaria que, a juicio del ponente, tiene su razón de ser no únicamente en el hecho de que se tratase de bienes carentes de titulación común y marcados por el interés comunitario en los que no había disputa alguna sobre la titularidad. Sino en que, de alguna manera, el Derecho español reconoció un estatus especial a todos los bienes calificables en el Derecho romano de *extra commercium*, y por tanto se estableció para los bienes eclesiásticos un régimen similar al de los bienes públicos, recogiendo digamos, la vieja clasificación romana de la *res publicae* y la *res sacrae*.

Dicho esto, dijo que una vez derogado el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la inmatriculación se podría conseguir o bien cuando exista doble titularidad pública a través del cauce del artículo 205, o bien cuando exista un solo título público a través del cauce del expediente de dominio del artículo 203. Y con relación a éste señaló que no existe la posibilidad de utilizar la certificación eclesiástica como título previo para instar el expediente según una resolución de la Dirección General de los Registros del 24 de junio de 2016; y por otra parte, señaló que en la opinión del notario JIMÉNEZ CLAR, que es posible recurrir al acta de notoriedad sobre la titularidad para, a partir del acta, instruir el correspondiente expediente de dominio.

En tercer lugar, sería posible la inmatriculación por vía de la correspondiente sentencia declarativa, que es el cauce por donde se puede llegar a declarar la titularidad cuando la misma solamente existe por usucapión.

Respecto de los actos posteriores, hay que distinguir el caso de que se produzca una enajenación *ad extra* de la Iglesia, que requerirá en todo caso el cumplimiento de los requisitos establecidos por el derecho canónico en los términos señalados por los ponentes anteriores, y en segundo lugar hay que ver el problema de que la transmisión no se produzca *ad extra*, sino *intra ecclesia*, es decir, entre las personas jurídicas de la propia Iglesia. El caso más sencillo, en tanto que una

documentación completa, sería el de las modificaciones estructurales de las entidades eclesíásticas, por ejemplo cuando se produce una fusión, caso para el cual una resolución de abril de 2017 de la Dirección General de los Registros entendió que es necesaria la elevación a escritura pública del negocio de fusión con los documentos eclesíásticos correspondientes.

Sin embargo, en caso de que se produzca una transmisión entre personas de base territorial, no está previsto qué ocurriría, y para estos casos parece que lo razonable sería también una escritura pública otorgada por parte de los dos titulares, de los dos presidentes, digamos de los dos obispos, o del párroco y el obispo, los que en su caso correspondan.

En cualquier caso, queda en el aire una cuestión no resuelta en ningún acuerdo Iglesia-Estado, ni en ninguna norma, y es el valor civil del documento público eclesíástico. Sobre esto se abrió una pequeña discusión en la que el profesor CAÑAMARES decía que los únicos supuestos de reconocimiento civil del documento público eclesíástico eran los previstos en relación al matrimonio, las resoluciones judiciales sobre nulidad y sobre matrimonio rato y no consumado, sin embargo no hay previsiones respecto de actos de tipo patrimonial o para la constitución de personas jurídicas.

IV. Se abrió a continuación un interesante debate con los asistentes. El letrado de la DGRN y registrador Juan José PRETEL dijo que, en tanto que Estado aconfesional, no cabe hablar de efectos civiles del documento jurídico eclesíástico, salvo en los supuestos en los que, proveniente de la Santa Sede, documentos del Vaticano, puedan surtir efectos en España como documento extranjero con arreglo a las disposiciones previstas en el 36 del Reglamento Hipotecario y el 6 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. También cuestionó que quepa dar hoy en día consideración especial a bienes sagrados, que a efectos civiles son un bien más.

Lo cierto es que la cuestión que planteaba el ponente es que el artículo 206 de la Ley Hipotecaria nunca fue un supuesto de documento privado, que solicitarse en los casos en los que mencionaba la inscribibilidad de los documentos privados, sino que se le dio un cierto reconocimiento público, al menos bajo el régimen político vigente en el momento en que se promulgó el artículo 206 en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944. Terció el profesor CAÑAMARES aclarando que en la actualidad solo puede considerarse documento privado dentro del régimen de los acuerdos Iglesia-Estado, y de la libertad religiosa previstos después de la Constitución de 1978.

V. La jornada contó con una nutrida presencia de registradores y de la sociedad civil sevillana, con no pocos dirigentes de diversas Hermandades. Actuó como moderador el Rvdo. Sr. D Isacio SIGUERO MUÑOZ y clausuró la jornada el Decano de Registradores de la región Bética don Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Más información en:

<https://www.registradoresandaluciaoccidental.com/inmatriculacion-bienes-ecclesiasticos/>

RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos «*La responsabilidad civil del Compliance Officer*».

por

JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA  
*Profesor contratado*  
*Universidad Isabel I de Castilla (Burgos)*

En esta obra el autor nos presenta un tema novedoso no solo desde la perspectiva del Derecho civil, sino desde la perspectiva del Derecho en general. Se trata de una obra única en su género, que si bien se denomina «la responsabilidad civil del *compliance officer*» aborda también en su estudio su relación con otras ramas del Derecho. En ese marco, se debe reconocer la valentía del autor de la obra para abordar de forma acuciosa el estudio de esta figura jurídica priorizando su relación con el Derecho civil desde el ámbito de la responsabilidad civil.

La monografía se encuentra dividida de forma general en tres partes. La primera parte, comprende el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La segunda parte, analiza la relación jurídica de *Compliance*. Y, la última parte, se dedica al estudio de la responsabilidad civil del *compliance officer*.

*A priori*, llama la atención la denominación de la primera parte «la responsabilidad penal de las personas jurídicas». No obstante, resulta difícil comprender la concepción de la figura del *compliance officer*, sin analizar su relación con el Derecho penal, —especialmente— en el ordenamiento jurídico español debido a las modificaciones implementadas en el último decenio en la norma sustantiva y sus consecuencias para el caso de incumplimiento en el ejercicio de sus funciones.

De forma concreta la primera parte, se dedica al estudio del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, los modelos de organización y gestión penal o *Compliance Programs* y la delimitación del objeto de estudio: la responsabilidad penal *vs* la responsabilidad civil. En ese marco, se destaca en el análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que su regulación conlleva la implementación del *Compliance* en las entidades financieras. No obstante, enfatiza también que la norma sustantiva prevé supuestos de exoneración o atenuación de una condena. En la implementación del programa de cumplimiento normativo se realza la figura del *compliance officer* como figura clave en este proceso que puede ser interno como parte de una entidad financiera, o bien externo. En cuanto a la supuesta responsabilidad por incumplimiento *vs* la exoneración, se aborda un debate que de alguna forma deja en tela de juicio el objetivo de penalizar su

tarea, no sin razón, toda vez que, vincular su labor únicamente al ámbito penal implica estigmatizar su labor.

La segunda parte, se subdivide en dos capítulos; la relación jurídica de *Compliance* y la configuración jurídica del contrato de *Compliance*. Al respecto, el autor pone de relieve que la relación entre el *Compliance* y la persona jurídica se ajusta a un contrato atípico, debido a que la relación jurídica contractual coincide con el nuevo escenario jurídico-penal, social y económico. En ese marco, hace referencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, la profesión de *Compliance* y el cumplimiento normativo como elemento vinculante para ambas partes.

Igualmente, resulta oportuno destacar con relación al contrato de *Compliance* que el autor puntualiza en el hecho de que no existe una definición legal sobre el tema, por lo que, existe la necesidad de delimitar su naturaleza jurídica. En esa línea, afirma que el servicio profesional que presta el *compliance officer* consiste en una actividad de vigilancia, control y supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implementado, así como en el diseño y elaboración de los modelos de organización y gestión de prevención penal. Al respecto, conviene destacar que el autor nos brinda en función de su naturaleza jurídica una definición completa subdividida en dos partes. Sobre el tema, quizás hubiera sido conveniente recordar que en su labor como gestor de prevención penal debe aplicar también lo previsto en la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales de 28 de abril de 2010.

Asimismo, en cuanto a las funciones del *compliance officer*, el autor señala que el ordenamiento jurídico penal plantea dos clases de órganos para el desempeño de la función de cumplimiento normativo; que recae en una persona autónoma, o bien en un órgano que asuma la función de supervisión de los controles internos de la persona jurídica. La interrogante surge con relación al grado de autonomía que dispone en el ejercicio de sus funciones.

La tercera parte y principal de la monografía, igualmente, se subdivide en dos capítulos; la naturaleza y delimitación de la responsabilidad civil del *compliance officer* y los elementos comunes de la responsabilidad civil. En cuanto a la delimitación de la responsabilidad civil a diferencia de la contractual sostiene que resulta complicado determinar la responsabilidad civil extracontractual, inclusive señala que un mismo hecho dañoso puede dar lugar a ambos tipos de responsabilidad civil.

Por su parte, al hilo de lo afirmado por el autor con referencia a la relación jurídica de *Compliance*, afirma que la responsabilidad civil entre el *compliance officer* y la persona jurídica en la mayoría de los casos proviene de una relación jurídica preestablecida ajustada a un contrato de prestación de servicios. Sin embargo, aclara que la relación contractual *per se* no conlleva una consecuencia indemnizatoria, sino que además de un daño real se requerirá —entre otros— la existencia de un incumplimiento, o en su caso cumplimiento defectuoso atribuible al ejercicio de sus funciones.

Con relación a los elementos comunes de la responsabilidad civil, vamos a realizar una especial referencia a la culpa o negligencia. En ese sentido, el autor encuentra la forma de asimilar el canon de buen padre de familia con el de buen profesional, que si bien en un principio se sumerge en el campo de la indeterminación destaca que la determinación de las obligaciones que debe cumplir el *compliance officer* deben ajustarse a lo previsto en el contrato para una eventual atribución de una conducta culposa.

Otro aspecto que conviene destacar es la nutrida bibliografía que el autor utiliza en la redacción de la obra. En esa línea, llama la atención positivamente



—no podía ser de otra forma— la considerable jurisprudencia citada que no hace más que otorgarle solvencia a la monografía.

Antes de terminar, no sin antes realizar —nuevamente— el encomiable trabajo del autor, me voy a permitir la osadía de realizar un par de observaciones. En el estudio sobre la relación jurídica de *Compliance* el profesor VELASCO PERDIGONES es tan exhaustivo que al analizar la naturaleza jurídica con diferentes figuras contractuales en el ámbito civil y en otros ámbitos del Derecho como el Derecho Laboral y Mercantil, he tenido la impresión de que si bien existe un posicionamiento argumentado en favor del contrato de obra y el de servicios, la profundidad de la investigación realizada puede llevar al lector a un escenario difuso que no le permita detectar la idea central del autor. En esa línea, me surge la siguiente interrogante ¿la naturaleza jurídica de los contratos se aplica tanto al Oficial de Cumplimiento interno como al externo? En ese marco, en el estudio sobre la responsabilidad civil del *compliance officer*, considero a menos que esté equivocado y me haya extraviado en algún momento de la lectura, que hubiera sido conveniente puntualizar si existe alguna diferencia entre las funciones/tareas de un Oficial de Cumplimiento interno y un Oficial de Cumplimiento externo, en función de su dependencia laboral con vistas a establecer una supuesta responsabilidad civil. Hasta aquí mis comentarios con relación a la obra que nos presenta el profesor VELASCO PERDIGONES.



# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

### 1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

#### 1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

#### 1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

#### 1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

#### 1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

#### 1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

## 2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en [www.apastyle.org](http://www.apastyle.org).

- Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.  
  
Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- Capítulo de Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).  
  
Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).
- Artículo:  
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.  
  
Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.
- Documento electrónico:  
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.  
  
Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

### 3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

#### 3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

#### 3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

**El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.**

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.





FECYT-177/2022  
Fecha de certificación: 4ª Convocatoria (2014)  
Válido hasta: 22 de julio de 2023

Suscripción anual: 104 €  
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002