

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCVI •

Julio-Agosto

• Núm. 780

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 XCVI • Julio-Agosto 2020 • Núm. 780

REVISTA BIMESTRAL



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
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 DGRN

Comisión ejecutiva

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

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercanti-
les 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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

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 DGRN

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

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 DGRN

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 DGRN

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 Ezquerro
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 Ge-
nerales

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2.º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria» / *The theory of the title and the way and conflicts of real estate acquisitions. Critical reflection on the doctrine of Room 1 of the Supreme Court when interpreting and applying articles 1473, paragraph 2, of the Civil code and 34 of the Mortgage Law* 1995
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*» / *The application of the clause rebus sic stantibus*..... 2037
- TRINCADO AZNAR, José María: «El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles» / *The legitimizing scope of the ordinary usucaption of immovable property* 2097

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes: «Los pilares de un préstamo responsable en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Ley 5/2019, 15 de marzo): la transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario» / *The pillars of a responsible loan in the Law Regulating Real Estate Credit Contracts (Law 5/2019, March 15): lender transparency and assessment of borrower solvency* 2155

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- BORGIA SORROSAL, Sofía: «Respaldo del Sector Público a las alternativas Fintech de financiación para promotores y constructores: estudio comparado de la fiscalidad del *Crowdfunding*» / *Public Sector Support for Fintech financing alternatives for developers and builders: a comparative study of Crowdfunding taxation*..... 2191
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» / *Is there a right not to receive the support in the exercise of the legal capacity?*..... 2227

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL /
RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES
AND REGISTRIES**

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO... 2271

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos: supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación» / *The impossibility of seeing the grandchildren as an alleged psychological abuse and cause of disheredation*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2283

1.2. Derecho de familia:

- «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del estado de alarma decretado por el COVID-19» / *The right of visit, communication and stay of minors in a situation of abandonment. In special, the incidence of the alarm state set by the COVID-19*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2298

1.3	Derechos reales:	
	— «Los efectos del COVID-19 en el derecho inmobiliario: especial referencia a las moratorias hipotecarias» / <i>The effects of COVID-19 on real estate law: special reference to mortgage moratorium</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	2352
1.4.	Sucesiones:	
	— «El artículo 1035 del Código Civil y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia si concurren herederos forzosos» / <i>Article 1035 of the civil law, and the collation as a method of distribution and advance payment of the inheritance if there are forced heirs</i> , por Fernanda MORETÓN SANZ.....	2371
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación y presupuestos» / <i>Rebus sic stantibus clause: foundation and jurisprudential doctrine on its application and presuppositions</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.....	2391
1.6.	Responsabilidad civil:	
	— «El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?» / <i>The compensation of non-material damages for abusive clauses in consumer bank contracts: present and future?</i> , por Inmaculada VIVAS TESÓN.....	2410
1.7.	Concursal:	
	— «Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma» / <i>Housing leases, COVID-19 epidemic and alarm status</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....	2430
2.	MERCANTIL:	
	— «La responsabilidad por folleto de emisión en el “caso Acciones Banco Popular”» / <i>The liability for</i>	

	<i>prospectus of the issuer of the securities. «Popular Bank case», por Francisco REDONDO TRIGO</i>	2456
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «La nulidad del planeamiento y la inscripción de sus actos aplicativos firmes» / <i>The urban plan nullity and the registration of its application acts</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	2474
4.	DERECHO BANCARIO	
	— «Tratamiento judicial de las hipotecas con índice IRPH: ¿quo vadis?» / <i>Legal approach to mortgages linked to the IRPH index: quo vadis?</i> , por Federico ADÁN DOMÉNECH.....	2484

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

	«Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)», de María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ.....	2507
	«Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de la renovación del Derecho contractual», de Fátima YÁÑEZ VIVERO, por Araceli DONADO VARA.....	2514

ESTUDIOS

La teoría del título y el modo
y los conflictos de adquisiciones
inmobiliarias. Reflexión crítica sobre
la doctrina de la Sala Primera
del Tribunal Supremo al interpretar
y aplicar los artículos 1473,
párrafo 2.º, del Código civil
y 34 de la Ley Hipotecaria

*The theory of the title and the
way and conflicts of real estate
acquisitions. Critical reflection on the
doctrine of Room 1 of the Supreme
Court when interpreting and applying
articles 1473, paragraph 2, of the Civil
code and 34 of the Mortgage Law*

Por

CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia núm. 4 de Castellón
Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho civil (excedente)
Profesora asociada de Derecho civil. Universitat de València
Académica de número de la Real Academia valenciana de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN: Este trabajo propone una revisión crítica de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en torno a la protección del llamado tercero hipotecario. A partir de la Sentencia de Pleno, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, queda fijada la doctrina jurisprudencial en torno al concepto de tercero hipotecario y la debatida cuestión de la atribución de la propiedad al segundo adquirente cuando la adquisición estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad y aunque existiera una transmisión previa consumada pero no inscrita. Mediante este posicionamiento nuestro Alto Tribunal afronta una cuestión clásica en el ámbito civil-hipotecario que, a juicio de esta autora, merece revisión pues, a partir de la señalada resolución, así como en otras posteriores que siguen el criterio declarado por aquella, conformando ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial al respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo fijó doctrina sobre el concepto de tercero hipotecario, dando respuesta a una cuestión jurídica que ha sostenido un prolongado debate doctrinal y jurisprudencial en torno al artículo 1473, párrafo 2.º, del Código civil, cual es el mantenimiento de la segunda adquisición, inscrita en el Registro de la Propiedad, a pesar de la existencia de una previa transmisión «consumada» en el tiempo, con destacada antelación respecto de la segunda, pero no inscrita. Este trabajo recupera los argumentos entonces esgrimidos y prolongadamente mantenidos por el Tribunal Supremo, para proceder a su crítica, participando del resultado acordado en el fallo, que atribuye la titularidad del inmueble al titular que inscribió su adquisición, pero sin compartir el razonamiento seguido por la Sala para desplazar de la titularidad inmobiliaria a quien, reuniendo título y modo con anterioridad al inscribiente, no llegó a inscribir.

ABSTRACT: This work proposes a critical revision of the consolidated doctrine of the Supreme Court regarding the protection of the so-called third party mortgage. And it is that from the judgment of the Plenary, of the civil chamber of the Supreme Court of March 5, 2007, the jurisprudential doctrine regarding the concept of third party mortgage and the debated issue of the attribution of property to the second acquirer when the acquisition was registered in the Property Registry and even if there was a consummate prior transmission but not registered. By means of this position, our High Court faces a classic issue in the civil-mortgage sphere that, in the opinion of this author, deserves revision, based on the aforementioned resolution, as well as in subsequent ones that follow the criteria declared by it, already A body of jurisprudential doctrine in this regard, the First Chamber of the Supreme Court established doctrine on the concept of third party mortgage, responding to a legal question that has sustained a prolonged doctrinal and jurisprudential debate around article 1473, paragraph 2, of the Civil Code, which is the maintenance of the second acquisition, registered in the Property Registry, despite the existence of

a previous transmission «consummated» in time, well in advance of the second, but not registered. This work recovers the arguments then used and prolonged maintained by the Supreme Court, to proceed with its criticism, participating in the result agreed in the ruling, which attributes ownership of the property to the owner who registered its acquisition, but without sharing the reasoning followed by the room to displace from the real estate ownership who, gathering title and mode before the registrant, did not register.

PALABRAS CLAVE: Inscripción registral. Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición inmobiliaria. Conflicto de adquisiciones. Título y modo. Tercero hipotecario. Buena fe.

KEY WORDS: *Registration. Double sale. Sale of property. Real estate acquisition. Conflict of acquisition. Title and mode. Mortgage third party. Good faith.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. EL CRITERIO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, PLENO, DE 5 DE MARZO DE 2007 Y LAS RESOLUCIONES POSTERIORES QUE CONFORMAN EL CUERPO DE DOCTRINA. 2. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO Y A SUS LÍMITES EN LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES.—II. LA DOBLE VENTA Y LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO: 1. INDICACIÓN GENERAL. 2. LA *RATIO LEGIS* DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE SUS PRECEDENTES.—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. EL CRITERIO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, PLENO, DE 5 DE MARZO DE 2007 Y LAS RESOLUCIONES POSTERIORES QUE CONFORMAN EL CUERPO DE DOCTRINA

Desde hace ya más de una década la Sala Civil de nuestro Alto Tribunal mantiene consolidada doctrina acerca del tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, respecto de la que no ha procedido a realizar ulterior consideración, a pesar de que a su través afronta una cuestión clásica en el ámbito civil-hipotecario que a juicio de quien esto escribe merece revisión.

En efecto, a partir del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno, de 5 de marzo de 2007, así como en las resoluciones posteriores que siguen el criterio declarado por aquella conformando ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial al respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo fijó doctrina sobre el concepto de tercero hipotecario (art. 34 de la LH), dando respuesta a una cuestión jurídica que ha sostenido un prolongado debate doctrinal y jurisprudencial en torno al artículo 1473, párrafo 2.º, del Código civil, cual es el mantenimiento de la segunda adquisición, inscrita en el Registro de la Propiedad, a pesar de la existencia de una previa transmisión «consumada» en el tiempo, con destacada antelación respecto de la segunda, pero no inscrita. Este trabajo recupera los argumentos entonces esgrimidos por el Tribunal Supremo, para proceder a su crítica, participando del resultado acordado en el fallo, que atribuye la titularidad del inmueble al titular que inscribió su adquisición, pero sin compartir el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo para desplazar de la titularidad inmobiliaria a quien, reuniendo título y modo (escritura pública, cfr. art. 1462, párr. 2.º, del CC o, en su caso, entrega) con anterioridad al inscribiente, no llegó a inscribir.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007¹ ofrece el singular interés de fijar doctrina sobre el concepto de tercero hipotecario, figura regulada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, resolviendo un desacuerdo jurídico que mantuvo una dilatada discusión científica y jurisprudencial relativa a la subsistencia de la ulterior transmisión inmobiliaria, inscrita en el Registro de la Propiedad, a pesar de la existencia de una adquisición precedente, «consumada» con señalada prioridad temporal respecto de la segunda, pero no inscrita. En efecto, la interpretación atinente al ámbito aplicativo del artículo 1473 del Código civil y sus efectos experimentó un nuevo planteamiento a partir de la resolución indicada y de la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 7 de septiembre de 2007² —a la que luego me referiré— que, ya en su momento, resultó extensamente comentada por la doctrina científica³.

En la primera de las resoluciones mencionadas, el Tribunal Supremo declara que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria salva, en todo caso, el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente y, en el caso concreto planteado, que el embargo sobre una finca de la que con anterioridad hubiera dispuesto el titular registral no impide la adquisición de aquella a consecuencia del procedimiento de apremio si no consta en el Registro la primera transmisión y aunque el adquirente no inscrito ya hubiera entrado en posesión material de la finca. La cuestión planteada en esta sentencia se concreta en determinar si quien adquirió el inmueble en 1997 e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad debe ser mantenido en su adquisición a pesar de la previa adquisición, en 1994, de la misma finca por parte del Banco.

Por su parte, en el supuesto enjuiciado por la última de las resoluciones mencionadas, se debatía la propiedad de un inmueble transmitido por su titular registral, con una separación temporal de más de cinco años, a dos compradores diferentes, a través de dos escrituras públicas de las que únicamente la segunda resultó inscrita en el Registro de la Propiedad. En este caso el objeto de ambas transmisiones no resultó plenamente coincidente, toda vez que con motivo de la primera venta de la finca matriz resultó segregada una porción de la mayor extensión de su superficie que resultó la parte transmitida, en tanto que en la segunda transmisión se enajenó el inmueble en su totalidad. La primera de las transmisiones se verificó mediante escritura pública en 1992 y el adquirente recibió una parte del precio con anterioridad a su otorgamiento, resultando que la parte compradora se reservó el resto con el propósito de abonar, a favor de la entidad bancaria acreedora, el importe pendiente de un préstamo hipotecario, resultando, asimismo, que las contratantes convinieron la subrogación en la hipoteca de la adquirente que venía a sumir la obligación de satisfacer las cuotas pendientes de pago a su vencimiento, si bien esta obligación finalmente resultó incumplida. Por cuanto se refiere a la segunda transmisión la misma se verificó también mediante escritura pública, en este caso otorgada en 1998, constando en la misma la recepción de la totalidad del precio por parte del vendedor y, de manera simultánea, en otra escritura, la cancelación de la hipoteca afectante al inmueble en garantía del préstamo mencionado. La antedicha hipoteca era la que en su día resultó constituida a favor de la entidad bancaria a que se refería la escritura de la primera de las transmisiones, la cual en 1993 cedió su crédito garantizado mediante hipoteca a otra entidad que, a su vez, lo transmitió a un particular en 1996, resultando que dicha persona física era —junto con su esposa— el transmitente de la finca en 1990 al que resultó posteriormente el doble vendedor y quien representó a este último en 1998 en la segunda transmisión realizada. Así las cosas, la adquirente segunda, con título adquisitivo inscrito, demandó a la primera de las compradoras, interesando las declaraciones (i) de que la finca doblemente transmitida le pertenecía en pleno dominio, (ii) de que la demandada carecía de título adquisitivo legitimante de su posesión, así como (iii) la obligación de la primera adquirente de cesar en los actos perturbadores y de despojo, (iv) con la condena de la misma a hacer dejación del inmueble y consecuente entrega del mismo a la parte actora. El Juzgado de instancia de Betanzos desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la primera venta no había determinado adquisición alguna, habida cuenta de la falta de pago de parte del precio por el comprador, a pesar de lo cual no se podía estimar la preferencia adquisitiva de la segunda adquirente por carecer de buena fe, ya que la primera compradora ocupaba el inmueble que estaba segregado por cierre metálico; y la Audiencia Provincial de La

Coruña, revocando la resolución recaída en la instancia, la estimó en su totalidad, al entender que el supuesto no era de venta de cosa ajena sino de doble venta, toda vez que la primera venta no se había consumado por la falta de pago de la totalidad del precio, resultando de aplicación el artículo 1473 del Código civil, por lo que la segunda adquirente mereció ser preferida al no haberse acreditado su mala fe. El Tribunal Supremo casó la sentencia de apelación, con argumento fundado en la ausencia de buena fe del segundo adquirente que había inscrito, atendido su conocimiento de las circunstancias del inmueble vendido. Sin duda, lo esencial de esta sentencia se localiza en su fundamentación sobre el ámbito aplicativo del artículo 1473 del Código civil, en vinculación con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y merece ser diferenciada de la de 5 de marzo de 2007, más bien referida a la virtualidad traslativa de las ejecuciones sobre bienes no pertenecientes al deudor ejecutado y conforme a la cual, la ejecución contractual por parte del comprador carece de relevancia en el Código civil a los efectos de diferenciar la venta de cosa ajena de la doble venta, con independencia de los efectos que la falta de abono del precio pudiera determinar en el mecanismo propio de a relación obligatoria sinalagmática y las demás que hubieran convenido las partes⁴.

Resulta de interés anticipar que, en respuesta al problema planteado, los criterios de decisión del Tribunal Supremo han variado a lo largo del tiempo y, así:

1.º. *Hasta el año 1989* la jurisprudencia incluía en el ámbito del artículo 1473 del Código civil las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores, aunque entre ellas hubieran mediado varios años, vinculando dicho precepto con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en la adquisición al segundo comprador si inscribía su título en el Registro antes que el primero (cfr. SSTs de 6 de diciembre de 1962, 7 de diciembre de 1987, 4 de marzo de 1988, 17 de octubre de 1989 y 13 de abril de 1993, entre otras).

2.º. *Entre los años 1989 y 1994* se advierten dos cambios significativos en los argumentos decisivos del Tribunal. Por una parte, se excluye definitivamente del ámbito del artículo 1473 del Código civil la llamada «venta de cosa ajena», entendida como la de una finca anteriormente vendida por quien entonces era su propietario a otro comprador distinto que, mediante tradición material o instrumental, habría adquirido su propiedad antes de la segunda venta. Por otra parte, numerosas resoluciones aminoran significativamente el grado de protección ofrecido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al adquirente, en procedimiento de apremio, de una finca que al tiempo del embargo ya no pertenecía al ejecutado por habérsela vendido

este a otra persona mediante tradición material o instrumental, aunque esta primera transmisión no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad y la segunda sí (cfr. SSTs de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994).

3.º. *A partir de 1994* es criterio del Tribunal, por una parte, mantener invariable, con muy contadas excepciones (señaladamente, cfr. STS de 11 de octubre de 2006), la inaplicabilidad del artículo 1473 del Código civil a la venta de cosa ajena, entendida en el mismo sentido considerado hasta entonces, esto es, no como la de una finca que nunca ha llegado a ser propiedad del vendedor sino como la de un inmueble que ha dejado de ser propiedad del transmitente pero sin que de ello quede constancia en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, en materia de protección registral del segundo adquirente, coexisten dos líneas de decisión contrarias, una de ellas denegatoria (cfr. SSTs de 10 de junio de 2003, 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006), por entender nulo su acto de adquisición al ser nulo el embargo sobre una finca no perteneciente ya al deudor, y la otra, destacadamente mayoritaria, que concede la protección registral por cuanto que al segundo adquirente no le puede perjudicar lo que no constaba en el Registro de la Propiedad (cfr. SSTs de 19 de octubre de 1998, 22 de junio de 2001, 6 de mayo de 2004, 24 de junio de 2004, 25 de octubre de 2004, 30 de diciembre de 2005 y 21 de julio de 2006).

Volviendo a la primera de las sentencias referidas, por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, con estimación del recurso de casación planteado, casa la resolución recurrida, dejándola sin efecto, para confirmar íntegramente la resolución recaída en la primera instancia. En su argumentación establece que la doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que procede dejar sentada comprende dos extremos: (i) que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro de la Propiedad, aparezca con facultades para transmitir la finca, según ha sostenido el criterio mayoritario de la Sala; y (ii) que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia al amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio otorgante (F.J. 7.^a).

Además, el Tribunal Supremo considera que queda por examinar la cuestión de «si el embargo trabado sobre una finca que no era ya propiedad del ejecutado por habérsela vendido a otro determina o no la nulidad del acto adquisitivo del tercero en procedimiento de apremio pues, de ser nulo, la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de

la Ley Hipotecaria» (F.J. 8.º). Y, respecto de este último extremo, la Sala fija como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en la información ofrecida por el Registro de la Propiedad y a su vez inscribió, tratándose de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro, resultando, en definitiva, tal situación como una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral, localizándose históricamente su remedio, «en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener en el concurso» (F.J. 8.º). Y así, por aplicación de lo expuesto a los dos motivos del recurso, se concluye la procedencia de su estimación por cuanto que «no pudiendo tacharse de nulo el acto adquisitivo de la sociedad adjudicataria en procedimiento de apremio por la sola circunstancia de haberse embargado la finca cuando ya no pertenecía al titular registral, la posterior inscripción salvó la falta de poder de disposición de dicho titular. Se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la finca después de su enajenación al Banco demandante, no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, cual hubiera sido la omisión de algún trámite esencial de dicho procedimiento; a todo lo cual, en fin, se une que en ninguna de sus dos demandas acumuladas pidió el Banco actor la nulidad de aquel embargo ni de ninguna otra fase del procedimiento administrativo de apremio, sino única y exclusivamente de la de la venta misma» (F.J. 9.º). Es por lo que la sentencia recurrida (la dictada en apelación) «infringió el artículo 34

de la Ley Hipotecaria, como se aduce en el primer motivo del recurso, ya que pese a la efectiva existencia de sentencias de esta Sala que autorizaban la solución del Tribunal de apelación de considerar nula la venta por inexistencia de objeto, y por ello no convalidable mediante la inscripción, el criterio interpretativo de tales sentencias debe ser descartado en virtud de la doctrina que ahora se fija en esta sentencia de casación; como igualmente debe ser rechazado el argumento de la misma sentencia recurrida que para la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria parece exigir necesariamente una ulterior transmisión por quien adquirió a consecuencia del procedimiento de apremio, pues según se ha razonado al comienzo del fundamento jurídico séptimo de esta sentencia de casación dicho artículo 34 ampara también, por sí mismo, a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su transmitente», siendo consecuencia necesaria de lo anterior que «igualmente proceda estimar el segundo motivo del recurso, ya que las sentencias de esta Sala que en el mismo se citan son las que mantienen al tercero en su adquisición y esta es la línea que debe considerarse definitivamente consolidada por decisión del Pleno de los magistrados de esta Sala» (F.J. 9.º).

La doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, así como el nuevo enfoque que el Alto Tribunal ofrece respecto del ámbito aplicativo del artículo 1473 del Código civil recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, se asume en resoluciones posteriores de la Sala conformando, por consiguiente, un cuerpo de doctrina ya consolidada⁵.

Así, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007⁶, en la que se defiende que la venta de cosa ajena no determina la nulidad por falta de objeto, siendo válida y pudiendo ser eficaz; y se declara que se entiende por tercero hipotecario a quien no ha sido parte en el negocio jurídico que se ha inscrito en el Registro, que adquiere un derecho real partiendo del titular inscrito, y que además lo es a título oneroso y de buena fe; y reiterando, como doctrina de la Sala, el criterio favorable a mantener la adquisición de quien adquiere a título oneroso y de buena fe del titular registral, aunque este ya no sea propietario, produciéndose una adquisición *a non domino* de aquel.

Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007⁷, ya referida, en la que se declara la aplicabilidad del artículo 1473 del Código civil, en concordancia con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque entre una y otra venta mediaran más de cinco años y en la primera constara el otorgamiento de escritura pública con entrega de la posesión del inmueble, si bien en el supuesto resuelto la decisión del conflicto sobre la propiedad definitiva de la finca se resuelva a favor de la primera com-

pradora por falta de buena fe de la segunda que inscribió su adquisición, precisándose que la buena fe no se da cuando el desconocimiento de la realidad extrarregistral se debe a una falta de diligencia mínima o elemental.

Y también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008⁸ en la que, recogida la ya expuesta doctrina jurisprudencial en orden a la diferencia entre la doble venta y la venta de cosa ajena, se declara la protección de las adquisiciones *a non domino* por el tercero hipotecario en virtud de la fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Posteriormente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008⁹, 13 de noviembre de 2009¹⁰, 20 de julio de 2010¹¹, 11 de febrero de 2011¹², 11 de diciembre de 2012¹³, en cierta manera en la de 5 de marzo de 2013¹⁴, y, más recientemente, en las de 14 de septiembre de 2018¹⁵ y 28 de mayo de 2019¹⁶.

Así, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2010, el Alto Tribunal declara que «...la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no las del propio título adquisitivo del tercero y añade la antes citada de 5 de mayo de 2008 que la doctrina de la Sala es que si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o embargo) que si se inscribe —venta de cosa ajena— se da lugar a una adquisición *a non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero. Puede parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 LH» (F. Jco. 2.º).

No obstante, la señalada doctrina jurisprudencial, supuestamente afianzada, parece traspasada en la argumentación que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013¹⁷, en cuyo supuesto enjuiciado se enfrentan dos transmisiones verificadas a diversos adquirentes por un mismo vendedor que aparecía como titular en el Registro de la Propiedad y, si bien en el supuesto resuelto el segundo adquirente que inscribió carecía del requisito de la buena fe¹⁸, la Sala reitera que «el caso presente no es doble venta y no se aplica el artículo 1473, sino que cuando el Sr. T. vendió en escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiere siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a don C. J. en documento privado (título) y este había tomado posesión de la finca (modo)»¹⁹.

A mi juicio, el fundamento de la prolongada controversia suscitada, así como también de las forzadas interpretaciones que de la misma se han derivado, se localiza en una confundida insistencia por parte de la jurisper-

dencia en la aplicación de los esquemas propios de la doctrina del título y el modo a una situación que, desde una correcta exégesis del precepto a la luz de sus precedentes normativos, debe encontrar solución fuera de las fronteras de esta teoría, consecuencia de cuya aplicación resulta la —en mi opinión— inadecuada distinción jurisprudencial entre doble venta y venta de cosa ajena al proceder a una delimitación en la aplicación práctica del artículo 1473 del Código civil, determinante de la dualidad de criterios interpretativos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria²⁰.

La novedad del criterio instaurado por la resolución ahora principalmente comentada radica precisamente, en mi opinión, en haber alcanzado una atinada conclusión en cuanto a la defensa, en todo caso, de la protección registral del tercer adquirente con título inscrito frente a quien habiendo adquirido de un mismo transmitente carece de inscripción, y sentar doctrina enderezando materia tan debatida, zanjando la polémica, tradicionalmente sostenida, en una cuestión que, hasta ahora, no había tenido solución pacífica por parte de la doctrina científica ni tampoco de la jurisprudencia.

Considero, no obstante, que falta un razonamiento más amplio y detenido que permita sostener la conclusión partiendo de la irrefutable calificación del supuesto como un caso de conflicto de adquisiciones, en definitiva una doble venta, incluso a pesar de que las diversas adquisiciones enfrentadas no se hayan producido coetáneamente en el tiempo, requisito este en ningún momento exigido por la regulación legal del supuesto²¹ que se debe resolver siempre con arreglo a los criterios contenidos en la norma que no supone, precisamente, la aplicación de la doctrina del título y el modo. Es por lo que en la revisión de todos estos aspectos resulta necesario referirse a la doctrina del título y el modo en la adquisición de las titularidades reales y, específicamente, a sus límites, por cuanto que, en mi opinión, una atinada comprensión del sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 1473, párrafo 2.º, del Código civil, exige su interpretación como supuesto de excepción al sistema general de adquisición de los derechos reales en el ámbito de la teoría, aunque no haya sido esta la perspectiva habitualmente acogida por la doctrina²² ni tampoco generalmente defendida por la jurisprudencia.

La idea nuclear de estas reflexiones parte de la consideración de que la previsión del artículo 1473 del Código civil presupone una situación de conflicto de adquisiciones y no un supuesto de transmisión singular (como, diversamente, sucede en las hipótesis consideradas en los arts. 609 y 1095 del CC), de tal manera que cuando no existe conflicto adquisitivo no se produce la situación de doble venta. Es por lo que carece de fundamento considerar que para que resulte de aplicación el criterio de preferencia del artículo 1473 del Código civil es preciso que no se haya consumado la primera venta al tiempo de celebrarse la segunda. En consecuencia, la diversificación consagrada jurisprudencialmente entre venta de cosa ajena y

doble venta en la contemplación del artículo 1473 del Código civil resulta inadecuada desde una correcta interpretación del precepto que aplica a la situación de conflicto de adquisiciones una solución alejada de los principios que informan el sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales al amparo de la norma contenida en el artículo 609 del mismo texto legal.

Desde las anteriores premisas, sin duda, toda venta de cosa ajena debe resolverse al margen del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil puesto que la consumación de la primera venta singular (de las dos que conforman el supuesto) determina la inexistencia de un conflicto de adquisiciones en el que lo que se trata de dilucidar es a quien, de entre dos o más adquirentes, debe atribuirse el dominio de la cosa.

Y, desde idénticas consideraciones a las apuntadas, cabe concluir que el supuesto previsto por el artículo 1473 del Código civil no responde al esquema de una adquisición *a non domino* (en el que sí que encuentra acomodo la situación del tercero prevenida y regulada por el art. 34 LH) puesto que, constando pendiente la determinación de quién sea el adquirente (propósito al que sirven los criterios de preferencia contenidos en la norma) no es posible concluir que tras la primera transmisión el vendedor haya perdido su propiedad, pues el valor que tiene la *traditio* en la primera transmisión no determina la adquisición del dominio en el primer adquirente, resultando de este modo que el esquema ofrecido por la norma analizada encaja en el correspondiente al artículo 32 Ley Hipotecaria (y no al ofrecido por el art. 34 LH, a pesar de las consideraciones vertidas por las sentencias comentadas).

Desde la anterior perspectiva, entiendo que no resulta admisible forzar, como hace el Tribunal, el análisis interpretativo para extender la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al supuesto ahora considerado, por no encontrar el mismo encaje en la hipótesis de adquisición *a non domino* prevista por dicha norma, sino en el de un conflicto de adquisiciones cuyo esquema y dinámica encuentra cabida en la previsión del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que sin duda se refiere a un «tercero» distinto.

2. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO Y A SUS LÍMITES EN LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

El sistema de adquisición y transmisión de la propiedad y demás titularidades reales en el Derecho español responde a la doctrina del título y el modo. El interés que tiene esta teoría es el de proporcionar un esquema válido para explicar el mecanismo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales²³.

Para explicar el fenómeno de adquisición de los derechos reales en los distintos ordenamientos la generalidad de los autores se refiere a dos sistemas contrapuestos.

a) *Sistema de transmisión por acuerdo abstracto traslativo*

Seguido en el BGB (parág. 929, para los muebles; parágs. 873 y 925, para los inmuebles)²⁴.

Dos principios fundamentales contribuyen a caracterizar este sistema: 1.º. La transmisión del dominio y derechos reales sobre muebles e inmuebles requiere la existencia de un acuerdo o negocio real abstracto (*einigung*). 2.º. El acuerdo ha de ser complementado por un acto jurídico que es distinto según se trate de bienes muebles o inmuebles (*eintragung*). Así, para bienes muebles se exige, además del acuerdo, la tradición (parág. 929). Y para bienes inmuebles se requiere, además del acuerdo, la inscripción en el Registro de fincas (parágs. 873 y 925)²⁵.

b) *Sistema de transmisión causal*

Son causales los siguientes sistemas de transmisión: b') *Sistema de transmisión puramente consensual*. Se establece en el Código civil francés, según el cual el consentimiento contractual es suficiente para la transmisión de la propiedad. Además del *Code*, es el adoptado por el Código civil italiano —tanto el de 1865 como el de 1942—, por el Código civil portugués de 1966 —que en su artículo 408 dispone que «*la constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se produce por mero efecto del contrato*»²⁶—. Sigue también este sistema, como luego explicaré, nuestro Proyecto de Código civil de 1851²⁷. b'') *Sistema de transmisión mediante título y modo*.

Este es el sistema seguido en nuestro Código civil²⁸.

Se entiende por *título* el negocio jurídico de transmisión (compra-venta, permuta...), en definitiva, un contrato de finalidad traslativa. El *modo* es el desplazamiento de la posesión que se denomina tradición. Conviene advertir que cabe tradición sin entrega o desplazamiento de la posesión (cfr. art. 1462, párr., 2.º, del CC) y cabe también entrega sin tradición (así: la restitución de una cosa en un contrato no traslativo del dominio, como el depósito —cfr. art. 1758 del CC— o el comodato —cfr. art. 1741 del CC—; también, en un contrato de finalidad traslativa, la entrega de cosa ajena por el vendedor). Nota común a ambos sistemas causales es que la transmisión se funda en una justa causa. Precisamente

es por contraposición que se habla de transmisión por acuerdo abstracto traslativo.

Tal y como es acogida en el ordenamiento español la doctrina del título y el modo tiene su origen en el Derecho Romano. Más precisamente, en el sentido causal que tuvo la *traditio* romana, especialmente en el Derecho clásico²⁹. Esta doctrina encuentra su fundamento esencialmente en dos textos: (i) Un primer texto del Codex: «*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*»³⁰. Es decir, se debe entender que el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples contratos, aunque se deba precisar que no hay una total correspondencia entre el concepto romano de *pactum* y el actual de contrato. (ii) Otro texto del Digesto: «*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*»³¹. Es decir, que no basta la sola tradición para transferir el dominio si no va precedida de alguna justa causa. Sin embargo, los romanos no suministraron más que la base de la teoría. Su construcción doctrinal fue obra de los intérpretes y expositores de la Edad Media y primeros siglos de la Moderna.

Según la doctrina del título y el modo, la transmisión se produce por la sucesión de dos actos jurídicos. Tales actos jurídicos son: a) *Contrato* o negocio traslativo (*iusta causa, titulus acquirendi*). b) *Tradición* o entrega que se hace equivalente a desplazamiento de la posesión de la cosa del transmitente al adquirente, a la que se denomina modo de adquirir (*modus acquirendi*). Estos actos jurídicos han de ser correlativos. Si solo existe título habrá únicamente una relación jurídica obligatoria, de la que nacen la acción de cumplimiento del contrato o acción resolutoria (*ex art. 1124 del CC*) pero que por sí misma es insuficiente para transmitir la propiedad. Si solo existe entrega o tradición sin título legítimo habrá transmisión de la posesión, pero no de la propiedad³².

En la doctrina jurídica española se admite, por lo común, que nuestro Código civil sigue la teoría del título y el modo. Sin embargo, no faltan autores que manifiestan sus dudas sobre el fundamento o el alcance (ámbito de aplicación) de la teoría.

Los datos en que se apoya la acogida de la teoría del título y el modo en el Código civil español son los siguientes. 1) *La Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*. 2) *El artículo 609 del Código civil*. 3) *El artículo 1095 del Código civil*. 4) *El artículo 433 del Código civil*. Estos textos legales son, sin duda, el punto de apoyo más firme para considerar acogida la teoría del título y el modo en el Código civil español. Por lo cual parece conveniente profundizar en el análisis de estos datos normativos mediante la interpretación histórica y sistemática.

1) *La Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*

La Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 resulta del tenor siguiente: «*Los contratos como fuente de obligaciones serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o cualquier otro derecho semejante a éb*».

El texto de esta Base es copia, con algunas variantes, del texto de la Base IX del Proyecto de Ley de Bases de Silvela de 1885. No cabe ahora entrar en un análisis comparativo entre la Base 20 de la Ley de 1888 y la Base IX del Proyecto de Ley de Bases de Silvela de 1885. Me limito a indicar que el cotejo de textos permite establecer que la finalidad de la Base IX del Proyecto de 1885 de Silvela, con más claridad que la Base 20 de la Ley de 1888, se propone mantener el Derecho de la tradición legislativa castellana en el sentido de mantener la teoría del título y el modo, de la que se había apartado el Proyecto de 1851 y a la que volvía a ser fiel la Ley Hipotecaria de 1861, en cuya exposición de motivos se declaraba lo siguiente: «*Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas muebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión... Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose este del Derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento... Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que *para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta**

que no se inscribe, ni se consume por tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso: si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»³³ (la cursiva es mía).

La Base 20 de la Ley de 1888 conduce, por tanto, a mantener la vigencia y valor de la explicación dada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 para considerar que se mantiene la doctrina tradicional sobre la adquisición de los derechos reales.

2) *El artículo 609 del Código civil*

En su párrafo segundo el artículo 609 del Código civil dispone lo siguiente: «*La propiedad y demás derechos reales sobre los bienes, se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*».

El precedente inmediato de este precepto lo encontramos en el artículo 606 del Anteproyecto del Código civil español³⁴.

El inciso final del precepto («*mediante la tradición*») no aparece en el texto del Anteproyecto de 1882-1888³⁵, y muy probablemente se introdujo poco antes de la presentación del Proyecto del Código a las Cortes. Prescindiendo de este inciso final, una interpretación literal permitiría defender que el Código civil sigue el sistema previsto en el Proyecto de 1851. Este hecho y la lectura de la discusión parlamentaria del Código civil permite mantener la hipótesis de que algunos de los jurisconsultos que formaron parte de la Comisión que redactó el texto del Código desconocían la diferencia entre lo que es el título y el modo de adquirir.

A lo que aquí importa resaltar, el artículo 609 refleja con nítida claridad en qué consiste la teoría del título y el modo. Interesa subrayar que esta mención final a la tradición en el inciso último del artículo 609 se produjera en un momento tan cercano a la discusión parlamentaria del Código civil porque con esta referencia se eliminan todas las dudas que sobre la acogida de la teoría del título y el modo pudieran albergar los componentes de la Comisión a cuyo cargo estuvo encomendada la redacción final del Proyecto de Código.

En definitiva, el artículo 609 deja claro, en la norma fundamental de nuestro sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales, que la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la conjunción (sucesiva o simultánea) de dos actos jurídicos, a saber: *a) Título de adquisición: «ciertos contratos»* que por su naturaleza son de finalidad traslativa. *b) Tradición* que es, según opinión común de la doctrina, equivalente a entrega de una cosa —con la precisión de que esta

puede quedar simplificada (como ocurre con el «solo acuerdo o conformidad de los contratantes» del art. 1463 del CC) o puede resultar ociosa o innecesaria (art. 1462 del CC)—, unida a la voluntad común en quien la da y la recibe de convertirse el adquirente en propietario o titular de un derecho real sobre la cosa entregada.

De manera que, en el ámbito de la doctrina del título y el modo, se entiende por tradición la entrega que se concreta en un desplazamiento de la posesión. Es una «*datio possessionis*». Por tanto, no se podrá practicar la tradición respecto a aquellos derechos reales que no implican posesión (hipoteca, servidumbres negativas, prenda sin desplazamiento...).

3) *El artículo 1095 del Código civil*

Según el precepto contenido en el artículo 1095 del Código civil, el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (título), pero no adquiere derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada (modo). Se observa cómo en el artículo 1095 aparecen claramente diferenciados dos momentos: el de perfección del contrato (en el que únicamente existe un «*ius ad rem*») y el de nacimiento del derecho real («*ius in re*») mediante la entrega de la cosa.

4) *El artículo 433 del Código civil*

El texto del artículo 433 del Código civil, en relación con su precedente, es un signo claro de la recepción de la teoría del título y el modo en el Código civil. El artículo 433 se refiere al concepto de poseedor de buena fe y su precedente en el Proyecto de 1851 es el artículo 428, a tenor del cual: «*Se reputa poseedor de buena fe al que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad cuyos vicios ignora*». En el Proyecto de 1851, en coherencia con el sistema de transmisión de la propiedad por el solo consentimiento, se define como poseedor de buena fe al que ignora los vicios de que adolece el título (contrato) de su adquisición —único dato que ha de tener en cuenta como causa de su adquisición—. Al pasar a la doctrina del título y el modo se corrige el precedente de 1851 y a los vicios del título de adquirir se añaden los vicios del modo de adquirir, configurándose el artículo 433 del Código civil con el siguiente tenor literal: «*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide*», reputándose poseedor de mala fe al que se encuentra en caso contrario.

Revisado cuanto antecede, conviene subrayar que el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo viene determinado por el contenido del

artículo 609 del Código civil, y por las correcciones y límites que imponen otros preceptos en determinadas situaciones jurídicas, en las que se han de tener en cuenta —además de la tradición o con independencia de la tradición— la buena fe del adquirente y la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho que se trata de transmitir. Así, acerca del contenido del artículo 609 hay que hacer algunas precisiones. Y sobre las correcciones y límites de la buena fe y la inscripción hay que señalar las situaciones jurídicas en las que la adquisición de un derecho real no se produce solo por el título y la tradición («*mediante la tradición*»).

Como acabo de señalar, sobre el contenido del artículo 609 del Código civil se pueden realizar algunas precisiones, que bien podrían sintetizarse en las dos siguientes.

Primera. La teoría del título y el modo opera, según el artículo 609 del Código civil, no en virtud de cualquier causa, sino solo en las adquisiciones que tienen su causa en un contrato o, más precisamente, «en ciertos contratos». Esos ciertos contratos a que alude el artículo 609 del Código civil solo pueden ser, por la propia naturaleza del fenómeno que se contempla en dicho artículo (transmisión y adquisición), aquellos contratos por cuya virtud «se adquieren y transmiten» la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes. Son los contratos de finalidad traslativa. Pero se excluyen aquellos que producen directamente —sin necesidad de tradición— la transmisión de la propiedad. Del propio texto del artículo 609 del Código civil resulta que está fuera de la teoría del título y el modo, en cuanto que es un modo de adquirir distinto de la tradición, la donación. La donación queda fuera del esquema de la transmisión por contrato y tradición, en cuanto que es *per se* un contrato y a la vez modo (que el art. 609 del CC menciona con independencia) por el que se opera directamente la transmisión del derecho real³⁶. Lo confirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de diciembre de 1986. Respecto a la donación manual de cosa mueble se aprecia por algún autor que en este caso sí existe tradición³⁷. Sin embargo, a mi juicio, resulta más adecuado entender que el artículo 632 del Código civil no requiere la tradición sino que basta el consentimiento contractual en «forma escrita» sin que sea necesaria la entrega de la cosa al donatario para convertirse este en dueño, y solo en el caso de que la voluntad de donar no conste por escrito, es decir, se haga verbalmente, es necesario que se acompañe a la expresión verbal la entrega simultánea de la cosa donada, entrega que constituye el signo inequívoco de la voluntad de donar, a falta del signo de la escritura; en efecto, aquí la entrega de la cosa donada no es tradición sino forma jurídica que hace las veces de la escritura³⁸.

Segunda. El artículo 609 se refiere al fenómeno de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales. Por tradición (en el ámbito de la teoría del título y el modo) se entiende la entrega que se concreta en

un desplazamiento de la posesión. Es, como quedó apuntado, una *datio possessionis*.

Me he referido hasta aquí a los supuestos de adquisición de la propiedad que quedan dentro del ámbito de aplicación de la doctrina del título y el modo. Por otra parte, he apuntado también algún otro de los supuestos de adquisición de los derechos reales que quedan fuera de ese ámbito, por tratarse, generalmente, de derechos que no son susceptibles de desplazamiento posesorio. Queda así trazada una línea divisoria entre la propiedad y otros derechos reales que en nuestro ordenamiento se adquieren y transmiten mediante tradición (art. 609 del CC) y aquellos otros derechos reales que se constituyen o adquieren por un modo o procedimiento diferente.

Pero la doctrina del título y el modo encuentra en su propio ámbito de aplicación dos límites. Son los siguientes: *a)* los conflictos de adquisiciones, y *b)* las adquisiciones *a non domino*.

En un *conflicto de adquisiciones*, como la doble venta, se puede apreciar que la normal conjunción de título y modo no conduce a la adquisición del derecho que se trata de transmitir. Más precisamente: celebrado un contrato de finalidad traslativa sobre un bien inmueble (título), y realizada la entrega de la posesión al adquirente (modo), este no adquirirá la propiedad del bien cuya posesión ha recibido; la propiedad corresponderá, en definitiva, a otro adquirente que, aunque no tenga la posesión, haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad, conforme dispone el artículo 1473, párrafo 2.º, del Código civil.

A diferencia del supuesto anteriormente descrito, en que existe una tradición normal, en los supuestos de *adquisiciones a non domino*, aunque existe una tradición irregular, realizada por un *non dominus*, el adquirente es mantenido en su adquisición frente al verdadero titular del dominio o del derecho que ha sido objeto de transmisión, como sucede en los casos de prescripción ordinaria o extraordinaria o, con relación solo a bienes inmuebles, en el caso del tercer adquirente que inscribe su título aunque luego se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro (dándose las condiciones que establece el artículo 34 de la LH).

En mi opinión, los dos fenómenos de adquisición que se acaban de indicar no suponen una desviación o una derogación, como se ha dicho, de la doctrina del título y el modo, sino un límite a sus aplicaciones, determinado por la protección que el ordenamiento confiere a la buena fe del adquirente.

De acuerdo con un sector de la doctrina entiendo que los conflictos de adquisición y las adquisiciones *a non domino* son situaciones distintas, gobernada cada una de ellas por su propio régimen específico. Sin embargo, forzoso es reconocer que, tal como se nos ofrecen en la práctica, ambas situaciones se pueden confundir.

Hay autores que incluyen los supuestos de doble venta entre las adquisiciones *a non domino*. Desde esta perspectiva se afirma lo que sigue: «En toda aplicación del artículo 1473 del Código civil hay siempre una adquisición *a non domino*»³⁹. E igualmente se indica que «las adquisiciones al amparo del artículo 1473 del Código civil serán unas veces *a non domino* (a título originario) y otras *a domino* (a título derivativo)»⁴⁰. Por último, hay autores que consideran fenómenos diferentes la doble venta y las adquisiciones *a non domino*.

Este último punto de vista, que en mi opinión es el correcto, se sostiene por algún autor al deslindar los casos en que han de aplicarse las reglas de la doble venta de aquellos otros gobernados por el régimen de las adquisiciones *a non domino*⁴¹. En esta línea de opinión abunda un destacado sector de la doctrina⁴². Sin entrar ahora en discusión sobre este punto, estimo que las adquisiciones que se producen por aplicación de alguno de los criterios de preferencia contenidos en el artículo 1473 del Código civil quedan fuera del marco de las adquisiciones *a non domino*. Hay entre estos dos mecanismos de adquisición de la propiedad una diferencia fundamental. La cuestión que sobre la adquisición del dominio o de un derecho real se contempla en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se refiere a un conflicto entre el titular del derecho (*verus dominus*) y un tercero, que adquiere el derecho de persona que en el Registro de la Propiedad aparece con facultades para transmitirlo. Diversamente, en la doble venta el conflicto de a quién se ha de atribuir la propiedad se entabla entre dos posibles adquirentes a los que una misma persona (*verus dominus*) ha otorgado sucesivamente un título de adquisición. En los dos tipos de adquisición a que me vengo refiriendo hay dos transmisiones sucesivas. Pero existe una diferencia radical. En la adquisición *a non domino* hay dos transmitentes: el titular o *verus dominus* transmite a un primer adquirente y este transmite a un segundo adquirente (llamado tercero o subadquirente); esta doble transmisión se podría esquematizar del siguiente modo: A transmite a B, y B transmite a C. En la doble venta no hay dos transmitentes sino solo uno, el titular o *verus dominus*. El esquema adecuado a la doble venta sería: A transmite a B, y posteriormente el mismo A transmite a C.

El conflicto de adquisiciones se refiere en nuestro Derecho específicamente a la doble venta (art. 1473 del CC) de una misma cosa a dos o más personas, de las cuales solo una puede, conforme a la citada norma, adquirir la propiedad. Sin embargo, el régimen de la doble venta es aplicable a supuestos análogos.

Las adquisiciones *a non domino* se regulan en distintos lugares de nuestro ordenamiento. Así: a) *En materia de bienes muebles* se consideran adquisiciones *a non domino*: la de quien adquiere una cosa mueble por prescripción; la de quien adquiere de buena fe la posesión de bienes muebles en

los términos que establece el artículo 464 del Código civil; y la de quien adquiere mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público conforme a lo establecido en el Código de Comercio; b) *En materia de bienes inmuebles*, se considera, en general, como adquisición *a non domino*, la del tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro de la Propiedad aparece con facultades suficientes para transmitirlo, en las condiciones que determina el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta última norma de adquisición *a non domino* de la propiedad inmobiliaria se introdujo en nuestro Derecho por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, dejando a salvo el régimen de la clásica adquisición *a non domino* que tiene lugar por prescripción.

Centro la siguiente parte del trabajo en la consideración de la doble venta como supuesto constitutivo de un límite a la doctrina del título y el modo, por cuanto que, según mi criterio, los supuestos de hecho enjuiciados por las resoluciones comentadas encajan en el esquema propio de un conflicto de adquisiciones.

II. LA DOBLE VENTA Y LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO

En el supuesto considerado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 —cuya argumentación se recoge en las posteriores resoluciones indicadas que, junto con la misma, conforman un cuerpo consolidado de doctrina—, el Tribunal de apelación, participando de una extendida orientación jurisprudencial, contra la decisión del juzgador de instancia, estimó las dos demandas planteadas por el Banco, en las que se interesaba la nulidad de la compraventa realizada en 1997, así como la declaración de ser la finca propiedad del Banco demandante desde 1994 y la cancelación de las inscripciones y demás asientos producidos en el Registro «por el mencionado contrato nulo». Lo que implica concluir que en el ámbito de la doble venta constituye requisito ineludible que cuando se perfeccione la segunda venta la primera aún no se haya consumado, pues de ser así no nos hallaremos ante un conflicto de adquisiciones sino ante un supuesto de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda transmisión por carencia de objeto⁴³. Tal exigencia conduce a la necesidad de una cierta proximidad cronológica entre ambas enajenaciones. En consecuencia, el Tribunal de la segunda instancia resuelve que la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad por parte del comprador le impide la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al haber tenido participación en un negocio nulo. De manera que, según el criterio de la Sala que resolvió la apelación, el titular inscrito no es tercero hipotecario por no tener el carácter de subadquirente, considerando por tal al que compra mediante contrato

válido al titular registral que lo fue en virtud de un acto nulo. Desde ese planteamiento, solo en el caso de que «Indeco Construcciones, S.A.», a su vez, hubiere transmitido el inmueble litigioso a persona distinta y este adquirente reuniese los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria habría quedado protegido en su adquisición. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su resolución, igualmente considera que el supuesto no resulta merecedor de la calificación de doble venta, por entender también que nos hallamos ante una venta de cosa ajena, fundando su decisión de mantener la segunda transmisión en la consideración de que el adquirente, a pesar de no concurrir transmisión intermedia —razón por la cual no es subadquirente, requisito este, por otra parte, no exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, según pone de relieve el Tribunal Supremo—, es tercero hipotecario, por ser tercero que de buena fe y a título oneroso adquirió un derecho de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo, y lo inscribió, razón por la cual debe ser mantenido en su adquisición, *«aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro»* (cfr art. 34 LH).

Según he indicado, el criterio anteriormente expuesto acerca de la exigencia de la no consumación de la primera transmisión ha encontrado consolidación jurisprudencial durante mucho tiempo, arrastrando a la inevitable consecuencia de entender que de no existir esa cierta proximidad cronológica entre ambas enajenaciones nos hallaremos siempre ante un supuesto de venta de cosa ajena. A pesar de ello, a mi juicio, la posición enunciada parte de una premisa errónea, cual es la aplicación del clásico esquema del título y el modo a la resolución del caso planteado por un conflicto de adquisiciones, lo que determina una forzada interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para, en aplicación del principio protector del tercero inscribiente contenido en el precepto, mantener en su adquisición al tercero que inscribió su título.

En efecto, por la aplicación de la teoría del título y el modo se convierte en titular del derecho real debatido aquel de los dos pretendidos adquirentes enfrentados en que primero concurren ambos actos jurídicos, título y modo de adquirir. La insegura exigencia de una cierta coetaneidad cronológica confirma tal posición. Sin embargo, este argumento parece desconocer que la doctrina del título y el modo encuentra, en su propio ámbito aplicativo, dos límites, uno de los cuales es precisamente el constituido por los conflictos de adquisiciones, cuyo paradigma es la doble venta regulada en el artículo 1473 del Código civil. En estos supuestos es posible apreciar que la normal concurrencia de título y modo no determina la adquisición del derecho que se pretende transmitir, como sucede en cualquier caso de venta o transmisión singular, pues precisamente el propósito del precepto se localiza en establecer un criterio mediante el cual resolver una situación de

conflicto y únicamente en ese ámbito de enfrentamiento entre dos adquisiciones verificadas por un mismo transmitente, la norma resulta operativa. Así, celebrado un contrato de los llamados de finalidad traslativa sobre un bien inmueble (*título*), y verificada la entrega de la posesión al adquirente (*modo*), este no adquiere la propiedad del bien cuya posesión ha recibido, sino que dicha titularidad va a corresponder a otro adquirente que, incluso aunque carezca de posesión, haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad, conforme establece el artículo 1473, párrafo 2.º, del Código civil. En mi opinión esta y no otra es —y, sin duda, debiera haber sido desde un principio— la clave de solución del tema que nos ocupa.

La anterior conclusión reclama las siguientes consideraciones más detenidas acerca de la doble venta como paradigma de los conflictos de adquisiciones y de la norma contenida en el artículo 1473 del Código civil como criterio resolutorio de los mismos.

1. INDICACIÓN GENERAL

Quedó apuntado que los conflictos de adquisiciones y las adquisiciones *a non domino* limitan el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, configurando sendos casos de adquisición de los derechos reales que, sin suponer una exclusión de la doctrina del título y modo, sí frenan su aplicación, con fundamento en la protección que el ordenamiento concede a la buena fe del adquirente⁴⁴. No obstante, como también indiqué, entiendo que ambos supuestos constituyen situaciones diversas, regidas por su específico régimen jurídico⁴⁵, si bien en el orden práctico, como igualmente ya señalé, pueden inducir a confusión⁴⁶. Así, a diferencia de la situación ahora analizada —de conflicto de adquisiciones—, en que existe una tradición digamos regular, en los casos de adquisiciones *a non domino*, constando una tradición irregular (por un *non dominus*) el adquirente es mantenido en su adquisición frente al verdadero titular, como ocurre en los supuestos de usucapión o, con precisa referencia a bienes inmuebles, en la situación del tercer adquirente que inscribe su título aunque posteriormente se anule o resuelva el de su otorgante por causas que no consten en el Registro, siempre y cuando concurren las condiciones previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2. LA *RATIO LEGIS* DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE SUS PRECEDENTES

Nuestro Código civil regula en el artículo 1473 la doble venta de una misma cosa a diversos compradores⁴⁷. En los párrafos 2.º y 3.º del precep-

to se dispone un orden de prelación de criterios de preferencia adquisitiva para los supuestos de doble venta inmobiliaria. Se trata del siguiente: *a)* En primer lugar, se atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro; *b)* En defecto de inscripción, la propiedad se atribuye al adquirente que de buena fe sea primero en la posesión; *c)* Finalmente, faltando la posesión, la propiedad corresponde a quien presente título de fecha más antigua, siempre que concurra buena fe.

Al considerar esta norma, habitualmente los comentaristas centran su interés en el segundo párrafo del artículo, significando que la mención a la inscripción registral, como criterio de preferencia adquisitiva, aparece como una innovación en la tradición legislativa castellana cuyo origen se localiza en la Ley Hipotecaria de 1861, instauradora de un sistema de publicidad registral que gravita en la inscripción de los actos y contratos por cuya virtud se reconozcan, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles⁴⁸.

Desde un punto de vista exegético resulta de interés la referencia al precedente legislativo más cercano del citado párrafo 2.º del artículo 1473. Dicho precedente se localiza en el artículo 982 del Proyecto de 1851, a cuyo tenor: «*Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda según lo dispuesto en la Sección 3, Capítulo 3 de este Título*»⁴⁹. Por su parte, el mencionado artículo 1859 dispone lo siguiente: «*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*»⁵⁰. Conviene destacar que el Proyecto isabelino adopta el sistema francés de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento⁵¹, en el que la entrega de la cosa no tiene significado de *traditio* ya que la traslación del dominio se verifica desde el momento de perfección del contrato. Por ello, cabe concluir que los artículos 982 y 1859 del Proyecto isabelino son normas de carácter excepcional, de manera que tanto la entrega de la cosa o transmisión de la posesión, tratándose de bienes muebles, como la inscripción registral, tratándose de inmuebles, no constituyen sino una clave o criterio de preferencia para resolver el conflicto de adquisición del dominio planteado por la doble venta y, de este modo, la comparación del artículo 1473 del Código civil con sus precedentes del Proyecto de 1851 permite concluir que tanto en un sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, que es el seguido por el Proyecto isabelino, como en un sistema de transmisión del dominio mediante título y modo, que es el acogido por el Código civil, la prioridad en el tiempo de la toma de posesión o de la inscripción en el Registro de la Propiedad

desempeñan una misma función cual es la de proporcionar un criterio de preferencia que permite resolver un conflicto de adquisiciones⁵².

Por otra parte, sobradamente es sabido que la Ley Hipotecaria de 1861 se aparta del sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento seguido por el Proyecto isabelino. En efecto, como ya apunté, en diferentes pasajes de su exposición de motivos queda indicado que se mantiene el Derecho antiguo, es decir, la teoría del título y el modo, si bien se precisa que en cuanto a las transmisiones de bienes inmuebles únicamente subsistirá en tanto no afecte a los terceros que hayan inscrito su título en el Registro de la Propiedad⁵³. Y así, el esencial principio de protección de los terceros registrales aparece formulado negativamente en el artículo 23 de nuestra primera Ley Hipotecaria —precedente del vigente art. 32 LH, dentro del cual, sin duda, encuentra cabida el supuesto de hecho regulado en el párr. 2.º del art. 1473 del CC—, en el que se declara lo siguiente: *«Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero»*⁵⁴. Además, el supuesto de doble venta es contemplado específicamente por el artículo 38 de la Ley para hacer desplegar toda la eficacia de la protección registral a favor del primer adquirente que haya inscrito su título. A tenor de dicho precepto: *«En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36⁵⁵, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: ... 4.ª. Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita»*⁵⁶. De manera que la Ley Hipotecaria de 1861, aunque se aparta del sistema de transmisión del dominio por el mero consentimiento seguido por el Proyecto isabelino retornando a la tradición más antigua del Derecho castellano al acoger la doctrina del título y el modo, mantiene la prioridad de la inscripción registral, reconocida también en el Proyecto de 1851, como criterio específico de solución del supuesto planteado por un conflicto de adquisiciones inmobiliarias, en lógica concordancia con el valor otorgado a la inscripción registral como norma general en orden a la eficacia frente a terceros de la transmisión de los bienes inmuebles⁵⁷. Con fundamento en lo indicado, la exposición de motivos de nuestra primera Ley Hipotecaria explica la doble venta inmobiliaria en los siguientes términos, ya expuestos precedentemente en este trabajo: *«Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haya la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor,*

pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción» (la cursiva es mía)⁵⁸.

Cuanto antecede permite concluir que la *ratio legis* del precepto contenido en el artículo 1473 del Código civil no es otra que ofrecer una solución al conflicto planteado cuando una misma cosa se ha enajenado por una persona a diversos compradores, otorgando la titularidad a uno de entre los posibles adquirentes que sobre el bien transmitido ostentan diversos títulos de adquisición incompatibles entre sí. Tratándose de un conflicto de adquisiciones inmobiliarias la solución se concreta en un orden de prelación que sitúa en primer lugar a la prioridad en la inscripción registral. Al respecto resulta significativo que el precepto utilice en sus tres párrafos el tiempo de futuro para señalar a qué sujeto se va a atribuir la titularidad dominical: «*la propiedad se transferirá*» (párr. 1.º); «*la propiedad pertenecerá*» (párr. 2.º); «*pertenecerá la propiedad*» (párr. 3.º). De lo que debe inferirse que el primero de los pretendidos adquirentes que reúna título y modo de adquirir, por ejemplo, aquel que poseyó, no llega por tal razón a convertirse en propietario del inmueble, pues de otro modo tras la segunda transmisión se plantearía un supuesto de adquisición *a non domino*, consecuencia necesaria de la calificación del caso como venta de cosa ajena, según defienden numerosas resoluciones ya indicadas.

En efecto, está extendida la opinión de que en algún caso el artículo 1473 del Código civil viene a establecer una adquisición *a non domino*. Y así se dice que si A transmite primero a B y posteriormente a C, al haberse consumado la transmisión a favor de B en el primer contrato, cuando A vende por segunda vez a C ya no es propietario puesto que la propiedad ha pasado a B, primer comprador. Al hablar de adquisición *a non domino* en el ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil se está dando por supuesto que el primer comprador que poseyó se ha convertido en propietario y que el segundo comprador, por haber inscrito su título en el Registro, adquiere *a non domino* del vendedor que en el momento de transmitir al segundo comprador había dejado de ser propietario como consecuencia de la primera venta. En mi opinión, es muy dudoso que esta explicación responda a la finalidad o razón de ser que determina en su origen la redacción del artículo 1473⁵⁹. En la perspectiva del artículo 1473 de nuestro Código no se contempla un supuesto singular de compraventa en el que por virtud del contrato seguido de tradición el comprador adquiriera la propiedad. No cabe duda alguna de que cuando una persona vende una cosa inmueble a otra y esta toma posesión de la misma la propiedad se transmite al comprador. Pero esto ocurre según la doctrina del título y el modo. Si en el caso indicado el bien inmueble es objeto de un segundo contrato de venta por el mismo vendedor a un segundo comprador y este inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad es claro que la propiedad pertenecerá al segundo

comprador. Resultado al que se llega no por aplicación de la doctrina del título y el modo sino del artículo 1473 del Código civil, norma que entra en juego en el momento en que se produce una colisión de títulos entre dos posibles adquirentes. El problema al que trata de dar solución el precepto no es determinar el momento en que el vendedor deja de ser propietario de la cosa vendida sino a quién, de entre dos o más posibles adquirentes, corresponde la propiedad.

En definitiva, la solución ofrecida por el precepto conduce a afirmar que en el mismo no se resuelve un supuesto de venta única sino de venta sucesiva —de hecho, conocido doctrinal y jurisprudencialmente con el nombre de doble venta—, pues de otra forma sin duda alguna habría que afirmar que la propiedad se adquiere por el único comprador desde que se produce la conjunción entre título y modo de adquirir. Precisamente el límite a la aplicación de la doctrina del título y el modo surge cuando la misma cosa se enajena dos —o más— veces sucesivamente a diversos sujetos y es para tal situación que el artículo 1473 del Código civil dispone criterios de preferencia a fin de resolver el conflicto suscitado. De manera que el resultado previsto por la norma comentada se alcanza no por aplicación de la teoría del título y el modo sino por la de los criterios de preferencia recogidos en el precepto considerado, que se activa para resolver un conflicto de títulos entre dos posibles adquirentes, dando solución no a la cuestión de en qué momento el transmitente deja de ser propietario del bien sino a quién, de entre dos o más posibles adquirentes, corresponde la propiedad. Por lo que se debe concluir la imposibilidad de aplicación del artículo 1473 del Código civil si en el orden jurídico no se ha producido la venta sucesiva de una misma cosa por una persona a dos o más compradores. Considero que esto es una premisa para la aplicación del precepto, que da solución a un conflicto adquisitivo que no cabe resolver con la doctrina de título y el modo.

III. CONCLUSIÓN

Sin duda, el planteamiento jurisprudencial ofrecido por las resoluciones revisadas en este trabajo, en orden a la interpretación y consecuente aplicación de la doctrina derivada de los preceptos contenidos en los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, supone un relevante cambio de orientación respecto de la posición, por etapas oscilante, que nuestro Tribunal Supremo había venido manteniendo hasta la fecha.

A mi juicio, consolidar la postura por la que en un conflicto de adquisiciones inmobiliarias resulte siempre preferido el tercero con título inscrito, resulta una conclusión conforme con el propósito contenido en el precepto del 1473 del Código civil. No así la argumentación expuesta para

alcanzar tal conclusión, determinante de una forzada interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a los efectos de justificar la adquisición del inscribiente. Considero que el fundamento de tan apurado razonamiento se localiza en la insistencia por encontrar respuesta a un supuesto de conflicto de adquisiciones en la aplicación de un esquema inadecuado. Y es que, como he tenido ocasión de explicar, los conflictos adquisitivos encuentran solución fuera del ámbito de la teoría del título y el modo, y es precisamente en ese territorio externo a la misma, en el que asienta el criterio resolutorio del conflicto contenido en la norma del artículo 1473 del Código civil. Desde esta perspectiva no resulta necesario extremar la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que la adquisición inmobiliaria del tercero que ha inscrito su título resulte preferente, pues lo será siempre al amparo del principio de inoponibilidad contenido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en cuyo esquema el supuesto del 1473, párrafo 2.º, del Código civil encuentra cabida, por tratarse, sin duda, de un «tercero» distinto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 9.ª ed., Barcelona. Editorial Bosch.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 190-210.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1945). El problema de la causa en la tradición (conferencias), *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia*, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral, Tomo II. Derecho de cosas, Vol. 1.º. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, Madrid, 13.ª ed. Editorial Reus.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (1999). *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, Editorial Aranzadi.
- (2002). Principio de legitimación, protección registral del tercer adquirente inscrito y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994, en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 111-138.
- (2008). El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTs, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008), en *La Ley*, núm. 7080.
- (2008). *Curso Básico de Derechos Reales* (coordinado por Juan Manuel Llopis Giner), Lección 3.ª «Adquisición y pérdida de los derechos reales (I)», 59-73, Valencia, 2.ª ed. Editorial Práctica de Derecho.

- CLEMENTE MEORO, M.E. (2000). *El acreedor de dominio*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- COSSÍO Y CORRAL, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, Editorial Bosch.
- CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996. Editorial Bosch.
- (2008). Doble venta y venta de cosa ajena, Alcance del artículo 1473 del Código civil: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. por Yzquierdo Tolsada, M., vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 479-515.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativos, en *Anuario de Derecho Civil*.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). La doble venta, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 699-788.
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario al artículo 1473 del Código civil, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XIX, Artículos 1445 a 1541 del Código civil, 2.ª ed., Madrid. Editorial Edersa.
- (1991). Comentario al artículo 1473 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1978). *La representación aparente*, Sevilla. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
- (2001). La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIV, fascículo I, enero-marzo, 151 y 180.
- (2007). Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral, en *Actualidad Civil*, núm. 6, 598-601.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1988). *Elementos de Derecho Civil, III, vol. I, 1.ª parte*, 2.ª ed., Barcelona. Editorial Bosch.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1993). Naturaleza, perfección y eficacia del contrato de donación, en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 273 y sigs., publicado previamente en *Revista de Derecho Privado*, 1964, 275-299 con el título Los artículos 623 y 629 del Código civil y el contrato de donación.
- (1993). De nuevo sobre la naturaleza de la donación, en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 313-322.
- MARÍN CASTÁN, F. (2009). Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de y 7 de septiembre de 2007, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 158, 1257 y sigs.

- MOURE-MARIÑO (1944). Conferencia de D. Ursicino Álvarez Suárez sobre *El problema de la causa en la tradición*, en *Revista de Derecho Privado*, 472 y 582.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- PETIT SEGURA (1990). *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona. Editorial Bosch.
- RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona. Editorial Bosch.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala Civil, de 6 de diciembre de 1962
- STS, Sala Civil, de 7 de diciembre de 1987
- STS, Sala Civil, de 4 de marzo de 1988
- STS, Sala Civil, de 23 de mayo de 1989
- STS, Sala Civil, de 17 de octubre de 1989
- STS, Sala Civil, de 8 de marzo de 1993
- STS, Sala Civil, de 13 de abril de 1993
- STS, Sala Civil, de 25 de marzo de 1994
- STS, Sala Civil, de 19 de octubre de 1998
- STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001
- STS, Sala Primera, de 10 de junio de 2003
- STS, Sala Primera, de 16 de junio de 2003
- STS, Sala Primera, de 6 de mayo de 2004
- STS, Sala Primera, de 24 de junio de 2004
- STS, Sala Primera, de 25 de octubre de 2004
- STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 2005
- STS, Sala Primera, de 25 de mayo de 2006
- STS, Sala Primera, de 21 de julio de 2006

- STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007. Sala de lo Civil. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN. Roj: STS 1192/2007- ECLI:ES:TS:2007:1192. Rec. núm. 2022/2000.
- STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2007. Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 1604/2007-ECLI:ES:TS:2007:1604. Rec. núm. 1098/2000.
- STS, Sala Primera, Pleno, de 7 de septiembre de 2007. Ponente: Excmo. D. Francisco MARÍN CASTÁN. Roj: STS 5823/2007-ECLI:ES:TS:2007:5823. Recurso núm. 3150/2000.
- STS, Sala Primera, de 5 de mayo de 2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 2563/2008-ECLI:ES:TS:2008:2563. Rec. núm. 786/2001.

- STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008. Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarna ROCA TRÍAS. Roj: STS 7035/2008-ECLI:ES:TS:2008:7035. Recurso núm. 2468/2003.
- STS, Sala Primera, de 13 de noviembre de 2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 7119/2009-ECLI:ES:TS:2009:7119. Recurso núm. 1859/2005.
- STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, Roj: STS 4215/2010-ECLI:ES:TS:2010:4215. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Rec. núm. 12100/2006.
- STS, Sala Primera, de 11 de febrero de 2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 720/2011-ECLI:ES:TS:2011:720. Rec. núm. 331/2007.
- STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier ORDUNA MORENO. Roj: STS 9198/2012-ECLI:ES:TS:2012:9198. Rec. núm. 1028/2010.
- STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER. Roj: STS 1141/2013-ECLI:ES:TS:2013:1141. Recurso núm. 1662/2010.
- STS de 13 de mayo de 2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 2617/2013-ECLI:ES:TS:2013:2617. Rec. núm. 280/2011.
- STS, Sala Primera, de 14 de septiembre de 2018. Ponente: Excma. Sra. M.^a de los Ángeles PARRA LUCÁN. Roj: STS 3144/2018-ECLI:ES:TS:2018:3144. Recurso núm. 3800/2015.
- STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 2019. Ponente: Excma. Sra. Dña. M.^a de los Ángeles PARRA LUCÁN. Roj: STS 1722/2019-ECLI:ES:TS:2019:1722.

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007. Sala de lo Civil. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN. Roj: STS 1192/2007-ECLI:ES:TS:2007:1192. Rec. núm. 2022/2000.

² STS, Sala Primera, Pleno, de 7 de septiembre de 2007. Ponente: Excmo. D. Francisco MARÍN CASTÁN. Roj: STS 5823/2007-ECLI:ES:TS:2007:5823. Recurso núm. 3150/2000.

³ Cfr., por todos, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., (2008). El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTs, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008, en *La Ley*, núm. 7080; CUENA CASAS, M., (2008) Doble venta y venta de cosa ajena, Alcance del artículo 1473 del Código civil: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. por Yzquierdo Tolsada, M., vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, 479 y sigs., y MARÍN CASTÁN, F., (2009) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de y 7 de septiembre de 2007, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 158, 1257 y siguientes.

⁴ Y es que, ciertamente, la falta de abono del precio de la adquisición no empece la adquisición de la titularidad dominical, a menos que se acredite la concurrencia de una convención resolutoria expresa —art. 1504 del CC— o cuya constancia tabular pueda afectar al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y en el supuesto considerado la falta de pago de una buena parte del precio de la primera adquisición, así como la falta de cumplimiento de las condiciones necesarias para la verificación de la subrogación podrían justificar la resolución contractual por parte del transmitente, aunque no frenar la adquisición por parte de la demandada. En definitiva, lo relevante a los efectos de la adquisición del dominio mediante un contrato de finalidad traslativa como es la compraventa no es el abono del precio sino que el acuerdo de voluntades (título) se encuentre vinculado a la tradición (modo) en cualquiera de sus posibles formas pues, como tendré ocasión de explicar en las páginas siguientes, el precepto contenido en el artículo 1473 del Código civil no desvirtúa nuestro sistema transmisivo que responde al esquema propio de la llamada teoría del título y el modo, sino que lo excepciona, al resolver, mediante los criterios de preferencia que en la norma se contienen, la situación de transmisión doble —o múltiple— por parte de su titular dominical de una misma cosa a diversos adquirentes de entre los cuales debe determinarse cuál va a adquirir definitivamente el dominio —o derecho real del que se trate— sobre el bien enajenado.

⁵ No obstante lo cual, autores como CUENA CASAS, M., *Doble venta...*, *loc. cit.*, destacan que en la STS de 5 de mayo —y también en las de 20 de noviembre de 2008 y 13 de noviembre de 2009, ambas citadas por la señalada autora— la doctrina consolidada en la STS de 7 de septiembre de 2007 se diluye, sin atender a que en las referidas sentencias se confrontaba una transmisión verificada mediante compraventa con una enajenación judicial, supuesto que queda al margen del artículo 1473 del Código civil y debiera resolverse al amparo de las previsiones contenidas en la Ley Procesal civil y también de los artículos 464 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, de tal manera que al pronunciamiento que se contiene en la STS de 5 de mayo de 2008 bien podría atribuírsele el valor ya no de *ratio decidendi* sino de mero *obiter dicta*, al declarar que «la doble venta se da en el supuesto de que la misma cosa sea vendida por su dueño a distintos compradores, pero ninguno de ellos ha llegado a adquirir la propiedad; si uno de ellos la adquiere, se planteará el caso de venta de cosa ajena. Así, el artículo 1473 del Código civil soluciona quién deberá ser el adquirente, si se ha vendido la cosa a varias personas y todavía ninguna de ellas la ha adquirido». Y lo mismo cabe deducirse de la STS de 20 de noviembre de 2008, también mencionada por la autora. Aunque diverso sería el supuesto enjuiciado por la STS de 13 de noviembre de 2009, considerada asimismo por la autora citada, en la que en la que el Alto Tribunal aplica el artículo 1473

del Código civil a un supuesto conflictual generado entre dos transmisiones sucesivas, afirmando que si la primera venta se hubiera consumado la segunda de las enajenaciones sería una venta de cosa ajena.

⁶ STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2007. Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 1604/2007-ECLI:ES:TS:2007:1604. Rec. núm. 1098/2000.

⁷ STS, Sala Primera, de 7 de septiembre de 2007. Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN. Roj: STS 5823/2007-ECLI:ES:TS:2007:5823. Rec. núm. 3150/2000.

⁸ STS, Sala Primera, de 5 de mayo de 2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 2563/2008-ECLI:ES:TS:2008:2563. Rec. núm. 786/2001.

⁹ STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008. Ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarna ROCA TRÍAS. Roj: STS 7035/2008-ECLI:ES:TS:2008:7035. Recurso núm. 2468/2003.

¹⁰ STS, Sala Primera, de 13 de noviembre de 2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 7119/2009-ECLI:ES:TS:2009:7119. Recurso núm. 1859/2005.

¹¹ STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, Roj: STS 4215/2010-ECLI:ES:TS:2010:4215. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Rec. núm. 12100/2006. En esta resolución se declara que: «Entrando en el análisis del recurso de casación, su desestimación es evidente, después de lo expuesto hasta ahora (...) El motivo se formula por indebida aplicación de los artículos 609 y 1261 del Código civil y en el mismo se insiste en que las fincas las adquirió para su comunidad de gananciales el abuelo y causante del demandante en la instancia y ahora recurrente en casación. Ciertamente su adquisición en 1978 fue válida, el título era un contrato de compraventa perfecto y el modo fue la posesión material que funcionó como tradición real. En el desarrollo de este motivo, tras afirmar que la adquisición fue válida y eficaz, lo cual es cierto, se pasa a la afirmación que la posterior venta, en 1999, fue nula o inexistente por falta de objeto, lo cual no es cierto. Se trató de una venta de cosa ajena, que, tal como dice la Sentencia de 5 de mayo de 2008, citada anteriormente: “La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder de disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapción) *a non domino* en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquella. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz” (...) Por tanto, la adquisición en 1978 por el causante del demandante y recurrente fue válida y eficaz y la adquisición por los demandados en 1999 fue una venta de cosa ajena, que dio lugar a una adquisición *a non domino*, como es de ver en el motivo siguiente» (FJco. 3.º). Y se añade lo que sigue: «El motivo segundo del recurso de casación se ha formulado por indebida aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por no aplicación del artículo 33 de la misma ley. Este motivo es como una continuación del anterior. La adquisición por los codemandados en 1999 no fue nula o inexistente, por lo que no entraba en aplicación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sino que se trató de una adquisición *a non domino* por terceros de buena fe, que inscribieron su derecho en el Registro de la Propiedad (...) En consecuencia, no se ha infringido el artículo 33. La compraventa de 1999 no es nula. Como se ha dicho anteriormente es una venta de cosa ajena. No hay nulidad, contemplada en el artículo 6.3 del Código civil, sino que la falta de poder disposición del que no es propietario y vende la cosa ajena puede caer directamente bajo el supuesto del artículo 34, tal como ya dijo la Sentencia de 22 de junio de 2001 («La fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente...») y reiteró la de 5 de marzo de 2007

(«... precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca...»). Por lo que tampoco se ha infringido este artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (F.Jco. 4.º).

¹² STS, Sala Primera, de 11 de febrero de 2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 720/2011-ECLI:ES:TS:2011:720. Rec. núm. 331/2007.

¹³ STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier ORDUÑA MORENO. Roj: STS 9198/2012-ECLI:ES:TS:2012:9198. Rec. núm. 1028/2010.

¹⁴ STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER. Roj: STS 1141/2013-ECLI:ES:TS:2013:1141. Recurso núm. 1662/2010.

¹⁵ STS, Sala 1.ª, de 14 de septiembre de 2018. Ponente: Excmo. Sra. M.ª de los Ángeles PARRA LUCAN. Roj: STS 3144/2018-ECLI:ES:TS:2018:3144. Recurso núm. 3800/2015.

¹⁶ STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 2019. Ponente: Excmo. Sra. Dña. M.ª de los Ángeles PARRA LUCÁN. Roj: STS 1722/2019-ECLI:ES:TS:2019:1722. Recurso núm. 4210/2016. En esta sentencia se declara que: «A partir de la Sentencia del pleno 928/2007, de 7 de septiembre, es doctrina de la Sala que el artículo 1473 CC es aplicable cuando se da el supuesto de hecho de varias ventas sucesivas de un inmueble por el mismo vendedor, inicialmente propietario y con poder de disposición, también en los casos en que el primer comprador hubiera adquirido la propiedad del inmueble en virtud de la tradición. De acuerdo con la doctrina de la Sala si el dominio estaba inscrito a favor del vendedor, aunque realmente lo hubiera transmitido a otro comprador, prevalece el comprador que inscribe si reúne en ese momento la buena fe requerida por el artículo 34 LH (con posterioridad, a la Sentencia citada 928/2007, en el mismo sentido las Sentencias 73/2011, de 11 de febrero, y 392/2012, de 27 de junio) (...) La aplicación del artículo 1473 CC precisa una identidad en el objeto («si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores...»). Esa identidad también se da cuando, como sucedió en el caso de la Sentencia 928/2007, de 7 de septiembre, el objeto de las dos ventas no es totalmente coincidente porque con ocasión de la primera se segregó de la finca matriz una porción que fue la que se vendió, mientras que en la segunda compraventa se vendió la totalidad de la finca. Esto es lo que sucede en el presente caso (...) En el litigio que da lugar al presente recurso de casación, la sentencia del juzgado consideró probado que la parcela adquirida por Pusa «en ningún momento fue objeto de la segunda compraventa». Pero la sentencia de la Audiencia modifica los hechos probados por la sentencia de primera instancia y destaca cómo en la escritura de 25 de noviembre de 2003, por la que DDR compró varias fincas, se hacían «exposiciones» o «manifestaciones» de segregaciones respecto de otras fincas, pero no respecto de la registral NÚM. xxx de la que formaba parte la parcela vendida con anterioridad a Pusa. Reitera en varios pasajes que el objeto designado de la venta es la registral NÚM. xxx sin reserva, entera, por tanto (...) En la misma sentencia se insiste reiteradamente en que el representante legal de la vendedora Penat omitió hacer en la escritura reserva de la segregación producida, o que la situación se ha creado por un error cometido por la vendedora al no modificar la descripción de la finca, rectificando las lindes o nombrándola como resto de la finca. De hecho, la Audiencia, a pesar de estimar sustancialmente la demanda y declarar la propiedad de la actora de la parcela adquirida, declara también estimar parcialmente el recurso y revocar parcialmente la sentencia de primera instancia precisamente porque considera que no es cierto lo que sugiere la sentencia del juzgado en el sentido de que podría parecer que DDR aceptó que existieran segregaciones anteriores respecto de la finca NÚM. 000. Las expresiones confusas de la sentencia recurrida en el sentido de que la vendedora efectivamente solo le vendió a DDR el resto de la finca responde a la creencia errónea de la Audiencia, reflejada en diversos pasajes de su sentencia, de que la venta sería de cosa parcialmente ajena, nula en parte, dice la sentencia, y de ahí su presuposición de que en realidad la vendedora, que ya había vendido un trozo a Pusa solo podía vender “efectivamente” a DDR el resto de la finca (...) En definitiva, más allá de sus valoraciones jurídicas incorrectas, por lo que importa

a la hora de estar a los hechos probados, la prolija sentencia de la Audiencia considera expresamente probado que Penat le vendió a Pusa 2.710 metros cuadrados de la finca NÚM. xxx y también que, posteriormente a la consumación de aquella venta, Penat vendió la finca NÚM. 000 entera a DDR (fundamento de derecho décimo) (...) Así las cosas, de acuerdo con los hechos probados, se dan todos los presupuestos para considerar que DDR mantiene la condición de dueña de la finca NÚM. xxx que resulta de su inscripción por resultar protegida por la fe pública registral: aunque Penat vendió parte de la finca NÚM. xxx a Pusa, que tomó posesión de ese trozo de la finca, el dominio con poder de disposición sobre la entera finca NÚM. xxx estaba inscrito a favor de Penat cuando Penat se la vendió a DDR, quien inscribió a su nombre de buena fe. Esto último porque la misma sentencia considera, a la vista de la prueba practicada, que «cuando compra DDR es evidente que no sabe que se le vende algo que en parte ya estaba vendido» (fundamento de derecho séptimo) (...) Procede por ello estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida y desestimar tanto la acción declarativa de dominio interpuesta por Pusa como su pretensión de que se declare la nulidad parcial de la venta de Penat a DDR porque, de acuerdo con la doctrina sentada a partir de la Sentencia de 5 de marzo de 2007 (Rc. 5299/1999) esta Sala rechaza la tesis de que la segunda transmisión deba declararse nula por no ser ya la cosa vendida propia del vendedor y carecer de objeto (...) Conviene añadir que deben descartarse las alegaciones de Pusa que, en su escrito de oposición al recurso de casación, argumenta que existe cosa juzgada en atención a que en el procedimiento que siguió contra Penat se dictó sentencia en la que se declaró que el supuesto no era de doble venta porque la finca que fue vendida a Pusa se había excluido expresamente de la venta posterior a DDR. Esto último no es exacto. La Sentencia de la Audiencia de Barcelona, sec. 17.^a, 74/2009, de 6 de febrero, que puso fin a ese procedimiento y quedó firme, al no ser recurrida por Pusa, consideró que no procedía la pretensión de resolución del contrato de compraventa celebrado entre Pusa y Penat porque entendió que no hubo incumplimiento por parte de Penat, que entregó la parcela adquirida a Pusa, y añadió que existían “dudas razonables”, “dudas interpretativas sobre que la porción segregada vendida a la actora deba incluirse en la finca vendida a dicha tercera empresa”, para terminar concluyendo que “como también subraya la juez de la instancia, no procede en la presente dilucidar sobre la propiedad del inmueble”. En consecuencia, es claro que, en ese primer procedimiento, en el que no fue parte DDR, al margen de que las sentencias dictadas realizaran afirmaciones sobre la doble venta y la venta de cosa ajena no ajustadas a la doctrina de esta sala, no se ventiló el asunto de la propiedad de la parcela vendida a Pusa. Atendiendo a que hubo entrega material, “traditio”, se rechazó la pretensión de Pusa de resolución por incumplimiento (...) Esto no significa que no deba calificarse de negligencia muy grave la conducta del representante de Penat que, al no mencionar cuando vendió a DDR la finca NÚM. xxx que había vendido previamente a Pusa un trozo de la misma, volvió a vender esa parte a DDR quien, al inscribir de buena fe su adquisición, adquirió ese trozo, del que Pusa había tomado posesión, “a non domino”. En consecuencia, queda abierta la exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados a Pusa como consecuencia de esa negligencia» (F.Jco. 2.^o).

¹⁷ STS de 13 de mayo de 2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Roj: STS 2617/2013-ECLI:ES:TS:2013:2617. Rec. núm. 280/2011.

¹⁸ Al respecto, en la STS de 13 de mayo de 2013 se declara lo siguiente: «El primero de los motivos del recurso de casación se basa en la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta norma, esencial en el Derecho inmobiliario registral, proclama el principio de fe pública registral que protege absolutamente al llamado tercero hipotecario, siempre que reúna los presupuestos que señala aquella norma, uno de los cuales, el único que se discute en este proceso y que es el objeto de este motivo, es de la buena fe (...) El concepto de buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos sino de conocimiento, ajeno a las maniobras y al engaño: así, Sentencias de 17 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000, 18 de

diciembre de 2007. Es el sentido negativo de la buena fe, como elemento intelectual de desconocimiento o ignorancia del error, al que se suma el elemento positivo de creencia o confianza en la exactitud del Registro de la Propiedad: así se ha expresado la jurisprudencia desde la antigua Sentencia de 9 de julio de 1900 hasta las más recientes de 23 de mayo de 2002, 24 de julio de 2003, 2 de abril de 2004, pasando por la contundente de 2 de julio de 1965 (...) En el presente caso, los hechos declarados probados son rotundos. Se aprecia un conocimiento de la situación conflictiva y de la posesión por el padre fallecido de uno de los demandados, cuya herencia yacente también es demandada, por parte de la sociedad demandante y de las anteriores adquirentes que es jurídicamente constitutiva de la mala fe. Por más que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria hace presumir la buena fe, en los autos de la instancia y así se declara en ambas sentencias de la misma, constan probados los hechos que acreditan tanto la falta de buena fe en el sentido objetivo expuesto, como en el sentido subjetivo. Por lo cual, no puede estimarse este motivo sino que, por el contrario, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente la norma que se dice infringida en el mismo» (F.Jco. 2.º). «El motivo segundo del recurso de casación alega la infracción del artículo 32 de la Ley Hipotecaria porque lo no inscrito, es decir, el título por el que adquirió don Carlos Jesús, fallecido, que no inscribió, no perjudica al tercero, que es la sociedad demandante y recurrente en casación. Dicho adquirente, por cierto, no inscribió porque el que le vendió la finca se negó a otorgar escritura pública y tuvo que instarlo judicialmente y al recaer sentencia acordando el otorgamiento, aquel vendedor, todavía titular registral, ya había vendido la misma finca a otra persona en escritura pública que inscribió en el Registro de la Propiedad (...) El artículo 32, en relación con el 34, beneficia y protege al tercero al que alcanza la fe pública registral, en el sentido de que no puede afectarle lo que no aparece en el Registro de la Propiedad y puede tenerlo por inexistente o inoperante, en cuanto le perjudique. Sin embargo, lo que es indiscutible y lo ha mantenido una jurisprudencia reiterada desde antiguo, es que es preciso para este tercero el presupuesto de la buena fe. Sentencias de 16 de septiembre de 1985, 4 de marzo de 1988, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 11 de abril de 1992, 15 de abril de 1993, 24 de noviembre de 1995, 27 de septiembre de 1996. Ciertamente, nunca el Derecho puede dispensar protección a quien carece de buena fe, como principio general (...) El caso presente es claro. Las sentencias de instancia, como se ha dicho al rechazar el motivo anterior, declaran probados una serie de hechos que acreditan que concurre mala fe en las adquirentes, como la sociedad demandante, considerando la buena fe tanto en sentido objetivo como subjetivo. Por tanto, por falta de este presupuesto que aunque no lo exprese el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo mantiene la jurisprudencia y concuerda con el principio general del derecho que en líneas anteriores ha sido expuesto, el motivo debe ser desestimado» (F.Jco. 3.º). «El tercero y el cuarto de los motivos de casación se desestiman igualmente. Aquel, por ser reproducción del anterior al que se remite, como infracción del artículo 606 del Código civil equivalente al 32 de la Ley Hipotecaria y este, porque el artículo 609 del Código civil precisamente abona la posición contraria (...) Efectivamente, el artículo 609, en relación con el 1095, impone en nuestro Derecho la doctrina romana del título y el modo y el fallecido don Carlos Jesús obtuvo el título con el contrato de compraventa en documento privado y el modo con la posesión material, conforme al párrafo primero del artículo 1462, hechos probados e indiscutibles en casación. Son innumerables las sentencias que recuerdan esta doctrina, como las del 14 de mayo de 2009, 13 de noviembre de 2009, 2 de diciembre de 2010 (...) En consecuencia, es este —don Carlos Jesús— quien adquirió la finca por la concurrencia del título —documento privado de compraventa— y el modo —posesión efectiva— de tal manera que cuando el mismo vendedor vendió la finca a tercero en escritura pública, por más que se hiciera constar en ella que equivalía a la tradición, no pudo constituir *traditio ficta* porque la tradición real se había producido con anterioridad» (F.Jco. 4.º). «El último, quinto motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 1473 del Código civil que resuelve el problema de la doble venta. Se debe entender por tal la

de una misma cosa que es vendida a personas distintas por el mismo propietario; este problema se plantea cuando debe determinarse cuál de ellos es el preferente para adquirir la cosa. Sin embargo, no se plantea si la primera de las ventas ha sido consumada y la cosa ha sido ya adquirido —título y modo— por uno de los compradores. Así lo expresa la Sentencia de 5 de marzo de 2007 que afirma que la venta de cosa ajena no es nula ni inexistente, sino ineficaz por falta de poder de disposición y un adquirente posterior puede ser protegido, como adquirente *a non domino* siempre que inscriba en el Registro de la Propiedad su adquisición y siempre que medie buena fe (...) Asimismo la Sentencia de 5 de mayo de 2008: «La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) *a non domino* en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquella. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz (...) El caso presente no es doble venta y no se aplica el artículo 1473, sino que cuando el Sr. Tomás vendió en escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiera siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a don Carlos Jesús en documento privado (título) y este había tomado posesión material de la finca (modo) (...) Es decir, en conclusión, vendió algo que no era de su propiedad y los sucesivos adquirentes no estaban protegidos por la fe pública registral al carecer del presupuesto de la buena fe» (F.Jco. 5.º).

¹⁹ A la vista de este giro jurisprudencial es por lo que, no sin razón, se ha venido a afirmar que «si bien la polémica sobre el ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil, su relación con la venta de cosa ajena y correlativa integración con lo dispuesto en los artículos 464 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, ha experimentado en los últimos años un giro decisivo a partir de la STS de 7 de septiembre de 2007, el peso de la contradictoria historia jurisprudencial en torno a dicho precepto continúa y continuará dando quebraderos de cabeza, dada la incomprensible falta de acatamiento por parte del Tribunal Supremo de su propia doctrina plenaria y consiguiente inseguridad jurídica que ello genera» (cfr. FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018) «La doble venta», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 699-788).

²⁰ En efecto, sin que ningún indicio justificado en la dicción del artículo 1473 del Código civil permitiera condicionar su aplicabilidad a la circunstancia de que entre las diversas transmisiones con tradición de una misma cosa no haya transcurrido ningún periodo, más o menos prolongado, de tiempo, la jurisprudencia comenzó a desterrar del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de venta de un inmueble por un mismo vendedor cuando la primera de las transmisiones apareciera seguida de tradición, entendiéndose que, en consecuencia, en la segunda se ha transmitido una cosa que, en rigor y por aplicación del artículo 609 del Código civil, ya no pertenecía al transmitente, gestándose, de esta manera, una distinción entre doble venta y venta de cosa ajena y excluyéndose a esta última del ámbito aplicativo del artículo 1473 del Código civil que queda circunscrito a lo que, según el criterio del Tribunal, constituye en sentido estricto un supuesto de doble venta (cfr., por todas, SSTS, Sala Primera, de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994, de cuya revisión tuve ocasión de ocuparme en mi trabajo Principio de legitimación, protección registral del tercer adquirente inscrito y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994, en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, 111-138). Es a partir de este momento cuando coexisten, en la práctica jurisprudencial,

dos criterios interpretativos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en orden a su aplicación: por el primero de ellos, se le atribuye a la norma en el mismo contenida la eficacia sanadora del poder dispositivo del *tradens*, en tanto que, contradictoriamente, el otro se la negaba por considerar que la segunda transmisión resultaba nula precisamente por la carencia de dicho poder de disposición. En mi opinión, ni la consideración de que la adquisición en virtud de procedimiento de apremio no reviste la misma «normalidad» que la producida en virtud de un negocio jurídico directo entre las partes [cfr. GORDILLO CAÑAS, A., (2007), Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral, en *Actualidad Civil*, núm. 6, 598-601], ni tampoco el invocado argumento de justicia que pudiera haber forzado la interpretación del correcto sentido de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria en defensa del derecho de los compradores de viviendas que, en un momento de frecuentes estafas inmobiliarias, no encontraba protección mediante otros cauces (vgr. por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, tercería de dominio, responsabilidad civil derivada de delito), justifica el desenfoque interpretativo de una norma que se incorpora a nuestro sistema de transmisión con el propósito definido de constituir un criterio dirigido a resolver un conflicto adquisitivo fuera del ámbito de las transmisiones singulares sucesivas en el que, sin ningún género de dudas, rige siempre la teoría del título y el modo.

²¹ Y que, por otra parte, tampoco se contiene en ninguno de sus precedentes normativos. A lo que habría añadir la necesaria consideración de la ubicación sistemática de la norma en la sección del Código destinada a la regulación de las obligaciones del vendedor, así como la consabida concordancia del precepto del artículo 1473 del Código civil con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (hoy art. 32 de la Ley Hipotecaria). Todo lo cual, en mi opinión, conduce a reforzar el criterio que sostengo en este trabajo.

²² En efecto, con carácter general, la doctrina no ha venido entendiendo que la norma contenida en el artículo 1473 del Código civil altere el sistema general de transmisión mediante título y modo sino más bien que, ante dos procesos de transmisión completos, ambos con título válido, y resultando normalmente el primero seguido de entrega de la posesión material de la finca y otorgada escritura pública representativa de tradición instrumental en el segundo, el conflicto debe resolverse a favor de la seguridad del tráfico estableciendo «criterios de solución a la incompatibilidad resultante de la patológica concurrencia de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada y separada», aunque sea a costa de impedir la consolidación de una propiedad adquirida» [cfr. GORDILLO CAÑAS, A., (2001) *La inscripción en el Registro de la Propiedad* (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIV, fascículo I, enero-marzo, 151 y 180. Y, en el mismo sentido, CUENA CASAS, M., (1996), *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona. Editorial Bosch, 356].

²³ Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., (2008) *Curso Básico de Derechos Reales* (coordinado por Juan Manuel Llopis Giner), Lección 3.^a Adquisición y pérdida de los derechos reales (I), 59-73, Valencia. Editorial Práctica de Derecho, 2.^a ed.

²⁴ Su acogida en el BGB se atribuye a la gran autoridad que tuvo en la elaboración del Código civil alemán la doctrina de Savigny.

²⁵ Para una más completa explicación del sistema *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., (1987) *Derecho civil español, común y foral, Tomo II. Derecho de cosas, Vol. 1.º. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, Madrid, 13.^a ed. Editorial Reus, 280-282.

²⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (1987), *Derecho civil español, común y foral, Tomo II, 1.º, cit.*, 279.

²⁷ Conviene anticipar que el artículo 981 del Proyecto isabelino disponía lo siguiente: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en el artículo 1859». Por su parte, el

artículo 1859 establecía: «*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.*»

²⁸ Se afirma que también es el seguido por los Códigos austriaco y suizo. Pero en estos Códigos el modo no es la tradición en todo caso, sino la tradición para bienes muebles y la inscripción para bienes inmuebles (*vid.* CASTÁN TOBENAS, J., (1987) *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, 1.º, *cit.*, 285).

²⁹ *Vid.* ALVAREZ SUÁREZ, U., (1944) El problema de la causa en la tradición (conferencias), Madrid, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia, y MOURRE-MARINO, (1944) Conferencia de D. Ursicino Álvarez Suárez sobre *El problema de la causa en la tradición*, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, 472 y 582, citados por CASTÁN.

³⁰ Cód., lib. II, tít. III, ley 20.

³¹ Dig., lib. XLI, tít. I, frag. 31.

³² Conviene advertir que en la doctrina la palabra «tradición» se emplea preferentemente en un sentido riguroso, como aquella clase de entrega que produce legítimamente la transmisión. De modo que los actos de entrega que carezcan de causa (*titulus*), o de los presupuestos necesarios para producir el efecto de la transmisión, se consideran como actos de simple entrega sin valor de tradición.

³³ Cfr. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, 19.

³⁴ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., (1965) *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 174. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

³⁵ Publicado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

³⁶ En este sentido se manifiestan COSSÍO Y DEL CORRAL, A., (1975), *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 138; LACRUZ BERDEJO, J. L., (1988), *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, 1.ª parte, 2.ª ed., Barcelona. Editorial Bosch, 129, y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., (1993) Naturaleza, perfección y eficacia del contrato de donación, en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 273 y sigs., publicado en *Revista de Derecho Privado*, 1964, 275-299 con el título *Los artículos 623 y 629 del Código civil y el contrato de donación.*

³⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (1966) *La tradición y los acuerdos traslativos*, en *Anuario de Derecho Civil*, 563.

³⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., De nuevo sobre la naturaleza de la donación, en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, *cit.*, 313-322.

³⁹ GORDILLO CAÑAS, A., (1978) *La representación aparente*, Sevilla, 406.

⁴⁰ RUBIO GARRIDO, T., (1994) *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona. Editorial Bosch, 111.

⁴¹ PETIT SEGURA, (1990) *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona. Editorial Bosch, 111. En este sentido CLEMENTE MEORO, M. E., (2000), *El acreedor de dominio*, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 155-156, considera que el comprador protegido en el artículo 1473.2 del Código civil es un adquirente «*a domino*», resultando que la propiedad se transmite a favor del segundo comprador que inscriba antes «en la medida en que el acto dispositivo lo haya realizado el *verus dominus*» pues, en otro caso, la adquisición «sería *a non domino* y exigiría los requisitos del artículo 34».

⁴² *Vid.* ALBALADEJO, M., (1994) *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 9.ª ed., Barcelona. Editorial Bosch, 80, y AMORÓS GUARDIOLA, M., (1972) La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales, en *Anuario de Derecho Civil*, 197, nota 13.

⁴³ En el tratamiento de este primer orden de cuestiones prescindo de la consideración de que en la sentencia comentada ambas transmisiones se verifican mediante procedimiento diverso de la compraventa ordinaria o voluntaria (concretamente, la primera de ellas se realizó por dación en pago —adjudicación en pleno dominio en pago de deudas ajenas— y la segunda mediante resolución dictada en expediente administrativo de

apremio). Con relación a este aspecto, en otro lugar he tenido ocasión de referirme al significado de compraventa, admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, que tiene, en el ámbito de la ejecución hipotecaria, el auto aprobatorio del remate (cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., (1999) *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona. Editorial Aranzadi, 228-229). Hago extensivas las consideraciones vertidas entonces a los supuestos ahora considerados en los que, por otra parte, en ningún momento el Tribunal cuestiona este extremo, refiriéndose directamente a la doble venta, aunque sea para excluir el supuesto enjuiciado del ámbito aplicativo de los conflictos de adquisiciones.

⁴⁴ En este sentido GORDILLO CAÑAS, A., (1978), *La representación aparente, cit.*, 405 y siguientes considera que el artículo 1473 del Código civil contiene una norma de preferencia entre terceros adquirentes de buena fe, de manera que, en el caso de venta múltiple, cada uno de los sucesivos compradores es tercero respecto a las ventas anteriores, siendo preferido el primero que entra en posesión de la cosa o inscribe su adquisición. Esta elección se justifica respecto de los anteriores adquirentes en el plus de la diligencia de quien tomó posesión de la cosa o la inscribió, lo que supone haber evitado la posibilidad de una apariencia engañosa y, respecto de los posteriores, si los hubiere, en que, tras la entrada en la posesión o tras la inscripción se ha destruido la base de apariencia sobre la que pudiera razonablemente fundarse la buena fe de dichos adquirentes posteriores.

⁴⁵ Desde esta posición, a mi juicio la adecuada, PETIT SEGURA, M. A., (1990) *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa, loc. cit.*, diferencia los supuestos en que han de aplicarse las reglas de la doble venta de aquellos otros gobernados por el régimen de las adquisiciones *a non domino*. El mismo criterio se mantiene, entre otros, por ALBALADEJO GARCÍA, M., (1994) *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, loc. cit.*, y AMORÓS GUARDIOLA, M., (1972) La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales, en *Anuario de Derecho Civil, loc. cit.*

⁴⁶ En efecto, consta indicado que un sector de la doctrina hace participar, absoluta o relativamente, a los supuestos de doble venta del esquema propio de las adquisiciones *a non domino*. Así, como apunté, GORDILLO CAÑAS, A., (1978), *La representación aparente, cit.*, 406, señala que «en toda aplicación del artículo 1473 del Código civil hay siempre una adquisición *a non domino*». Y, según RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición, cit.*, 111, «las adquisiciones al amparo del artículo 1473 del Código civil serán unas veces *a non domino* (título originario) y otras *a domino* (título derivativo)».

⁴⁷ Aunque el texto de la norma se refiere literalmente a la doble venta a diferentes compradores de una misma cosa, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la procedencia de la aplicación analógica del precepto a supuestos de doble disposición en los que alguno de los negocios jurídicos en conflicto no es una venta sino una permuta (cfr., STS, de 13 de noviembre de 1956), o un derecho de tanteo (cfr. STS, de 21 de diciembre de 1961). Sin perjuicio de considerar estos supuestos de aplicación analógica del precepto, me refiero a la doble venta en sentido estricto.

⁴⁸ Cfr., por todos, GARCÍA CANTERO, G., (1991), Comentario al artículo 1473 del Código civil, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XIX, Artículos 1445 a 1541 del Código civil, 2.ª ed., Madrid. Editorial Edersa, 271-272.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, 520.

⁵⁰ Cfr. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.*, 950.

⁵¹ En tal sentido, con rotundidad, el artículo 981, párrafo 1.º, del Proyecto de 1851 dispone lo siguiente: «*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propie-*

dad, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes, del Título 20, Libro 3 de este Código». En el comentario a esta norma GARCÍA GOYENA explica lo siguiente: «La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla». No obstante, al glosar el artículo 982, el mismo autor justifica la exigencia de la entrega de la cosa mueble para convertirse en propietario en el supuesto de doble venta, explicando la diferencia que existe, en orden a la adquisición del dominio, entre el supuesto de que exista un único comprador o concurren dos. Por su valor pedagógico y su vinculación de razonamiento al régimen de la doble venta en nuestro Código civil, me parece de interés la reproducción del comentario: «Cuando no hay más que un solo comprador de la cosa mueble rige de lleno lo dispuesto en el artículo anterior. Yo compro un caballo: adquiero desde luego su propiedad sin necesidad de entrega, y si parece sin culpa del vendedor, parece para mí que soy su dueño». Y se refiere seguidamente al supuesto en que haya otro comprador: «Pero otro compró el mismo caballo después que yo, y le fue entregado». Y en este punto precisa el significado de la entrega: «El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior (art. 981): esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros...». Concluye GARCÍA GOYENA su comentario al artículo 982 justificando la diversidad de régimen de los bienes muebles y los inmuebles, y señalando que «en los inmuebles, el comprador puede asegurarse acudiendo al Registro público; en los muebles le falta ese recurso. La legislación Romana y la de Partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los bienes muebles e inmuebles; nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce» (vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.*, 520 y 521).

⁵² De lo expuesto se deduce que el régimen de la doble venta del artículo 1473 del Código no es «una consecuencia inevitable» del sistema transmisivo seguido por nuestro Código que conduce a diferenciar en el proceso de transmisión un momento perfectivo y un momento consumativo en la traslación del dominio, según apunta GARCÍA CANTERO, G., (1991), Comentario al artículo 1473 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, pág. 930. Y ello es así porque en el sistema del Proyecto de 1851, en el que no existe distinción entre momento de perfección del contrato y momento de consumación, los criterios de preferencia aplicados para resolver los conflictos de adquisiciones son los mismos que los contenidos en nuestro Código civil en el que, por otra parte, también es posible localizar algún supuesto en que no se produzca dicha diferencia entre un momento y otro (v.gr. art. 1462, párr. 2.º, del CC).

⁵³ Al respecto, la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 razona el fundamento de la protección del Registro a la transmisión inscrita frente a la no inscrita, en un apartado específicamente dedicado a los efectos de la inscripción por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita, señalando lo siguiente: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, solo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece también el proyecto de Código civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título» (Cfr. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, 37).

⁵⁴ Cfr. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, *cit.*, 137.

⁵⁵ El artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1861 disponía lo siguiente: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley» (Vid. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, *cit.*, 140).

⁵⁶ Cfr. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, *cit.*, 140-141.

⁵⁷ En este sentido el propio Claudio ANTÓN DE LUZURIAGA explica que el artículo 1859 del Proyecto de 1851 constituye una aplicación exacta del principio de la eficacia de la inscripción registral frente a terceros consignado en el artículo 1858 del mismo Proyecto (*vid.* GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.*, 951).

⁵⁸ Cfr. Ley Hipotecaria de 1861. Edición oficial, *cit.*, 19.

⁵⁹ La norma no contempla un supuesto singular, quiero decir único, de compraventa, sino un supuesto, sin duda, más complejo, de doble venta sucesiva. Es oportuno recordar aquí el comentario de GARCÍA GOYENA a los artículos 981 y 982 del Proyecto isabelino (al que me he referido anteriormente), donde justifica la necesidad de entrega de la cosa cuando hay no una venta singular sino una doble venta de una misma cosa. En el primer caso, cuando hay un solo comprador, la propiedad se adquiere por este directamente desde la perfección del contrato. Cuando, diversamente, la misma cosa se vende dos veces el conflicto se resuelve a favor del comprador a quien se entrega. Y en este caso, como indica el propio autor de las Concordancias, se viene a establecer una excepción al sistema de transmisión por el solo consentimiento contractual que sigue el Proyecto de 1851.

*(Trabajo recibido el 28-1-2020 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus**

The application of the clause rebus sic stantibus

Por

JESÚS ESTRUCH ESTRUCH

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valencia

RESUMEN: El artículo analiza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los últimos años. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo había mantenido una interpretación rigurosa de los requisitos necesarios para la apreciación de la figura. Sin embargo, tomando en consideración la crisis económica que ha sufrido el país, en el año 2014 algunas sentencias realizaron una interpretación más flexible de las circunstancias fácticas requeridas para su aplicación, lo que condujo a una ampliación aplicativa de la figura. A partir del año 2015, el Tribunal Supremo ha vuelto a la interpretación tradicional de los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de la cláusula que, en definitiva, constituye una relajación del principio de vinculación contractual. El artículo finaliza con unas conclusiones sobre la aplicación de la cláusula y la concreción de algunos criterios jurisprudenciales sobre asignación de riesgos que pueden extraerse de las sentencias de los últimos años.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «Responsabilidad civil profesional y protección de los consumidores», Der 2017-85129-P, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE).

ABSTRACT: The article analyzes the application of the clause rebus sic stantibus in recent years. Traditionally, the Supreme Court of Spain, has maintained a rigorous interpretation of the necessary requirements for its application. However, taking into account the economic crisis the country has gone through, in 2014 some court rulings adopted a more flexible interpretation of the required factual circumstances for its usage, which lead to the applicative extension of this figure. Since 2015, the Supreme Court has returned to the traditional interpretation of the qualifying conditions that lead to the application of the clause that, ultimately, constitutes a softening of the principle of contractual tying. The article concludes with some considerations about the use of this clause, and the analysis of several risk allocation jurisprudential criteria, which can be extracted from court rulings of recent years.

PALABRAS CLAVE: Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos para su aplicación. Evolución jurisprudencial en la aplicación de la cláusula. Incidencia de la crisis económica. Criterios jurisprudenciales sobre la asignación de riesgos.

KEY WORDS: *Clause rebus sic stantibus. Requirements for its application. Jurisprudential evolution in the application of the clause. The incidence of the economic crisis. Risk allocation jurisprudential criteria.*

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES.—II. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* EN ESPAÑA ANTE LA FALTA DE REGULACIÓN.—III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* Y EFECTOS DE LA MISMA: 1. FIJACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS. 2. CONTRATOS A LOS QUE PUEDE APLICARSE LA CLÁUSULA. 3. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS DE CARÁCTER IMPREVISIBLE QUE PRODUZCAN UNA GRAVE ALTERACIÓN. 4. RUPTURA DEL EQUILIBRIO ENTRE LAS PRESTACIONES O FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO. 5. EXISTENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO. 6. CARÁCTER SUBSIDIARIO. 7. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA.—IV. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS*: 1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA. 2. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA HASTA EL AÑO 2012: A) *La doctrina jurisprudencial tradicional y su aplicación desde el año 2000.* B) *La variación de la edificabilidad de las fincas y el aumento del precio de los inmuebles como suceso previsible.* C) *Supuestos en los que se aplicó la cláusula.* 3. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA EN EL AÑO 2012. 4. LA CONSIDERACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA

COMO ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS. A) *Antecedentes y STS (de Pleno) de 17 de enero de 2013.* B) *La aplicación de la cláusula: la STS de 26 de abril de 2013.* C) *Conclusión: invariabilidad de los requisitos para la aplicación de la cláusula.* 5. LA AMPLIACIÓN APLICATIVA DE LA CLÁUSULA: LAS SSTs DE 30 DE JUNIO Y 15 DE OCTUBRE DE 2014: A) *La STS de 30 de junio de 2014.* B) *La STS de 15 de octubre de 2014.*—V. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* A PARTIR DEL AÑO 2015.—VI. CONCLUSIONES: ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REGULACIÓN DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES

Los contratos se celebran teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo (económicas, sociales, personales, etc.) concurrentes en el momento de su perfección. En ocasiones, los contratantes explicitan dichas circunstancias, manifestando de modo expreso los escenarios que fueron tomados en consideración para contratar y su posible evolución. En otros casos, aunque los contratantes no se refieran expresamente al contexto contractual y a su posible evolución, el mismo está implícito en la contratación realizada.

En base a estas circunstancias, explícitas o implícitas, los contratantes, en uso de su autonomía de la voluntad, acuerdan el equilibrio que estiman oportuno entre las prestaciones contractuales y su posible revisión.

Sin embargo, sobre todo en los contratos de larga duración, las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación, y que realmente pudieron ser tomadas en consideración por los contratantes para obligarse, pueden variar de modo importante, generándose con ello un desequilibrio o desproporción entre las prestaciones establecidas por las partes. Esta desproporción entre las prestaciones puede llegar a producir la ruptura del equilibrio contractual establecido inicialmente.

De igual modo, es posible que circunstancias sobrevenidas, y que no pudieron ser tomadas en cuenta por los contratantes en el momento de la celebración del contrato, hagan que la contraprestación que deba recibir una de las partes ya no le produzca la satisfacción de sus intereses, frustrando, por tanto, la finalidad del contrato.

En estos casos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, adaptando la norma de la vinculación contractual (*pacta sunt servanda*), permiten revisar de alguna manera el equilibrio contractual establecido entre las partes o, incluso, poner fin a la relación contractual cuyo equilibrio ha resultado aniquilado o ha resultado frustrada la finalidad del contrato¹.

También se establecen diversos efectos jurídicos ante la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en los trabajos realizados para la armonización del derecho europeo de obligaciones y contratos², así como en los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales³.

Por el contrario, el Código civil español, que en esta cuestión sigue al Código Napoleónico y a las ideas predominantes en la etapa codificadora referidas a la vinculación de los contratos, en ningún precepto contempla la posibilidad de alteración del contenido contractual o de resolución del vínculo jurídico cuando circunstancias sobrevenidas hubieran afectado de modo importante al equilibrio contractual establecido entre las partes⁴.

Por ello, en los últimos años, se ha defendido la conveniencia de regular los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales.

Así, los textos que se han preparado para la posible modificación del derecho de obligaciones y contratos regulan de manera expresa la posibilidad de revisión o resolución de los contratos ante el acaecimiento de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que produzcan la ruptura del equilibrio contractual⁵.

II. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* EN ESPAÑA ANTE LA FALTA DE REGULACIÓN

Pese a no encontrarse regulados en el ordenamiento jurídico español los posibles efectos de la modificación sobrevenida de las circunstancias contractuales, lo cierto es que a través de la actuación de los Tribunales también en España se ha dotado de relevancia jurídica al cambio sobrevenido de las circunstancias tomadas en consideración por las partes en el momento de la perfección del contrato.

Así, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pueden encontrarse algunas resoluciones en las que, empleando diversas argumentaciones jurídicas (excesiva onerosidad sobrevenida, imprevisión, ruptura de la base del negocio, desaparición sobrevenida de la causa, continuada influencia de la causa onerosa en el contrato, frustración de la finalidad del contrato, presuposición, etc.)⁶, y alegando diversos preceptos (el art. 7 CC relativo a la proscripción del abuso del derecho, el art. 1258 CC referido a la exigencia de actuación conforme a la buena fe, el art. 1274 CC referido a la causa del contrato, etc.), ante una alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias contractuales, han acordado bien la revisión judicial de los pactos iniciales previstos por las partes, bien la resolución o extinción del contrato.

El Tribunal Supremo no ha tenido, por tanto, dificultad en explorar diversas vías jurídicas que le han permitido modificar o poner fin al contrato

cuando la configuración del supuesto de hecho sometido a su consideración así lo exigía con el fin de obtener un resultado justo.

De todas las teorías que el Tribunal Supremo español ha tomado en consideración para proceder a la revisión del equilibrio contractual en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, ha sido la denominada cláusula *rebus sic stantibus* la que mayor acogida ha tenido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Así, a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, los Tribunales españoles han procedido en algunas ocasiones a revisar los contratos cuando las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles han convertido alguna prestación en excesivamente onerosa para la parte contractual que no venía obligada a asumir el riesgo o, incluso, en algún supuesto muy especial, han estimado la resolución del contrato cuando la alteración sobrevenida de las circunstancias ha frustrado la finalidad del mismo.

La cláusula comenzó a aplicarse en los años cuarenta del pasado siglo como mecanismo de revisión de las consecuencias que la guerra civil española había producido en algunos contratos.

Sin embargo, debido precisamente a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este ámbito postbélico, y respecto del que el legislador dictó diversas leyes excepcionales, la jurisprudencia ha sido extraordinariamente cautelosa en su aplicación⁷.

III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y EFECTOS DE LA MISMA

1. FIJACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS

Al no existir en el Código civil precepto que permita revisar o resolver el contrato ante la aparición de circunstancias imprevisibles que afecten al equilibrio contractual, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los requisitos para que pueda ser aplicada la cláusula *rebus sic stantibus* y, en su caso, revisar o resolver el contrato.

La primera sentencia que fijó con carácter general los requisitos para la aplicación de la cláusula fue la STS de 17 de mayo de 1957 (*RJ* 1957, 2164). En esta resolución, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia (coincidente con la de primera instancia, que había admitido la resolución del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*), y rechazó la aplicación de la citada cláusula en un contrato de suministro de envases de hojalata en el que el suministrador alegaba que no podía proporcionar los envases convenidos por la extraordinaria dificultad para cumplir que supuso la escasez de hojalata y el aumento de los precios de las materias primas,

alegando, además, la prohibición, impuesta por el sindicato del metal, de utilizarla para envases de pinturas y barnices, que era lo que fabricaba la demandante y recurrente en casación⁸.

Pese a desestimar la aplicación de la cláusula, el Tribunal Supremo estableció con carácter general sus caracteres, requisitos y condiciones para su aplicación, señalando: «A) *Que la cláusula “rebus sic stantibus” no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones».*

Esta doctrina jurisprudencial, que ya se derivaba de diversas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo durante los años cuarenta del pasado siglo⁹, se ha repetido de modo literal posteriormente en numerosas sentencias¹⁰, añadiéndose algún requisito adicional, como que no exista otro mecanismo jurídico para remediar el perjuicio¹¹.

2. CONTRATOS A LOS QUE PUEDE APLICARSE LA CLÁUSULA

Para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal Supremo exige, en primer lugar, que se trate de contratos de tracto sucesivo o, al menos, contratos en los que, aun siendo de tracto único o de ejecución instantánea, la realización de las prestaciones o, cuanto menos, de una de ellas, se encuentre separada temporalmente de la perfección del contrato¹².

Es preciso que la ejecución de la prestación se encuentre separada temporalmente de la perfección del contrato para que pueda verse afectada por la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Evidentemente, cuanto más próximas en el tiempo se encuentren la perfección del contrato y la ejecución de sus prestaciones menos probabilidades habrá de que puedan acontecer circunstancias extraordinarias e imprevistas que alteren gravemente el contrato, por lo que más difícil será que se pueda aplicar la cláusula.

Por otra parte, aunque es cierto que cuanto más se difiera el cumplimiento de las prestaciones respecto de la perfección del contrato, o cuanta mayor duración tenga el contrato, más probabilidades existirán de que sobrevengan circunstancias que afecten de manera importante al contrato, también es verdad que en estos casos las partes deberán prestar mayor atención en el programa obligacional al posible advenimiento de circunstancias sobrevenidas o quedarán obligadas a asumir el riesgo de que estas circunstancias finalmente se verifiquen¹³.

En cualquier caso, para la aplicación de la cláusula, una de las prestaciones de las partes, al menos, debe estar pendiente total o parcialmente de ejecución cuando concurren las circunstancias sobrevenidas.

Y no podrá aplicarse la cláusula cuando la prestación hubiera vencido y el obligado, perjudicado por la alteración de las circunstancias, se encontrara en mora en el momento en que se produzca la modificación sobrevenida o hubiera incumplido previamente de otro modo sus obligaciones, porque el previo incumplimiento de la parte afectada impedirá la posible revisión o terminación del contrato por aplicación de la cláusula *rebus*¹⁴.

3. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS DE CARÁCTER IMPREVISIBLE QUE PRODUZCAN UNA GRAVE ALTERACIÓN

Entre el momento de la perfección del contrato y el de la ejecución de las prestaciones o, al menos, de una de ellas, deben haber concurrido circunstancias sobrevenidas, de carácter imprevisible, cuyo riesgo no haya sido asumido expresa o implícitamente por alguna de las partes, y que destruyan la relación de equivalencia entre las prestaciones, o bien frustren la finalidad del contrato establecida por las partes de común acuerdo o bien la contemplada por una de ellas con el conocimiento y aceptación de la otra.

Así, en primer lugar, las circunstancias deben ser sobrevenidas.

La jurisprudencia española no aplica la cláusula *rebus* cuando las circunstancias ya existían en el momento de la celebración del contrato aunque fueran ignoradas por las partes contratantes¹⁵. En este caso, si fuera procedente, se podría aplicar el régimen jurídico establecido para el error en el consentimiento.

Además, las circunstancias deben de ser imprevisibles. La falta de este requisito es la que con mayor frecuencia conduce a la desestimación de las demandas que pretenden la revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. La jurisprudencia española ha insistido en que las circunstancias sobrevenidas deben ser «*radicalmente imprevisibles*», de tal manera que, si de la situación de la parte contractual perjudicada por el advenimiento de circunstancias sobrevenidas puede desprenderse que

estaba en condiciones de representarse el acontecimiento futuro (previsibilidad subjetiva), no se aplicará la cláusula¹⁶.

En este sentido, evidentemente, no se aplicará la revisión o resolución del contrato cuando la producción del acontecimiento sobrevenido entre la perfección y el cumplimiento del contrato se haya asignado en el programa obligacional como riesgo a una de las partes contratantes. Esta asignación del riesgo puede ser expresa o implícita, si es que el riesgo pudo preverse por la parte perjudicada por el acontecimiento sobrevenido y no se hizo; incluso la asunción del riesgo podrá desprenderse de la propia naturaleza del negocio jurídico.

En consecuencia, no podrá aplicarse la cláusula cuando el riesgo, teniendo en cuenta la información con que contaban las partes contratantes, pudo haberse previsto y no se hizo.

Es decir, no se aplicará la cláusula en aquellos casos en los que, por la duración del contrato, la información de que se disponía en ese momento, las propias características del objeto sobre el que versa la contratación, etc., era razonable que se hubiera previsto el riesgo que finalmente sobrevino y no se pactó nada en el contrato sobre el particular. En estos casos, la parte perjudicada por las circunstancias sobrevenidas no podrá solicitar la aplicación de la cláusula *rebus* para aligerar o poner fin a sus compromisos contractuales.

La jurisprudencia, con carácter general, ha tomado en consideración tanto el negocio jurídico de que se trate como las condiciones personales de los contratantes para establecer el nivel de exigencia en la previsión de los riesgos futuros.

Así, la exigibilidad en la previsión de los riesgos que puedan acontecer se incrementará cuando los contratantes sean profesionales que actúen en el marco propio de su actividad y a los que se les debe presumir, por tanto, un elevado nivel de información o, en su caso, deberán pechar con las consecuencias negativas que la falta de la misma les produzca¹⁷.

Por otra parte, si el cambio producido por las circunstancias sobrevenidas forma parte del riesgo normal del negocio jurídico no podrá admitirse la revisión contractual solicitada por la parte perjudicada.

Por ello, la cláusula *rebus sic stantibus* no podrá aplicarse a los contratos aleatorios, en los que precisamente el alea es considerada por los contratantes como base determinante de la propia regulación contractual¹⁸.

Finalmente, el cambio de circunstancias tiene que ser totalmente ajeno a la actuación de las partes contratantes. Por ello, si su conducta ha contribuido a producir la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, quien ha sido causa o concausa de esa alteración no podrá posteriormente alegar la misma para solicitar la dulcificación del rigor del principio de vinculación contractual¹⁹.

4. RUPTURA DEL EQUILIBRIO ENTRE LAS PRESTACIONES O FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO

Para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia exige que las circunstancias sobrevenidas realmente produzcan la ruptura, destrucción o aniquilamiento del equilibrio o relación de equivalencia entre las prestaciones.

Así, de modo general, las resoluciones exigen «una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones»²⁰.

De igual modo, también se ha aplicado la cláusula *rebus sic stantibus* para extinguir el contrato cuando el advenimiento de las circunstancias haya frustrado la finalidad del mismo establecida por las partes de común acuerdo o bien manifestada por una de ellas con la aceptación de la otra, desapareciendo de modo radical el interés de alguno de los contratantes en su ejecución.

5. EXISTENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO

Para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es preciso que la parte que pretenda la revisión o resolución del contrato haya sufrido un perjuicio económicamente evaluable. Si, pese a la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y a la ruptura del equilibrio originalmente establecido entre las prestaciones de las partes, el contratante no sufre ningún perjuicio, no podrá alegar la aplicación de la cláusula para revisar o resolver el contrato²¹.

6. CARÁCTER SUBSIDIARIO

Finalmente, la jurisprudencia contempla la cláusula *rebus sic stantibus* como un remedio subsidiario, únicamente aplicable cuando no exista otro mecanismo jurídico para solucionar el desequilibrio contractual sobrevenido²².

7. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA

En cuanto a los efectos de la aplicación de la cláusula *rebus*, aunque existen numerosas resoluciones que, como ya hiciera la STS de 17 de mayo

de 1957 (*RJ* 1957, 2164), afirman que en aplicación de la cláusula no es posible la extinción o resolución del vínculo contractual²³, sin embargo, en los últimos años han sido varias las sentencias que han puesto fin a la relación contractual con fundamento en la alteración extraordinaria, imprevisible y sobrevenida de las circunstancias concurrentes en el momento de la perfección del negocio jurídico²⁴.

Por lo tanto, entendemos que, según la jurisprudencia actual, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* puede producir tanto la revisión o modificación del contrato para adaptar las prestaciones a las nuevas circunstancias como la terminación o extinción del mismo.

No se menciona en la jurisprudencia española la obligación de las partes de renegociar el contrato para lograr su adaptación o, en su caso, la terminación del mismo, aunque normalmente la parte perjudicada habrá intentado la renegociación antes de iniciar el proceso judicial²⁵.

IV. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS*

1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA

Desde que la jurisprudencia española empezó a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de los años cuarenta del pasado siglo, siempre lo hizo en supuestos de hecho extraordinarios, revisando únicamente los contratos cuando efectivamente las circunstancias sobrevenidas hubieran sido absolutamente imprevisibles y el equilibrio contractual hubiera quedado destruido.

Por ello, cuando la STS de 17 de mayo de 1957 (*RJ* 1957, 2164), aplicando la doctrina establecida en resoluciones anteriores, formuló con carácter general los requisitos para la aplicación jurisprudencial de la cláusula, lo hizo empleando términos que demostraban sin lugar a dudas la excepcionalidad de la regla. Así, como hemos visto, se decía que la cláusula era «*peligrosa*» y que «*debe admitirse cautelosamente*». Y en cuanto a los requisitos para su aplicación, se indicaba que la alteración de las circunstancias debe ser «*extraordinaria*», y, además, «*radicalmente imprevisible*», generando una «*desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo*», entre las prestaciones de las partes, de tal modo que «*derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio*» establecido inicialmente.

Seguramente, lo único que se pretendía poner de manifiesto con esta hiperbólica redacción es que los supuestos fácticos en los que, según los criterios de justicia material y respeto a la buena fe, debiera revisarse un contrato por acontecimientos sobrevenidos e imprevisibles eran claramente extraordinarios.

Así se aplicó jurisprudencialmente la cláusula incluso durante el año 2012, en el que el Tribunal Supremo comenzó a resolver supuestos de hecho, sobre todo en materia de compra de viviendas en construcción, muy vinculados con la gravísima crisis económica y, en especial, crediticia e inmobiliaria, que desde el año 2007 sufrió España²⁶.

Manifestaciones de esta virulenta crisis fueron la importantísima restricción del mercado del crédito, la paralización de las ventas de suelo edificable o en proceso de urbanización, y el descenso del precio de algunas viviendas superior al 50%²⁷.

El Tribunal Supremo, en un primer momento (años 2012 y 2013), consideró que aun cuando la crisis económica, financiera e inmobiliaria que asoló España a partir del año 2007 pudiera entenderse como una alteración sobrevenida de las circunstancias, incluso de carácter imprevisible para los adquirentes de vivienda no profesionales, la imposibilidad de obtener financiación por los compradores no podía considerarse de modo generalizado y sin más requisitos como un supuesto para la aplicación de la cláusula *rebus*, debiendo acreditarse en cada caso concreto las circunstancias concurrentes (endeudamiento previo del comprador, si la vivienda es primera o segunda residencia, asignación contractual del riesgo de no obtener financiación, etc.)²⁸.

De hecho, en estos años, solo en una ocasión el Tribunal Supremo consideró que el retraso en la entrega de la vivienda por parte del promotor, sumado a la imposibilidad de obtener financiación por parte de los adquirentes, había afectado a la base del negocio y, en contra de lo establecido en las dos sentencias de instancia, acordó la resolución del contrato de compraventa [STS de 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268)].

Con fundamento en estos antecedentes, que, pese a la referencia a la crisis económica y financiera, continuaban siendo en la práctica muy restrictivos en la aplicación de la cláusula *rebus*, en el año 2014 el Tribunal Supremo dictó dos sentencias [SSTS de 30 de junio (*RJ* 2014, 3526) y 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129)] en las que, por un lado, pretendía que la aplicación efectiva de la cláusula no fuera tan excepcional como históricamente había sido, y, al mismo tiempo, introducir algún parámetro objetivo para su aplicación.

Aun cuando los argumentos jurídicos esgrimidos en las sentencias pueden compartirse, lo cierto es que la aplicación práctica de los mismos a los supuestos fácticos que resolvían fue discutida por la doctrina y esta apertura aplicativa de la cláusula *rebus sic stantibus* fue contestada por algunos autores.

Tras las dos sentencias anteriores, el Tribunal Supremo parece admitir de nuevo la aplicación de la cláusula *rebus* únicamente en supuestos fácticos claramente extraordinarios, en los que exigir a uno de los contratantes el

cumplimiento del contrato en sus propios términos supondría una ofensa a los principios de justicia material o buena fe, de tal manera que las sentencias posteriores a las de 2014 que se han enfrentado a la cuestión han desestimado la aplicación de la cláusula con argumentos semejantes a los utilizados tradicionalmente por el Tribunal Supremo.

A continuación, y de manera necesariamente breve, nos referiremos a esta evolución jurisprudencial.

2. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA HASTA EL AÑO 2012

A) *La doctrina jurisprudencial tradicional y su aplicación desde el año 2000*

Como se indicó anteriormente, al no existir en España ningún precepto que, con carácter general, permita la revisión del programa obligacional ante la alteración sobrevenida de las circunstancias, fue la jurisprudencia la que, a partir de los años cuarenta del pasado siglo, exploró la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre todo en casos relacionados con las consecuencias producidas por la guerra civil.

La primera sentencia que hizo referencia a la figura fue la STS de 14 de diciembre de 1940 (*RJ* 1940, 1135), que se refiere a un contrato de suministro de mineral celebrado en 1914 respecto del que, ante la demanda exigiendo el cumplimiento del mismo, la demandada solicitaba la resolución del contrato por alteración de las circunstancias económicas (aumento del precio del mineral por la guerra). En la instancia se estimó la demanda de cumplimiento y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Así, aunque en la sentencia se establecía la posibilidad teórica de aplicar la cláusula en el Derecho español pese a su ausencia de regulación positiva, en el caso concreto rechazó su aplicación por entender que *«la alteración de los precios, debida a circunstancias más o menos transitorias no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, ni cae dentro de lo imprevisible, ni se ha demostrado que por tal cambio de circunstancias la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato»*.

A partir de ese momento, fueron varias las sentencias que se refirieron a la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ordenamiento jurídico español, aunque su aplicación efectiva fue claramente extraordinaria²⁹.

Esta posición jurisprudencial se mantuvo tras el cambio de milenio y, analizando las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo desde el año 2000, se observa que la aplicación de la cláusula se hacía en supuestos muy excepcionales, entendiendo el Tribunal Supremo, en la inmensa mayoría de las resoluciones que dictó, que la alteración de las circunstancias era previ-

sible y que el riesgo del acaecimiento de las circunstancias sobrevenidas lo había asumido una de las partes, aun cuando fuera implícitamente, al no haberse previsto de modo expreso en el contrato la alteración sobrevenida.

Así, en la STS de 17 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9343), el Tribunal Supremo contempla un contrato de suministro de carbón térmico celebrado en el año 1983 y por un plazo de quince años. Como durante la vigencia del contrato se modificó el régimen de subvenciones sobre el carbón extraído a cielo abierto, desde el año 1985 la empresa energética contratante y receptora del carbón (Endesa) rehusó recibir los suministros acordados. Ante la falta de adquisición del carbón por Endesa, la empresa minera demandó la resolución del contrato y la indemnización consistente en el lucro cesante que la demandante había sufrido considerando que hubiera suministrado el carbón previsto durante toda la vigencia del contrato.

La demanda se desestimó en primera instancia. Por el contrario, fue estimada sustancialmente en apelación. Endesa recurrió en casación alegando, entre otros motivos, la inaplicación por la sentencia de la Audiencia de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. Se argumentaba que al cambiar el régimen de subvenciones sobre el carbón extraído a cielo abierto se habían modificado sustancialmente las circunstancias del contrato.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso al entender que la modificación de la subvención no era un acontecimiento plenamente imprevisible, sino que «*las decisiones de una determinada política gubernamental, conforman riesgo industrial inherente a un tipo de actividad intervenida por la Administración, como era la producción de carbón*»³⁰.

Igualmente ilustrativa es la STS de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4573). En el caso resuelto por esta sentencia, el contrato era de obra y consistía en la construcción de un molde destinado a la fabricación de una pieza metálica para un determinado modelo de automóviles de la marca Ford. La contratista acabó el molde fuera del plazo y, además, solicitó un aumento del precio convenido alegando que para la obtención del molde tuvo que construir diez matrices en vez de las seis que inicialmente se consideraron suficientes. La comitente dio por resuelto el contrato por retraso en la entrega. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó la demanda de la contratista reclamando el precio y, por el contrario, en apelación se estimó la reconvenición de la comitente que había resuelto el contrato y solicitaba la devolución de las cantidades anticipadas que retenía la contratista. En el recurso de casación, la contratista argumentaba que la sentencia de la Audiencia había infringido la jurisprudencia al no aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* puesto que la obra había sufrido una alteración importante, circunstancia no tenida en cuenta en el momento de contratar y que supone una variación de las condiciones tomadas en consideración por las partes para establecer el precio y el plazo de construcción.

El Tribunal Supremo desestima el motivo señalando que el contrato debía ejecutarse en un breve plazo de tiempo y esa circunstancia era fundamental en el programa obligacional y, por otra parte, aunque es cierto que los precios de la construcción del molde sufrieron un aumento *«esta circunstancia está dentro de las previsiones normales de personas que se dedican a esta especie de trabajos, no hay que olvidar que Auximol SA, la contratista es matricera (hacedora de moldes), y por consiguiente está dentro de su ciencia profesional el estudiar los planos y determinar las piezas o tareas, si han de ser seis o diez, para la realización del molde; ciertamente, que en ocasiones pueden fallar esos cálculos, pero estos errores están dentro de una previsión ordinaria, por lo tanto el cambio de las condiciones básicas del contrato no es extraordinario, ni son imprevisibles la modificación de esas circunstancias, por consiguiente no es de apreciar esa cláusula»*.

En parecido sentido, la STS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6389) consideró improcedente la resolución del contrato de arrendamiento de servicios instada por el propietario de la escudería de motociclismo frente a los mecánicos alegando la falta de patrocinador que hizo que se tuviera que abandonar la alta competición, puesto que *«la posibilidad de esta situación debió preverse»*.

Por su parte, la STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 592) consideró que el importante descenso del precio del aceite producido durante la campaña 96/97 no era en absoluto imprevisible y, además, se produjeron diversas *«correcciones a la baja del precio mínimo de garantía estipulado originariamente fruto de posteriores negociaciones entre las partes»*.

Tampoco se consideró imprevisible la reducción de la plantilla (de nueve a siete) de corredores de comercio de Granada, acordada por Orden Ministerial, a los efectos de modificar el convenio al que habían llegado los corredores de comercio establecidos en Granada para funcionar en dos grupos de cuatro y cinco respectivamente [STS de 21 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3187)].

B) La variación de la edificabilidad de las fincas y el aumento del precio de los inmuebles como suceso previsible

En relación con los inmuebles, durante estos años, el Tribunal Supremo entendió de modo constante que la variación de la edificabilidad de las fincas adquiridas no era un suceso imprevisible que permitiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque la alteración producida fuera de gran intensidad.

Así, por ejemplo, en la STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214), ante la reclamación de los vendedores de la parcela solicitando el pago del

precio, la empresa constructora compradora pretende que se declare nulo el contrato o, subsidiariamente, en virtud de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que se revise en el sentido de adecuar el precio de venta a las nuevas circunstancias derivadas del cambio de calificación urbanística de los terrenos. Tanto en primera instancia como en apelación se estimó la demanda. La constructora recurre en casación por entender que se produjo una alteración extraordinaria de carácter imprevisible por el cambio de calificación urbanística de los terrenos comprados. El Tribunal Supremo desestima el recurso señalando que «[R]esulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable».

En idéntico sentido, la STS de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673) contempla un supuesto en el que la revisión del plan urbanístico aplicable produjo como consecuencia que el volumen de edificabilidad de la parcela comprada pasara de 9150 m² a algo menos de 6886 m². El Tribunal Supremo entiende que no es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus* puesto que «no cabe considerar como «radicalmente imprevisible» para una sociedad dedicada a la construcción, como es la compradora, la variación de los planes urbanísticos».

En la STS de 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296) los herederos de los permutantes pretendían que no fuera vinculante el acuerdo de permuta en virtud del cual se cedió el suelo al constructor a cambio del 11,5% de las viviendas y locales que se edificaran, porque se había firmado en el año 1976 y en ese momento la edificabilidad era de 75 viviendas por hectárea y finalmente quedó reducida a 35 viviendas por hectárea. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso por no concurrir las circunstancias necesarias para la aplicación de la cláusula *rebus* «tanto más cuanto el contrato preveía un pago en viviendas y locales en forma de porcentaje, que es el mismo tanto para más edificabilidad (que prevé expresamente la cláusula cuarta) como para menos».

Por su parte, la STS de 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618) descarta la aplicación de la cláusula porque en el propio contrato se estableció la posibilidad de que aumentara la edificabilidad de la parcela por lo que, como señala la sentencia, «la previsión contractual de la alteración de los metros edificables descarta a radice la aplicación de esta técnica».

De igual modo, el Tribunal Supremo consideró que el fuerte aumento del precio de los inmuebles producido durante la fase de desarrollo de la burbuja inmobiliaria en España no era imprevisible ni podía ser considerado algo excepcional [SSTS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 1650) y de 18 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3631)]³¹.

C) *Supuestos en los que se aplicó la cláusula*

Por el contrario, en alguna ocasión, el Alto Tribunal sí que entendió que concurrían las circunstancias necesarias para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, dando lugar a la revisión o, incluso, a la resolución del contrato³².

Así, en la STS de 21 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 3897) se estimó la resolución del contrato por ruptura de la base del negocio. En el caso resuelto por esta sentencia, en el año 1999 se firmó un contrato de opción de compra sobre varias fincas por un tiempo determinado durante el cual el optante pretendía obtener una nueva calificación urbanística. Pendiente el ejercicio de la opción, el optante celebró un contrato con D. Eulalio, en el que, «*tras reflejar la existencia del citado contrato de opción y la pendencia de las gestiones para lograr una nueva calificación a efectos urbanísticos, acordaron ambas partes la futura creación de una sociedad, que estaría participada por ambos, a la que se transferiría el derecho de opción de modo que la participación del Sr. Eulalio en la referida sociedad sería de un 70 %*». Por esa participación del 70% en la futura sociedad D. Eulalio debía pagar al optante 85 millones de pesetas, de los cuales le pagó efectivamente 35. Finalmente no se obtuvo la calificación urbanística necesaria para la construcción de viviendas y no se ejercitó la opción de compra. D. Eulalio interpuso demanda contra el optante solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. El optante reconvinó solicitando el cumplimiento del contrato. En primera instancia se desestimó tanto la demanda como la reconvenición. En apelación se estimó el recurso de D. Eulalio y se declaró resuelto el contrato.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el optante, señalando que se trataba de un supuesto de ruptura de la base del negocio, que «*aun cuando opere de modo excepcional, dado el principio general favorable a la invariabilidad del contenido pactado (art. 1255 CC), supone en ocasiones la intervención de los tribunales en orden a corregir los efectos absolutamente desviados para el equilibrio contractual que se producirían en beneficio de una de las partes si se mantuvieran en sus propios términos las obligaciones establecidas en un contrato cuando la base del mismo ha desaparecido y, en consecuencia, existe un claro desequilibrio entre la posición contractual de las partes que rompe definitivamente la pretendida equivalencia de las prestaciones en un contrato que evidentemente se configuró con carácter oneroso y conmutativo (...) una cosa es que los contratos sean obligatorios y otra que hayan de serlo cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes e incluso cuando ha desaparecido en absoluto la base negocial o la razón —común a ambas partes— que determinó su celebración, lo que incluso contradice abiertamente la norma, que el recurrente invoca como vul-*

nerada, del artículo 1258 del Código civil pues evidentemente constituiría una consecuencia del contrato contraria a la buena fe que únicamente una de las partes se beneficiara de los efectos del mismo mientras que la otra se viera obligada a cumplir sin obtener nada a cambio, situación que únicamente y de forma parcial aparece justificada en los contratos de carácter aleatorio que, contrariamente a los de carácter conmutativo, pueden determinar que la ejecución de la prestación o su cuantía signifique una carga económica para una de las partes muy superior a la que soporta la contraria, situación que en tal caso se encuentra en la propia naturaleza del contrato»³³.

De igual modo, la STS de 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 1490) confirmó la sentencia de la Audiencia que, por circunstancias extraordinarias sobrevenidas con posterioridad a su celebración, revisó el contrato, suprimiendo la obligación del superficiario de pagar el canon anual durante el tiempo que constara en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de la demanda en la que un tercero reclamaba la propiedad de una superficie equivalente a la tercera parte de la finca³⁴.

3. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA EN EL AÑO 2012

Las sentencias dictadas en el año 2012 continuaron los parámetros de aplicación de la cláusula *rebus* establecidos por el Tribunal Supremo desde el siglo pasado.

Así, la STS de 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4714) contempla un supuesto en el que la arrendadora de un local de negocio demandó a la arrendataria solicitando la resolución del contrato suscrito en el año 1977 y, subsidiariamente, la declaración de que se había producido una excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación que vincula a la arrendadora con la arrendataria y la modificación del contrato de arrendamiento, incrementando la renta a pagar. La arrendadora, que era titular de un derecho de superficie sobre el local arrendado, alegaba que en el año 2002 había tenido que renegociar el canon que tenía que abonar por dicho derecho de superficie, produciéndose una novación que, según lo pactado, debería suponer la extinción del contrato de arrendamiento. En primera instancia se desestimó la demanda. Por el contrario, la Audiencia la estimó parcialmente, en el sentido de incrementar la renta que debía satisfacer la arrendataria, argumentando que «*la gran transformación económica sufrida por España desde 1977 hasta la actualidad ha repercutido sustancialmente en las condiciones pecuniarias del contrato, con la provocación de un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, por lo que debe buscarse la estabilidad entre el canon superficiario y el arrendaticio*». Se recurrió la sentencia tanto por la arrendadora como por la arrendataria.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de la arrendataria, entendiendo que no era de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus* porque no hay imprevisibilidad en el cambio de circunstancias derivadas del normal desarrollo económico de un país y, además, el contrato suscrito entre las partes contenía cláusulas de actualización de la renta³⁵.

En la STS de 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027), frente a la demanda de la promotora, que exigía el cumplimiento del contrato, los compradores de dos viviendas alegaron imposibilidad de cumplir, argumentando «*que la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad financiera era imprevisible, que la situación económica existente hacía poco probable que se restringiera el crédito por lo que no concurre falta de previsión*». El Tribunal Supremo desestima el recurso confirmando la sentencia de apelación, coincidente con la de instancia, que estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo señala que los recurrentes compraron con fines especulativos, con la intención de revender las viviendas antes de la finalización de la construcción, por lo que «*los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas*».

De igual modo, en la STS de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275) la promotora adquirente de una finca en el año 2005 solicitaba la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para que se adaptara «*conforme a los principios de equidad, el precio de venta de la finca a las actuales condiciones de ordenación urbanística de la parcela*», pues desde la firma del contrato se había reducido en un 40% su volumen de edificabilidad. El Tribunal Supremo desestimó la alegación entendiendo que el riesgo del cambio de las circunstancias urbanísticas de la parcela lo había asumido la compradora, puesto que «*la posible disminución del volumen de edificabilidad del inmueble comprado “no es radicalmente imprevisible” cuando la compradora es una sociedad dedicada al sector de la construcción y, por tanto, conocedora de estos riesgos y de su posible estipulación en el contrato*».

Tampoco se consideró imprevisible la acreditación de la mayor cabida de la finca entregada en dación en pago. Frente a la reclamación de la entidad deudora que pretendía una compensación económica en aplicación de la cláusula *rebus* al acreditarse la mayor cabida de la finca, la STS de 27 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1625), confirmando las sentencias de instancia desestimatorias de la demanda, entiende que el aumento de superficie real de la finca «*no fue un hecho imprevisible posterior, sino una discordancia entre realidad registral y extrarregistral, que, lejos de ser imprevisible, la sociedad demandante que otorgó la dación en pago tenía conocimiento de la misma para la que incoó un expediente de mayor cabida*».

Por su parte, en la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6852) el Tribunal Supremo consideró que la demora en la obtención de la licencia urbanística que autoriza la construcción de un edificio no es un hecho imprevisible.

4. LA CONSIDERACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA COMO ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

A) Antecedentes y STS (de Pleno) de 17 de enero de 2013

A finales del año 2012 y durante el 2013 algunas resoluciones consideraron que la crisis económica y, sobre todo, de crédito e inmobiliaria sufrida en España podía entenderse como una alteración extraordinaria de las circunstancias³⁶.

Sin embargo, únicamente una sentencia estimó la extinción del contrato de compraventa de vivienda por ruptura de la base del negocio y, sustancialmente, porque consideró el previo retraso en la entrega de la vivienda por la promotora como circunstancia determinante de la no concesión del crédito hipotecario a los adquirentes.

La primera referencia a la crisis económica como posible alteración extraordinaria de las circunstancias a los efectos de la aplicación de la cláusula *rebus* aparece en la STS de 8 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2402).

La referencia, sin embargo, es meramente anecdótica e irrelevante para la resolución del caso. Se trataba de un supuesto de retraso en la entrega de dos despachos profesionales con garaje y archivo. En el propio contrato se establecía la posibilidad de que, ante el retraso en la entrega, el comprador pudiera optar por la resolución con restitución de las cantidades anticipadas o exigir el cumplimiento. Producido el retraso, el comprador instó la resolución. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación estimaron la demanda y desestimaron la reconvencción de la promotora exigiendo el cumplimiento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de la promotora por entender que el término establecido en el contrato era esencial y que, por lo tanto, cabía la resolución y, respecto de un alegato que la promotora realizaba sobre la crisis económica e inmobiliaria (fuerte bajada del precio de los inmuebles) para argumentar que el comprador resolvía el contrato por meras razones oportunistas, la sentencia señala: «[t]ambién procede desestimar el alegato que la parte recurrente realiza situando a la crisis económica, y su trasunto en la crisis inmobiliaria, como verdadero motivo y justificación espuria de la resolución efectuada. Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos

generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla «rebus sic stantibus» (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica».

Con posterioridad a esta sentencia, la STS (de Pleno) de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819) entendió que la crisis económica, de efectos profundos y prolongados en España y que condujo al cierre de los mercados crediticios, puede ser considerada como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes³⁷.

Ahora bien, el Tribunal Supremo insiste en remarcar que la crisis económica, por sí sola, no permite al comprador desistir del contrato y que para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, junto con la existencia de la crisis económica, que se admite como hecho notorio y no necesitado de prueba (cfr. art. 281.4 LEC), es preciso que concurren otros requisitos a valorar en cada caso concreto.

En el caso resuelto por la sentencia, los compradores de una vivienda interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato por imposibilidad de obtener la financiación para pagar la parte del precio que debía satisfacerse en el momento de la escritura pública y entrega de la vivienda. Hay que tener presente, no obstante, que el contrato se celebró el 28 de abril de 2008 y la entrega de la vivienda se pactó antes del 31 de octubre de 2008, aunque con una prórroga de diez meses. En el contrato se contemplaba la posibilidad de que los compradores se subrogaran en el préstamo hipotecario concedido al promotor pero también la posibilidad de que se denegara dicha subrogación. El día 26 de febrero de 2009 la vendedora requiere a los compradores para firmar la escritura de venta el día 5 de marzo de 2009. Los compradores no comparecen y el 20 de abril de 2009 interponen la demanda de resolución alegando imposibilidad de obtener la financiación para la adquisición de la vivienda y aportando un documento de una entidad bancaria en el que se hacía constar, respecto de uno solo de los cónyuges adquirentes, que le había sido denegada la concesión del préstamo hipotecario «*por la situación financiera actual de nuestro cliente, debido a su alto endeudamiento*». La promotora se opuso a la resolución y reconvino exigiendo el cumplimiento. Al contestar la reconvencción, los compradores solicitaron la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, alegando la alteración entre la situación existente al tiempo de celebrar el contrato y la sobrevenida al tiempo de ser requeridos para otorgar la escritura de compraventa³⁸.

En primera instancia se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción. Pero la sentencia de la Audiencia revocó la anterior y condenó

a la vendedora a devolver la cantidad entregada por los compradores, entendiendo que la falta de financiación es un hecho constitutivo de una imposibilidad sobrevenida.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de la promotora y, en consecuencia, desestimó la demanda de resolución de los compradores. Señala que tradicionalmente se ha rechazado la aplicación de la cláusula *rebus* en los «casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria», pero ello no significa «que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla»³⁹.

Sin embargo, advierte la sentencia «que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas». Y, por ello, concluye que «la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia»⁴⁰.

Como se observa, aunque el Tribunal Supremo establece la posibilidad hipotética de que la crisis económica, y la consiguiente restricción de la con-

cesión de préstamos con garantía hipotecaria, pueda suponer, si el contrato se hubiera celebrado antes de la crisis, una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, lo cierto es que no aplica la regla *rebus sic stantibus*.

Y hace bien, porque el propio contrato contempló la posibilidad de que la entidad financiera no accediera a la subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda, por lo que es evidente que el riesgo de esa eventualidad lo habían asumido los compradores, lo que excluye la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y, además, la Audiencia no comparó la situación económica de los compradores antes y después del contrato, ni analizó si la posible alteración de la misma era o no previsible.

B) La aplicación de la cláusula: la STS de 26 de abril de 2013

Pese a la referencia a la crisis económica que aparece en algunas sentencias del Tribunal Supremo, lo cierto es que en el periodo comprendido entre los años 2012 y 2013 únicamente la STS de 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268) admitió la resolución de un contrato de compraventa de vivienda por ruptura de la base del negocio.

En el caso resuelto por esta sentencia, el contrato se celebró el 21 de junio de 2006, debiendo entregarse la vivienda en marzo de 2007. Sin embargo, hasta abril de 2008 la vivienda no pudo entregarse y la entidad financiera no aceptó la subrogación del comprador en el préstamo concedido al promotor con garantía hipotecaria sobre la vivienda.

Por lo tanto, no es únicamente la imposibilidad de obtener la financiación lo que conduce al Tribunal a casar la sentencia de la Audiencia, coincidente con la de primera instancia, y a resolver el contrato, sino que, junto con esta circunstancia, tiene en cuenta el retraso del promotor en la entrega de la vivienda que hizo que la misma se entregara en un momento en el que la concesión de crédito se había restringido considerablemente debido a la crisis económica.

De hecho, la sentencia considera hecho notorio, no necesitado de prueba, que *«la crisis económica que alcanzó a nuestro país, se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con anterioridad»*.

En este sentido, la sentencia se pronuncia con claridad y afirma: *«No se cumplió ni el plazo ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones, pueden parecer que no da lugar a la resolución del contrato, como han entendido las sentencias de instancia. Pero puestas en relación una y otra, es claro que*

el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que demanda su resolución. Resolución que procede acordar, aplicando la doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula rebus sic stantibus, las Sentencias de 14 de diciembre de 1940, 14 de junio de 1943, 30 de junio de 1948, 12 de junio de 1956, 23 de noviembre de 1962»⁴¹.

C) *Conclusión: invariabilidad de los requisitos para la aplicación de la cláusula*

Como se ve, en todos los supuestos en los que el Tribunal Supremo durante los años 2012 y 2013 hizo referencia a la crisis económica en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se trataba de adquisiciones de viviendas en construcción celebradas antes de la manifestación de la virulenta crisis inmobiliaria que sufrió España a partir del año 2007.

Por otra parte, parece que la intención del Tribunal Supremo era proteger los intereses de los adquirentes que compraron la que iba a ser su vivienda habitual mientras se encontraba en construcción, entregando cantidades anticipadas antes de la finalización de la edificación, por ello la STS de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819) no solo distingue entre consumidores y profesionales del sector inmobiliario o adquirentes especulativos que pretendan vender la vivienda adquirida antes o después del otorgamiento de la escritura pública, sino que, además, distingue entre que «*la casa comprada se destine a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia*»⁴².

Lo cierto es que, al margen de las referencias a la crisis económica que hicieron algunas sentencias dictadas en relación con la compra de viviendas en construcción, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus* no varió un ápice durante los años 2012 y 2013.

Así, en el caso resuelto por la STS de 22 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5005), en el año 2006 una empresa dedicada a la gestión de suelos adquiere unas parcelas afectadas desde el año 2004 por normas urbanísticas en las que se prohibía cualquier actuación urbanizadora. En el año 2008 se aprobó una modificación legislativa, pasando las parcelas a ser calificadas de rústicas. La compradora pretende la resolución del contrato de compraventa. Tanto en primera instancia como en apelación la demanda es desestimada. El Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación interpuesto por la compradora puesto que «*la base del negocio no queda destruida por la nueva calificación del terreno ya que, en este caso, el riesgo condicionaba la base del negocio, hasta constituir una parte sustancial del mismo. Existiendo el riesgo y conociéndolo, acordó la compra sin condicionarla, por lo que el objeto a transmitir eran las fincas con el desarrollo urbanístico que tuviesen*

al momento de la entrega, aunque fuese menor que el que tenían al momento de la firma del contrato, pues la compradora asumió el riesgo existente». Recuerda la sentencia, además, que la compradora «era profesional del ramo».

De igual modo, la STS de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8053), referida a un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), desestimó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por entender que la incertidumbre constituía la base determinante de la regulación contractual y, por lo tanto, resultaba previsible la alteración de los cambios de valor producidos⁴³.

Y, finalmente, la STS de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874) desestimó el recurso de casación interpuesto por el titular de un derecho de opción de compra sobre una parcela en el que pretendía la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por variación de la situación urbanística de la finca. El Tribunal Supremo indica que la alteración no fue imprevisible, puesto que la incertidumbre sobre la definitiva situación urbanística de la finca constituye la base determinante de la regulación contractual y el optante asumió los riesgos normales resultantes de la aprobación del plan urbanístico.

5. LA AMPLIACIÓN APLICATIVA DE LA CLÁUSULA: LAS SSTS DE 30 DE JUNIO Y 15 DE OCTUBRE DE 2014

Apoyándose en estos antecedentes que, verdaderamente, aunque se habían referido a la crisis económica, no habían variado el rigor al contemplar los requisitos exigidos tradicionalmente para la apreciación de la figura, en el año 2014 el Tribunal Supremo dictó dos sentencias en las que se pretendía una aplicación menos extraordinaria de la cláusula y, al mismo tiempo, fijar de una manera objetiva los criterios a tener en cuenta para su admisión, entendiéndose que, aunque no está regulada en el ordenamiento jurídico español, es posible integrarla en el sistema jurídico sin quiebra para el mismo y, por lo tanto, la jurisprudencia no debería ser tan restrictiva respecto de los supuestos fácticos a los que se aplicaba.

De igual modo, se afirma que la subsidiariedad predicada de la cláusula no se refiere a la carencia de otros remedios que puedan solucionar la situación de desequilibrio creada sobrevenidamente, sino que se refiere a «*que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios*».

A) *La STS de 30 de junio de 2014*

La primera sentencia que abogó por una aplicación más generalizada de la cláusula *rebus* fue la de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526).

En el caso resuelto por la misma, el día 30 de mayo de 2006 se celebró un contrato entre una agencia de publicidad (Promedios) y la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT) para la explotación de la publicidad en el exterior de los autobuses urbanos de Valencia. La EMT es una sociedad mercantil cuyo único socio es el Ayuntamiento de Valencia, por lo que la preparación y adjudicación del contrato se realizó a través de la correspondiente tramitación administrativa.

El contrato establecía una duración de 4 años (desde el 1 de agosto de 2006 hasta el 31 de julio de 2010), con una prórroga tácita de un año más. En virtud del contrato, Promedios quedaba obligada a pagar un canon a la EMT. El contrato se modificó por nuevo convenio celebrado el 15 de mayo de 2007, incrementándose el canon, que quedó fijado en la cantidad mensual de 178.350 euros, pactándose una actualización del 5% anual. El contrato se cumplió normalmente hasta febrero de 2009, fecha en la que Promedios ofreció a EMT pagar el 70% de lo facturado mensualmente por la publicidad debido a la imprevisible crisis de mercado en inversiones publicitarias y descensos de facturación que hacían imposible mantener aquel. La EMT no admitió la reducción, pese a lo cual Promedios pagó únicamente ese porcentaje de lo facturado. Promedios interpuso demanda solicitando que se modificaran las bases para el cálculo del canon que debía abonar, fijándolo en un 70% de su facturación neta mensual o, alternativamente, en 70.000 euros mensuales, o bien que se sustituya por el canon que fijara el Juez y, si no fuera posible la modificación del contrato, que se decretara la resolución del mismo por resultar imposible en términos económicos el cumplimiento de las prestaciones. La EMT contestó a la demanda oponiéndose, pidió la acumulación de otro procedimiento que ya había iniciado reclamando la cantidad adeudada y solicitó la resolución del contrato por incumplimiento contractual más los daños y perjuicios producidos.

En cuanto a la caída del sector de la publicidad en los transportes, entre los años 2007 y 2009 consta acreditado que fue de un 67,62% y, al mismo tiempo, se constató una rentabilidad económica negativa para la empresa Promedios, incluso con el canon del 70% de la facturación aplicado unilateralmente, habiendo descendido los ingresos facturados en el tercer año (2008/2009) un 35% respecto de los del segundo año (2007/2008), y un 45% respecto de los del primer año de contrato (2006/2007).

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y redujo el canon, fijándolo en un 80% de la facturación neta mensual de Promedios, con un mínimo garantizado de 100.000 euros. Recurrida por ambas partes la sentencia, la Audiencia desestimó el recurso de Promedios y estimó parcialmente el de la EMT y, en consecuencia, declaró resuelto el contrato de 2006 por incumplimiento contractual grave, condenando a Promedios a pagar las cantidades adeudadas más los daños y perjuicios.

Promedios interpuso recurso de casación, entre otros motivos, por infracción de la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Tribunal Supremo estimó el recurso y, revocando la sentencia de la Audiencia, confirmó la de primera instancia. Entendió que la cuestión era meramente jurídica y relativa a la aplicación de la cláusula *rebus*, considerando que la que hizo la Audiencia era «*claramente restrictiva*»⁴⁴.

La sentencia afirma que se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la cláusula y que, por tanto, de la formulación rígida de sus requisitos de aplicación debe pasarse a una aplicación más «*normalizada*», apoyándose en las STS de 17 y 18 de enero de 2013⁴⁵.

La sentencia señala que la cláusula se fundamenta en las «*propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe*», y, en ese sentido, la aplicación de la cláusula, al realizarse en los supuestos de sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al contrato celebrado, «*no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (pacta sunt servanda), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos*».

Así, afirma que todo intercambio de bienes o servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Y, continúa señalando la sentencia, «*[E]ste equilibrio básico (...) resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad*». Más adelante, dice que el «*principio de buena fe en la economía de los contratos*» debe producir como consecuencia que «*cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado*».

La sentencia se refiere igualmente a la aplicación de la doctrina de la base del negocio, a través de la cual «*se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo*»; y a la determinación del «*aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado «riesgo normal del contrato»*», en virtud del cual se deberá concretar si la mutación o cambio de circunstancias se había asignado como riesgo a alguna de las partes «*ya por su expresa previsión o bien por su vinculación con los riesgos propios derivados de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria*».

Rechaza «la aplicación de la figura como excepcional y extraordinaria» y aboga «en pro de una normal aplicación de la figura sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudente aplicación de la figura».

Considera, igualmente a como lo hicieran las sentencias anteriormente referidas, que «la crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido», aunque, evidentemente, la crisis, por ella sola, no autoriza la aplicación de forma generalizada ni automática de la cláusula, sino que hay que estar a cada caso concreto.

Y, aplicando lo anteriormente indicado al caso enjuiciado, la resolución entiende acreditada la «alteración de las circunstancias económicas, por el hecho notorio de la actual crisis económica», y que «las expectativas económicas de la explotación publicitaria formaron parte de la base del negocio que informó» el contrato de 2006. Igualmente considera que concurre una «ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada», y la nota de imprevisibilidad, pues, aun cuando se había pactado un incremento del 5% anual del canon, entiende que la falta de previsión contractual del posible descenso de la publicidad no comporta la atribución de ese riesgo al adjudicatario, por lo que estima el recurso y confirma la revisión del contrato realizada por el Juzgado de primera instancia.

Esta resolución, y la posterior de 15 de octubre de 2014, en cuanto que pretenden una aplicación más generalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, fueron objeto de un gran debate doctrinal⁴⁶.

B) La STS de 15 de octubre de 2014

La segunda sentencia que se dictó con la pretensión de aplicar de manera más generalizada la cláusula *rebus sic stantibus* fue la de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129).

En el caso resuelto por esta sentencia, el día 25 de febrero de 1999 se otorgaron diversos contratos en virtud de los cuales Residencial Ademuz S. L. se obligó a adquirir un solar y sobre el mismo a construir tres bloques de edificación destinados a establecimientos hoteleros (el bloque H4 destinado a hotel de cuatro estrellas, el bloque H3 destinado a establecimiento hotelero de dos/tres estrellas y el bloque AH destinado a apartotel, que no fue objeto del contrato de arrendamiento).

Por su parte, la sociedad Sodeheco S. A., (posteriormente Accor Hoteles España S. A.), se comprometió a alquilar dos de los tres bloques, concretamente los bloques H3 y H4, en los que alojó diversos hoteles.

El arrendamiento se celebró por una duración inicial de 25 años a contar desde la toma o entrega de la posesión efectiva del bloque de edificación arrendado. Concluido este plazo inicial de 25 años, el contrato se prorrogaba automáticamente por plazos quinquenales, salvo que alguna de las partes manifestara su oposición con doce meses de antelación a la fecha de la terminación del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas.

Los primeros diez años del contrato se establecieron como obligatorios para ambas partes contratantes, de tal modo que si el arrendatario desistía antes del transcurso de los mismos debía indemnizar al arrendador con el importe de las rentas íntegras hasta la décima anualidad más el 15% de las rentas que hubiera percibido el arrendador caso de cumplirse el contrato durante los 25 años.

A partir del décimo año del contrato, la arrendataria podía desistir del mismo, comunicándolo con un año de antelación, debiendo indemnizar al arrendador con el importe del 15% de la renta de los años que quedaran por cumplir hasta completar los 25 años pactados.

Los bloques se terminaron de construir en el año 2004.

Consta acreditado que en el año 2009 el rendimiento por habitación en los hoteles de Valencia cayó un 42,3%. Los hoteles arrendados habían tenido pérdidas acumuladas de 3 millones de euros en el periodo 2005-2009 y, en el año 2010, Residencial Ademuz S. L. firmó un nuevo contrato de arrendamiento con la empresa que tenía arrendado el bloque AH de apartotel en el que rebajó la renta un 50% respecto de la inicialmente pactada con la misma arrendataria en el año 2000.

Accor Hoteles España S. A. formuló demanda contra la arrendadora solicitando, en lo que aquí interesa, que se modificaran los contratos celebrados el día 25 de febrero de 1999 *«para restablecer el equilibrio de las recíprocas prestaciones quedando reducida las rentas anuales en los importes indicados en el dictamen pericial contable aportado, esto es, un 33% (para el bloque H4) y 29% (para el bloque H3) respectivamente de la renta vigente en el momento de interponerse la demanda»*.

Por Residencial Ademuz S. L. se formuló reconvencción exigiendo el cumplimiento.

En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda y se estimó la reconvencción. La sentencia de Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la arrendataria.

El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó el recurso de casación y declara que, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debe procederse a la reducción en un 29% de la renta anual prevista en el contrato para el

bloque H3 desde la fecha de la demanda hasta el año 2015, puesto que la arrendataria previamente había desistido de la modificación solicitada del 33% para el bloque H4.

La sentencia reproduce los argumentos jurídicos contenidos en la anteriormente referida de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526).

Afirma que «*el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (periodo del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999*».

Entiende que concurre «*el presupuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración*»⁴⁷.

Y considera que, aun cuando la empresa arrendataria fuera una empresa relevante en el sector y concedora del riesgo empresarial que entraña la explotación hotelera, no se le puede imputar la falta de previsión del contrato acerca de la caída de la facturación derivada de la crisis económica⁴⁸.

Como ya indicamos, esta sentencia, al igual que la anteriormente referida de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526), fueron objeto de cierta contestación por parte de la doctrina, aunque también se manifestaron voces claramente favorables a su criterio⁴⁹.

A nuestro juicio, estas sentencias tuvieron el indudable mérito de pretender la fijación, de una manera objetiva, de los criterios a tener en cuenta para la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, defendiendo su integración en nuestro sistema jurídico y su aplicación más generalizada, aunque no se encuentre regulada expresamente en el ordenamiento jurídico español.

Además, situaron en primer plano de la actualidad jurídica la discusión sobre la cláusula *rebus sic stantibus* y sobre la conveniencia de su regulación normativa, como se ha hecho en casi todos los países de nuestro entorno, con parámetros que puedan dar un cierto grado de certidumbre jurídica al intérprete.

V. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* A PARTIR DEL AÑO 2015

Tras estas dos resoluciones, que aplicaron de manera más flexible y generalizada la regla *rebus sic stantibus*, parece que el Tribunal Supremo ha vuelto a la aplicación tradicional de la figura, más cautelosa y rígida en la consideración de la nota de la imprevisibilidad y del riesgo contractual implícito asumido por las partes, así como del requisito de la ruptura o aniquilación del equilibrio entre las prestaciones⁵⁰.

Así, en la STS de 11 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6374), ante la alegación de la promotora de que se había retrasado en la entrega de la vivienda debido a las dificultades financieras que padeció como consecuencia de la crisis económica, el Tribunal Supremo entiende que «*[E]l problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse imprevisible o inevitable (fuerza mayor)*». Afirma igualmente que, aun considerando «*las circunstancias financieras y del mercado inmobiliario («rebus sic stantibus»)*», sin embargo no concurre una desproporción exorbitante en la prestación, ni aumento extraordinario de la onerosidad (STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010), ni alteración de la base del negocio (STS de 18 de enero de 2013, rec. 1318/2011)»⁵¹.

Por su parte, en la STS de 24 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 1409), dictada por el mismo ponente que las sentencias comentadas de 2014, se resuelve un supuesto en el que las fincas compradas en el año 2006 perdieron gran parte de su valor debido a la crisis inmobiliaria. Los vendedores demandaron a la compradora el pago del precio pendiente. La compradora se opuso y formuló reconvencción en la que solicitó que «*el precio del contrato de compraventa se modere, minorándose su cuantía en un 50% del inicialmente pactado o, en su caso, en la cuantía que resulte de la prueba pericial*» sobre el valor actual de mercado de las fincas.

En primera instancia se estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvencción, reduciéndose sustancialmente el precio acordado por las partes, condenando a la compradora a pagar únicamente la cantidad de 324.114,51 euros. La sentencia de apelación revoca la de primera instancia, estima la demanda y desestima la reconvencción, condenado al pago de 936.772,69 euros.

La sociedad compradora recurrió en casación alegando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. La sentencia reproduce los argumentos jurídicos de la STS de 30 de junio de 2014, pero afirma que «*la fluctuación del valor de mercado de estos bienes inmuebles constituye un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario*».

Y, aunque el precio de mercado de las fincas había descendido en un porcentaje próximo al 50%, añade: «*En parecidos términos, nos debemos pronunciar en el examen central de la posible alteración de la base negocial del contrato, especialmente de la ruptura de la base económica del mismo, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada por el cambio de circunstancias (...) en el presente caso, tal y como sustenta la parte recurrida, no puede estimarse que la citada crisis económica, fuera de su consideración general, determinase la quiebra de la base económica de la relación contractual llevada a cabo, ni comportara una injustificada excesiva onerosidad para la parte compradora*»⁵².

Más recientemente, en la STS de 15 de enero de 2019 (RJ 2019, 146) se resuelve un supuesto muy similar al contemplado en la STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129).

Son hechos relevantes para la resolución de este caso que el 16 de abril de 1999 NH Hoteles SA celebró con Jardín de Medina Hoteles SA (sociedad dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria) un contrato por el que esta última se comprometía a construir, en un solar de su propiedad y en algo más de dos años, un edificio que se arrendaría a NH Hoteles durante 18 años para su explotación como hotel.

Una vez concluida la construcción del hotel, el contrato inicial de 1999 fue modificado parcialmente el día 1 de diciembre de 2002. En esta modificación se acordó que el plazo del contrato de arrendamiento se iniciaría el día de la suscripción del acuerdo de modificación y finalizaría el día 31 de diciembre de 2020. No obstante, se permitía a la arrendataria desistir del contrato al finalizar el año 2014, siempre que lo comunicara a la arrendadora antes del 31 de diciembre del año 2013, estableciéndose en caso de desistimiento la obligación de la arrendataria de indemnizar a la propiedad con la renta de tres años.

En cuanto a la renta, se estableció en un porcentaje sobre los ingresos netos totales anuales obtenidos por la explotación del hotel (32%) y los obtenidos por el concepto de restauración (15%), excluido el garaje, con una renta mínima garantizada de 841.416,95 euros anuales, revisable al 1 de diciembre de cada año conforme al IPC.

Unilateralmente, el 18 de julio de 2011 NH remitió un burofax a Jardín de Medina por el que le comunicó que iba a aplicar una reducción temporal del 39,73% del importe de las rentas, argumentando que, como consecuencia de la crisis económica, al cierre del ejercicio 2010 las ventas del hotel habían descendido en un 33% en comparación con la cifra de ventas de 2008, aportando un informe mediante el que pretendía justificar que la reducción solicitada se ajustaba a precios de mercado.

Aunque la arrendadora se opuso a la bajada de la renta, NH procedió a aplicarla en los pagos, lo que provocó que Jardín de Medina reclamara judicialmente los importes pendientes de pago.

El 5 de septiembre de 2012 NH presentó demanda de juicio ordinario contra Jardín de Medina en la que solicitó la resolución del contrato como consecuencia de la desaparición sobrevenida de la base del negocio y, subsidiariamente, la reducción temporal de la renta satisfecha a la arrendadora del hotel.

La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación.

La arrendataria del hotel recurrió en casación alegando *«infracción de la nueva doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus contenida en las sentencias de esta Excma. Sala de 30 de junio [STS 333/2014 (RJ 2014, 3526)] y 15 de octubre de 2014 [STS 591/2014 (RJ 2014, 6129)]»*.

El Tribunal Supremo, tras reconocer que en las sentencias indicadas *«se aplicó con gran amplitud la regla rebus»*, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

En este sentido, la sentencia señala que no se advierten las razones por las que deba desplazarse a la arrendadora el riesgo de la disminución de los rendimientos de la explotación del hotel cuando se pactó expresamente una renta mínima garantizada. Y, el establecimiento de esta renta mínima garantizada tuvo por objeto *«retribuir a Jardines tanto de los gastos de la previa construcción conforme a los criterios de la arrendataria como los gastos de la propiedad que asumía durante la vigencia del contrato»*.

Afirma igualmente que el riesgo de disminución de los rendimientos de la explotación del hotel *«debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera»*.

En definitiva, tal como estaba configurado el contrato, parece claro que el riesgo de la pérdida de rendimientos lo había asumido claramente la arrendataria.

En este sentido, la sentencia afirma: *«La fijación de una renta mínima garantizada junto a una renta variable según ingresos demuestra, precisamente, que el riesgo de la disminución de ingresos quedaba a cargo de la arrendataria. Junto a ello, la posibilidad pactada de que el arrendatario pudiera poner fin al contrato transcurridos los diez primeros años de vigencia muestra también que el contrato preveía un mecanismo para amortiguar el riesgo del arrendatario de que, si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones acordadas, pudiera poner fin al contrato. Para ello, el arrendatario debía pagar una indemnización consistente en tres anualidades de renta. Lo que pretende el arrendatario es, en contra de lo pactado, bien poner fin a la relación de manera anticipada y sin pagar tal indemnización, de la que no ha cuestionado su razonabilidad, bien lograr una rebaja del precio por un acontecimiento que no puede calificarse de extraordinario o imprevisto para las partes, que sí tuvieron en cuenta la posibilidad de que a la arrendataria no le interesara económicamente continuar con la gestión del hotel»*.

Finaliza la sentencia haciendo referencia al artículo 1575 del Código civil, indicando que el precepto únicamente permite la rebaja de la renta cuando «*la pérdida de rendimientos se origine por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, algo que por su misma rareza no hubiera podido ser previsto por las partes, y que la pérdida de frutos sea de más de la mitad de los frutos. En el caso no concurre ninguna de estas circunstancias. La disminución de las rentas procede de una evolución del mercado, las partes previeron la posibilidad de que en algunos ejercicios la rentabilidad del hotel no fuera positiva para la arrendataria y las pérdidas alegadas por NH en la explotación del hotel de Almería son inferiores al cincuenta por ciento, sin contar con que el resultado global del conjunto de su actividad como gestora de una cadena de hoteles es, según considera probado la Audiencia a la vista del informe de gestión consolidado, favorable*».

En la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1360), dictada por la misma ponente que la anterior⁵³, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, coincidente con la de primera instancia, y entiende que no procede la aplicación de la cláusula *rebus*.

En el caso resuelto por esta sentencia, en el año 2006, en el marco de un proceso judicial de división de herencia, por los herederos (hijos del causante fruto de un matrimonio anterior) y la viuda se acordó la conmutación del usufructo viudal por el pago de una renta vitalicia anual de 90.151,80 euros, pagaderos por trimestres, actualizable anualmente conforme el IPC y cuyo cumplimiento quedó garantizado a través de diversos medios. Este acuerdo dio lugar a una transacción aprobada judicialmente y puso fin al proceso.

El 14 de enero de 2015, los hijos interponen demanda contra la viuda en la que se solicita que, en virtud de la aplicación de la cláusula *rebus*, se deje sin efecto o se modifique el convenio de la conmutación de la cuota viudal usufructuaria, alegando que el pacto de conmutación fijó la cuantía de la renta en atención a los ingresos que en esos momentos producían los bienes de la herencia, pero que la empresa familiar se dedicaba a la construcción de inmuebles y la crisis económica hacía imposible abonar la cantidad solicitada.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y redujo la cuantía de la pensión en un 25% desde la interposición de la demanda. La Audiencia confirmó esta sentencia.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por la viuda, entendiendo que no puede trasladarse a la misma el riesgo empresarial de que la sociedad familiar dedicada a la construcción de inmuebles tuviera pérdidas, que, incluso, llegaron a producir la declaración de concurso de la entidad en el año 2012, concurso que se resolvió con una quita del 50% y un aplazamiento de pago del 50% restante en 5 años.

Así, dice la sentencia: «*Que, como consecuencia de los años de crisis inmobiliaria, la empresa viera reducidos sus beneficios y que el valor de la sociedad disminuyera, no comporta que tal riesgo empresarial deba ser compartido por la viuda, de la misma manera que un incremento en los beneficios empresariales no le daría derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta. No constituye un argumento suficiente para enervar esta conclusión el que la mayor parte de los rendimientos de los deudores procedan de la empresa inmobiliaria, pues el riesgo de su explotación corresponde a sus propietarios, que decidieron conmutar el usufructo de la viuda por una renta a cambio de poder gestionar el patrimonio hereditario con libertad.*

Las partes pudieron establecer el derecho de la viuda a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho partícipe en el riesgo de la explotación empresarial. Al no hacerlo así, y fijar el derecho a una renta vitalicia, actualizable con el i.p.c., los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario. En este sentido, esta Sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida y considera que, en el caso, no se ven las razones por las que deba desplazarse a la viuda el riesgo de la disminución de los rendimientos de la empresa inmobiliaria, riesgo que, al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de los deudores del pago de la renta»⁵⁴.

En la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3962) el Tribunal Supremo insistió en la idea de que la falta de financiación es un riesgo que asume el comprador, a menos que en el contrato dicho riesgo lo hubiera asumido el vendedor⁵⁵.

En el caso resuelto por esta sentencia, los compradores, en lo que aquí interesa, solicitaron la resolución del contrato de compraventa y devolución de las cantidades entregadas por no haber conseguido la financiación necesaria como consecuencia de la adversa coyuntura económica. En primera instancia se desestimó la demanda, pero la sentencia de la Audiencia, considerando la falta de financiación como un supuesto de imposibilidad sobrevenida, estimó el recurso de apelación.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, señalando que la imposibilidad sobrevenida no puede aplicarse a las obligaciones pecuniarias, y, además, dice: «*en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula rebus en los casos de dificultades de financiación.*

Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse

cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación»⁵⁶.

Finalmente, tampoco el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de la cláusula *rebus* cuando se han producido modificaciones legislativas en el marco regulatorio de un mercado tan intervenido como el de la energía fotovoltaica.

En este sentido, la STS de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3010) confirma las dos de instancia que desestimaron la demanda de los fiadores del préstamo hipotecario y contragarantes del aval que garantizaba el anticipo de la subvención, que pretendían, aplicando la cláusula *rebus*, dejar sin efecto o modificar las garantías otorgadas para financiar un proyecto fotovoltaico.

El Tribunal Supremo indica: «Es condición necesaria para la aplicación de la regla “rebus” la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo [recientemente Sentencia 5/2019, de 9 de enero (*RJ* 2019, 5)]. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (Sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)».

Y con acierto considera que el riesgo del cambio de regulación en un mercado tan intervenido como el de la energía fotovoltaica lo deben sufrir los fiadores y los deudores principales que pretendieron obtener beneficios en este ámbito de negocio, pues es evidente que el riesgo regulatorio es totalmente ajeno al acreedor que se limitó a financiar la actividad.

Por su parte, la STS de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3599) considera que el riesgo de cambio regulatorio estaba contemplado en el contrato que unía a las partes para la ejecución de proyectos de energía solar desarrollados en Francia y que, de conformidad con la interpretación del contrato, ese riesgo debía ser asumido por ambas partes contratantes, por lo que casa la sentencia de la Audiencia que había estimado la aplicación de la cláusula *rebus* y había condenado a una de las partes a la restitución de todas las cantidades recibidas.

VI. CONCLUSIONES: ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS

I. Como se desprende de las resoluciones del Tribunal Supremo que hemos estudiado en las páginas anteriores, el principio de vinculación con-

tractual debe considerarse un elemento fundamental para el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

II. No obstante, creemos que pueden admitirse excepciones a este principio cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles y de carácter extraordinario que afecten de manera fundamental al contrato.

La revisión o extinción judicial del contrato ante la concurrencia de circunstancias sobrevenidas de carácter extraordinario e imprevisible tiene fundamento y justificación porque la relajación del principio de vinculación contractual en esos supuestos constituye una exigencia derivada de un principio general de justicia material al que repugnaría que, en determinadas circunstancias, se pudiera obligar al mantenimiento inmutable de lo pactado, de la palabra dada⁵⁷.

Por ello, la posible revisión del contrato ante la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales se reconoce, de un modo u otro, en legislaciones de muy diversas tradiciones jurídicas y bajo fundamentaciones técnicas igualmente diversas y extrañas entre sí (imprevisión, excesiva onerosidad, ruptura de la base del negocio, frustración del contrato, etc.), porque, a nuestro entender, su fundamento se encuentra en la propia idea de justicia que debe existir en las relaciones entre las personas⁵⁸.

III. Precisamente por ello, lo difícil en estos supuestos no es encontrar una argumentación de técnica jurídica en virtud de la cual se pueda modificar o extinguir el contrato —puesto que pueden ser varias, se encuentren o no positivizadas expresamente en el ordenamiento jurídico⁵⁹—, sino que lo complicado será determinar en qué casos el principio de justicia hace necesaria la alteración o extinción del contrato teniendo en cuenta tanto las circunstancias concurrentes como lo establecido por las partes en el propio contrato⁶⁰.

IV. También en España, pese a no estar prevista en el ordenamiento jurídico la revisión o resolución de los contratos por alteración sobrevenida de las circunstancias, la jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha tenido que relajar el principio de vinculación contractual, admitiendo la modificación de los pactos para intentar reestablecer el equilibrio contractual perdido o, incluso, decretando la extinción del vínculo, ante la frustración del fin del contrato.

Así, nuestro Tribunal Supremo, basándose en argumentaciones técnicas de muy diverso tipo y en aplicación de principios de carácter muy general, como la buena fe o la equidad, ha revisado los contratos cuando las circunstancias sobrevenidas han supuesto la ruptura del equilibrio contractual sin que el riesgo del acaecimiento de estos eventos imprevisibles estuviera atribuido, contractual o legalmente, a alguna de las partes contratantes⁶¹.

V. Esta posible revisión contractual ante la concurrencia de circunstancias sobrevenidas imprevisibles debe ser aplicada únicamente cuando las

circunstancias alteren extraordinariamente el equilibrio contractual o supongan la frustración de la finalidad del contrato y, además, haya quedado claro en el supuesto fáctico que el riesgo del acontecimiento de las circunstancias sobrevenidas no deba ser atribuido a la parte perjudicada, ni se hubiera producido en el ámbito de su esfera de control, pues una aplicación fuera de estos parámetros produciría como resultado que ningún contratante se sintiera obligado a respetar la reglamentación voluntariamente asumida cuando quedaran alteradas las circunstancias en su perjuicio, afectando al principio de seguridad jurídica y a la confianza que es necesaria para que se desarrolle con fluidez el intercambio de bienes y servicios en el mercado⁶².

Las personas son libres y autónomas, capaces de decidir su destino y organizarse, también en el ámbito económico, y, por ello mismo, deben ser responsables de las obligaciones que voluntariamente asumieron⁶³.

La admisión con carácter general de excepciones al principio de obligatoriedad de los contratos ante las alteraciones sobrevenidas de las circunstancias contractuales supondría potenciar comportamientos oportunistas, rechazando los contratantes las vinculaciones a largo plazo, ya que en las relaciones jurídicas de mayor duración sería más probable que concurrieran circunstancias sobrevenidas y, en consecuencia, que se produjera una revisión del programa obligacional voluntariamente asumido por las partes⁶⁴.

VI. En la concreción de los supuestos en los que debe permitirse la excepción al principio de vinculación contractual radica la dificultad de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Lo difícil será concretar el grado de desequilibrio que justifica la modificación o extinción contractual o la determinación del concreto riesgo asumido por cada parte contratante.

Así lo ha hecho notar en diversas sentencias el Tribunal Supremo, que expresamente dice: «*Esta Sala ha descartado la aplicación de la regla “rebus” cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato [entre otras, Sentencias 240/2012, de 23 de abril (RJ 2012, 5913), y 41/2019, de 22 de enero (RJ 2019, 159)].*

Precisamente aquí está el problema, en determinar cuándo según la asignación de los riesgos, determinados acontecimientos deben ser trasladados a la parte que no ha resultado perjudicada por los mismos»⁶⁵.

VII. Aunque es tarea imposible realizar una enumeración de los supuestos en los que podría aplicarse la cláusula *rebus*, sin embargo, de las sentencias que hemos estudiado en este trabajo parecen desprenderse algunas ideas sobre los criterios de asignación de los riesgos que pueden aplicarse con carácter general⁶⁶.

Así, entiende la jurisprudencia que la vinculación contractual deberá aplicarse con mayor rigor al contratante profesional que al que no lo sea, pues se entiende que el profesional en el mercado en el cual opera debe ser conocedor de los riesgos que pueden acontecer y, por lo tanto, salvo que se

expresé otra cosa en el contrato, debe asumir las consecuencias negativas que le pueda ocasionar el acaecimiento de esos riesgos [SSTS de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214); de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4573); de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673); de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275); de 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604); de 22 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5005); y de 24 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 1409)].

VIII. Por parecidas razones, cuando se trate de operaciones comerciales especulativas, no está justificada la excepción a la vinculación contractual aunque cambien las circunstancias y el especulador quede perjudicado gravemente en su posición contractual [SSTS de 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027); de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819); y de 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019)].

IX. De igual modo, en los contratos con un alto componente de aleatoriedad en las contraprestaciones, y en los que, por lo tanto, el riesgo está implícito, no es factible la revisión o modificación judicial del contrato aun cuando circunstancias sobrevenidas perjudiquen gravemente la posición contractual de una de las partes [SSTS de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8053); de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874); de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3653); y de 9 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 5)].

X. La depreciación o apreciación del valor de los inmuebles, al menos con carácter general, no debe dar lugar a ninguna revisión o extinción del contrato [SSTS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 1650); de 18 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3631); y de 24 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 1409)].

De igual modo, tampoco debe autorizar ninguna excepción a la vinculación contractual el cambio de calificación urbanística de los terrenos objeto del contrato, a menos que en el contrato se hubiera atribuido expresamente a la parte no perjudicada el riesgo del cambio de calificación [SSTS de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214); de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673); de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275); de 22 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5005); y de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874)].

XI. El cambio de normativa en los mercados altamente regulados no debe aceptarse como supuesto que autorice la revisión o modificación judicial del contrato, pues los contratantes en estos ámbitos son o deben ser conocedores del riesgo regulatorio y, por lo tanto, debe sufrirlo aquel a quien le perjudica, si es que no se ha pactado expresamente otra cosa en el contrato atribuyendo el riesgo a la parte no perjudicada por el cambio de regulación o a ambas partes contratantes [SSTS de 17 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9343); de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3010); y de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3599)].

XII. Cuando la determinación de la prestación se hubiera realizado con referencia a algún índice variable, escala móvil o cláusula de estabilización, parece que el riesgo del incremento o disminución de los precios

lo deberá sufrir exclusivamente la parte perjudicada [SSTS de 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4714) y de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526)]. Sin embargo, cuando en un contrato la prestación que deba recibir una de las partes se ha determinado teniendo en cuenta el beneficio que pueda obtener la contraparte, el riesgo de la sobrevenida de acontecimientos que afecten a la rentabilidad del negocio ha sido asumido por ambas partes contratantes y ambas deben sufrir su caída. Pero, al mismo tiempo, si se hubiera establecido en el contrato una cuantía mínima de la contraprestación que, en cualquier caso, deba recibir una de las partes contratantes, parece que el riesgo hasta esa cuantía mínima lo asume exclusivamente la parte obligada a su pago [SSTS de 23 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5913); de 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 146); y de 5 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1360)].

XIII. Si en un contrato las partes han acordado arras penitenciales, cláusulas de desistimiento unilateral o cualquier otro mecanismo que permita una salida razonable del contratante perjudicado, no deben admitirse modificaciones judiciales al principio de vinculación contractual, pues las partes han previsto expresamente la salida unilateral de un contratante precisamente para el caso de que circunstancias sobrevenidas hagan inviable o inconveniente para su posición contractual el mantenimiento del contrato [SSTS de 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962) y de 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 146)].

XIV. La imposibilidad de obtener financiación por parte del contratante que la necesita (comprador) no autoriza para resolver o modificar el contrato, a menos que las partes hayan atribuido el riesgo de la falta de financiación al otro contratante (vendedor), o este se hubiera comprometido a conseguir para el contratante que la necesita la financiación adecuada para culminar la operación [SSTS de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819) y de 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962)].

VII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214)
- STS de 17 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9343)
- STS de 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 1490)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 1650)
- STS de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4573)
- STS de 21 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2762)
- STS de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673)
- STS de 18 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3631)
- STS de 12 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6900)
- STS de 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6389)

- STS de 25 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 592)
- STS de 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618)
- STS de 25 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8259)
- STS de 21 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 3187)
- STS de 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296)
- STS de 1 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2661)
- STS de 21 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 3897)
- STS de 23 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5913)
- STS de 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4714)
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6852)
- STS de 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027)
- STS de 8 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2402)
- STS de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275)
- STS de 27 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1625)
- STS de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819)
- STS de 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604)
- STS de 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268)
- STS de 22 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5005)
- STS de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8053)
- STS de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874)
- STS de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526)
- STS de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129)
- STS de 11 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6374)
- STS de 24 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 1409)
- STS de 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019)
- STS de 19 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3118)
- STS de 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657)
- STS de 30 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5874)
- STS de 18 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 853)
- STS de 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962)
- STS de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3653)
- STS de 3 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1424)
- STS de 9 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 5)
- STS de 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 146)
- STS de 22 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 159)
- STS de 5 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1360)
- STS de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3010)
- STS de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3599)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2014). La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil? *La Ley* [En línea], núm. 5027/2014, disponible en laleydigital.laleynext.es.
- ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2013). Crisis económica y cláusula *Rebus Sic Stantibus*: ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 3, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2013, 1056.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la *rebus*. Entrada del 28 de abril de 2015, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html>.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*. Comentario a la STS de 30 de junio de 2014. *CCJC*, núm. 97, 345-367.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014). La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la STS, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, 199-245.
- BUSTO LAGO, J. M. (2013a). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo II. Cizur Menor: Aranzadi, 1723-1736.
- (2013b). Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «*rebus sic stantibus*», frustración de las expectativas del comprador. Comentario a la STS de 26 de abril de 2013. *CCJC* [En línea], núm. 93, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- (2014). Comentario a la STS de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «*rebus sic stantibus*». *CCJC* [En línea], núm. 94, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación. *RCDI*, núm. 742, 413-460.
- CALZADILLA MEDINA, M. A. (2018). El devenir de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Apuntes sobre la renegociación contractual a través de la mediación. *RdPat* [En línea], núm. 45, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina «*rebus sic stantibus*». Comentario a la STS de 15 de octubre de 2014. *CCJC*, núm. 98, 175-206.
- CASADO CASADO, B. (2016). La alteración de circunstancias y su incidencia en la contratación tras la situación de crisis económica. Una nueva visión de un tema clásico: la cláusula *rebus sic stantibus*. *RdPat*, núm. 39, 65-102.

- CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *RdPat* [En línea], núm. 29, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en <https://indret.com/hacia-una-nueva-configuracion-de-la-doctrina-rebus-sic-stantibus-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-30-de-junio-de-2014>.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013). Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*. Comentario a la STS de 17 de enero de 2013. *RdPat*, núm. 32, 353-370.
- DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E. (2013). *Rebus sic stantibus*: una figura antigua de plena actualidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi* [En línea], núm. 872, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1996). La cláusula *rebus sic stantibus*. En: J. R. Ferrándiz Gabriel (dir.), *Extinción de obligaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 26. Consejo General del Poder Judicial, 669 a 686.
- (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I. Madrid: Civitas.
- (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II. Madrid: Civitas.
- DORAL GARCÍA, J. A. (2017). La revisión judicial del contenido del contrato: la cláusula «*rebus sic stantibus*» y la cláusula penal. *Revista jurídica de les Illes Balears* [En línea], núm. 15, disponible en <https://revistajuridicaib.icaib.org/la-revision-judicial-del-contenido-del-contrato-la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-la-clausula-penal/#post-1334-footnote-ref-23>.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017a). *Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 63-98.
- (2017b). La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y técnica jurídica. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* [En línea], núm. 21, disponible en tirantonline.com. Documento TOL6.265.442.
- GARCÍA CARACUEL, M. (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015). The Death of Contract (Grant GILMORE, 1974). A propósito de alguna jurisprudencia reciente. *InDret* [En línea], editorial núm. 1, disponible en <https://indret.com/the-death-of-contract-grant-gilmore-1974>.
- GONZÁLEZ-GUIMARAES, J. (2016). La normalización de la aplicación de la cláusula «*Rebus sic stantibus*» según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria*, núm. 3, 39-43.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la regla *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de las circunstancias. En: I. González Pacanowska y C. L. García Pérez (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Cizur Menor: Aranzadi, 141-214.

- JEREZ DELGADO, C. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). *Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?* *InDret* [En línea], núm. 2, disponible en <https://indret.com/rebus-sic-stantibus-un-paso-atras>.
- MARÍN NARROS, H. D. (2015). La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor. *RCDI*, núm. 747, 532-559.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2000). La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 47-59.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN, M. L. (2014). Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* [En línea], núm. 61, disponible en <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2014/14.MLMartinezdeMorentin.pdf>.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2015). Comentario a la STS de 30 de abril de 2015. Condiciones generales de la contratación en contrato celebrado con un profesional, cláusulas abusivas y cláusula «*rebus sic stantibus*». *CCJC*, núm. 99, 663-692.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2003). *La alteración de las circunstancias contractuales*. Madrid: Thomson Civitas.
- (2011). Riesgo negocial v. cláusula «*rebus sic stantibus*». *InDret* [En línea], núm. 1, disponible en <https://indret.com/riesgo-negocial-v-clausula-rebus-sic-stantibus>.
- (2012). Comentario a la STS de 27 de abril de 2012. Arrendamiento de inmueble objeto de un derecho de superficie. ¿Puede modificarse el contenido del contrato en atención a la transformación económica del lugar de localización del inmueble? *CCJC* [En línea], núm. 90, disponible en <https://proview.thomsonreuters.com>.
- (2014). Hacia una aplicación normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Comentario a la STS de 30 de junio de 2014. *RdPat*, núm. 35, 289-314.
- (2015). Confirmación de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en torno a la cláusula «*rebus sic stantibus*». *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 2, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2015, 243.
- MILÀ RAFEL, R. (2017). Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*. *RCDI*, núm. 764, 2936-3016.
- MUNAR BERNAT, P. A. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión. *La Ley* [En línea], núm. 4717/2015, disponible en laleydigital.laleynext.es.
- ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2013). *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*. Madrid: Civitas.
- ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Comentario a la STS (Pleno) 820/2013, de 17 de enero. En: ORDUÑA MORENO, F. J., SANCHO GARGALLO, I., CERDÁ ALBERO, F. y PLAZA PENADÉS, J., *Jurisprudencia Civil y Mercantil del Tribunal Supremo*. Madrid: Civitas, 129-149.

- ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017). *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*. Madrid: Civitas, 2.ª ed.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2017). Luces y sombras en la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* como instrumento para alcanzar la justicia material. En: L. Suárez Llanos (coord.), *El derecho y la justicia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 163-179.
- PANIZA FULLANA, A. (2012). «Cambios económicos y sociales» y cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 8, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2012, 3382.
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en <https://indret.com/riesgo-imprevisible-y-modificacion-de-los-contratos>.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2000). Comentario al artículo 1258. En: M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo II. Granada: Comares, 2146-2154.
- PÉREZ CONESA, C. (2017). Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*. Imposibilidad de financiación del comprador con posterioridad a la compraventa (STS de 13 de julio de 2017). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 83-88.
- PÉREZ GURREA, R. (2013). La cláusula *rebus sic stantibus* en la contratación inmobiliaria. Su posible aplicación a los supuestos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis económica. A propósito de la STS de 17 de enero de 2013. *RCDI*, núm. 740, 4216-4234.
- (2015). Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *RCDI*, núm. 751, 2949-2967.
- PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T. (2014). Sobre la nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de permuta financiera de tipos de interés. Comentario a la STS de 29 de octubre de 2013. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 9, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2013, 2697.
- QUICIOS MOLINA, S. (2009). Resolución por alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1374-1392.
- RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 3, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2015, 545.
- REDONDO DÍAZ, J. (2018). Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017. *Boletín del Colegio de Registradores de España* [En línea], núm. 55, disponible en http://www.registradores.org/wp-content/revista/boletin/pdf/BOLETIN_55.pdf.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018). Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*. *RCDI*, núm. 765, 533-548.
- SAGRERA RULL, J. (2019). La aplicación de las cláusulas penales en caso de desistimiento anticipado de contratos de arrendamiento de local comercial. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018. *RCDI*, núm. 771, 445-455.
- SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y

- Contratos. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en <https://indret.com/alteracion-de-circunstancias-en-el-art-1213-de-la-propuesta-de-modernizacion-del-codigo-civil-en-materia-de-obligaciones-y-contratos>.
- SÁNCHEZ DE LOLLANO CABALLERO, R. I. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *La Ley* [En línea], núm. 4209/2015, disponible en laleydigital.laleynext.es.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013. *La Ley* [En línea], núm. 2030/2013, disponible en laleydigital.laleynext.es.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015). El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista de Derecho Civil* [En línea], Vol. II, núm. 4, disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- VERDERA SERVER, R. (2001). Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000. *CCJC*, núm. 56, 491-510.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. Necesidad de una regulación. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 2, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2010, 554.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). La cláusula «*rebus sic stantibus*» no puede dar tanto de sí. Entrada del 3 de noviembre de 2014, disponible en <http://hayderecho.com/2014/11/03/la-clausula-rebus-sic-stantibus-no-puede-dar-tanto-de-si>.
- (2016). Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013). En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 6. Madrid: Dykinson, 83-94.

NOTAS

¹ Así se dispone en los Códigos civiles publicados o reformados más recientemente, como en el artículo 1195 del Código francés, modificado en el año 2016, que establece la posibilidad de solicitar la renegociación y, en caso de rechazo o fracaso de la misma, la terminación o adaptación del contrato, cuando un cambio imprevisible de las circunstancias hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado asumir ese riesgo. En Alemania, tras la reforma del Derecho de Obligaciones que entró en vigor en el año 2002, se introdujo un nuevo precepto, el § 313 BGB, que dispone que si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubieran celebrado el contrato, o con ese contenido, si hubieran podido prever el cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una de las partes la vinculación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y especialmente el reparto contractual o legal del riesgo. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible para una de las partes, el precepto, en su párrafo tercero, permite la resolución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, en vez de resolverlo, las partes tendrán derecho a denunciarlo. En el Código civil italiano, en los artículos 1467 y siguientes, se regula el supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida, estableciendo que en los contratos con prestaciones recíprocas, que sean de tracto sucesivo o ejecución diferida, si la pres-

tación de una de las partes ha llegado a ser excesivamente onerosa por el advenimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede solicitar la resolución del contrato, aunque se permite a la contraparte evitar dicha resolución ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato. Estos mecanismos no se aplicarán a los contratos aleatorios por naturaleza o por voluntad de las partes (art. 1469 CC it.), ni cuando la excesiva onerosidad se enmarca en el alea normal del contrato. En cuanto a los contratos en los que solo una de las partes ha asumido obligaciones, el obligado puede solicitar una reducción de su prestación o una modificación de la modalidad de ejecución suficiente para reconducirla a la equidad (art. 1468 CC it.). En el Código civil portugués puede verse el artículo 437, que, ante la alteración anormal de las circunstancias en las que las partes basaron su decisión de contratar, permite al perjudicado solicitar la terminación o modificación del contrato. Véanse también los artículos 6:258 y 6:260 del Código civil holandés. Más información en GARCÍA CARACUEL, M. (2014, págs. 270 y sigs.); VIVAS TESÓN, I. (2010, págs. 7 y sigs.); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, págs. 43 y sigs.); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2003, págs. 31 y sigs.), y en ORDUNA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, págs. 25 y sigs.).

² Así, el artículo 6:111 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos [Principles of European Contract Law-PECL, (consultado en <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>, el día 15 de octubre de 2019)], establece que si el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso como consecuencia del cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones para lograr la adaptación o, en su caso, la finalización del contrato si es que las circunstancias son sobrevenidas e imprevisibles y no constituyen un riesgo que deba asumir una de las partes. Si las partes no llegaran a un acuerdo en un plazo razonable sería el juez el que podría poner fin al contrato o adaptar el equilibrio contractual de modo justo y razonable.

En el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) se ocupa de la cuestión el artículo III.-1:110, [puede verse en JEREZ DELGADO, C. (2015, pág. 129)], señalando que, ante un cambio excepcional e imprevisible de las circunstancias, que conlleve una mayor onerosidad para el cumplimiento de una de las partes de tal manera que sea injusto exigir al deudor ese cumplimiento, el tribunal podrá modificar la obligación para que sea razonable o equitativa o poner fin a la misma siempre que el deudor no deba asumir el riesgo del cambio de circunstancias y que hubiera intentado razonablemente conseguir mediante la negociación un ajuste equitativo de los términos del contrato. Más información en GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 385 y sigs.); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, págs. 67 y sigs.); PARRA LUCÁN, M. A. (2015, págs. 5 y sigs.); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011, págs. 1074 y sigs.); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, págs. 58 y sigs. y 161 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 147 a 151); MUNAR BERNAT, P. A. (2015, págs. 3 y 4).

³ Así, los artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, (consultado en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>, el día 15 de octubre de 2019), se refieren a los supuestos de *hardship*, esto es, aquellas circunstancias sobrevenidas o conocidas posteriormente a la celebración del contrato, que no era posible razonablemente prever, y que están fuera del control de la parte perjudicada que tampoco ha asumido el riesgo de su existencia o advenimiento, y que alteran de modo importante el equilibrio contractual. Ante la aparición de estas circunstancias sobrevenidas se permite a la parte en desventaja reclamar la renegociación del contrato y, en el caso de que no se llegue a un acuerdo en un plazo razonable, cualquiera de las partes puede acudir al tribunal que, si considera que se ha producido un supuesto de excesiva onerosidad (*hardship*), podrá resolver el contrato o adaptarlo a las circunstancias con miras a reestablecer su equilibrio. Más información en GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 435 y sigs.); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, págs. 61 y sigs.).

⁴ No obstante, sí que existe alguna disposición aislada en el ordenamiento jurídico español que, en algunos supuestos muy específicos, atribuye algún efecto al cambio de circunstancias sobrevenido, señaladamente el artículo 1575 CC que establece la rebaja de la renta que debe satisfacer el arrendatario de una finca rústica cuando se pierde más de la mitad de los frutos debido a casos fortuitos extraordinarios e imprevistos «y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever», y el artículo 100 CC que permite la modificación de la pensión fijada en la sentencia de separación o divorcio por «alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge». Más información en PARRA LUCÁN, M. A. (2015, págs. 15 y 16); SÁNCHEZ DE LOLLANO CABALLERO, R. I. (2015, pág. 4).

Por otra parte, dada la compleja distribución competencial en materia de Derecho civil diseñada por la Constitución española en su artículo 149.1.8.ª, debe advertirse de que la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, contiene un precepto, la Ley 493, que en su tercer párrafo dispone: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución».

⁵ En este sentido, debe hacerse referencia al artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, que dispone: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

Por su parte, el artículo 416-2 de la Propuesta de Código Mercantil, bajo la rúbrica «Excesiva onerosidad del contrato», dispone: «1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».

Un análisis de estos preceptos puede verse en SALVADOR CODERCH, P. (2009); GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 449 y sigs.); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, págs. 150 y sigs.); PARRA LUCÁN, M. A. (2015, págs. 6 y sigs.); MUNAR BERNAT, P. A. (2015, págs. 4 y 5); CASADO CASADO, B. (2016, págs. 92 y sigs.); VIVAS TESÓN, I. (2010, págs. 12 y 13).

Por su parte, el artículo 526-5 de la Propuesta de Código civil, realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, bajo la rúbrica «Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», dispone: «1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de

manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución». El texto de la Propuesta puede consultarse en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (consultado el día 15 de octubre de 2019).

⁶ Como señala PASQUAU LIAÑO, M. (2000, pág. 2151), el problema de la alteración imprevisible de las circunstancias tiene «naturaleza transversal, afectando a instituciones y técnicas muy diferentes». Véanse también, VERDERA SERVER, R. (2001, pág. 500); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 147 y sigs.).

⁷ SALVADOR CODERCH, P. (2009, pág. 4), afirma que la jurisprudencia sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* «estuvo muy condicionada por el desenlace de la Guerra Civil y por las disposiciones —de asimétrico rigor— que liquidaron sus consecuencias». Posteriormente, indica el autor, la restricción en la aplicación de la cláusula se explica por la falta de justificación en la mayoría de las solicitudes de revisión de los contratos. En parecido sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, pág. 177); Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1996, pág. 671); MUNAR BERNAT, P. A. (2015, pág. 7).

⁸ El contrato se había celebrado en el año 1935, pero durante la guerra civil quedó interrumpido porque la fábrica de los envases estaba ubicada en Luarca, localidad integrada en la zona que la sentencia denomina nacional, y la industria que los recibía estaba en Astillero, en la zona republicana, pero en 1939 se acordó la liquidación del saldo pendiente de los suministros anteriores y se convino el cumplimiento por el demandado del resto del contrato en las mismas condiciones pactadas. Al poco tiempo, en el año 1941, el fabricante dejó de suministrar los envases alegando la alteración de las circunstancias (falta de importación de hojalata por la guerra mundial, escasez de materia prima, etc.).

⁹ Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1996, págs. 674 y 675); CARRASCO PERERA, Á. (2010, pág. 1016).

¹⁰ Copian literalmente el párrafo transcrito las SSTS de 27 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1625); de 25 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 592); de 12 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6900); de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673) y de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 665). Y, resumiendo los requisitos, pueden verse las SSTS de 21 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2762); de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4573); de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214) o la de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9226).

¹¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, pág. 226), indica que fue la STS de 6 de junio de 1959 (*RJ* 1959, 3026) la que incorporó el requisito de la subsidiariedad.

¹² Como señala GARCÍA CARACUEL, M. (2004, pág. 326), el Tribunal Supremo ha aplicado la cláusula *rebus* a contratos de suministro, de arrendamiento, de explotación, y, más excepcionalmente, a contratos de tracto único y de ejecución diferida como contratos de compraventa en los que se había aplazado el pago del precio o contratos de opción de compra. Y es que el Tribunal Supremo ha manifestado repetidamente que, en los contratos de tracto único, la cláusula *rebus sic stantibus* «es de aplicación aún más excepcional que en los de tracto sucesivo», véanse las SSTS de 17 de enero 2013 (*RJ* 2013, 1819); de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673) y de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214). Véase también CARRASCO PERERA, Á. (2010, págs. 1029 a 1032).

¹³ Sobre la cuestión, véase CASTINEIRA JEREZ, J. (2012, págs. 27 y 28); CARRASCO PERERA, Á. (2015, pág. 197).

¹⁴ La STS de 15 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9214) señala que «[L]a parte recurrente debió cumplir su prestación el 12 de octubre de 1992 y la recalificación de los terrenos no tuvo lugar hasta el 28 de enero siguiente y ello, sin otras consideraciones haría siempre de mejor condición a la parte incumplidora de sus obligaciones dentro de su plazo señalado, que a la que actúa con absoluta corrección jurídica, que por haber cumplido no puede utilizar la supuesta aplicación de tal cláusula. Por tanto no puede tener lugar tal doctrina pretendida cuando el retraso del cumplimiento obligacional resulta unilateral e injustificado». En igual sentido puede verse la de 17 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9343). En el comentario a esta resolución, VERDERA SERVER, R. (2001, pág. 502), señala que la principal enseñanza que puede extraerse de la sentencia es la importancia que el Tribunal Supremo concede a la actuación del deudor y a su previo incumplimiento. Y es que, como afirma CARRASCO PERERA, Á. (2010, pág. 1034), «[C]uando el deudor podría haber evitado o neutralizado el riesgo, o el volumen de su impacto, mediante un cumplimiento adecuado, el incumplimiento que incrementa o posibilita la incidencia del riesgo impedirá su consideración favorable». En el mismo sentido, CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012, pág. 12), «si el deudor se constituye en mora o de cualquier otro modo incumple la obligación, serán de su cuenta y riesgo los casos fortuitos (y también la alteración de las circunstancias)»; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, pág. 254); QUICIOS MOLINA, S. (2009, pág. 1375).

¹⁵ En este sentido, la STS de 27 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1625) afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* «tiene por objeto la revisión, no anulación, del acto o negocio jurídico que ha sufrido un hecho imprevisible posterior a su celebración, no anterior».

Por el contrario, el § 313.2 BGB, señala que el cambio de circunstancias sobrevenido es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

¹⁶ Así, se han considerado previsibles las alteraciones normativas, las huelgas de los trabajadores, la denegación de subvenciones, la falta de obtención de patrocinadores, la alteración del valor de los inmuebles, la alteración monetaria, el incremento del coste de los trabajos, el incremento de las dificultades para obtener un determinado resultado en el contrato de obra, el cambio de calificación urbanística de los terrenos, la no aprobación de proyectos de recalificación urbanística, la falta de obtención de licencias administrativas, la transformación económica del país derivada del transcurso del tiempo, etc.

Aunque el Tribunal Supremo insista en que la imprevisibilidad tiene que ser «radical», lo que podría hacer pensar en una imprevisibilidad objetiva y absoluta, lo cierto es que, como afirma CARRASCO PERERA, Á. (2010, pág. 1011), «lo que califica el suceso es su imprevisibilidad concreta desde la perspectiva de los contratantes al tiempo de la perfección del contrato y partiendo de un estándar de diligencia ordinaria». Véanse también DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, págs. 261 y 262); CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012, pág. 18).

¹⁷ GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 330 y 331); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, págs. 86 y sigs.); DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013, pág. 365); CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012, págs. 25, 26 y 30).

¹⁸ Las SSTs de 9 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 5), de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3653), de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874) y de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8053), rechazan la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual. No obstante, podría pensarse en la aplicación de la cláusula en algún aspecto del contrato aleatorio que no estuviera fundamentado en el alea, véanse MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2000, págs. 53 y 56); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, págs. 241 y 242); CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012, pág. 26); PÉREZ GURREA, R. (2013, pág. 4222).

¹⁹ Véase en este sentido la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6852).

²⁰ Véanse las SSTs de 27 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1625); de 25 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 592); de 12 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6900); de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2673) y de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 665).

²¹ Véase la STS de 25 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8259).

²² Véanse las SSTs de 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4714); de 23 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5913) y de 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296).

²³ En este sentido, por ejemplo, la STS de 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 1490) entendió que concurrían los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pero, pese a que el perjudicado solicitó la resolución del contrato, la sentencia entendió que si bien cabe que el tribunal realice una modificación del contrato no es posible que decrete la extinción o resolución del mismo. De igual modo, en la STS de 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296) se desestimó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un supuesto de permuta de solar por obra en el que la edificabilidad de la parcela se redujo de setenta y cinco viviendas por hectárea a treinta y cinco. El Tribunal señala que la aplicación de la cláusula *rebus* nunca puede tener efectos extintivos o resolutorios. Así, con claridad, afirma: «La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus* que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de haber producido por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 17 de mayo de 1957 recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 y la de 1 de marzo de 2007».

²⁴ En este sentido, por ejemplo, puede verse la STS de 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268), que fue dictada por el mismo ponente que la STS de 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296), que, por el contrario, afirmó que no cabía la extinción o resolución del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En el caso resuelto por esta sentencia de 2013, se adquirió una vivienda en construcción en el año 2006. La promotora se retrasó en la entrega de la vivienda más de un año y, al mismo tiempo, la subrogación en el préstamo hipotecario prevista en el contrato no se pudo producir debido a la negativa de la entidad bancaria a aceptarla. La compradora solicitó la resolución del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas por incumplimiento del promotor. Por su parte, la promotora reconvinó instando el cumplimiento. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción. El comprador formuló recurso de casación por infracción del artículo 1124 CC. El Tribunal Supremo estimó el recurso y resolvió el contrato aplicando la teoría de la base del negocio jurídico, entendiendo que «[N]o se cumplió ni el plazo ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones, pueden parecer que no da lugar a la resolución del contrato, como han entendido las sentencias de instancia. Pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que demanda su resolución. Resolución que procede acordar, aplicando la doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 14 de junio de 1943, 30 de junio de 1948, 12 de junio de 1956, 23 de noviembre de 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto «afectando a la base del negocio». Esta se ha considerado como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio».

De igual modo, admitió la extinción del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* la STS de 21 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 3897), que se fundamentó en la teoría de la ruptura de la base del negocio y desaparición sobrevenida de la causa del

contrato. Y, de manera genérica, indica que puede caber también la resolución la STS de 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874).

Discute la doctrina española si la aplicación de la cláusula *rebus* debe tener únicamente efectos modificativos o, por el contrario, puede dar lugar a la resolución del vínculo jurídico. Como señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003, págs. 288 y sigs.), la revisión es el efecto que defiende mayoritariamente la doctrina. Por el contrario, se manifiestan a favor de aplicar la resolución como efecto principal DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011, págs. 1080 y 1081; 1996, pág. 686); CARRASCO PERERA, Á. (2015, pág. 189).

En cualquier caso, como señalan ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2013, pág. 6), dado el principio dispositivo que rige en nuestro sistema procesal, difícilmente podrán concederse efectos modificativos a la cláusula *rebus* si es que la parte interesada no hubiera especificado exactamente qué tipo de revisión contractual se solicita. Véanse también CARRASCO PERERA, Á. (2010, pág. 1009, nota 133); MARÍN NARROS, H. D. (2015, pág. 535); VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015, pág. 74); y, con referencia a los supuestos de falta sobrevenida de financiación en la compraventa de inmuebles, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 209 y 210); CALZADILLA MEDINA, M. A. (2018).

²⁵ CARRASCO PERERA, Á. (2010, págs. 1021 y 1022).

²⁶ DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E. (2013, págs. 1 y 2).

²⁷ Véase BUSTO LAGO, J. M. (2014, págs. 1 a 3); MILA RAFEL, R. (2017, pág. 2981, nota 75).

²⁸ Sobre la cuestión puede verse CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014, págs. 413 y sigs.).

²⁹ Una completa relación y resumen de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Supremo desde el año 1940 puede encontrarse en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1996, págs. 671 a 678); GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 286 a 322); PASQUAU LIANO, M. (2000, págs. 2151 a 2154).

³⁰ Por su parte, la STS de 23 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5913) se dictó en relación con un arrendamiento para la explotación de dos minas de carbón celebrado en el año 1980. En el año 1989 el contrato se prorrogó hasta el año 2020, pero en el año 2000 la arrendataria cesó en las labores de explotación de la mina. La arrendadora demandó a la arrendataria por incumplimiento contractual exigiendo el pago de una indemnización y la compactación y allanamiento de los terrenos. En primera instancia y en apelación se estimó sustancialmente la demanda de la arrendadora y se desestimó la reconvencción de la arrendataria. Esta interpuso un recurso de casación muy confuso en el que parece pretender la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la menor rentabilidad de la explotación minera. El Tribunal Supremo desestima el recurso entendiendo que la cláusula se debe aplicar para «*exonerar a una de las partes contratantes de un riesgo no asignado a ella en el contrato o atenuar las consecuencias de su realización*», y en este caso el riesgo lo había asumido claramente la arrendataria puesto que «*el contrato de 1980 se prorrogó en 1989, es decir, cuando el hoy recurrente venía explotando las minas desde varios años antes y se encontraba en condiciones de calcular el riesgo empresarial que asumía al prorrogar la vigencia del contrato hasta el año 2020. Que el riesgo de una menor rentabilidad de la explotación minera se lo asignaba el contrato al hoy recurrente queda claro por la cláusula que fijaba un canon mínimo anual si el porcentaje del 5'5% sobre el tonelaje de carbón extraído no cubría ese mínimo*».

³¹ De manera pacífica, la jurisprudencia ha considerado que la alteración del valor de los inmuebles entre el momento de perfección del contrato y su cumplimiento no permite la aplicación de la cláusula *rebus* por no concurrir el requisito de la imprevisibilidad. Sobre la cuestión, con abundantes citas jurisprudenciales, pueden verse MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2012, págs. 11 y 12); BUSTO LAGO, J. M. (2014, págs. 7 y 8); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 182 y sigs.); MUNAR BERNAT, P. A.

(2015, pág. 17); CASADO CASADO, B. (2016, pág. 68); QUICIOS MOLINA, S. (2009, págs. 1377 y 1378).

³² La STS de 1 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2661) resuelve un supuesto en el que se celebró un contrato de arrendamiento para la instalación de un supermercado, acordando la arrendadora y arrendataria que se unirían los dos locales objeto del arrendamiento porque si no era así no era viable la explotación. Sin embargo, la comunidad de propietarios no accedió a esta unión y no se pudo instalar el supermercado. Frente a la demanda de la arrendadora exigiendo el pago de las rentas y la indemnización por los daños y desperfectos producidos en los locales comerciales arrendados, la parte demandada contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando la nulidad del contrato por carencia de causa, al haberse frustrado de forma sobrevenida su finalidad. En primera instancia se decretó la nulidad del contrato por carencia de causa. Por el contrario, la Audiencia entendió que el contrato no era nulo puesto que la arrendataria hubiera podido prever que no iba a obtener la autorización para la realización de las obras de acondicionamiento. El Tribunal Supremo estima el recurso presentado por la arrendataria en el que se refiere a la frustración sobrevenida del objeto y a la necesidad de que la causa de los negocios jurídicos concorra no solo al tiempo de su formación sino que es preciso que subsista durante toda la vida del convenio.

Sin embargo, a nuestro entender, la sentencia no aplica la teoría de la ruptura de la base del negocio o de la continuada influencia de la causa durante toda la vida del contrato, sino que, realmente, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual de la arrendadora, puesto que en el contrato de arrendamiento constaba expresamente la autorización para cubrir el patio de luces que unía ambos locales, autorización que concedió la arrendadora *«haciendo uso de las facultades dominicales que asegura tener la propiedad (...) de manera que puedan considerarse las dos fincas registrales objeto de este contrato una única unidad comercial»*. La arrendadora aseguró a la arrendataria que no tendría problemas para la concesión del permiso y para poder acondicionar el local para supermercado, ya que, de no hacerlo así, *«la explotación, por tanto, no era viable entonces, a la espera de que se llevaran a cabo las obras necesarias de adecuación del local a las necesidades del supermercado»*. Siendo esto así, no se trata propiamente de un supuesto de ruptura sobrevenida de la base del negocio o frustración sobrevenida de la finalidad contractual sino, simplemente, de un mero incumplimiento contractual, pues la arrendadora incumplió aquello a lo que se había comprometido en el contrato y, en cualquier caso, incumplió la obligación de entregar una cosa apta para el uso expresamente pactado por las partes. En el sentido que nos expresamos puede verse el comentario a esta sentencia que realiza MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2011, págs. 3 a 9).

³³ La sentencia también afirma: *«La llamada “base del negocio”, desarrollada por la doctrina alemana, se funda en la correlativa equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil impulsivo que determinó a las partes a contratar y consiste, del lado subjetivo, en una determinada representación común de las partes o aquello que esperan los intervinientes en el negocio y que les ha determinado a concluir el contrato; y del lado objetivo, en la circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato —según el significado de las intenciones de ambas partes— pueda mantenerse como una regulación con sentido. Tal principio se halla presente en nuestro Código civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legítimos (art. 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (art. 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (art. 1009)»*. En el comentario a esta sentencia, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2011, págs. 9 a 16), entiende que el supuesto debía haberse resuelto mediante la aplicación de las normas que regulan el contrato de sociedad.

³⁴ En el supuesto de hecho resuelto por esta sentencia, en el año 1989 se concede un derecho de superficie y una opción de compra sobre una parcela a cambio de un canon anual. Posteriormente a dicho contrato, una parte de la parcela fue reclamada por

el Estado a la concedente del derecho de superficie. En la misma demanda se ejercitó contra la superficiaria acción negatoria del derecho real de superficie y se solicitó la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad que se produjo efectivamente en el año 1992. Como consecuencia de esa anotación, la superficiaria no pudo edificar las obras que pretendía realizar. Finalmente se dictó sentencia por la que se condenó a la concedente del derecho de superficie a indemnizar al Estado por el valor de los terrenos reclamados resultando absuelta la superficiaria. Aunque se recurrió esta sentencia no fue modificada y quedó firme.

La superficiaria demandó a la concedente del derecho de superficie solicitando la resolución del contrato y subsidiariamente la revisión del mismo (reduciendo el precio de venta y el canon anual por el derecho de superficie, dejando en todo caso sin efecto la obligación de pagar el canon durante todo el periodo que la parcela esté perjudicada por la existencia en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de la demanda que interpuso el Estado).

En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia estimó en parte el recurso y declaró procedente la revisión del contrato, pero en el único sentido de que no se tuviera que pagar el canon del derecho de superficie mientras conste en el Registro la anotación preventiva de la demanda. La superficiaria interpuso recurso de casación, que se desestimó.

El Tribunal Supremo señaló: «*La sentencia de instancia ha dispuesto la revisión del contrato de 6 de marzo de 1989 en base a la aplicación de la doctrina de la cláusula sobreentendida «rebus sic stantibus» (...) Dicha resolución sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita «rebus sic stantibus» cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio «pacta sunt servanda» y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negociada y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones (...) La recurrente entiende que, al argumentar conforme a la teoría de la alteración de «la base del negocio», la demostración de una extraordinaria exorbitancia de las prestaciones inclina más bien a la resolución del contrato, mediante la articulación de dos vías: el principio de buena fe (art. 1258 CC) y el fallo o desaparición sobrevenida de la base del negocio (art. 1274 CC) (...) Sin embargo, ocurre que la actora, y ahora recurrente, justificaba las dos acciones ejercitadas en la demanda (una, dirigida a la resolución del contrato por grave alteración sobrevenida de las circunstancias; y otra, con carácter alternativo y subsidiario a la anterior, encaminada a la revisión del contrato, por idéntico fundamento que la anterior) en la aplicación exclusiva de la cláusula «rebus sic stantibus», y ante la obviedad de que, según nuestra jurisprudencia, la primera teoría solo puede producir la revisión del contrato si concurren los presupuestos antes mentados, plantea ahora su resolución en aras de la quiebra de la base del negocio, lo que constituye una actividad sorpresiva, que afecta al componente jurídico de la acción y puede producir indefensión a la contraparte, y, de acceder en esta sede a su admisión, ni siquiera salvable mediante la utilización del principio «iura novit curia», se quebrantaría el principio de congruencia».*

³⁵ Dice la sentencia: «*Esta Sala entiende que el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de*

arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso». Comentarios favorables a esta resolución pueden verse en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2012, págs. 10 y sigs.); PANIZA FULLANA, A. (2012, págs. 4 y sigs.); SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018, pág. 544).

³⁶ En Portugal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2017, considera que, aunque la crisis económica que ha afectado a Portugal es un hecho notorio, por sí sola es insuficiente para aplicar el artículo 437 del Código civil portugués, referido al cambio anormal de circunstancias, pues para la aplicación del precepto es preciso que haya una correlación directa, que quede demostrada fácticamente, entre la crisis económica general y la actividad económica concreta del particular agente económico. La sentencia puede verse en <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/32a1060731153909802580f4003b1586?OpenDocument>, consultado el día 16 de octubre de 2019.

³⁷ Han sido varios los autores que han comentado esta sentencia, entre ellos pueden verse BUSTO LAGO, J. M. (2014); DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013, págs. 353 y sigs.); ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2013); SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013); PÉREZ GURREA, R. (2013, págs. 4223 y sigs.); BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014, págs. 199 a 246); YZQUIERDO TOLSA, M. (2016, págs. 83 a 94); PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2017, págs. 173 y 174).

³⁸ Aunque posteriormente muchas sentencias del Tribunal Supremo citan juntas a las dos resoluciones, lo cierto es que la STS (de Pleno) de 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604) no se refiere directamente a la relación entre la crisis económica e inmobiliaria y la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta sentencia resuelve un caso idéntico al planteado en la STS de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819). La promotora demandada es la misma y también es la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Tercera) la que dicta la sentencia que finalmente se casa. El contrato de compraventa de vivienda se celebró el día 28 de abril de 2008, a los pocos meses la vendedora requirió a los compradores para firmar la escritura, y el día 24 de noviembre de 2008 los compradores comunicaron a la vendedora su voluntad de rescindir la compra, sin alegar causa alguna imputable a la vendedora. Al no aceptar la vendedora el requerimiento de los compradores, estos interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato y la devolución del precio anticipado. Entre otros motivos, alegaban imposibilidad de obtener financiación para el pago del préstamo hipotecario. La promotora contestó a la demanda e interpuso reconvencción exigiendo el cumplimiento del contrato. Fue al contestar la reconvencción cuando los compradores alegaron la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En primera instancia fue desestimada la demanda y estimada la reconvencción. La Audiencia, por el contrario, estimó la demanda y desestimó la reconvencción. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación señalando que no hay una sobrevenida imposibilidad de cumplir como causa de liberación de los deudores porque, entre otras razones, «no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias». Respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque la sentencia realizó algunas consideraciones de carácter general sobre la misma, señala expresamente que «hay que insistir en que la doctrina mencionada no constituyó la «ratio» o fundamento de la decisión recurrida y en que, tampoco, la demanda de los compradores contiene alegación alguna sobre un cambio de circunstancias existentes al contratar, así como en que la mera referencia en el escrito de contestación a la regla «*rebus sic stantibus*» no basta para justificar un pronunciamiento específico sobre ella».

³⁹ Parece claro que constituye un riesgo del comprador la imposibilidad o dificultad de obtener financiación para hacer frente al pago del precio establecido en el contrato. Como señalan ORDUNA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2017, pág. 22), en Norteamérica la crisis económica no ha supuesto ninguna excepción al principio de que «las partes contratantes deben asumir el riesgo derivado de las fluctuaciones del

mercado», citando los autores diversos supuestos en los que los Tribunales norteamericanos han rechazado la aplicación de la *impossibility and impracticability* en los supuestos de imposibilidad de obtener la financiación para la adquisición del inmueble al entender que el riesgo no era imprevisible y debe ser asumido por el comprador. Véanse también BUSTO LAGO, J. M. (2014, pág. 13); DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013, págs. 365 y 366). Más recientemente, se refiere con claridad a la cuestión la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3962), que expresamente dispone que «[C]omo regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación».

⁴⁰ Como indica BUSTO LAGO, J. M. (2014, págs. 11 y 12; 2013a, págs. 1730 y sigs.), algunos de los factores a los que se refiere la sentencia poco tienen que ver con la concurrencia o no de los requisitos tradicionales para la aplicación de la cláusula *rebus*. Así, por ejemplo, en cuanto al grado de colaboración prometido por el vendedor al comprador para obtener la financiación, parece que la cuestión debe enmarcarse en el ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento del contrato y no en el de la posible aplicación de la cláusula *rebus* [STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5874)]. Por otra parte, no se acaba de entender respecto de la aplicación de la cláusula *rebus* qué diferencia puede haber entre si la casa comprada se dedica a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia. Sí que podría tener relevancia la consideración del adquirente como profesional o como comprador especulativo respecto de la distribución de los riesgos establecidos explícita o implícitamente en el contrato, pero no que la casa sea destinada a vivienda habitual o segunda residencia. Véanse también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 205 y 206); DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013, pág. 368); CASADO CASADO, B. (2016, pág. 91).

⁴¹ BUSTO LAGO, J. M. (2013b), critica la sentencia porque entiende que puede abrir un camino en materia de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la compraventa inmobiliaria que permita atribuir al vendedor los riesgos derivados de la pérdida de valor de mercado de los inmuebles y del aumento de las exigencias para la concesión de financiación, alterando la tesis sostenida hasta el momento de que tales riesgos son siempre del comprador.

⁴² En parecido sentido, RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015, pág. 6); VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015, pág. 90).

⁴³ Véanse los comentarios de MARÍN NARROS, H. D. (2015), en especial, págs. 540 y sigs.; PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T. (2014).

⁴⁴ Como hacen notar PARRA LUCÁN, M. Á. (2015, pág. 11), SÁNCHEZ DE LOLLANO CABALLERO, R. I. (2015, pág. 7) y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, pág. 146, nota 13), los argumentos jurídicos utilizados en la sentencia habían sido expuestos con anterioridad por el Magistrado ponente en algunos trabajos académicos. Véase ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2013, págs. 247 a 314); ORDUÑA MORENO, F. J. (2013, págs. 129 a 149).

⁴⁵ La apoyatura en estas sentencias es discutida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015, pág. 363); CARRASCO PERERA, Á. (2015, pág. 183); PARRA LUCÁN, M. Á. (2015, pág. 10); ALCOVER GARAU, G. (2014, pág. 4).

⁴⁶ Comentarios sustancialmente favorables en CASTINEIRA JEREZ, J. (2014); MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2014, págs. 289 a 314; 2017, págs. 269 a 291); PÉREZ GURREA, R. (2015, págs. 2949 y sigs.); GONZÁLEZ-GUIMARAES, J. (2016, págs. 42 y 43); DORAL GARCÍA, J. A. (2017, págs. 11 a 32); FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017b, págs. 186 a 212).

Respecto de las posiciones críticas, véanse RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015);

LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015); PARRA LUCÁN, M. Á. (2015, págs. 43 y sigs.); ALCOVER GARAU, G. (2014, págs. 4 y 5); VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015, págs. 86 y sigs.); YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014; 2016, págs. 91 a 93); ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015); CARRASCO PERERA, Á. (2015, págs. 175 y sigs.), en un comentario que viene referido a la de STS de 15 de octubre de 2014, al igual que GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015).

⁴⁷ Algunos autores han discutido que, en todo caso, «*la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación)*» o, incluso, «*un resultado reiterado de pérdidas*» durante los últimos años, en un contrato de más de veinticinco años de duración, comporte la inviabilidad económica o la ruptura de la equivalencia de las prestaciones. En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015, págs. 365 y 366); PARRA LUCÁN, M. Á. (2015, págs. 26 y sigs.); ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015).

Por el contrario, CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2014, pág. 11), entiende que la equivalencia mínima entre las prestaciones debe permanecer inalterada durante toda la vida del contrato.

⁴⁸ Discuten esta afirmación CARRASCO PERERA, Á. (2015, págs. 194, 195 y 199 y sigs.); LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015, págs. 6 y 7).

⁴⁹ Véanse MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2015; 2017, págs. 291 a 298); PÉREZ GURREA, R. (2015, pág. 2963). Posiciones contrarias a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el supuesto de hecho resuelto por esta sentencia pueden encontrarse en CARRASCO PERERA, Á. (2015, pág. 188); LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015, pág. 7); PARRA LUCÁN, M. Á. (2015, pág. 27); ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015).

⁵⁰ Así lo hacen notar LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015, págs. 8 y sigs.); VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015, págs. 87 y sigs.); CALZADILLA MEDINA, M. A. (2018).

⁵¹ Por su parte, la STS de 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019), ante la alegación del comprador de la vivienda que solicitaba la revisión de los plazos de cumplimiento del pago de las cantidades pendientes debido «*a la alteración sustancial, extraordinaria e imprevisible de las circunstancias habidas en el momento de celebración del contrato y la situación personal y patrimonial*» del mismo en la actualidad, consideró que no era de aplicación la cláusula *rebus*, a pesar de la notoria crisis inmobiliaria y de crédito, porque el comprador se dedicaba a comprar pisos para luego revenderlos y lucrarse con la diferencia, por lo que debía de haber previsto las fluctuaciones del mercado y, además, al actuar con una finalidad especulativa, se sometía a una «*situación de riesgo aceptado que no puede intentar repercutir sobre la parte vendedora*». Véase el comentario a esta sentencia de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2015, págs. 663 y sigs.).

Aunque propiamente no trata de la aplicación de la cláusula *rebus*, la STS de 19 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3118) resuelve un supuesto en el que, frente a la demanda de la vendedora de la vivienda exigiendo el cumplimiento del contrato, la compradora alega imposibilidad sobrevenida debido a la muerte de su esposo, que era la única fuente de ingresos familiares. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y, aunque no la había alegado la demandada, consideró que no concurrían los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus*. La compradora recurre alegando, entre otras razones, esta incongruencia. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso negando la incongruencia y considerando que no concurría imposibilidad sobrevenida. Frente al recurso de casación de la compradora, el Tribunal Supremo señala que, tratándose de obligaciones pecuniarias, no es de aplicación la imposibilidad sobrevenida y «*la insolvencia del deudor no le libera del cumplimiento de su obligación consistente en la genérica del pago de una suma de dinero*», y, en lo que nos puede interesar, indica que «*la imposibilidad subjetiva que se invoca no puede calificarse de imprevisible, pues las contingencias relacionadas con la salud, bien de la parte contratante o de su núcleo familiar, con afectación de su solvencia,*

son previsibles, según es notorio por máximas de experiencia. Las situaciones de invalidez o el fallecimiento, a causa de un accidente, son inevitables, pero no sus consecuencias, como también se colige de máximas de experiencia, siendo notorio cómo en caso de comprometerse la parte compradora, normalmente de vivienda, al pago aplazado de la adquisición, suele concertar un contrato de seguro que cubra el siniestro descrito, a fin de evitar la insolvencia a que se ha hecho mención».

⁵² En la STS de 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657) se resuelve sobre la posible moderación de una renta vitalicia establecida en unos pactos prematrimoniales para el caso de separación de los futuros contrayentes. Aunque la sentencia de primera instancia consideró ineficaz dicho pacto, la Audiencia admitió su validez. En lo que aquí interesa, se recurrió la sentencia alegando, entre otras cuestiones, la aplicación de la cláusula *rebus*. El Tribunal Supremo desestima el recurso entendiendo que «no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos».

⁵³ Excma. Sra. M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, cuyas opiniones sobre la cláusula *rebus* ya habían sido expuestas en PARRA LUCÁN, M. A. (2015).

⁵⁴ Tampoco se aplicó la cláusula *rebus* en la STS de 22 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 159). En el caso resuelto por esta sentencia, los vendedores de una vivienda reclamaban a la empresa compradora el abono del precio que quedó pendiente de pago. En el contrato se estableció que del precio pendiente se descontaría el importe de las cargas urbanísticas para la normalización de la parcela, y se previó igualmente que, si en determinado plazo no se hubiera aprobado el plan de ordenación, la compradora debería abonar el precio pendiente, aunque posteriormente los vendedores devolverían a la compradora el importe que se determinara para satisfacer las cargas. Finalmente se aprobó el plan, pero en el mismo no se concretó el importe de las cargas aplicables a la parcela, y los compradores entendían que no debían pagar todavía el precio, y ello a pesar de que los vendedores habían descontado de su reclamación el importe estimado de las cargas urbanísticas. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia y condenó a la compradora al pago del precio pendiente con fundamento en la cláusula *rebus*. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia, aunque con toda razón indica que en el caso concreto no era de aplicación la cláusula *rebus*, pues «ni se ha producido alteración extraordinaria de las circunstancias (...) ni hay desproporción desorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones ni todo ello ha acontecido por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles».

Por su parte, la STS de 9 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 5), referida a diversos contratos bancarios de adquisición de notas estructuradas, tampoco aplicó la cláusula *rebus* por entender que se trataba de contratos esencialmente aleatorios. En parecido sentido, la STS de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3653) entendió que, en un contrato de adquisición de notas estructuradas, la pérdida de la inversión y la modificación estructural de una sociedad «no puede considerarse un suceso extraordinario e imprevisible, habida cuenta de la naturaleza especulativa y aleatoria del contrato», constituyendo la pérdida de la inversión, por tanto, un riesgo normal inherente o derivado del contrato aleatorio y fuertemente especulativo.

Ni se aplicó la cláusula en la STS de 3 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1424), en la que se pretendía la moderación de la indemnización convenida para el caso de desistimiento de un contrato de arrendamiento de local de negocio (de treinta años de duración) antes del transcurso de los diez primeros. Un comentario favorable a esta sentencia puede verse en SAGRERA RULL, J. (2019, págs. 445 a 455). Tampoco se aplica en la STS de 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657), referida a unos pactos prematrimoniales otorgados para el caso de separación del futuro matrimonio.

⁵⁵ Véase el comentario a esta sentencia de REDONDO DÍAZ, J. (2018).

⁵⁶ Véase el comentario a esta sentencia de PÉREZ CONESA, C. (2017, págs. 83 a 88).

⁵⁷ Afirma FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017b), que «el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a la alteración sobrevenida y no prevista de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato puede, en determinados casos, aparecer como una exigencia de la justicia material», añadiendo unas páginas más adelante que «[E]ste es el trasfondo permanente que subyace a la doctrina *rebus*: la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos».

En este sentido, la STS de 18 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 853) afirma que la cláusula *rebus* supone «la aplicación de previsiones ajenas al contenido convenido de los contratos, que por exigencias del ordenamiento jurídico (sea de sus principios inspiradores, sea de previsiones legales específicas) matizan o limitan las consecuencias del cumplimiento de lo convenido en los contratos cuando tal cumplimiento lleva a consecuencias que un elemental sentido de la justicia considera excesivas e injustas».

⁵⁸ Como señala el Profesor DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011, págs. 1057 y sigs.), parece ser que los antecedentes de la cláusula *rebus sic stantibus* pueden encontrarse en un pasaje de Cicerón en *De officiis* (I, 10 y III, 25) y en otro de Séneca en *De beneficiis* IV, 34 y 35. En el primero, al tratar los fundamentos de la justicia, Cicerón señala que uno de ellos es la necesidad de cumplir las promesas realizadas, aunque contempla alguna excepción siempre que con posterioridad a la promesa realizada ocurran sucesos no esperados. Así, pone como ejemplo la situación del abogado que ha prometido asistir a una causa pero en el momento en que debe hacerlo enferma gravemente un hijo; o la del que tiene en depósito una espada que debe restituir al depositante y en el momento de hacerlo el depositante ha perdido el juicio; o la del depositario que debe devolver el dinero al depositante que pretende iniciar una guerra contra la patria. Por su parte, Séneca entiende que desde el punto de vista moral y no jurídico existen supuestos en los que es posible incumplir lo prometido. Así, junto a algún ejemplo puesto por Cicerón, añade el de la promesa de acompañar a alguna persona en un viaje cuando con posterioridad se produce algún evento que hace inseguro el camino. Sobre el origen de la cláusula pueden verse también MARTÍNEZ DE MORENTIN, M. L. (2014, págs. 329 a 362); GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 35 y sigs. y 269 y sigs.); SALVADOR CODERCH, P. (2009, pág. 1); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015, págs. 143 a 145); MUNAR BERNAT, P. A. (2015, pág. 2).

⁵⁹ Afirma GARCÍA CARACUEL, M. (2004, págs. 346 y 347), que, aun cuando en el Código civil suizo tampoco se establece de modo expreso y general la facultad judicial de revisión del contrato ante la alteración sobrevenida de las circunstancias, también la jurisprudencia ha acudido a la regla de la cláusula *rebus sic stantibus* para resolver los conflictos generados por la supervención. En el mismo sentido, MARTÍNEZ VELEN-COSO, L. M. (2017, págs. 45 y 46).

⁶⁰ En este sentido, hace notar FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017a, pág. 72), que «los conceptos técnico-jurídicos que se manejan para justificar la figura aparecen en última instancia como formulaciones, concreciones o explicitaciones de exigencias de justicia».

⁶¹ Como dice CARRASCO PERERA, Á. (2010, pág. 1014), «[L]a cláusula *rebus* es el modo genérico de designar la técnica jurídica por la que un contratante puede desligarse o mitigar el alcance de sus obligaciones cuando han ocurrido hechos sobrevenidos imprevisibles que alteran de modo fundamental el equilibrio de las prestaciones».

⁶² El principio de seguridad jurídica, además de estar garantizado constitucionalmente (cfr. art. 9.1 CE), también forma parte del orden público económico. Como señala DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007, pág. 67), nadie puede discutir seriamente «que uno de los principios rectores del orden público económico es el de seguridad jurídica». Véase también PARRA LUCÁN, M. A. (2015, pág. 12).

⁶³ Como señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007, pág. 143), la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea de persona y en el respeto a la dignidad que le es debida. Por ello se reconoce un poder de autogobierno o autorreglamentación de las propias relaciones jurídicas. Véase también SALVADOR CODERCH, P. (2009, págs. 11 y sigs.).

⁶⁴ Véanse CARRASCO PERERA, Á. (2015, págs. 196 y 199); ALCOVER GARAU, G. (2014, pág. 5); MUNAR BERNAT, P. A. (2015, págs. 19 y 20); SALVADOR CODERCH, P. (2009, pág. 13); LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015, pág. 8).

⁶⁵ El párrafo transcrito aparece en las STS de 5 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1360) y de 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 146). Esta cuestión ya había sido hecha notar por el Profesor CARRASCO PERERA, Á. (2010, págs. 1014, 1044 y 1045).

⁶⁶ Criterios sobre asignación de riesgos que, junto con algunos otros, ya fueron enunciados y desarrollados extensamente por CARRASCO PERERA, Á. (2010, págs. 1022 a 1043), a quien seguimos en el texto, especialmente, págs. 1020, 1021, 1024, 1025, 1032, 1033, 1037, 1038, 1042 y 1043.

*(Trabajo recibido el 27-10-2019 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*

El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles

The legitimizing scope of the ordinary usucaption of immovable property

Por

JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR

Abogado

RESUMEN: La figura de la usucapión ordinaria ha sido confusa y deficientemente tratada por la doctrina y jurisprudencia. Mientras un mayoritario sector doctrinal y jurisprudencial considera que la usucapión ordinaria solo sana defectos del modo no faltan autores y resoluciones judiciales que aceptan que la usucapión, asimismo, sane los defectos del título anulable o, incluso, del título radicalmente nulo. A tratar de delimitar el ámbito purificador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles dedicamos este artículo en el que, asimismo, abordaremos la cuestión de si el título radicalmente nulo puede, en algún caso, ser justo título *ad usucapionem* en la prescripción corta de inmuebles, tema, este, de actualidad por cuanto las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 y de 11 de julio de 2012 parecen haberse inclinado por la «teoría de la presunción» al señalar que la inscripción no suple ni convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión.

ABSTRACT: «Ordinary usucaption», or acquisitive prescription, has been confused and mistreated by doctrine and jurisprudence. While a majority be-

believes that this concept only cures defects of lack of ownership of the transferor, there is no shortage of authors and judicial resolutions which accept that acquisitive prescription may, similarly, remedy defects in voidable titles or even radically void titles. We dedicate this article to defining the legitimizing scope of the ordinary acquisitive prescription of immovable property, while at the same time posing the question of whether the radically void title may, in certain cases, be proper title for acquisitive prescription in the short prescription for property. This is a particularly relevant theme at this time, as the Supreme Court Judgement (STS 15/01/2013 and STS 11/7/2012) appear inclined towards the «theory of presumption», as they note that registration does not replace or validate the absence or defects which may arise in defining the objective assumptions for acquisitive prescription.

PALABRAS CLAVE: Usucapión ordinaria. Bienes inmuebles. Prescripción adquisitiva *secundum tabulas*. Adquisición «*a non domino*», Título nulo.

KEY WORDS: *Ordinary usucaption. Immovable property. Acquisitive prescription «secundum tabulas». Acquisition «a non domino». Radically void titles.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. TEORÍAS SOBRE EL ÁMBITO LEGITIMADOR DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA: II.1. DOCTRINA MAYORITARIA. LA USUCAPIÓN ORDINARIA SOLO SUBSANA DEFECTOS DEL MODO. II.2. DOCTRINA INTERMEDIA DE ESPÍN CÁNOVAS: LA USUCAPIÓN ORDINARIA SUBSANA ADEMÁS CIERTOS DEFECTOS DEL TÍTULO. II.3. TEORÍA MINORITARIA EXTREMA: LA USUCAPIÓN ORDINARIA SUBSANA ADEMÁS CUALQUIER DEFECTO DEL TÍTULO. II.4. LA POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA. II.5. CRÍTICA DE LA TEORÍA MAYORITARIA Y TOMA DE POSTURA: A) *Crítica del argumento histórico:* a) Excepciones al ámbito legitimador de la usucapión en Derecho romano. b) Excepciones al ámbito legitimador de la usucapión en nuestras Partidas. B) *Crítica por las insatisfactorias consecuencias a las que conduce:* a) La usucapión extra-tabular ganada. b) El incapaz que tarda 40 años en recuperar la razón. C) *Crítica del argumento legal: el argumento del título válido y la posesión de buena fe del artículo 1950 y 1953 del Código civil.*—III. EL TÍTULO NULO INSCRITO COMO JUSTO TÍTULO *AD USUCAPIONEM:* III.1. LA «USUCAPIÓN INSTANTÁNEA» DEL ARTÍCULO 34 LH. III.2. LA USUCAPIÓN ORDINARIA. LA FINALIDAD NORMAL DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA Y SU EXCEPCIÓN: EL ARTÍCULO 35 LH: A) *El elemento subjetivo del artículo 35 LH: el usucapiante. El adquirente que logra inscribir su título nulo o anulable pero aún no anulado en el Registro de la Propiedad.* B) *El*

elemento objetivo del artículo 35 LH: el justo título. C) La impugnación de la usucapión consumada: el verdadero tema central de la prescripción adquisitiva secundum tabulas del artículo 35 LH. D) Toma de posición con relación a la usucapión secundum tabulas.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como ha puesto de relieve la doctrina «la usucapión ordinaria ha sido confusa y deficientemente tratada por la doctrina y jurisprudencia de nuestro siglo; más concretamente, por la doctrina y jurisprudencia sustentada en nuestra formulación codicial del Derecho Civil» (GORDILLO, 2000: 704). En efecto, existe en nuestra jurisprudencia un desconcierto y enorme confusión sobre el ámbito legitimador o purificador de la usucapión ordinaria. No es extraño, así, leer en muchas de resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales y en alguna de nuestro Tribunal Supremo que los vicios o defectos del contrato vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión ordinaria «que de otro modo vendría a ser una institución inútil», mientras que otras muchas resoluciones, mayoritarias, afirman que el único defecto que sana la usucapión corta es el defecto de titularidad o poder de disposición del *tradens*. La confusión perdura, a pesar del ingente esfuerzo doctrinal habido por aclararlo, hasta el momento presente y así no es de extrañar que, por ejemplo, nuestra reciente jurisprudencia menor llegue a afirmar, con relación a la usucapión abreviada que «el paso del tiempo y la posesión pública, pacífica, de buena fe y como dueño del usucapiente sanan el defecto material del título y convierten a la usucapión en la institución jurídica que transforma una adquisición inútil o viciada, en una situación de subsanación que permite adquirir el pleno dominio y que sana y corrige las deficiencias del título traslativo del dominio» [SAP Zamora (1.^a) 20 de julio de 2016, TOL5.834.737]¹ o que la misma jurisprudencia aplique dicha figura a una adquisición *a domino* como ha tenido ocasión de hacer en las recientes SAP Madrid de 13 de septiembre de 2018, SAP de Valencia 23 de diciembre de 2014 o SAP de Cádiz 18 de noviembre de 2014². Y no es de extrañar que, en posición contraria, la jurisprudencia mayoritaria afirme, sin dudar, que la usucapión corta nunca sana defectos del título y solo se aplica a adquisiciones *a non domino*. A tratar de analizar las diversas concepciones sobre qué legitima o purifica la usucapión corta se dedica este trabajo.

Nuestro Código civil (en lo sucesivo CC) regula la usucapión en los artículos 1930 y sigs. Y así, en apretada síntesis, dicho Código requiere, para la prescripción ordinaria de inmuebles, justo título —título que ha de ser verdadero y válido y no se presume nunca, artículos 1953, 1954 CC—,

buena fe (art. 1940 CC), posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 CC) durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes (arts. 1957 CC). Y para la usucapión extraordinaria simplemente exigirá posesión en concepto de dueño no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes (arts. 1959 CC).

En cuanto a la usucapión ordinaria la doctrina y jurisprudencia ha discutido el ámbito legitimador de la misma³ con un doble alcance: en primer lugar, ha discutido si la usucapión corta sana defectos del título (capacidad, consentimiento...) o, por el contrario, sana única y exclusivamente problemas del modo (es decir, la falta de titularidad del *tradens* o de poder de disposición). Para los partidarios de la primera tesis, minoritaria, la usucapión corta se extendería a adquisiciones *a domino* y para los partidarios de la segunda, mayoritaria, se limitaría a adquisiciones *a non domino*. Como decimos, la posición mayoritaria se inclina por esta última solución y, por tanto, considera que el sentido y finalidad de las normas sobre usucapión ordinaria, e incluso sus antecedentes históricos, limitan esta a las adquisiciones *a non domino* o a los defectos del poder de disposición, pero que dicha modalidad de prescripción adquisitiva no subsana nunca defectos del título (aunque el título anulable —no el nulo ni el anulado— consideran que es título *ad usucipiendum* —porque, dicen, es un título válido mientras no se impugne— la usucapión, una vez ganada, no sana los vicios de los que adolecía el título). Nosotros, por el contrario, defenderemos en este trabajo que si bien la usucapión corta subsana normalmente problemas de falta de titularidad del *tradens* (problemas del modo) excepcionalmente también sana y convalida defectos del título.

El supuesto paradigmático al que se aplicaría, según la tesis mayoritaria, la usucapión ordinaria sería el siguiente: Primus (*non dominus*) vende a Secundus (*adquirente*) una cosa ajena perteneciente a Tertius (*verus dominus*) sin autorización de este. El contrato entre Primus y Secundus podrá estar viciado de anulabilidad (p.e. por ser Primus menor de edad) o no y, en ambos casos, dicho contrato es justo título *ad usucapionem*. Pero que dicho contrato, aun celebrado por menor o incapaz, sea justo título *ad usucapionem* no significa que, una vez que trascurra el plazo decenal, la usucapión ordinaria ganada por Secundus sane dichos vicios del título entre Primus y Secundus porque lo único que hace dicha usucapión es regular las relaciones entre Secundus y Tertius (básicamente si Tertius ejerce, pasados 10 años, una acción reivindicatoria frente a Secundus este podrá excepcionar frente a Tertius la usucapión ganada y, por tanto, la irreivindicabilidad de la cosa). Entre Primus y Secundus, por el contrario, regirá las acciones derivadas del título y, por tanto, el plazo de caducidad o prescripción (según la tesis que se siga) previsto en el artículo 1301 del Código civil y, lo que es más

relevante, el *dies a quo* de cómputo que fija este último artículo. Algunos incluso aceptarán, dentro de dicha tesis mayoritaria, que la usucapión ordinaria se aplique, asimismo, al supuesto en que Primus (*dominus* sin poder de disposición) vende por título, válido o anulable, a Secundus (*adquirente*) una cosa propia, pero lo que no aceptará dicha tesis mayoritaria es que se aplique al siguiente supuesto: Primus (*dominus*) vende a Secundus (*adquirente*) una cosa propia y en dicho contrato concurren un vicio de anulabilidad (menor edad de Primus, incapacidad etc.). Este último supuesto, dirán los partidarios de la tesis mayoritaria, podrá encontrarse dentro del ámbito purificador de la usucapión extraordinaria (que sana cualquier vicio del título), pero no en el de la ordinaria. Sin embargo, la tesis minoritaria afirmará que este supuesto también se encontrará dentro del ámbito legitimador de la usucapión ordinaria.

Pero hay una segunda cuestión que abordaremos. ¿Puede ser, en algún caso, el título radicalmente nulo justo título *ad usucapionem* en la prescripción corta de inmuebles? La doctrina casi unánime considera que el título anulable, rescindible, revocable o resoluble en cuanto títulos válidos pueden ser *justo título ad usucapionem*, pero también señala que el título nulo —que obviamente no es un título válido (requisito exigido por el artículo 1953 del Código civil para la usucapión corta)— no puede servir de base, por ese motivo, a una usucapión abreviada aunque sí obviamente a la extraordinaria⁴. Sin embargo, a lo largo de este trabajo defenderemos que el artículo 1953 del Código civil admite al menos una excepción en la que el título nulo también puede ser *justo título ad usucapionem* porque el artículo 35 LH (*lex posterior*) contiene una excepción al artículo 1953 del Código civil en la que cabe la usucapión corta a pesar de que no exista título válido.

A criticar, por tanto, ambas teorías mayoritarias (que la usucapión corta se limita a las adquisiciones *a non domino* y que la usucapión corta no permite nunca el título nulo) se dedica este estudio no tanto por sus afirmaciones sino por la radicalidad de las mismas.

La transcendencia práctica de ambas cuestiones es evidente:

En cuanto a la primera cuestión (si la usucapión corta se limita a las adquisiciones *a non domino* o se extiende a ciertas adquisiciones *a domino*) porque si la respuesta, con la doctrina mayoritaria, es que la «usucapión corta» solo purga defectos del modo —la falta de titularidad del transferente o, a lo sumo, la falta del poder de disposición— resultará que si un menor vende una cosa propia el contrato será anulable en el plazo de cuatro años pero, en tales supuestos, nada tendrá que decir la usucapión ordinaria, aunque pasen diez años, porque esta no purga defectos del título —como la falta de capacidad— sino defectos del modo —como la falta de titularidad. De modo que, para dicha teoría mayoritaria, los únicos supuestos de títulos anulables

que pudieran ser justo título para la usucapión ordinaria se darían cuando un incapaz/menor vende una cosa ajena⁵. Así, no es de extrañar que cierta jurisprudencia considera que dicha tesis mayoritaria convierte la usucapión corta en «una institución inútil»⁶ porque, en los supuestos de título anulable, exigir cumulativamente vicio de la voluntad y ajenidad de la cosa restringe mucho la aplicación de dicha institución. Por contra, si se dice con la doctrina y jurisprudencia minoritaria que la usucapión ordinaria subsana, además de lo visto, los defectos del título que dan lugar a la anulabilidad la conclusión será que el ámbito legitimador de la usucapión ordinaria se ampliaría porque esta purgaría no solo la falta de titularidad del transferente (defectos del modo) sino también, en las adquisiciones *a domino*, la falta de capacidad del contratante, o los vicios de voluntad (ambos defectos del título).

En resumen, las consecuencias prácticas de ambas teorías son diametralmente opuestas. Y así, según la doctrina mayoritaria, si un incapaz vende una cosa propia, recobra la razón 25 años después y ejercita, tras esos 25 años, la acción de anulabilidad (recuérdese que el día de inicio de los 4 años de esa acción no empiezan hasta que el protegido por la norma no recobre la razón, artículo 1301 CC) el *adquirente* no podría alegar la usucapión ordinaria ganada porque dicha institución no funciona si la cosa pertenecía al *tradens* y porque la usucapión corta no sana un defecto del título (como es la falta de capacidad del transferente). Por contra, según la doctrina minoritaria el *adquirente* sí podría alegar la usucapión ordinaria ganada porque dicha institución, opinan, también purga los defectos de capacidad o vicios de la voluntad.

A primera vista dados los cortos plazos de la acción de anulabilidad (cuatro años) y los más extensos de la usucapión ordinaria de inmuebles (al menos 10) podría pensarse que no existe problema porque el adquirente de un *verus dominus* menor (para los que acepten que la usucapión puede entrar en juego en la transmisión por el titular que reiteramos son minoría) no tendrá interés en alegar la usucapión porque podrá alegar los más cortos plazos de la prescripción extintiva (o caducidad, según la teoría que se asuma) de la acción de anulabilidad. Pero esto no es siempre así y de ahí la transcendencia de la teoría que se adopte. Porque si se afirma que la usucapión ordinaria solo purifica defectos de titularidad no sería aplicable a la venta por menor/incapaz de cosa propia y porque caben supuestos en que el *dies a quo* de inicio del cómputo de la acción de anulabilidad hagan que pueda estar vigente dicha acción mucho después de transcurridos los plazos de la usucapión ordinaria de inmuebles: piénsese en el incapacitado que vende una finca y recobra la razón 15 años después⁷. En sede de usucapión ordinaria de muebles es más evidente el supuesto problemático puesto que el plazo de usucapión es de 3 años, inferior al de cuatro años

de caducidad de la acción personal. Por tanto, es imprescindible saber qué purga la usucapión para poder resolver en un sentido u otro estas cuestiones.

En cuanto a la segunda cuestión (si el título nulo puede ser, en algún caso, justo título *ad usucapionem*) el tema es, asimismo, trascendente. Porque si se afirma que no cabe la usucapión ordinaria de un inmueble en base a un título nulo, aunque consiga inscribirse dicho título, resulta que si un *adquirente* de buena fe que, por alguna razón, no esté protegido por la fe pública registral (por haber adquirido a título gratuito, ser inmatriculante, etc.) inscribe su título de propiedad en el Registro pero dicho título material resulta ser nulo no podrá usucapir con los breves plazos de la usucapión corta, sino que deberá reunir los plazos y requisitos de la larga. Por el contrario, si se defiende que la inscripción en el Registro convalida el título nulo y, por supuesto, el anulable el usucapiente de buena fe podrá adquirir el dominio dentro de los plazos breves de la usucapión ordinaria siempre que obviamente reúna los requisitos de buena fe, posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 10 años entre presentes y 20 entre ausente la inscripción. Es decir, en esta última posición, no solo el título anulable sino también el radicalmente nulo siempre que se haya inscrito podrá ser justo título *ad usucapionem*.

II. TEORÍAS SOBRE EL ÁMBITO LEGITIMADOR DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA

Describía perfectamente el estado doctrinal y jurisprudencial de la cuestión la STS de 5 de mayo de 2005 (TOL648.646) al decir que: «Como se declara por la Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2004 [...] la usucapión ordinaria, según la doctrina científica mayoritaria y una línea jurisprudencial representada por Sentencias como las SSTS de 30 de abril de 1943, 20 de octubre de 1992, 27 de julio de 1997, 11 de abril de 2003 y 24 de abril de 2003, lo que purifica es precisamente la falta de titularidad del transmitente o algún defecto de su poder de disposición, llegando incluso algún autor y otra línea jurisprudencial a admitir que también subsane los defectos del título (SSTS de 25 de junio de 1966, 24 de abril de 1989, 25 de febrero de 1991 y 17 de julio de 1999)». Pasamos, por tanto, a analizar la doctrina mayoritaria y minoritaria acerca del ámbito legitimador de la usucapión corta:

1. DOCTRINA MAYORITARIA. LA USUCAPIÓN ORDINARIA SOLO SUBSANA DEFECTOS DEL MODO

La doctrina abrumadoramente mayoritaria considera que la usucapión ordinaria no subsana nunca defectos intrínsecos del título⁸ sino tan solo las

deficiencias que derivan de la falta de titularidad del transmitente (adquisiciones *a non domino*)⁹, de modo que la venta de cosa ajena constituye el justo título más paradigmático de la usucapión corta (SANCINENA, 2009: 99). A dicho supuesto cierta doctrina y jurisprudencia añaden los casos de falta de poder de disposición o de legitimación¹⁰. A favor de dicha tesis se han esgrimido, entre otros, los siguientes argumentos:

El argumento histórico. Se ha defendido que la usucapión ordinaria solo convalida la falta de titularidad del transferente atendiendo a los antecedentes históricos porque, según afirman los partidarios de dicha tesis, ese es el sentido que le otorgó el derecho romano clásico donde la usucapión, dicen, solo era aplicable a los defectos de forma en la transmisión de las *res mancipi* y a las adquisiciones *a non domino* por lo que, desaparecidas en época justiniana la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, quedó la usucapión limitada a la falta de titularidad o a la falta de poder de disposición del *tradens* (así, entre otros, MACÍA MORILLO, 2001: 461-557).

El argumento del justo título exigido por el artículo 1952 del Código civil. Justo título es el apto de suyo para la transmisión del derecho que se va a usucapir, aquel que: «*tradente vero domino, transiret dominium; tradente non domino, procedit usucapio*»¹¹ fórmula, dice GORDILLO CAÑAS, que ilustra y acota perfectamente el ámbito de la usucapión ordinaria que procede cuando, «a pesar de haberse producido la entrega en virtud de título suficiente para la transmisión del dominio, dicha transmisión no pueda operarse inmediatamente y sin más por falta de titularidad en el *tradens*. Más brevemente: el campo de la usucapión ordinaria es el de las adquisiciones *a non domino*» (GORDILLO, 2000: 708).

El argumento del título válido y la posesión de buena fe del artículo 1950 y 1953 del Código civil. El principal argumento de la tesis que limita la usucapión ordinaria a la falta de titularidad del *tradens* deriva de una valoración conjunta del requisito de la validez del título (art. 1953 CC), en conexión con otro elemento de la usucapión: la buena fe del poseedor que «*consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio*» (art. 1.950). Si el título ha de ser válido y la posesión ha de ser de buena fe —y esta se funda en el error del poseedor sobre la titularidad del transferente o sobre su poder dispositivo— la conclusión parece clara: la usucapión ordinaria tiene como función legitimar la adquisición en virtud de un título válido, pero sin que el transferente sea el verdadero titular del derecho (porque si lo fuera transmitiría el dominio), lo que es ignorado por el adquirente, es decir, se legitima la adquisición *a non domino* de buena fe¹². Y dicha buena fe debe basarse en una creencia errónea; no en una creencia acertada¹³. Así, frente a la pregunta de cierta doctrina y jurisprudencia de que si se exigiese la plena validez del título¹⁴ ¿para qué sirve la usucapión? ¿cómo es que no se produce inmediatamente

la transmisión? responde GORDILLO que: «llamada a consolidar las adquisiciones *a non domino*, el requisito de la validez del título viene a indicar que no es tarea de la usucapión sanar los vicios o defectos que en este se puedan haber producido. He aquí, pues, claramente delimitados el campo y la función de la usucapión ordinaria: su campo, las entregas por no dueño; su función, suplir en ellas el defecto de titularidad del tradente y no los defectos del contrato que sirve de fundamento a la entrega»¹⁵. Así, señala GORDILLO, el título *ad usucapionem* tiene que ser válido (porque la usucapión no sana los defectos del título), ineficaz en lo jurídico-real, (porque no provoca el efecto traslativo) y plenamente eficaz en lo obligacional en tanto no lo impugne por error quien lo co-otorgó con el *tradens* creyéndole dueño (GORDILLO, 2000: 710). Y así, si el título anulable sirve como título *ad usucapionem* no es «porque, a través de la llamada al artículo 433, la usucapión sane vicios o defectos del título, sino porque si no es efectivamente anulado deviene definitivamente sano y firme, obteniendo entonces por sí mismo el carácter de título válido que exige la usucapión»¹⁶. O, dicho en otras palabras, «que la entrada en juego de la usucapión requiera una disposición *a non domino*... no significa que el vicio de que pueda adolecer el título hayan de referirse de modo exclusivo a la falta de titularidad o de legitimación» porque título válido a los efectos de usucapión es, partiendo del presupuesto de proceder *a non domino*, el que adolezca además de otros vicios generadores de anulabilidad o sea susceptible de rescisión de modo que «estos otros vicios o irregularidades no son necesarios pero sí posibles en el sentido de que su existencia no impide la validez del título» (HERNÁNDEZ GIL. 1980: 527).

Por todo ello, entienden los partidarios de esta doctrina mayoritaria, es insostenible cierta jurisprudencia que sostiene que la usucapión ordinaria subsana los vicios del título anulable¹⁷ porque dicha jurisprudencia minoritaria «constituye una demolición de la teoría del título y el modo, al mezclar los “problemas de título” (que tienen su solución en las acciones contractuales de anulabilidad, rescisión, etc.), con los “problemas de modo” (tradicción nula por falta de titularidad o poder de disposición)» (YZQUIERDO TOLSADA, 2000). En resumen, una cosa es decir que el título anulable sirve como título *ad usucapionem* porque mientras no sea anulado es válido y, en todo caso, porque una vez transcurrido el plazo de caducidad del artículo 1300 y siguientes del Código civil sin que sea anulado deviene definitivamente firme y válido (lo cual es cierto) y otra muy distinta, y falsa, es que el título anulable queda subsanado por la usucapión abreviada¹⁸.

Si se exige para usucapir abreviadamente título justo, verdadero, válido y perfecto significa, *a contrario*, que los defectos que purga la usucapión corta han de hallarse no en el título sino en el modo y es en el modo donde

se halla tanto la falta de titularidad del tradente como la falta de poder de disposición¹⁹.

Además, como sostiene YZQUIERDO TOLSADA, cuando de acciones *inter partes* se trata la usucapión ordinaria no puede jugar por lo que mientras esté viva la acción personal esta se podrá ejercitar entre los contratantes «sin que sea posible usar el pretexto de una usucapión abreviada, basada en el contrato anulable y no anulado y consumada en tiempo inferior» (YZQUIERDO, 1997: 114)²⁰. El *adquirente* no puede oponer a su *tradente* la usucapión ordinaria por defectos del título porque esta solo subsana la falta de titularidad o de poder de disposición del transferente²¹. Y es que, si falta la titularidad o el poder de disposición el título es perfecto y solo falla la *traditio* y este último defecto sí es purgable mediante la usucapión corta²². Consecuencia necesaria es que si un incapaz (Primus) vende una cosa propia el *adquirente* (Secundus) no podrá oponer, frente a la acción de anulabilidad de aquel, la usucapión ordinaria ganada en tiempo inferior y solo podrá oponer la usucapión ordinaria, y solo frente al *versus dominus*, si la cosa vendida por Primus no pertenecía a este²³.

También, ALBALADEJO GARCÍA se adhiere a la tesis casi unánime de que la usucapión ordinaria solo purifica la falta de titularidad del *tradens* (ALBALADEJO, 2005: 101, 104-105)²⁴ por lo que cuando es el dueño el que otorga el título y dicho título es nulo de pleno derecho o anulable «la usucapión nada remedia porque no entra en juego, y la purificación de la situación no se produce por vía de usucapión, sino por extinción de las acciones impugnatorias, extinción que da lugar a la consolidación de la adquisición procedente del título [...] al cesar la amenaza de su destrucción, pero no a una adquisición por usucapión» (ALBALADEJO, 2005: 101; en el mismo sentido, HERNÁNDEZ GIL, 1980: 526-527). Por el contrario, si la adquisición es *a non domino* y el título es además anulable (el ejemplo sería el del menor/incapaz que vende cosa ajena) desde el otorgamiento del mismo «comenzará la usucapión a correr, pero siempre bajo la amenaza de que se impugne y destruya el título, lo que puede ocurrir antes de que transcurra el plazo prescriptivo, y entonces la usucapión no llega a consumarse, o después de pasado tal plazo, y entonces la usucapión ya producida, se hallará en situación claudicante hasta que se extinga la acción de impugnación del título» (ALBALADEJO, 2005: 101)²⁵. Es decir, que si un incapaz vende cosa ajena y recobra la razón a los 5 años y consigue anular el título no llegará a consumarse la usucapión (que exige 10 años), pero si recobra la razón a los 20 años la usucapión que se produjo al cumplirse el año décimo estará en situación claudicante hasta que llegue el año 24²⁶.

2. TEORÍA INTERMEDIA DE ESPÍN CÁNOVAS: LA USUCAPIÓN ORDINARIA SUBSANA ADEMÁS CIERTOS DEFECTOS DEL TÍTULO

ESPÍN CÁNOVAS, en tesis recientemente respaldada por DÍEZ PICA-ZO²⁷, defiende que la usucapión subsana, además de la falta de titularidad del transferente los defectos del título que dan lugar a la anulabilidad, resolución o impugnabilidad. El fundamento de la usucapión, dice ESPÍN, reposa en la seguridad jurídica de las relaciones porque facilita la prueba de sus derechos a su titular sin necesidad de remontarse a la prueba de la cadena de los sucesivos antecesores por título derivativo hasta entroncar con una adquisición originaria (*probatio diabólica*) y proporciona una adquisición de la propiedad de carácter subsidiario en favor del poseedor que no pudo adquirir la propiedad por no haber adquirido su derecho del verdadero propietario o por carecer a su favor de un título adquisitivo idóneo (ESPÍN CÁNOVAS, 1968: 833). Y el problema fundamental de la usucapión corta es el del ámbito legitimador porque cabe restringir —como hace la doctrina mayoritaria— dicha fuerza legitimadora únicamente a la falta de titularidad del *tradens* o, por contra, cabe extender dicho ámbito legitimador a otros vicios o defectos adquisitivos (1968: 834). ESPÍN CÁNOVAS opta por esta última teoría, que a su juicio permite obtener una mayor seguridad jurídica (1968: 841) y critica la tesis mayoritaria fundamentalmente por dos motivos. Primero, porque, a juicio de este autor, no cabe establecer un paralelismo entre los vicios a que se refiere la buena fe y los defectos del título que puede sanar la usucapión (1968: 838)²⁸. Y segundo, porque la usucapión larga (que también subsana, entre otros, defectos de titularidad del *tradens* y no exige buena fe ni justo título) nos demuestra que la adquisición *a non domino* no procede de los requisitos de la buena fe o el título y «lo que es más importante, desconectada la adquisición *a non domino*, del título y la buena fe, cabe pensar en ampliar el campo legitimador de la usucapión ordinaria a otros defectos del negocio transmisivo» (1968: 839).

Por todo ello, concluye ESPÍN, si prescindimos, conforme a lo expuesto, de la conexión del justo título con los requisitos legales de este (especialmente el de su validez) y de la buena fe, podemos excluir de la función convalidadora de la usucapión solo al título radicalmente nulo y al anulado —que serían los vedados por el requisito del título válido del art. 1953 CC— mientras que el negocio anulable no anulado puede servir de justo título ya que su validez inicial no decae mientras no sea impugnado con éxito (1968: 840). Y, en consecuencia, podemos extender el ámbito legitimador de la usucapión ordinaria a los defectos de capacidad en el transferente, a la falta de autorizaciones complementarias de la capacidad, y a cuantos defectos originen una simple anulabilidad (1968: 840-841). La finalidad de dicha

extensión, termina señalando ESPÍN, no es otra que aumentar la seguridad jurídica al extender el ámbito legitimador de la usucapión (1968: 841 y 833).

3. TEORÍA MINORITARIA EXTREMA: LA USUCAPIÓN ORDINARIA SUBSANA ADEMÁS CUALQUIER DEFECTO DEL TÍTULO

En posición minoritaria algunos autores han sostenido que la usucapión lo que solventa son los vicios del título. En este sentido, se han manifestado CLEMENTE DE DIEGO²⁹, ARECHEDERRA ARANZADI³⁰ y, si bien limitándolo al ámbito hipotecario, BÉRGAMO LLABRÉS³¹, o PORCIOLES COLOMER³².

La radical aplicación de esta teoría llevaría a considerar que los títulos radicalmente nulos serían purgados por la usucapión ordinaria o que, al menos, serían títulos *ad usucapionem*. Como principio general es absolutamente insostenible dado el tenor literal del artículo 1953 del Código civil. No obstante, y al menos en cuanto a los dos hipotecaristas citados (BÉRGAMO y PORCIOLES), entiendo que sus afirmaciones radicales se limitan a la usucapión *secundum tabulas* en las que el artículo 35 LH autoriza a entender (y así lo defenderemos *infra*) que, en ese supuesto, se produce, al amparo del texto literal y de la *mens legislatoris* del artículo 35 LH, una excepción y una derogación, en este ámbito concreto, de la regla de la validez del título del 1953 del Código civil.

4. LA POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA

Resume el vacilante estado jurisprudencial de la cuestión la STS de 5 de mayo de 2005 (TOL 648.646) al decir: «*la usucapión ordinaria, según la doctrina científica mayoritaria y una línea jurisprudencial representada por Sentencias como las SSTS de 30 de abril de 1943, 20 de octubre de 1992, 27 de julio de 1997, 11 de abril de 2003 y 24 de abril de 2003, lo que purifica es precisamente la falta de titularidad del transmitente o algún defecto de su poder de disposición, llegando incluso algún autor y otra línea jurisprudencial a admitir que también subsane los defectos del título (SSTS de 25 de junio de 1966, 24 de abril de 1989, 25 de febrero de 1991 y 17 de julio de 1999)*»³³. Por tanto, podemos distinguir:

- Existe una corriente jurisprudencial mayoritaria del TS que entiende que si bien el requisito de que el título sea válido no puede interpretarse literalmente por lo que el título anulable es justo título para usucapir³⁴, la usucapión ordinaria purifica solamente la falta de titularidad del *tradens* o

algún defecto de su poder de disposición. Así, señala tajantemente la STS de 24 de abril de 2003 (TOL275.451) que: «*La usucapión purga un único defecto, que es el de la adquisición de un no propietario*»³⁵. En resumen, el título anulable es justo título para usucapir pero, una vez ganada la usucapión ordinaria, no se sanan, por ello, los defectos de dicho título anulable.

• No obstante, existe otra importante corriente jurisprudencial que admite que la usucapión ordinaria también subsana los defectos del título, señalando que dentro del concepto de justo título se incluyen entre otros los títulos anulables «cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil»³⁶. Y, asimismo, existe numerosa jurisprudencia que aplica la usucapión ordinaria a supuestos de adquisiciones *a domino*³⁷.

5. CRÍTICA DE LA TEORÍA MAYORITARIA Y TOMA DE POSTURA

La crítica a la teoría mayoritaria viene no tanto por sus afirmaciones sino por su taxatividad. Que la usucapión ordinaria tiene como objetivo fundamental subsanar la falta de titularidad del *tradens* o de su poder de disposición es algo incontestable. Pero afirmar que solo y únicamente purga tales defectos es algo más criticable. Desde un punto de vista histórico, como veremos, no ha sido así. La usucapión nació para sanar principalmente defectos de forma en la transmisión de la *res mancipi* en derecho romano arcaico y para sanar defectos de titularidad del tradente, pero incluso en la época de máximo esplendor del derecho romano, el derecho romano clásico, se conocieron supuestos en los que la usucapión sanaba defectos de capacidad en el título, evitando las rigideces de la doctrina moderna con un criterio flexibilizador (la *utilitas causa*) que permitía que la usucapión cumpliera su finalidad. Evitando un exceso conceptualista. Y es que la esencia de la usucapión no es sanar defectos del título o del modo; es, desde el derecho romano, evitar que la propiedad de algunas cosas aparezca permanentemente incierta (D. 41, 3, 1) permitiendo la adquisición del dominio por la posesión continuada durante el tiempo definido por la Ley (D. 41, 3,3) es decir lo que hoy llamaríamos seguridad jurídica inmobiliaria. Y la esencia de la usucapión ordinaria es privilegiar con el acortamiento de plazos a quien dispone de título y buena fe. Por otro lado, como veremos, la aplicación de la tesis mayoritaria lleva a resultados prácticos insatisfactorios como se produce en los supuestos de la usucapión ganada estando viva la acción personal entre el *non domino* y el *adquirente*. Como diría HERNÁNDEZ GIL la formulación dogmática de la tesis mayoritaria, posiblemente correcta en el orden especulativo y conceptual, es a veces difícilmente trasladable a la práctica

(HERNÁNDEZ GIL, 1980, 531) por lo que atendiendo a consideraciones realistas y teleológicas probablemente convenga replantearse la usucapión ordinaria para que actúe sin la distinción entre el *verus dominus* y el *non dominus* (1980, 529-530). A dicha interpretación favorable a una ampliación de la usucapión ordinaria nos obliga, siguiendo los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código civil, no solo los antecedentes históricos de la prescripción adquisitiva sino también el espíritu y finalidad de dicha usucapión ordinaria que no es otro que acortar los plazos a quien dispone de justo título y buena fe, así como el principio de seguridad jurídica que dicha institución persigue y, como no, la equidad que habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (art. 3.2 CC). El derecho no descende, ha dicho HERNÁNDEZ GIL, perfectamente ultimado y etiquetado del metafórico cielo de los conceptos (1980, 533). Y, por ello, es misión de la dogmática jurídica moderna huir del rígido conceptualismo y del criticable sistema axiomático deductivo que afecta a esta materia.

A) *Crítica del argumento histórico*

a) Excepciones al ámbito legitimador de la usucapión en derecho romano

El ámbito legitimador de la usucapión en derecho romano clásico si bien se refería principalmente, si se quiere abrumadoramente, a supuestos de adquisición *a non domino* no se limitaba, frente a lo que sostiene parte de la doctrina romanista, a ellos como ya tuvo ocasión de resaltar la escuela histórica del derecho en el siglo XIX³⁸ y un sector importante de la Pandectística alemana³⁹. Y es que aparte de que en derecho clásico la usucapión purgaba supuesto de defectos de forma (adquisición del *verus dominus* de una *res Mancipi* sin usar las formas de la *mancipatio* o *in iure cessio*) en el derecho clásico el otro de los supuestos en los que procedía la usucapión era cuando el poseedor usucapiente obtuvo la cosa de quien no era propietario o no estaba autorizado para enajenar (BONFANTE, 1944: 286) y dentro de esta falta de autorización para enajenar nos demuestra el Digesto que se incluían supuestos no de falta de poder de disposición sino de defectos que hoy denominaríamos de anulabilidad por falta de capacidad del pupilo [e incluso de nulidad radical por falta de autorización del tutor], o por falta de capacidad del incapaz, o incluso en ciertos supuestos de prodigalidad de hecho o de ciertos actos realizados por la mujer con la auctoritas de su tutor; en definitiva supuestos en que la cosa pertenecía al *tradens*, y en que, aun así, se aplica la usucapión. Destacamos lo siguientes supuestos contemplados en derecho romano de usucapión de cosa propia del *tradens*:

1. La falta de capacidad del pupilo y falta de autorización del tutor. El primer supuesto de usucapión de cosa propia del *tradens* se contiene en D 41.4.2.15 que afirmará: «Si sin la autoridad del tutor le hubiere y comprado una cosa a un pupilo, que yo creía que era púbero, diremos que tiene lugar la usucapión, de suerte que en este caso importe más la realidad que la opinión [...]»⁴⁰. No obstante, a pesar de la claridad del texto que no exige *verbatim* que la cosa del pupilo fuera ajena, es preciso reconocer, que no han faltado autores que han sostenido que dicha ajenidad está presupuesta en dicho fragmento. Así, en la época de los glosadores y los comentaristas, primó la explicación de que al texto subyace la hipótesis de que la cosa vendida por el pupilo era ajena (CARVAJAL, 2011: 149). En el SVI, CUJACIUS entiende que la cosa vendida por el pupilo era propia y, aunque sea nula la compra, puede usucapir como comprador⁴¹. En 1558 PULVAEUS retorna, dice CARVAJAL, a la concepción de los glosadores de que el pasaje se refiere a cuando la cosa vendida por el pupilo era ajena y, así, se recibe por los juristas alemanes del siglo XIX y, entre ellos, por SAVIGNY. Y en España, concluye este autor, FERNÁNDEZ DE RETES, hacia 1659, defenderá que la hipótesis que subyace no es la venta de cosa ajena por parte de un pupilo sin autorización del tutor, sino (al igual que CUJACIUS), que se trata de una cosa propia del pupilo si bien dando una nueva interpretación discutible al texto de Paulo. IHERING va a seguir la línea de CUJACIUS si bien reconoce que la traducción del pasaje es muy difícil (CARVAJAL, 2011).

2. Falta de capacidad del loco. El segundo supuesto de usucapión de cosa propia del *tradens* se contiene en D 41.4.2.16 que afirmará: «Si yo le hubiere comprado una cosa a un loco, a quien yo creía en su cabal juicio, es sabido que por causa de utilidad puedo usucapirla, aunque fuese nula la compra»⁴². Destaca CARVAJAL con cita de ANKUM que «en el Digesto la expresión “*utilitatis causa*” equivale a decir “por razones prácticas”, y se utiliza como recurso para justificar una decisión que se aparta de la dogmática estricta. En este caso, decididamente “no hay venta” y sin embargo sí hay usucapión. Podríamos decir, entonces, que la hay: por razones prácticas» (CARVAJAL, 2011: 167). Como vemos el jurista romano huye de un sistema axiomático deductivo y prefiere atender a la justicia del caso concreto, aunque para ello haya de excepcionar la «dogmática estricta».

3. Prodigalidad de hecho. El tercer supuesto de usucapión de cosa propia del *tradens* se contiene en D 41.4.8. Iulianus 2 ex Minicio que señalará: «Si alguno, sabiendo que el vendedor consumirá inmediatamente el dinero, le hubiese comprado esclavos, respondieron los más, que él era, ello, no obstante, comprador de buena fe; y esto es más verdadero, porque ¿cómo se considera que compró de mala fe el que le compró al dueño, —a no ser acaso que no usucapir el que le compró los esclavos a un lujurioso, que

inmediatamente le había de dar el dinero a una ramera?»⁴³. Probablemente, dice Alberto MAFFI, el lujurioso a que hace referencia Iulianus sea el mismo *adolescens luxuriosus* de D 17.1.12.11 aunque en D 41.4.8. no haya determinación de edad explícita. Por lo tanto, sigue diciendo, en D 41.4.8 no es tanto el *adolescens luxuriosus* quien puede reclamar la propiedad de esclavos mal vendido, como probablemente su *pater-familias* (Alberto MAFFI, 2007: 222)⁴⁴.

4. Actos realizados por representante. Fundaba BRUNS su teoría de que el derecho romano aceptó una concepción ética de la buena fe en que existían supuestos en que la buena fe no podía ser solo una creencia (no podía ser un mero elemento psicológico) por cuanto se admitía la usucapión en casos en los que el comprador adquiere realmente del propietario o de una persona autorizada. Uno de dichos supuestos se contenía, decía, en D 41.4.7.6: «Si el fundo que podía vender por cien áureos lo hubiere entregado tu procurador por treinta áureos con el único objeto de causarte perjuicio, ignorándolo el comprador, no se debe dudar que el comprador lo usucapirá con el transcurso de largo tiempo; porque cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, tampoco se interrumpe la larga posesión [...]»⁴⁵. Como veremos al analizar la concordante ley de nuestras Partidas este supuesto no es tan claramente una adquisición *a domino*.

5. Ciertos actos realizados por la mujer con la auctoritas de su tutor. El último supuesto de usucapión de cosa propia del transmitente se contiene en GAYO, 2, 47 que permite la usucapión de las *res mancipi* de la mujer que estaba sometida a la tutela de los agnados si hubieran sido entregadas por ella misma con la auctoritas de su tutor; disposición también contenida en la ley de las Doce Tablas⁴⁶.

En definitiva, en derecho romano clásico existieron supuestos de usucapión aunque se recibiera del propietario la cosa usucapida porque la esencia de la usucapión era sencillamente la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley (D 41, 3, 3 Modestino «*usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*») y la finalidad era que no permaneciese mucho tiempo incierto el dominio de las cosas excluyéndose solo en casos taxativos⁴⁷.

Así pues, dado que la finalidad esencial de la usucapión reposa en la seguridad jurídica no parece razonable la tesis mayoritaria no solo por la limitación injustificada de los casos que es capaz de resolver y a la que hemos aludido en el anterior epígrafe, sino, además, por las insatisfactorias consecuencias a las que llega. En efecto, según la doctrina mayoritaria si un demente (Primus) vende a Secundus una cosa ajena (perteneciente a Tertius) desde dicha venta comenzará a correr la usucapión corta pero siempre bajo la amenaza de que se impugne y destruya el título, lo que puede ocurrir antes de que transcurra el plazo prescriptivo, y entonces la usucapión no

llega a consumarse, o después de pasado tal plazo, y entonces la usucapión ya producida (pero que recordemos según esta tesis no sana el título) se hallará en situación claudicante hasta que se extinga la acción de impugnación del título. Pero el problema es que si se niega a la usucapión corta la posibilidad de sanar el título anulable esta situación claudicante de la usucapión ya producida, pero sin que se haya extinguido aun la acción de impugnación del título, puede durar, con grave detrimento de la seguridad jurídica, décadas (imaginemos el incapaz que vende cosa ajena y recobra la razón 25 años después). Con la paradoja de que incluso podría adquirir antes (como veremos, con carácter definitivo) por usucapión larga que por usucapión ordinaria o corta. Ejemplo de esta paradoja sería quien adquiere de un incapaz una cosa ajena y este tarda 40 años en recobrar la razón (y tras esos 40 años ejerce, con éxito, la acción de anulabilidad) porque, en ese caso, el *adquirente* habrá adquirido antes, con carácter definitivo e irrevocable, por usucapión extraordinaria larga —que nadie duda que purga cualquier vicio frente a cualquier persona incluida el tradens— que por usucapión ordinaria o corta (en que, como veremos, la usucapión ganada según la doctrina mayoritaria no se consolida ni es irreversible mientras subsistan las acciones de impugnación) ya que el *dies a quo* para empezar el plazo cuatrienal de anulabilidad será el del día en que saliera de la tutela (es decir cuando recupere la razón). Y decimos que dicho resultado es ilógico, absurdo y paradójico porque precisamente la usucapión corta es un privilegio o beneficio que la ley otorga, acortando los plazos, al poseedor que dispone de justo título y buena fe.

Además, la tesis mayoritaria llega a un resultado práctico altamente insatisfactorio porque, en el fondo, afirma que el título anulable es justo título para una usucapión que no servirá para convalidar los defectos de ese justo, verdadero y válido título anulable pero no anulado lo que limita, por otro lado, los supuestos de la usucapión ordinaria con título anulable enormemente porque habrá que excluir todos los casos de venta de cosa propia con vicios de la voluntad.

Para evitar dichas contradicciones y dicho ámbito restrictivo el derecho romano en su sabio casuismo huye de un sistema axiomático y flexibiliza la institución en aras de garantizar la seguridad jurídica (fin último de la usucapión) alejándola del conceptualismo radical que luego la intentaría limitar, y admitirá excepciones *utilitas causa*. Y lo hace para garantizar que la institución sirva a la finalidad de la misma antes referida: la seguridad jurídica inmobiliaria. Porque la rigidez excesiva limita la institución y la impide resolver casos que merecen certeza y una seguridad jurídica que proporciona esta institución. Y unos plazos abreviados que merecen los que adquirieron con buena fe y título. Por otro lado, junto a esas *utilitas causas* también hay, como veremos, causas legales en los que el título radicalmente

nulo puede ser justo título *ad usucapionem* en la usucapación ordinaria y ello porque está muy bien la regulación del Código civil, pero tanto rango de ley como él, y promulgación posterior, tiene la Ley Hipotecaria cuya usucapación *secundum tabulas* constituye, a nuestro entender, una excepción legal al requisito de título válido exigido por el artículo 1953 del Código civil. En el fondo, causa explicitada legalmente (art. 35 LH) pero no deja de ser una causa basada en la seguridad del tráfico jurídico.

b) Excepciones al ámbito legitimador de la usucapación en nuestras Partidas

En el siglo XI se redescubre en el norte de Italia el Digesto justiniano oculto durante todo el Alto medievo. El estudio y poderoso análisis por glosadores y comentaristas de dicho derecho, que recogía más de mil años de tradición jurídica romana, dará lugar a una nueva y luminosa etapa jurídica en Europa; a un renacimiento jurídico medieval o, en expresión generalizada, a una «segunda vida del derecho romano»⁴⁸. En España, el apogeo de la recepción del Derecho común se manifiesta en nuestras Partidas que, si bien quedó como una obra doctrinal hasta la «promulgación tardía» de 1348, constituye el código más completo del medievo europeo «no existiendo en nuestra historia ninguna obra jurídica, hasta el Código civil que pueda compararsele en significado jurídico y nacional» (DE CASTRO, 1984: 143). Dicho código de Partidas aplica el plazo de prescripción corta de inmuebles solo a los casos en los que el enajenante sabía o creía que tenía derecho a enajenarlo⁴⁹ y estaba pensando indudablemente solo en las adquisiciones *a non domino* (P3.29.19: «*fueras ende si el señor de la cosa, que auia derecho en ella, supiesse que se enagenaua*»). Sin embargo, la P3.29.11 oscurece este principio de dos formas: previniendo dicha Ley 11, en palabras de BENITO GUTIÉRREZ «*en un caso el abuso (P3.29.11 in principio), castiga en otro la malicia (P3.29.11 in fine), y en los dos prohíbe la prescripción por falta de buena fe*» (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871: 69)⁵⁰. Y, aunque el fundamento de todos los supuestos de esta Ley 11 sea común conviene distinguir en su análisis:

Primero. La P3.29.11 *in principio* previene que cuando alguien adquiera un bien mueble de un loco, huérfano, desmemoriado etc. «*entiendesse que aurie mala fe, en tenerlo, e porende non lo podria ganar por tiempo de los tres años*»⁵¹. Por lo que interpretando este último precepto *a contrario sensu* parecería que cuando alguien adquiriera un bien inmueble de un huérfano⁵² sí podrá usucapirlo a pesar de haberlo adquirido de su dueño y, por otro lado, de aquel precepto parece deducirse, asimismo, que se excluye la usucapación del bien mueble porque la Ley presume que hay mala fe (no, obviamente,

porque adquiere sabiendo que es de otro sino porque adquiere sabiendo que es loco, huérfano o desmemoriado) y no porque no deba aplicarse este instituto en las adquisiciones con falta de capacidad.

En cuanto a los supuestos contemplados en P3.29.11 *in principio* (huérfano, loco y pródigo) su fundamento se hallaba en D 41.3.12 Paulus L XXI ad Ed que disponía que: «*Si le compraras a aquel a quien al Pretor le vedó enajenar, y tú lo sabes, no puedes usucapir*» (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871: 70)⁵³. GREGORIO LÓPEZ en su comentario a P3.29.11 inciso inicial entiende que solo es aplicable cuando se compre al pupilo, loco, o pródigo una cosa propia que le está prohibido vender, porque si fuese ajena y se le comprase de buena fe, entonces procede la usucapión⁵⁴ y funda su opinión en D 41.4.2.15 al que ya hicimos referencia en nuestro análisis del derecho romano clásico y en D 41.3.13.1⁵⁵.

Segundo. De la P3.29.11 *in fine* parece deducirse que el que adquiere del personero (representante) sin corromperle puede usucapir a pesar de que adquiere del dueño⁵⁶. En cuanto a los supuestos contemplados en P3.29.11 *in fine* (procurador, representante) en derecho romano, como ya hemos visto, aunque el procurador malvendiese la finca tenía lugar la usucapión salvo cuando hubo colusión entre comprador y representante (Dig. 41.4.7.6). Esta norma se recoge en P3.29.11 *in fine* si bien nuestro código de Partidas consideró innecesaria hacer constar la declaración inicial (la usucapión procede, aunque el procurador malvenda la finca) limitándose a exponer la excepción (la referida al acuerdo fraudulento). ¿Supone, por tanto, una excepción histórica a que la usucapión no subsana defectos en el título que proceda la usucapión en la venta por representante porque en la venta por representante se adquiere *a domino* (si bien a través de su representante) y no *a non domino*? Veamos:

En primer lugar, resulta complicado determinar de quien recibe la cosa el *adquirente*. En derecho moderno la respuesta sería inmediata: del representado, porque partimos de la aplicación ordinaria de la representación directa en la que el representante actúa normalmente en nombre y por cuenta ajena y donde los efectos jurídicos del acto concluido mediante la representación directa y dentro de sus límites repercuten directa y exclusivamente en la esfera jurídica del representado. Pero ese no era el supuesto normal en derecho romano que «no llegó a admitir la representación directa, esto es, la vinculación inmediata entre tercero y *dominus* y la consiguiente desaparición del representante de la escena jurídica» (FERNÁNDEZ GREGORACI, 2005: 44). En derecho romano se admitió exclusivamente la representación indirecta en la que se actúa en nombre propio e interés ajeno como señalan los textos⁵⁷. Por tanto, y con alguna excepción, en derecho romano clásico, los efectos de los actos realizados por el representante

con un tercero repercutían solo sobre el mandatario siendo necesario un nuevo acto de cesión para que estos recayeran sobre el mandante (PÉREZ MARTÍN, 1994: 215-216)⁵⁸.

En principio, nuestras Partidas heredan el principio romano «*alteri stipulari nemo potest*» y se muestran contrarias a la representación directa (PÉREZ MARTÍN, 1994: 250)⁵⁹. No obstante, existirán en las Partidas una serie de importantísimas excepciones al principio general contrario a la representación directa dentro de las que destaca el caso de la personería («*personero es aquel que recabda, o face algunos pleytos, o cosas ajenas, por mandato del dueño dellas*» P.3.5.1) donde llega a alcanzarse el principio contrario: es decir, el reconocimiento general de la validez de la *stipulatio alteri* siempre y cuando se realice el contrato dentro de los límites de la personería (ARIAS BONET, 1964: 248). Insistirá en dicha tendencia en favor de la representación voluntaria directa NÚÑEZ LAGOS quien resaltará como en la construcción popular de la *stipulatio* contenida en las Partidas la representación *ad alienandum* era un supuesto de representación directa⁶⁰.

Por ello, en el caso de P.3.29.11 si entendemos que existe un caso de representación directa porque el personero actúa dentro del ámbito de la personería el *adquirente* recibe la cosa directamente del «*señor de la cosa*» y, por tanto, al permitir la usucapión (salvo que se pruebe la colusión *adquirente-personero*) se estaría admitiendo una excepción a que la usucapión no subsana adquisiciones *a domino*. Por contra, si se acepta que existe una representación indirecta, aparte que la expresión «*señor de la cosa*» de P.3.29.11 refiriéndose al poderdante carecería de sentido, sería necesario explicar el mecanismo por el cual el personero (mandatario) que obra en nombre propio puede enajenar los bienes de su mandante: es decir el problema de la representación indirecta «*ad alienandum*» sobre el que existen dos grandes explicaciones teóricas (DÍEZ-PICAZO, 1978: 494-496): la tesis de la vía oblicua o indirecta que se atiene rigurosamente al principio de la representación indirecta —no hay nunca ningún efecto jurídico directo entre el dominus y el tercero— y, por ello, sostienen que hay una doble transmisión de propiedad (del poderdante al representante y de este al tercero) siendo la causa de la primera transmisión según un sector doctrinal una *causa mandati* y según otro una *causa fiduciae* (JORDANO BAREA, 1951: 1458-1498). Y la tesis mayoritaria de la transmisión recta vía que sostiene que, en virtud del acto dispositivo del mandatario, la propiedad pasa, sin rodeos, inmediatamente, desde el patrimonio del mandante al tercero *adquirente*. Esta línea de pensamiento entiende que el mandante no necesita transferir la propiedad al mandatario, sino únicamente cederle la facultad dispositiva o *ius disponendi* o una especial autorización, que se considera como negocio atributivo del poder dispositivo o como una forma de extraordinaria legitimación.

Si aceptamos la tesis de la vía oblicua la P3.29.11 carecería de sentido porque llaman «señor de la cosa» al poderdante; si aceptamos la tesis de la *recta via* se habría producido una adquisición *a domino*, si bien no hay que olvidar que la mayoría de la doctrina reciente entiende que la usucapión corta no se aplica solo a las adquisiciones *a non domini* sino también a los defectos de «*ius disponendi*» que no están ubicados en el título sino en el modo. Personalmente entiendo que la teoría de la *recta via* supone un reconocimiento de que las Partidas admitían la representación directa al menos *ad alienandum*.

No obstante, nuestras Partidas sin duda influidas por la Glosa y los comentaristas (que, como acabamos de ver, en su lectura de D 41.4.2.15 defendían que al texto subyace la hipótesis de que la cosa vendida por el pupilo era ajena⁶¹) parten de la idea de que la usucapión ordinaria está pensada para defectos de titularidad aunque cierto es que sin excluir expresamente otros (la expresión arcaica *maguer* —i.e. «aunque»— no autoriza a excluir los casos de adquisiciones *a domino*)⁶².

B) Crítica por las insatisfactorias consecuencias a las que conduce

a) La usucapión extra-tabular ganada

Teniendo la acción de anulación un plazo de cuatro años (art. 1301 CC), se ha planteado el problema de si, dado que a veces el *dies a quo* para contar dicho plazo puede ser muy posterior a la celebración del contrato (por ejemplo, contrato otorgado por un incapacitado cuyo plazo no corre hasta que no salga de la tutela, art. 1301 CC), la anulación del título puede afectar a la usucapión ordinaria ya consumada⁶³. Podemos destacar las siguientes teorías sobre la usucapión ganada si todavía está viva la acción de impugnación:

1. Teoría mayoritaria: la usucapión ganada por quien fue parte en un contrato inválido si bien impide que el *verus dominus* pueda interponer la acción real reivindicatoria no impide, si aún no ha caducado, la acción personal de impugnación del título del *non dominus* y dejar sin título retroactivamente a la usucapión. Así, señala ALBALADEJO, en congruencia con su doctrina mayoritaria de que la usucapión corta no sana los defectos del título, que «aunque haya pasado el plazo de usucapión, si todavía está viva la acción de impugnación [...] del título, cabe interponerla por quien esté legitimado para ello, y así invalidar el título y dejar sin él retroactivamente a la usucapión, es lo que corresponde; siendo errónea la idea de que transcurrido el plazo prescriptivo, la usucapión se consolida y deja inoperantes

las posibles acciones de impugnación del título» (ALBALADEJO, 2005: 103)⁶⁴. La razón de dicha solución es congruente con su teoría ya examinada de que la usucapión corta no sana defectos del título por lo que, aunque tenga lugar la usucapión, perviven los defectos del título (que la usucapión no sana) y, por tanto, pervive mientras no prescriba extintivamente por transcurso de los plazos del 1301 del Código civil la acción personal de anulabilidad entre *non dominus* y adquirente tendente a hacerlos valer. La usucapión, según esta teoría conceptualmente irreprochable, es oponible por el *adquirente* solo frente al *verus dominus*, no frente al *non dominus*, pero este último puede ejercitar, mientras no prescriban extintivamente, las acciones personales derivadas de su contrato con el *adquirente*. No obstante, dicha solución plantea problemas de seguridad jurídica porque, no olvidemos, la usucapión ya dio lugar en el comprador a una adquisición del dominio por lo que dejar sin título retroactivamente dicha adquisición es una solución insatisfactoria. Estas, en palabra de HERNÁNDEZ GIL, «desarmonías» o «interferencias inevitables» que se producen cuando se usucape antes de que prescriba extintivamente la acción personal del *non dominus* se han tratado de solventar por cierto sector doctrinal acortando la vida de la acción personal pero ello, sigue diciendo este último autor, no parece convincente porque los plazos de la prescripción (adquisitiva o extintiva), una vez fijados por la ley, son los que la misma determina «de suerte que choca ver sometido el perecimiento de la acción o del derecho a un tiempo distinto del establecido» (HERNÁNDEZ GIL, 1980: 529).

Estas últimas críticas ha llevado incluso a que autores que, como HERNÁNDEZ GIL, inequívocamente afirman que la usucapión corta no sana defectos del título y restringen la misma a las adquisiciones *a non domino* admitan que «si en virtud de consideraciones predominantemente realistas y teleológicas pareciera que la solución se aqueja de un excesivo dogmatismo (se refiere a los casos en que la usucapión se gana frente al *verus dominus* antes de que prescriba extintivamente la acción del *non dominus* frente al *accipiens*), sería preferible plantearse el problema desde su raíz y ver si la usucapión ordinaria pudiera actuar sin la distinción obligada entre el *verus dominus* y el *non dominus*; pero seguir fieles al principio y eludir sus consecuencias mediante el recortamiento del plazo de caducidad o prescripción a imagen de la usucapión, no es admisible» (1980: 529-530). Y son precisamente esas «consideraciones predominantemente realistas y teleológicas» (en el fondo la «*utilitas causa*» romana) las que aquí invocamos para admitir que la usucapión ordinaria pueda actuar, excepcionalmente, sin la distinción entre el *verus dominus* y el *non dominus*.

2. Teoría minoritaria: la usucapión ganada, aunque todavía esté viva la acción de impugnación, debe respetarse porque ya dio lugar a una adquisición amparada legalmente. Se ha defendido, como veremos, principalmente

al analizar el artículo 35 LH. En la jurisprudencia ha sido defendido por la STS de 17 de julio de 1999 y en la doctrina, entre otros, ha sido defendido por LUNA SERRANO señalando este último, con un argumento que nos parece irreprochable, que si bien la cuestión es discutible la mayor razón de justicia y de sencillez práctica asiste a quienes entienden que debe respetarse la usucapión ganada «si se tienen en cuenta la finalidad social que cumple la prescripción, el ejercicio del dominio o del derecho real mediante la posesión, la buena fe del usucapiente e incluso la posible negligencia del legitimado para impugnar que deja transcurrir sin hacerlo el tiempo suficiente para que el título, en cuanto válido por no ser atacado, configure el justo título para usucapir y se haya alcanzado el término de la prescripción» (LUNA SERRANO, 1991-1: 2131 y 2132)⁶⁵. Obviamente nos adherimos a esta teoría por las razones de justicia, sencillez práctica y finalidad de la usucapión de garantizar la seguridad jurídica a que aludía LUNA SERRANO, pero además por las razones ya expuestas en el epígrafe anterior de que a nuestro entender la usucapión corta sana los vicios del título. A favor de dicha teoría también cabría argüir dos argumentos:

Primero, que la tesis mayoritaria hace de peor condición a un contratante a título oneroso y de buena fe que a un delincuente. En efecto, el artículo 245.1 Código Penal (en lo sucesivo CP) sanciona al que con violencia o intimidación en las personas ocupe una cosa inmueble y el artículo 245.2 CP penaliza la ocupación pacífica, pero sin la autorización debida de inmuebles que no constituyan morada, y el mantenimiento en ellos contra la voluntad de su titular. Pero, en ambos casos, dicho «ocupa» puede usucapir por transcurso del plazo de treinta años (artículo 1959 CC). Y respecto de dicho ocupa no existe acción de restitución derivada del artículo 1301 del Código civil por lo que solo puede reclamarse mientras no se consume la usucapión extraordinaria. Por contra, según la teoría mayoritaria si alguien adquiere cosa ajena de un incapaz el *adquirente* seguirá amenazado por la acción de anulabilidad/nulidad durante un plazo quizá mayor que si la hubiera robado (quizá mayor, decimos, porque tal sería el caso del incapaz que recupera la razón a los 40 años de celebrar el contrato y desde dicha recuperación empezaría a contarse el plazo del art. 1301 CC)⁶⁶.

Y segundo, también cabría invocar, a favor de la tesis minoritaria, un argumento *a simili* porque, como veremos en sede de usucapión *secundum tabulas*, al menos para los partidarios de la tesis de la equiparación, la usucapión ya ganada no decae si luego el título que fue válido durante el plazo de prescripción es anulado si bien con una diferencia radical: en la usucapión corta civil o extra-tabular debe permitirse sanar el contrato anulable, pero nunca el nulo porque rige el artículo 1953 del Código civil que requiere validez del título, mientras que en la usucapión *secundum tabulas* que analizaremos, dado que la inscripción equivale y sustituye al título

material, debe permitirse, a nuestro entender y aunque en contra —como veremos— se ha manifestado recientemente el Tribunal Supremo, la convalidación o sanación del título anulable y del nulo porque una vez producida la inscripción será, esta, el justo título y, por tanto, ya no cabrá entrar a analizar los defectos del título (que habrá sido sustituida por la inscripción) sino solo los defectos de la inscripción. Falta para la usucapión extratabular un precepto que, como el artículo 35 LH, permita sustituir el título por la inscripción y, en cierto modo, una vez producida esta, derogar el requisito de validez del título del 1953 del Código civil porque ya no cabrá discutir sobre los requisitos del título sino sobre los requisitos de la inscripción. Sobre el artículo 35 LH volveremos más tarde.

b) El incapaz que tarda 40 años en recuperar la razón

Como ya expusimos la teoría mayoritaria llega a situaciones paradójicas porque para dicha tesis si alguien adquiere de un incapaz un bien ajeno y este tarda 40 años en adquirir la razón (y ejercita con éxito la acción de anulabilidad) el *adquirente* habrá adquirido antes con carácter irreversible y definitivo y consolidado el dominio por usucapión larga (que purga cualquier defecto del título y del modo) que por usucapión ordinaria o corta (en la que como vimos la usucapión ganada según la doctrina mayoritaria no se consolida ni es irreversible mientras subsistan las acciones de impugnación). El ordenamiento estaría premiando al usucapiente de mala fe de la prescripción extraordinaria frente al usucapiente de buena fe de la prescripción adquisitiva ordinaria de inmuebles.

C) *Crítica del argumento legal: el argumento del título válido y la posesión de buena fe del artículo 1950 y 1953 del Código civil*

Por otro lado, desde un punto de vista teórico y limitado al Código civil también es criticable la doctrina mayoritaria que limita la usucapión corta a las adquisiciones *a non domino*. Primero, porque, como señala ESPÍN, no cabe establecer un paralelismo entre los vicios a que se refiere la buena fe —la buena fe se funda en el error del poseedor sobre la titularidad del transferente— y los defectos del título que puede sanar la usucapión constituyendo el título un elemento autónomo en la estructura de la usucapión (ESPÍN, 1968: 838)⁶⁷. Y segundo porque la usucapión larga (que también subsana, entre otros, defectos de titularidad del *tradens* y no exige buena fe ni justo título) nos demuestra que la adquisición *a non domino* no procede de los requisitos de la buena fe o el título (1968: 839). En definitiva, por

un lado, el requisito del título válido lo único que hace es excluir el título nulo y anulado, pero no el título anulable y, por otro, no cabe establecer un paralelismo entre los vicios a que se refiere la buena fe y los defectos del título que puede sanar la usucapión.

Por último, podría argumentarse también *a fortiori* un argumento de interpretación sistemática del artículo 1950 y 433 del Código civil porque el artículo 1951 invoca el artículo 433 del Código civil que será aplicable en sede de usucapión y este último artículo define en negativo la buena fe con referencia a la ignorancia sobre el vicio que invalida el título o modo de adquirir sin distinguir qué clase de vicio sea (1968: 838 y 835-836).

En definitiva, la teoría que sostenemos y que propugna que la usucapión sana los vicios de capacidad y de voluntad del título ya sea en las adquisiciones *a non domino* (que será su ámbito normal) como en las adquisiciones *a domino* con vicios no se opone al artículo 1953 del Código civil porque el título anulable (no, por contra, el nulo o anulado) es un título válido mientras no se anule según jurisprudencia reiterada⁶⁸. Ni se opone al requisito del justo título del artículo 1952 del Código civil porque dicha expresión solo requiere que el título sea bastante en abstracto para producir dicha adquisición aunque en concreto por los defectos concurrentes no se opere dicha adquisición (1968: 836). Ni la teoría que señala que la usucapión corta puede aplicarse a las adquisiciones *a domino* con vicios de anulabilidad en el título se opone al requisito de la buena fe del artículo 1950 del Código civil no solo por el tenor literal del artículo 433 del Código civil (aplicable en sede de usucapión por la invocación que a él realiza el art. 1951 CC) y que reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide, sino sobre todo porque no cabe establecer un paralelismo entre los vicios a que se refiere la buena fe en el artículo 1950 del Código civil y los defectos del título que puede sanar la usucapión constituyendo el título un elemento autónomo en la estructura de la usucapión (ESPÍN, 1968: 838)⁶⁹. Dicha teoría, además, permite alcanzar una mayor seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias eludiendo los enormes problemas que se observan en la tesis mayoritaria entre las tensiones entre la prescripción extintiva de la acción de anulabilidad del *non dominus* y la usucapión ganada por el adquirente frente al *verus dominus*. La aplicación de esta teoría permitiría convalidar por usucapión ordinaria todas las causas de anulabilidad ya se trate de adquisiciones *a domino* o *a non domino*. Con ello se aumenta el ámbito legitimador de la usucapión ordinaria (que tendrá siempre, y con la excepción que luego veremos en relación a la *usucapio secundum tabulas*, como límite los títulos nulos) y con ello la seguridad jurídica inmobiliaria que no deja de ser un valor garantizado por el artículo 9.3 CE que debe inspirar todo nuestro ordenamiento jurídico. Y permite a la usucapión cumplir con su esencia que desde el

derecho romano era sencillamente la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley (D 41, 3, 3) y con su finalidad que era que no permaneciese mucho tiempo incierto el dominio de las cosas excluyéndose solo en casos taxativos.

III. EL TÍTULO NULO INSCRITO COMO JUSTO TÍTULO AD USUCAPIONEM

Dispone el artículo 33 de la LH que «*La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*». Sin embargo, existen dos excepciones a dicho principio del artículo 33 LH: la metafórica «usucapión instantánea» del artículo 34 LH y la real usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH.

III.1. LA «USUCAPIÓN INSTANTÁNEA» DEL ARTÍCULO 34 LH

Señalaba, metafóricamente, GARCÍA GARCÍA que el tercero hipotecario goza de «*una especie de prescripción “instantánea”, o adquisición directa a non domino, en virtud del artículo 34 LH*» por lo que no necesita acudir a la usucapión *secundum tabulas* (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1720)⁷⁰. Y si bien el artículo 33 LH indica que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo los artículos 34 y 35 LH constituyen, ambos, una modalización, matización o excepción del artículo 33 (1997: 1720) porque, en relación con el tercero del 34 LH, la inscripción sí convalida ese contrato nulo operando una adquisición *a non domino* y, en relación al artículo 35 LH, este también convalida el acto o contrato nulo a través no solo de la inscripción, sino de esta unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria más la presunción de posesión que implica (1997: 1718). En tal sentido tanto el artículo 34 y 35 LH representan una «*convalidación*» de situaciones registrales (1997: 1720). Por tanto, según esta tesis a la que me adhiero, el artículo 33 LH tiene dos excepciones:

1. La representada por el principio de fe pública registral, recogido en los artículos 34 y 36 LH en relación con el tercero hipotecario. Así, señala GARCÍA GARCÍA, que el artículo 33 LH no ha sido a veces rectamente entendido porque si se interpreta aisladamente daría al traste con los efectos convalidatorios que tiene la inscripción en los artículos 34 y 35 LH. Para entender el artículo 33 LH hay que partir de que, en su redacción originaria, el actual artículo 33 LH era el primer párrafo del artículo 34 LH, y luego se establecía lo que dispone el artículo 34 LH, iniciándolo con un «*no obs-*

tante». Aunque ahora estén en preceptos separados, el planteamiento sigue siendo el mismo por lo que, aunque la inscripción no convalide el acto o contrato nulo (art. 33 LH), no obstante, respecto al tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH, la inscripción de este tercero convalida para él el acto o contrato nulo precedente (1997: 1719). En todo caso, como es obvio, el principio del tercero hipotecario del artículo 34 LH no alcanzará nunca al *adquirente* que compra del incapaz o del menor. Sencillamente porque no es tercero sino parte del contrato. El problema, pues, se contrae no al adquirente parte del contrato sino al que adquiere de dicho adquirente.

2. Y la representada por el principio de usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH, respecto al titular registral usucapiante y en el que la inscripción no es que se presuma que es justo título, sino que la inscripción misma convalida el acto o contrato nulo porque equivale directamente al título verdadero, válido y probado, siempre que vaya unida a la presunción de posesión y al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria (1997: 1718 y 1730).

Por lo demás, la única relación del artículo 35 con el artículo 34 LH consiste en que ambos constituyen una matización del artículo 33 LH y, en tal sentido, ambos representan una «convalidación» de situaciones registrales (1997: 1720). Pero, fuera de este parecido, nada tienen que ver uno y otro precepto, porque se refieren a ámbitos diferentes. Y dado que la «prescripción instantánea» que implica el artículo 34 LH no es sino una metáfora y un oxímoron (porque usucapión sin transcurso del tiempo es una *contradictio in terminis*) limitaremos nuestra exposición a la excepción que, a nuestro entender, implica la usucapio *secundum tabulas* del artículo 35 LH respecto de la validez del título en la usucapión corta por cuanto el análisis, aunque fuera somero, de la problemática que implica el artículo 34 desborda y excede de los límites de este apartado centrado en la verdadera, y no metafórica, usucapión.

III.2. LA USUCAPIÓN ORDINARIA. LA FINALIDAD NORMAL DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA Y SU EXCEPCIÓN: EL ARTÍCULO 35 LH

Como vimos, la usucapión extraordinaria convalida cualquier defecto del título, pero respecto a la usucapión ordinaria que es la que ahora nos interesa (pues es la que contiene el art. 35 LH) la doctrina mayoritaria entenderá que solo convalida la falta de titularidad del transferente mientras que la doctrina minoritaria sostendrá que subsana, además de lo visto, los defectos del título que dan lugar a la anulabilidad. Como ya expusimos, con carácter general, a nuestro entender, el título anulable es justo título

para la usucapión (porque es título bastante en abstracto para transferir el dominio, aunque en concreto por los defectos concurrentes no se opere) y es título válido mientras no se anule. No sucede lo mismo con el título nulo que con carácter general no es título *ad usucapionem* en la prescripción adquisitiva ordinaria porque, frente a lo exigido por el artículo 1953 del Código civil, no es título válido. Pero en materia de usucapión *secundum tabulas* se prevé una excepción a esta regla general, porque, en estos casos, a nuestro entender, incluso el título nulo inscrito será justo título para la usucapión ordinaria⁷¹. Y así adelantando ya nuestra opinión, el artículo 35 LH, al regular la usucapión *secundum tabulas*, prevé que si el título (válido, nulo, anulable) accede al Registro la inscripción equivaldrá («será») al justo título y que, además, se presumirá (eso sí *iuris tantum*) que ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe. Es decir, que si el título nulo (o anulable) accede al Registro, y mientras no se cancele la inscripción, habrá justo título con los demás requisitos, presumidos, que exige la usucapión ordinaria. Por tanto, si no se rectifica el asiento de inscripción este artículo permite que se consideren cumplidos *iuris et de iure* el requisito de justo título de la usucapión ordinaria y también permite entender que dicha posesión ha sido pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe mientras no se destruyan estas presunciones (estas sí *iuris tantum*). O dicho en otras palabras: si el *adquirente* consigue inscribir un título nulo o anulable y consigue que transcurran diez años sin que se cancele o rectifique, en virtud de una sentencia judicial —art. 40 d. LH—, la inscripción a su favor, habrá usucapido el bien, salvo que se destruyan después las presunciones *iuris tantum* de posesión pacífica, ininterrumpida y de buena fe que contiene el artículo 35 LH, porque habrá cumplido las exigencias de justo título, mediante la inscripción⁷², y habrá cumplido los demás requisitos de la usucapión ordinaria (porque a su favor habrán jugado las presunciones *iuris tantum* del artículo 35 LH no destruidas en el plazo para usucapir). Como señala YZQUIERDO TOLSADA, independientemente de que el título sea radicalmente nulo si accede al Registro habrá justo título a efectos de la usucapión pudiendo el titular inscrito ampararse en la usucapión abreviada, salvo que se pruebe —porque esa presunción del artículo 35 LH si es *iuris tantum*— que no existía buena fe, o posesión pública, pacífica e ininterrumpida (YZQUIERDO, 2001: 608).

Como veremos, esta doctrina que defendemos ha sido criticada por diversos autores porque cierto sector doctrinal defenderá que el artículo 35 LH no favorece al *adquirente* que fue parte en el contrato nulo, sino al tercero que adquiere de este; otro sector doctrinal sostendrá que no existe tal equiparación entre inscripción y título (sino simple presunción); e incluso doctrina muy autorizada defenderá que si se consigue la cancelación/rectificación del asiento transcurridos esos diez años (pero aún no los 30 de la

usucapión extraordinaria) por defectos del título ello destruirá la usucapión ordinaria consumada (porque, en el fondo, entienden, desde postulados de la teoría de la presunción, que nunca se llegó a consumir porque siempre faltó el justo título). Es decir, está en duda el elemento subjetivo del artículo 35 LH (quien puede ser usucapiente), los elementos objetivos (qué se entiende por «*será justo título la inscripción*») e incluso los efectos de la usucapión ordinaria ganada (es decir, si la rectificación posterior del asiento por nulidad del título material transcurridos el plazo de la usucapión ordinaria —en principio 10 años— tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*). Veamos pues los distintos problemas que plantea la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH.

A) *El elemento subjetivo del artículo 35 LH: el usucapiente. El adquirente que logra inscribir su título nulo o anulable pero aún no anulado en el Registro de la Propiedad*

La primera pregunta que hay que responder es si el *adquirente* que fue parte en el contrato de compraventa y que logra inscribir su título nulo o anulable se ve amparado por el artículo 35 LH o, por contra, dicho artículo ampara y beneficia solo al tercero hipotecario. Dos teorías:

- Solo puede usucapir por la vía del artículo 35 LH el tercero hipotecario. Diversas sentencias del TS exigen que el usucapiente sea tercero hipotecario por lo que no operaría entre las partes ni respecto a sus sucesores hereditarios⁷³.

- La validez como título de la inscripción es independiente por completo de que el usucapiente sea o deje de ser tercero hipotecario. Frente a la anterior tesis, la STS de 18 de febrero de 1987 sostiene *obiter dicta* que puede usucapir el adquirente *a non domino* que no tiene por qué ser un tercero hipotecario⁷⁴. Y así, critica GARCÍA GARCÍA la tesis de que solo puede usucapir por la vía del 35 LH el tercero hipotecario porque dicha interpretación convierte el artículo 35 en un precepto inútil ya que para el tercero hipotecario ya existe el artículo 34 LH que hace innecesaria la usucapión. Por ello, el artículo 35 LH se tiene que referir a aquellos supuestos en que el «titular inscrito» no es un tercero hipotecario bien porque fue parte en el contrato nulo, pero posee de buena fe, o bien porque siendo tercero en ese contrato nulo no reúne los requisitos del artículo 34 LH (inmatriculante, adquirente inscrito al que le falte la previa inscripción en el momento de adquirir, adquirente a título gratuito) (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1721)⁷⁵. En definitiva, añade este autor, en posición que comparto: «el artículo 35 LH se refiere al ámbito de la «*usucapión secundum tabulas*», y nada tiene

que ver con el tercero del artículo 34 LH, sencillamente porque ese tercero no necesita acudir a la *usucapión secundum tabulas*, al gozar ya de una especie de prescripción “instantánea”, o adquisición directa *a non domino*, en virtud del artículo 34 LH» (1997: 1720)⁷⁶.

Si, por hipótesis, llegara a acceder al Registro de la Propiedad el título radicalmente nulo ¿se considerará que la inscripción daría al título material nulo el carácter de justo título *ex* artículo 35 LH y, por tanto, permitiría —en dicho supuesto— la usucapión ordinaria de bienes inmuebles (si concurren los otros requisitos de la misma)? La literalidad del artículo 35 LH (principalmente el verbo empleado «*será*») parece autorizar dicha postura y así se han pronunciado la doctrina mayoritaria y, en ocasiones, nuestro Tribunal Supremo, pero no han faltado autores y jurisprudencia que han entendido que, a pesar de la letra de dicho artículo, hay que entender que el mismo no establece dicha equiparación automática entre inscripción y justo título sino una simple presunción *iuris tantum*⁷⁷. Como resume ALBALADEJO: «Según una opinión, (la expresión “*será justo título la inscripción*” del artículo 35 LH) quiere decir que la inscripción es, de por sí título. Según otra, la inscripción constituye simplemente una presunción de que existe un justo título» (ALBALADEJO, 1992: 5). Cabe, por tanto, distinguir dos posiciones:

1. Teoría de la equiparación. El artículo 35 LH contiene una afirmación legal de que la inscripción es y equivale a justo título⁷⁸. El artículo 35 LH es terminante y no se limita a establecer una presunción *iuris tantum* sino que contiene una afirmación (o, a lo sumo, según algunos autores, una presunción *iuris et de iure*) de que la inscripción, mientras subsista, es y equivale al justo título y ello porque la Ley no contiene una presunción sino una afirmación; porque esta era la *mens legislatoris* al aprobarse el artículo 35 LH⁷⁹ y porque si se entendiera el artículo 35 LH como presunción *iuris tantum* el mismo resultaría inútil porque ya establece el artículo 38 LH una presunción *iuris tantum* de justo título (GARCIA HERRERA, 2006: 246 y 254)⁸⁰. Como concluye ALBALADEJO: «nada hay que más se adapte al sentido de la letra de “*será justo título la inscripción*”, que entender que “*la inscripción es justo título*”. Lo demás son expedientes para huir de un sentido literal que está clarísimo, que es perfectamente admisible y que no hay otro elemento de interpretación que aconseje excluir» (ALBALADEJO, 1992: 25). Así, independientemente de que el título sea radicalmente nulo si accede al Registro habrá justo título a efectos de la usucapión pudiendo el titular inscrito ampararse en la usucapión abreviada, salvo que se pruebe —porque esa presunción del artículo 35 LH si es *iuris tantum*— que no existía buena fe, o posesión pública, pacífica e ininterrumpida (YZQUIERDO, 2001: 608). De hecho, para numerosos autores de la teoría de la equiparación (GARCÍA GARCÍA, DE PORCIOLES) el valor que cumple la

usucapio secundum tabulas del artículo 35 es, precisamente, el de convalidar los títulos que adolezcan de defectos de nulidad porque sin dicho efecto esta institución quedaría privada de utilidad ya que las adquisiciones *a non domino* ya vienen protegidas por el artículo 34 LH y la presunción de justo título por la presunción de legitimidad del artículo 38 LH.

Consecuencias de aceptar esta teoría. La aplicación de esta teoría debería conducirnos a la conclusión de que si llega a inscribirse un título nulo⁸¹ o anulable el *adquirente* —titular inscrito— usucapiría el bien por su posesión extrarregistral durante diez años, posesión que se presumirá *iuris tantum* pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe⁸². Y ello ya se diga con ALBALADEJO, en un intento por coordinar los artículos 35 y 33 LH, que con ello no se está defendiendo que la inscripción convalide el acto nulo, «sino que ocurriría que, aun continuando el acto sin convalidar se le daría valor de título, no a tal acto, sino a la inscripción, aun siendo esta, ciertamente atacable» (ALBALADEJO, 1992: 9) o ya se diga directamente con GARCÍA GARCÍA, en un intento por excepcionar el artículo 33 LH, que el artículo 35 (como excepción que es, junto al artículo 34 LH, al principio contenido en el artículo 33) permite “a efectos de la prescripción adquisitiva”, (que) cuando haya transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria existiendo posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, esa inscripción con transcurso de plazo y con presunción de posesión de esas características, convalida el acto o contrato nulo y sustituye al acto o contrato inexistente» (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1719-1720)⁸³.

Como resume MARTÍN LEÓN para los partidarios de esta tesis: «La ventaja que supone el artículo 35 LH respecto del régimen de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles en el CC radicaría, pues, en permitir la usucapión a pesar de la inexistencia o nulidad del título material»⁸⁴. Además, como ha señalado la doctrina, la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH «convierte» la usucapión extraordinaria en ordinaria porque permite acortar, al hacer que la inscripción supla al injusto, inexistente o inválido título, el largo plazo de treinta años de la usucapión extraordinaria (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1714; CHICO, 2000: 288).

En todo caso, el supuesto en el que adquiere máxima relevancia optar por la teoría de la equivalencia o de la presunción es cuando se ha consumado el plazo de la usucapión ordinaria (normalmente 10 años) y después de esos 10 años, pero antes del plazo de 30 años de la usucapión extraordinaria, se declara nulo el título porque los partidarios de la teoría de la equiparación sostendrán que no cabe atacar la usucapión consumada después de diez años de vigencia de la inscripción siendo dicha usucapión inatacable, aunque después del transcurso del plazo decenal se invalide el título material (SANCINIENA, 2009: 262). Volveremos sobre ello más tarde.

2. El artículo 35 LH contiene una presunción *iuris tantum* por lo que la inscripción se presume *iuris tantum* como justo título⁸⁵. Opinaba SANZ FERNÁNDEZ que era imposible admitir la afirmación de la Ley de que «será justo título la inscripción» y ello, entre otras razones, porque si se admitiera que la inscripción equivale al título se iría mucho más allá de los efectos de la legitimación registral, de que es consecuencia el artículo 35, por lo que existiría una contradicción entre el artículo 38 LH, que establece una presunción *iuris tantum* de título, y el artículo 35 LH. Dicha contradicción, debido al carácter restrictivo con que necesariamente hay que interpretar el artículo 35 LH, porque dicho precepto es una excepción en caso de titular inscrito del artículo 1954 del Código civil, debe resolverse a favor del artículo 38 por lo que debe concluirse que el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* de la existencia de título (SANZ, 1947: 532-533). Añade MORALES MORENO que la teoría de la equiparación resulta contradictoria y perturbadora porque, en contra de lo previsto en el Código civil, hace posible, en los supuestos de inexistencia o nulidad del título material, la usucapión ordinaria sin justo título y, asimismo, hace posible que, en los supuestos en los que el derecho referido en el título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, que la adquisición se produzca conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material (MORALES, 1971: 1129-1131).

Y frente a la afirmación realizada por los partidarios de la tesis de la equiparación de que precisamente el valor que cumple la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH es el de convalidar los títulos que adolezcan de defectos de nulidad porque sin dicho efecto esta institución quedaría privada de utilidad ya que las adquisiciones *a non domino* ya vienen protegidas por el artículo 34 LH y la presunción de justo título por la presunción de legitimidad del artículo 38 LH, argumenta MACÍA MORILLO que la usucapión que recoge el artículo 35 LH, como usucapión ordinaria, no desempeña esta función, a la que también se opondría el artículo 33 LH, sino solo la de convalidar las adquisiciones *a non domino* que no reúnan los requisitos del artículo 34 por lo que según dicha autora la usucapión ordinaria *secundum tabulas* solo sanaría la falta de titularidad del transferente y nunca los defectos del título como sí admiten diversos partidarios de la teoría de la equiparación⁸⁶.

Parecen inclinarse por esta teoría de la presunción las recientes SSTs de 15 de enero de 2013 (TOL3.525.792) y la STS 11/7/2012 (TOL2.666.315) que después de señalar que la inscripción en el Registro opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdictal, bien a la posesión hábil para usucapir (art 35 LH) y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica (art. 38 LH) puntualiza que «la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento

posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*»; de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción, por tanto, sirve de refuerzo de una posible usucapión extrarregistral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión».

Consecuencias de aceptar esta teoría. La aplicación de esta teoría nos conduce a que si llega a inscribirse un título nulo en el Registro no podrá invocarse la usucapión ordinaria ni aprovecharse de sus plazos abreviados (aunque sí de la extraordinaria) sencillamente porque la usucapión ordinaria no tiene por finalidad sanar los defectos del título pudiendo el *tradens*, en cualquier momento anterior a que se cumplan los plazos de la usucapión extraordinaria, probar que no existe justo título y ello aunque la usucapión corta esté ya consumada. Dado que según esta tesis la usucapión *secundum tabulas* no sana nunca defectos del título, si accede un título viciado al Registro y un juez declara la nulidad del título «la situación se retrotraerá al momento anterior al comienzo del vicio, sin que pueda oponerse la usucapión ordinaria consumada, pues, a falta de justo título material, dicha usucapión nunca existió» (MACÍA, 2001: 536).

En resumen, los que sostienen la teoría de la presunción defienden que: «una vez probada la nulidad del título material, se puede declarar la nulidad o la cancelación de la inscripción, incluso aunque haya transcurrido el plazo de los diez años desde la inscripción» (SANCINENA, 2009: 262).

C) La impugnación de la usucapión consumada: el verdadero tema central de la prescripción adquisitiva secundum tabulas del artículo 35 LH

Como avanzamos el verdadero problema de aceptar la tesis de la equiparación o de la presunción es con relación al problema de qué sucede cuando se ha consumado el plazo de la usucapión ordinaria (normalmente 10 años) y después de esos 10 años, pero antes del plazo de 30 años de la usucapión extraordinaria, se declara nulo el título material o se impugna la inscripción⁸⁷. En resumen, si accede al Registro un título radicalmente nulo y se consigue, una vez que han transcurrido diez años, la nulidad del título material y la subsiguiente cancelación del asiento registral ¿habrá usucapido el titular inscrito o no? Señalaba GARCÍA GARCÍA que la respuesta a esta pregunta se encuentra íntimamente ligada a la teoría (de la presunción o de la equiparación) que previamente se haya adoptado porque «si se defiende que el justo título de la usucapión es el “título material”, que la inscripción simplemente presume, siempre se podrá im-

pugnar esta por falta de “justo título de la usucapión” pero si se considera que la inscripción es el justo título “la inexistencia o defectos del título material no cuenta para nada, una vez que se ha consumado la usucapión por la existencia durante el plazo de la misma de la inscripción registral” (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1741) llegando a señalar que no se trata “de un tema ‘baladí’, como parece opinar ALBALADEJO, sino del tema crucial del artículo 35 LH” (1997: 1741). Por tanto, para los partidarios de la tesis de la equiparación la atacabilidad de la inscripción como título es “en tanto que la usucapión no se haya consumado”⁸⁸, mientras que para los partidarios de la “tesis de la presunción” la presunción de justo título puede destruirse, antes y después de transcurrir el tiempo de usucapión ordinaria, siempre que no hayan transcurridos los plazos de la usucapión extraordinaria, por lo que, según esta última tesis, si se declara judicialmente, una vez cumplidos los plazos de la prescripción corta, la invalidez del título, la situación se retrotraerá al momento anterior al comienzo del vicio, sin que pueda oponerse la usucapión ordinaria consumada, porque, a falta de justo título material, dicha usucapión nunca existió y porque la usucapión corta solo sana defectos de titularidad del *tradens* (MACÍA, 2001: 536, 538-539)».

En resumen, la verdadera y quizá única transcendencia práctica de las dos posiciones doctrinales principales relativas al artículo 35 LH es dar respuesta a la pregunta de qué ocurre en la usucapión ordinaria a partir del décimo año de inscripción (SANCINIENA, 2009: 261)⁸⁹. Porque los partidarios de una y otra teoría aceptarán sin problemas que se pueda impugnar el asiento y el título material nulo antes de dichos diez años, por ejemplo, mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria o confesoria del verdadero titular; pero en tal caso existirá interrupción de la posesión (natural o civil) y no impugnación de la usucapión, ya que en tanto no se consume la usucapión no existe como tal, sino que solo hay *possessio ad usucapionem* (MACÍA, 2001: 538). Pero, a partir del décimo año de inscripción, los partidarios de la tesis de la equiparación admitirán, mayoritariamente, que la usucapión consumada es inatacable por defectos del título (cuestión distinta es que se pruebe que no hubo buena fe o que esta no fue pacífica o de buena fe) aunque después de dicho décimo año se consiga la nulidad de título material y la cancelación de la inscripción⁹⁰, mientras que los partidarios de la tesis de la presunción afirmarán que si se obtiene en el undécimo año la declaración de nulidad y cancelación del asiento por defectos del título en realidad nunca hubo justo título (porque la inscripción no era justo título sino simple presunción) y, por tanto, nunca se usucapió (salvo que hayan transcurrido los plazos de la usucapión extraordinaria).

D) Toma de posición con relación a la usucapión *secundum tabulas*

Nos mostramos decididamente partidarios de la teoría de la equiparación. Ante los términos claros y rotundos del artículo 35 LH que excluyen la idea de presunción no puede la doctrina «hacer decir al precepto lo que no quiso decir ni dijo de ninguna manera, pues entonces no servirían para nada las leyes, que podrían ser interpretadas a capricho del intérprete» (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1716). Obviamente el simple aforismo «*in claris non fit interpretatio*» no es suficiente para dar una solución ni a esta ni a ninguna cuestión jurídica porque, para determinar que el significado es claro, se precisa ya una interpretación. Pero es que, en este caso, al sentido propio de las palabras y la claridad y rotundidad del texto de la norma («será»)⁹¹ se unen no solo la *mens legislatoris* que redactó el artículo 35 LH y que, como vimos, era favorable a que la inscripción supliera al justo título en la usucapión ordinaria a favor del titular inscrito, sino también el criterio sistemático interno del propio 35 LH (no se entiende porque respecto del justo título dice «será» y respecto del resto de requisitos de la usucapión dice «se presumirá» si no es porque ha querido atribuirle distinto valor), el criterio sistemático con relación al resto de la LH⁹², así como que la presunción de justo título ya se contiene en el artículo 38 LH por lo que no debe interpretarse un artículo en el sentido de hacerlo inútil cuando otras interpretaciones, legítimas, permiten darle un sentido propio. Por otro lado, el artículo 34 LH también usa la expresión «será» y a nadie se le ocurre proponer que lo que en verdad quiere decir no es que «será mantenido en su adquisición» sino que se presumirá.

Y la consecuencia lógica será que, en la usucapión *secundum tabulas*, la inscripción unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria convalida únicamente «a efectos de la prescripción adquisitiva» no solo los defectos de titularidad del *tradens* sino, lo que es más relevante, también los defectos del título material (que puede ser nulo, anulable)⁹³. De este modo, si transcurren los plazos de la usucapión ordinaria *secundum tabulas* el titular registral (y en dicha expresión entran principalmente las partes del contrato —el adquirente— y los terceros que no reúnan los requisitos del artículo 34 LH porque el tercero hipotecario ya goza de una protección mucho más intensa) adquirirá el dominio del bien inmueble aunque en el título material subyacente fuese nulo⁹⁴, de modo que la única facultad del propietario extrarregistral será interrumpir la prescripción antes del décimo año o probar, con posterioridad, que no se dieron durante esos diez años las presunciones —y recordemos que la *iusta causa* en dicho artículo no es una presunción sino una afirmación— del artículo 35 LH (posesión pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe).

Tesis avalada por la STS de 11 de noviembre de 1969 (TOL4.288.339) que señala que: «conforme a los términos del repetido artículo 35 de la Ley, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto equipara la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al justo título, de tal manera que una vez lograda aquélla, adquiere independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil e idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad». Y tesis avalada por la doctrina principalmente por GARCÍA GARCÍA que ha dicho que el artículo 35 modaliza y matiza el artículo 33 LH porque «si bien la inscripción no convalida el acto o contrato nulo, “a efectos de la prescripción adquisitiva”, cuando haya transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria existiendo posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, esa inscripción con transcurso de plazo y con presunción de posesión de esas características, convalida el acto o contrato nulo y sustituye al acto o contrato inexistente» (GARCÍA GARCÍA, 1997: 1719-1720) de modo que: «la consideración de la inscripción como «justo título» en el artículo 35 LH, lo que significa (es) que «a efectos de la prescripción adquisitiva» se prescinde del «título material», es decir, del acto o contrato, a que se refiere el artículo 33 LH, y ya no importa que sea nulo, inexistente, falso o con vicios o defectos» (1997: 1719-1720).

Frente a esto los partidarios de la teoría de la presunción no aceptan la literalidad de la ley, pero en muchos casos lo que realmente no aceptan son las consecuencias que se derivan de ello y que es la inatacabilidad por defectos del título nulo de la usucapión a partir del décimo año de la inscripción⁹⁵; en muchos casos tratan de forzar la interpretación de la ley precisamente para no alcanzar la conclusión de una usucapión ordinaria *secundum tabulas* inatacable por defectos del título nulo a partir del décimo año. Es decir, critican el principio por los efectos que pudiera producir. Pero esa inatacabilidad y esa tesis de la equivalencia es la que resulta de la inteligencia recta, y no forzada, del artículo 35 LH. El artículo 35 LH podría haber dicho que «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, *se presumirá* que aquel ha poseído con justo título, pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa». Pero es que no dice eso; dice una cosa completamente distinta. Y por alguna razón dice algo completamente distinto cuando lo más sencillo, en pura técnica legislativa y si hubiera sido la voluntad del legislador que la inscripción se presumiera como justo título, hubiera sido poner un artículo como el transcrito. También, el artículo 34 LH usa la expresión «será» y a nadie se le ocurre proponer que lo que en verdad quiere decir no es que «será mantenido en su adquisición» sino que se presumirá. Por tanto, *lege lata* creo que la teoría de la equiparación deriva de una recta interpretación de

la ley con arreglo a los criterios interpretativos del artículo 3 del Código civil. Cuestión diferente es que la Ley no nos guste y *lege ferenda* deba cambiarse, pero ese no es un debate propiamente jurídico sino de política legislativa en el que no creo que deba entrar.

IV. CONCLUSIONES

I. Aunque la finalidad esencial de la usucapión ordinaria es sanar defectos del modo (adquisiciones a non domino) los antecedentes históricos, la finalidad de la usucapión de proporcionar seguridad jurídica y las consecuencias indeseables que provoca dicha tesis mayoritaria hacen que pueda admitirse la usucapión ordinaria en las adquisiciones *a domino* con título anulable. La consecuencia práctica de admitir la tesis defendida en este artículo es, por tanto, no solo que la usucapión corta no se limita a adquisiciones *a non domino* sino que se extendería, asimismo, a adquisiciones *a domino* con título anulable purgando los defectos del título que dan lugar a dicha anulabilidad, sino además que, ganada la usucapión ordinaria extratabular, la misma debe respetarse, aunque todavía esté viva la acción de impugnación porque ya dio lugar a una adquisición amparada legalmente. Por otro lado, la usucapión corta se extendería a los títulos radicalmente nulos única y exclusivamente en el supuesto contenido en el artículo 35 LH, precepto que supone una excepción al requisito de validez del título del artículo 1953 del Código civil.

II. Frente a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo que parece inclinarse por la tesis de la presunción, considero que el artículo 35 LH contiene una afirmación legal de que la inscripción es y equivale a justo título por lo que si llega a inscribirse un título nulo o anulable el adquirente —titular inscrito— usucapiría el bien por su posesión extrarregistral durante diez años, posesión que se presumirá *iuris tantum* pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe.

La consecuencia práctica de admitir la tesis defendida en este artículo es no solo que el artículo 35 LH permite al titular inscrito usucapir abreviadamente el inmueble, aunque el título material subyacente sea anulable o radicalmente nulo, sino también que, consumada la usucapión *secundum tabulas* ordinaria del inmueble por transcurso del plazo de 10 años, el dominio usucapido adquirido es inatacable por defectos del título, aunque después de dicho décimo año se consiga la nulidad de título material. En la usucapión *secundum tabulas*, la inscripción, unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria y los demás requisitos legales, convalida «a efectos de la prescripción adquisitiva» no solo los defectos de titularidad del tradens sino, lo que es más relevante, también los defectos del título material (que puede ser nulo o anulable).

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 30 de marzo de 1943 (TOL4.458.825)
- STS de 13 de octubre de 1952 (TOL4.453.330)
- STS de 12 de marzo de 1958 (TOL4.350.785)
- STS de 3 de febrero de 1961 (TOL4.336.743)
- STS de 11 de noviembre de 1969 (TOL4.288.339)
- STS de 13 de mayo de 1970 (TOL4.283.887)
- STS de 26 de noviembre de 1970 (TOL4.284.352)
- STS de 3 de octubre de 1974 (TOL4.253.377)
- STS de 28 de marzo de 1980 (TOL1.740.655)
- STS de 8 de mayo de 1982 (TOL1.739.428)
- STS de 18 de febrero de 1987 (TOL1.739.631)
- STS de 25 de febrero de 1991 (TOL1.728.252)
- STS de 27 de mayo de 1991 (TOL1.728.904)
- STS de 8 de mayo de 1992 (TOL1.660.370)
- STS de 23 de junio de 1998 (TOL14.794)
- STS de 26 de febrero de 1999 (TOL2.202)
- STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986)
- STS de 11 de noviembre de 2002 (TOL4.974.991)
- STS de 11 de abril de 2003 (TOL275.414)
- STS de 24 de abril de 2003 (TOL275.451)
- STS de 10 de febrero de 2004 (TOL345.073)
- STS de 5 de mayo de 2005 (TOL648.646)
- STS de 10 de febrero de 2006 (TOL839.259)
- STS de 23 de abril de 2012 (TOL2.540.591)

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid (21.^a) de 16 de octubre de 2001 (TOL2.670.425)
- SAP Madrid (10.^a) de 1 de marzo de 2003 (TOL484.565)
- SAP Burgos (2.^a) de 19 de mayo de 2009 (TOL1.590.020)
- SAP Burgos (2.^a) de 30 de junio de 2010 (TOL1.927.615)
- SAP Bizkaia (3.^a) de 8 de julio de 2010 (TOL2.004.667)
- SAP Burgos (2.^a) de 21 de noviembre de 2011 (TOL2.303.788)
- SAP Burgos (3.^a) de 27 de marzo de 2012 (TOL2.507.562)
- SAP Madrid (21.^a) de 5 de junio de 2012 (TOL2.597.773)
- SAP Madrid (12.^a) de 6 de junio de 2013 (TOL3.859.116)

- SAP Madrid (18.^a) de 29 de septiembre de 2014 (TOL4.579.502)
- SAP Madrid (18.^a) de 26 de octubre de 2015 (TOL5.610.802)
- SAP Almería (1.^a) de 31 de mayo de 2016 (TOL6.041.752)
- SAP Las Palmas (4.^a) de 20 de marzo de 2017 (TOL7.162.799)
- SAP Madrid (21.^a) de 23 de mayo de 2017 (TOL6.205.865)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS E.R. (1916). *De la usucapión*. Madrid: Ed. Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones científicas. Centro de Estudios históricos.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *La usucapión*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales.
- (1992). La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión. *ADC*, núm. 1. Vol. 45, 5-36.
- (1993-1). Comentario al artículo 1949 del Código civil. *Comentarios al Código civil. T. XXV - Vol. 1.º. Artículos 1930 a 1960 del Código civil* [En línea], Ed. Edersa, consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-255397>.
- (1993-2). Comentarios a los artículos 1952 a 1954. *Comentarios al Código civil T. XXV - Vol. 1.º.* [En línea], Ed. Edersa, consultado en <http://vlex.com/vid/articulos-1-255399>
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1986). *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Ed. Civitas.
- ARECHEDERRA ARANZADI L.I. (1993). *Propiedad y constitución de servidumbres*. Madrid: Ed. Dykinson SL.
- ARIAS BONET, J.A. (1964). Estipulaciones a favor de tercero en los Glosadores y en las Partidas. *AHDE*, 34, 235-248.
- AZPIAZU RUIZ, J. (1945). Más sobre el tema «la realidad y el Registro». *RCDI*, núm. 205, 426-435.
- BADOSA COLL, F. (1971). Voz «Justo título». Nueva Enciclopedia Jurídica. T. XIV. Barcelona: Ed. Francisco Seix, 660-712.
- BÉRGAMO LLABRÉS, A. (1946). La usucapión y el Registro de la Propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1945. *AAMN*, T. III, Madrid, 271-314.
- BONFANTE, P. (1893). *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore. Bullettino dell'istituto di diritto romano*. Roma: L. Pasqualucci Editore, 85-118.
- BONFANTE, P. (1944). *Instituciones del Derecho Romano*. Madrid: EDERSA.
- CALVO MEIJIDE, A. (2000). Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria. *Actualidad Civil*, n.º 4, semana del 24 al 30 de enero de 2000. Madrid: Ed. La Ley, 127-155.
- CANO TELLO, C.A. (1992). *Manual de Derecho hipotecario*. Madrid: Ed. Civitas.

- CAPILLA RONCERO, F. (1987). Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido» *ADC*, núm. 1, 3-88.
- CARRASCO PERERA, A.F. (1987). Posesión, buena fe. Interrupción de la posesión para la usucapión. Usucapión ordinaria. Justo título. *CCJC*, núm. 14, 4797-4808.
- CARVAJAL, PATRICIO-IGNACIO. (2011). La compraventa a un impúber sin autorización del tutor Un estado de la cuestión en torno a D. 41,4,2,15. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano] XXXIII*. [En línea]. Valparaíso, (Chile) pp. 145-171, consultado en <http://www.scielo.cl/pdf/rehj/n33/a04.pdf>
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1923) *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral* T III. Parte especial. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- CUENA CASAS. M. (2008). La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema. *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*. núm. 1.
- CHICO Y ORTIZ, J.M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. T. I. 4.^a edición Madrid: Marcial Pons.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. (1945). Comentarios a la ley de reforma hipotecaria. Supresiones, modificaciones e innovaciones que introduce en la legislación vigente. Madrid: Ed. M. Aguilar.
- DE PABLO CONTRERAS, P.V. (2000). Las relaciones entre prescripción y usucapión en Derecho navarro. *Revista jurídica de Navarra*, n.º 29, 9-50.
- DE PORCIOLES COLOMER, J.M. (1945). La prescripción y el Registro de la Propiedad. *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social. Conferencias del cursillo del año 1944*. Barcelona: Ed. Imp. Vda. de J Savater Bros - Colegio Notarial de Barcelona, 163-191.
- DE TAPIA, Eugenio (1837). *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*. T. 1.º. 3.^a ed. Valencia: Ed. Imprenta de don Ildefonso Mompie de Montagudo.
- DEL VISO, S. (1857). *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España. Parte segunda de Derecho civil. Tratado Segundo*. Valencia: Ed. Imprenta de El Valenciano, antes de D. Benito Monfort.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987). Ineficacia e invalidez de los contratos. En J.L. Lacruz Berdejo (dir.). *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. Segundo. Teoría General del contrato*. 2.^a Ed. Barcelona: Bosch, 343-425.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2005). *Las Nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Madrid: Ed. Dykinson.
- DÍAZ MORENO, A. (2012). La adquisición y transmisión de los derechos reales. En LOPEZ y LOPEZ A.M. et al. *Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 146-171.
- DÍEZ-PICAZO, Y PONCE DE LEÓN, L. (1978). Los efectos jurídicos de la gestión representativa. *ADC*, núm. 2, 489-507.
- (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III*. 5.^a ed. Cizur Menor: Ed. Aranzadi.
- D'ORS, A. (1968). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra.

- ESCRICHE, J. (1840). *Elementos del Derecho patrio*. 2.^a Edición. Madrid: Ed. Imprenta de don Ramón Verges.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2014). La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias. En M. J. MARÍN LÓPEZ *et al.* *La prescripción extintiva XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 473-494.
- ESPIN CANOVAS, D. (1968). Función del Justo título en la adquisición de derecho por usucapión. *Revista de Derecho Privado* T. LII. Madrid: EDERSA, 833-841.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B. (2005). Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales. Tesis Doctoral [En línea]. Madrid: U.A.M. consultado en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5041/32343_fernandez_gregoraci_beatriz.pdf
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1997): El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas. *RCDI*, núm. 642, 1711-1745.
- GARCÍA HERRERA, V.: La usucapión a favor de la herencia yacente. Tesis Doctoral [En línea]. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, consultada en http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/1052/1/TESIS_GARCIA_HERRERA.pdf
- GAVRILOVITCH VINOGRADOFF, PAUL. (1929). *Roman Law in Medieval Europe*. 3.^a edición, Oxford, pp. 11-42.
- GÓMEZ-ACEBO, F. (1952). La buena y la mala fe en el Código civil. Segunda Parte *R.D.P.* T. 36 (marzo), pp. 192 - 237.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2009). El Justo Título para usucapir. *RCDI*. n.º 711, pp. 492 a 498.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2000). Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión inter partes frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999). *ADC*, núm. 2, 703-721.
- (2002). Comentario a la STS de 28 de diciembre de 2001. *CCJC*, núm. 58, 429-437.
- GUILLERMO F. MARGADANT (1986). *La segunda vida del Derecho Romano*. México: Ed Miguel Ángel Porrúa.
- GUSTAVO HUGO (1850). *Historia del Derecho Romano*. Traducida del alemán según la setima [sic] edición por Jourdan D.M.P.; revisada por F. Foucelet; traducida al castellano por D. Manuel Casado Tello. Madrid: Ed: Establecimiento Tipográfico de D. R. R. de Rivera.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1871). *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. T. Tercero. Madrid: Ed. Imprenta de la Sra. V. e Hijas de D. Antonio Peñuelas.
- GUTIÉRREZ PEÑA, F. (2008). *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad (con apunte sobre acciones civiles)*. Madrid: Ed: F. Gutiérrez.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1980). La posesión. Madrid: Civitas.
- IGLESIAS SANTOS, J. (2010). *Derecho romano*. 18.^a ed. Barcelona: Sello editorial.
- JORDANO BAREA, J.B. (1951). Mandato para enajenar. *A.D.C.* 4, 1458-1498.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho civil*, T. III, Vol. 1.º. 3.^a ed. Madrid: Dykinson.

- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2009). *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LUNA SERRANO, A. (1991-1). Comentario al artículo 1953 del Código civil. En C. Paz Ares Rodríguez (dir.). *Comentario del Código civil, T. II*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 2129-2132.
- (1991-2). Comentario al artículo 1954 del Código civil. En C. Paz Ares Rodríguez (dir.). *Comentario del Código civil, T. II*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 2132-2135.
- MACÍA MORILLO, A. (2001). La usucapión *secundum tabulas*: El artículo 35 de la Ley Hipotecaria. *RCDI*, núm. 664, 461-557.
- MAFFI, ALBERTO (2007). «Adulescentes» e «meretrices» fra Plauto e la Giurisprudenza. *Diritto e Teatro in Grecia e a Roma*. [En línea], Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 219-231, disponible en <http://www.ledonline.it/ledonline/diritto-e-teatro/plauto-diritto-romano-maffi.pdf>
- MARTÍN LEÓN, A. (2013). Negocios fiduciarios y usucapión. *ADC*, núm. 3, 1163-1276.
- McGINN, Thomas A. J. (1998). *Prostitution, Sexuality and the Law in the Ancient Rome*. New York - Oxford: Ed Oxford University press.
- MORALES MORENO, A.M. (1968). *La posesión que conduce a la usucapión según el Código civil español*. Tesis Doctoral [En línea]. Madrid: U.C.M. consultado en <https://eprints.ucm.es/54409/1/5327077109.pdf>
- (1971). La inscripción y el justo título de la usucapión. *ADC*, núm. 4, 1123-1142.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a.L. (2012). *La usucapión*. Madrid: Marcial Pons.
- NUÑEZ LAGOS, R. (1950). *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá. Discurso leído el día 15 de junio de 1950*. Madrid: Ed. Imp. Viuda de Galo Sáez.
- (1951). Dos acciones y un solo artículo [art. 35 LH]. *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, II.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M. (1992). Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas. *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* núm. 3. Murcia: Instituto de Derecho Común. Universidad de Murcia, 135-164.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ MARTÍN, A. (1994). Mandato y representación en el derecho histórico. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia n.º 12*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 205-264.
- PUIG BRUTAU, J. (1996). *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. 3.^a edic. Barcelona: Bosch.
- ROCA I TRIAS, E. (1979). Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. *R.C.D.I.* núm. 530, pp. 9-72.
- ROCA SASTRE, R.M. [et al.] (2008). *Derecho hipotecario*. T. II, Vol. 2. 9.^a edic. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a. E (2000). *Disposición de bienes gananciales*. Pamplona: Aranzadi.
- SALA Y BAÑULS, J. (1820). *Ilustración del Derecho real de España*. T. I. [En línea]. Madrid: Consultado en <http://fama2.us.es/fde/ilustracionDelDerechoReal-DeEspaT1.pdf>

- SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2014). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. 3.^a Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Navarra: Aranzadi.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947) *Instituciones de Derecho hipotecario*, T.1. Madrid: Instituto editorial REUS.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1997). *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Madrid: Dykinson.
- (2000). ¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia del 17 de julio de 1999. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 1799-1805.
- (2001). Tipología del justo título en la usurpación: Crónica de una cuestión pendiente. *ADC*. Vol. 54, n.º 2, 547-680.
- (2002). *Lecciones sobre Posesión y usucapión con anexos jurisprudenciales*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ En el mismo sentido contiene dicha afirmación de que la usucapión sana el defecto material del título, aunque en ocasiones el supuesto enjuiciado se refiera a ventas de cosa ajena, entre otras SAP de Burgos (2.^a) de 19 de mayo de 2009 (TOL1.590.020); SAP de Burgos (2.^a) de 30 de junio de 2010 (TOL1.927.615); SAP Bizkaia (3.^a) de 8 de julio de 2010 (TOL2.004.667) SAP de Burgos (2.^a) de 21 de noviembre de 2011 (TOL2.303.788); SAP de Burgos (3.^a) de 27 de marzo de 2012 (TOL2.507.562); SAP de Las Palmas (4.^a) de 20 de marzo de 2017 (TOL7.162.799).

² Tanto la SAP Madrid (10.^a) de 13 de septiembre de 2018, (TOL6.933.212), como la SAP Valencia (6.^a) de 23 de diciembre de 2014 (TOL4791877) y la SAP Cádiz (2.^a) de 18 de noviembre de 2014 (TOL4.748.860) consideran que concurren los requisitos de la usucapión ordinaria a pesar de que, en los supuestos enjuiciados, no hay una adquisición *a non domino* sino *a domino* por lo que, en el fondo, dichas resoluciones estarían defendiendo una contradictoria (para la tesis mayoritaria) usucapión de cosa propia.

³ La usucapión extraordinaria no plantea problemas del ámbito legitimador porque, según doctrina prácticamente unánime, dicha modalidad de prescripción adquisitiva purga cualquier defecto del título y del modo. Así todo, no falta cierta jurisprudencia minoritaria que, erróneamente, ha negado la usucapión extraordinaria (que, recuérdese, no precisa de justo título ni que este sea válido) con relación a los títulos nulos con el argumento de que falta la posesión a título de dueño (por todos, con cita de doctrina y jurisprudencia, YZQUIERDO TOLSADA (2001): 596-598 y con cita de jurisprudencia PASQUAU LIANO (1997): 143). Dicha jurisprudencia minoritaria ha sido fuertemente criticada por PASQUAU LIANO (1997): 142-143 que la considera expresión de una criticable concepción bipartita de las nulidades y por DELGADO y PARRA (2005): 248-249 que consideran que dicha jurisprudencia equivale, en la práctica, a afirmar la imprescriptibilidad de la acción de restitución del contrato nulo (recordemos que la doctrina mayoritaria considera que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible pero que, por el contrario, la acción de restitución prescribe por el transcurso de plazo de 5 años en virtud del artículo 1964 del Código civil en redacción dada por Ley 42/2015, de 5 de octubre).

⁴ La doctrina y *jurisprudencia* mayoritaria suelen excluir del requisito de validez del título los títulos radicalmente nulos y los anulados, pero no los anulables. Se dice que

esto es así porque mientras no sea anulado el título anulable es válido, aunque con una eficacia claudicante. Pero la tesis de que el título anulable es válido ha sido criticada por DELGADO ECHEVERRÍA que sostiene que el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz «ya que en el terreno conceptual, en la medida en que el ordenamiento jurídico no le imputa más que un efecto provisional, no le imputa en absoluto el efecto designado como querido por las partes» (DELGADO ECHEVERRÍA, 1987: 357). Así considera este autor que el contrato anulable es originariamente inválido como resulta, por otro lado, del hecho de que el Código civil regule los contratos anulables bajo la rúbrica «De la nulidad de los contratos», que designe la anulabilidad como nulidad en varios artículos (v. gr. 1208, 1824; 33 LH.) y que la contraponga a la rescisión, esta sí propia, de los contratos «válidamente celebrados» (art. 1290) (DELGADO y PARRA, 2005: 54 y 56 *et passim*; DELGADO, 1987: 358; en el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, 2001: 617-623). En todo caso, lo más relevante de dicha teoría es que si el título anulable es originariamente inválido tampoco debería servir para llenar los requisitos del artículo 1953 del Código civil.

⁵ Así, señalan DELGADO y PARRA (2005): 246 que: «la usucapión no tiende a sanar las posibles deficiencias de nulidad (radical o anulabilidad) de que adolezca el título sino, en cualquier caso, la falta de propiedad de quien transmitió la posesión de la cosa en virtud del mismo. El problema se plantea cuando, además de carecer el transferente de la titularidad de la cosa, el título es nulo o anulable». En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA (1997): 114.

⁶ Emplean dicha expresión crítica entre otras STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995); STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986); STS de 11 de noviembre de 2002 (TOL4.974.991); STS de 10 de febrero de 2006 (TOL839.259), SAP Madrid (12.ª) 06 de junio de 2013 (TOL3.859.116). En el mismo sentido, STS de 25 de febrero de 1991 (TOL1.728.252); STS de 23 de junio de 1998 (TOL14.794), STS de 23 de abril de 2012 (TOL2.540.591).

⁷ Ya advierte ESPÍN CÁNOVAS (1968): 841 de la transcendencia de aceptar su teoría de que la usucapión convalida cualquier título anulable al decir: «Cabe objetar la inutilidad de esta función convalidante de la usucapión basada en títulos anulables, en nuestro Derecho, por resultar más breve el plazo de prescripción extintiva de la acción impugnatoria, ya que mientras esta prescribe a los cuatro años (art. 1.301), la usucapión con justo título y buena fe requiere el transcurso de diez años entre presentes, o veinte años entre ausentes (art. 1957). Pero el plazo cuatrienal para impugnar la nulidad de un negocio anulable puede empezar a computarse mucho después de la celebración del negocio (por ejemplo, el de los contratos celebrados por los menores o incapacitados, al cesar la tutela, según el artículo 1.301, apartado último), y mientras tanto puede haberse consumado la prescripción adquisitiva de las cosas transmitidas en virtud de dicho negocio».

⁸ Así, entre muchos otros, YZQUIERDO TOLSADA (1997): 113 y sigs.; CARRASCO PERERA (1987): 4802; DIEZ PICAZO (2008): 828; DE PABLO CONTRERAS (2000): 29 n. 82; GÓMEZ-ACEBO (1952): 207; GORDILLO CAÑAS (2002): MORALES MORENO (1971): 1129.

⁹ En nuestra doctrina en este sentido, entre muchos otros, ALAS, DE BUEN y RAMOS (1916): 238; ALBALADEJO GARCÍA (1993-2); CARRASCO PERERA (1987): 4802; CUENA CASAS (2008): *passim*; DÍEZ-PICAZO (2008): 828; GÓMEZ-ACEBO (1952): 207; 837; DELGADO y PARRA (2005): 246, 252; HERNÁNDEZ GIL (1980): 526, 527, 530; MORALES MORENO (1971): 1129; MORENO-TORRES HERREIRA (2012): 116; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2000): 280. En la jurisprudencia, entre otras, STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986); STS de 11 de abril de 2003 (TOL275.414).

¹⁰ Así, en la doctrina, se muestran a favor de que la usucapión corta purgue la falta del poder de disposición del tradens entre otros CUENA CASAS (2008): *passim* si bien

dicha autora considera que el poder de disposición del *tradens* forma parte (junto al acto material de entrega y el *animus transferendi et accipiendi dominii* acompañado de una *iusta causa*) de la *traditio* como modo de adquirir y no del título o contrato; DE PABLO CONTRERAS (2000): 29 n. 82; HERNÁNDEZ GIL (1980): 526-527; MORENO-TORRES HERRERA (2012): 116; SANCINENA ASURMENDI (2009): 107; YZQUIERDO TOLSADA (1997): 115 y 128. La jurisprudencia mayoritaria asimismo considera que la falta de poder de disposición en el transferente se subsana por la usucapión corta (así, entre otras, STS de 30 de marzo de 1943 (TOL4.458.825); STS de 3 de febrero de 1961 (TOL4.336.743); SAP Almería 31 de mayo de 2016 (TOL6.041.752)). En contra de incluir la falta de poder de disposición como un defecto purgable por la usucapión ordinaria DIEZ-PICAZO (2008): 828.

¹¹ La cita latina es de VOET y era propuesta por GARCÍA GOYENA como «*regla general y segura*» para identificar el justo título (GORDILLO, 2000: 708). Como señala HERNÁNDEZ GIL (1980): 526-527 y 529 en las adquisiciones *a domino* la usucapión no procede («no tiene nada que hacer», *ibíd.* p. 527) porque si no concurre ningún vicio la adquisición se produce por sí y si concurre un vicio la adquisición se produce o por confirmación o por caducidad de la acción de anulabilidad, pero no por usucapión.

¹² Expresa resumidamente la idea, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2014): 494 al señalar que: «La buena fe del poseedor usucapiente consiste, según el artículo 1950 CC, en creer «que la persona de quien recibió la cosa [...] podía transmitir su dominio». A las claras se aprecia que la norma sitúa la función de la usucapión ordinaria en el defecto de titularidad del transmitente, y por tanto no procede la usucapión breve en casos [...] en que no existe este problema».

¹³ Lo expresa HERNÁNDEZ GIL (1980): 526-527 al señalar que: «Para determinar el alcance de la validez del título y su posible invalidación hay que partir de un presupuesto: que el enajenante realice una disposición *a non domino* [...]. Si falta ese presupuesto, la usucapión no actúa. Y ello porque la buena fe del adquirente, según el artículo 1.950, de aplicación obligada en concurrencia con el artículo 433, tiene por base creer que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitirla; *luego si la creencia coincide con la realidad no hay margen para imputar un efecto a la buena fe; si el transmitente es dueño y podía transmitir, transmitió*; la buena fe nada tiene que hacer, ni tampoco la usucapión, salvo que, en contra de lo creído, la persona de quien se recibió la cosa no fuera dueño de ella ni pudiera transmitirla. De faltar ese presupuesto indispensable, la cosa se recibe del que es titular del derecho o está legitimado para transmitirla y la adquisición se produce: ya porque el título no adolecía de vicio alguno, ya en virtud de la confirmación o de la caducidad de la acción de anulabilidad [...]; pero la usucapión no tiene nada que hacer».

¹⁴ Se hace eco de dicha pregunta GÓMEZ ACEBO (1952): 206-207 quien señala que el título a pesar de ser válido puede ser ineficaz y el supuesto típico de título válido pero ineficaz es el de la disposición sin poder del derecho ajeno por lo que el campo de aplicación de la usucapión ordinaria será el del enajenante no dueño o no facultado para transmitir el dominio no sirviendo, a su juicio, la usucapión para sanar el título, sino que este, una vez sanado, sirve para que el adquirente pueda usucapir». También se hace eco de esa pregunta ALBALADEJO GARCÍA (1993-2): 327: «Así que la pregunta que se hacen algunos (así últimamente la Sentencia de 25 de febrero de 1991, con cita de otras) de que si se exigiese la plena validez del título ¿para qué sirve la usucapión? tiene la sencilla respuesta de que para con título plenamente válido usucapir las cosas que nos enajenó quien no era dueño».

¹⁵ En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA (2001): 626: «Es doctrina absolutamente unánime que el título anulable es justo título a efectos de usucapión, bien entendido [...] que lo que purgará la usucapión no es el vicio consistente en la causa que hace impugnabile el título, sino la falta de titularidad del transmitente, o de completo poder de disposición».

¹⁶ GORDILLO CAÑAS (2000): 715 y GORDILLO CAÑAS (2002): 434. En el mismo sentido señala YZQUIERDO TOLSADA (2000) que cuando se dice que los títulos anulables, rescindibles, revocables o resolubles son aptos para la usucapión: «*solo se quiere decir que si quien los pudiera anular, rescindir, revocar o resolver no lo hace, y la cosa enajenada, además, no pertenecía a quien la vendió, el comprador podrá ampararse en semejantes títulos no anulados, rescindidos, revocados ni resueltos para oponerlos como justos títulos frente a la reivindicación intentada por el verdadero dueño*».

¹⁷ Así, por ejemplo, señalaba la STS de 17 de julio de 1999 que los vicios o defectos de los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles quedan subsanados «por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil (Sentencia de 25 de febrero de 1991)». Sentencia comentada críticamente por YZQUIERDO TOLSADA (2000) y por GORDILLO CAÑAS (2000).

¹⁸ En parecido sentido señala YZQUIERDO TOLSADA (2000): «los títulos anulables, rescindibles, revocables o resolubles no dejan de serlo porque la usucapión los pueda purificar. Cuando se dice que esos títulos son aptos para la usucapión, solo se quiere decir que, si quien los pudiera anular, rescindir, revocar o resolver no lo hace, y la cosa enajenada, además, no pertenecía a quien la vendió, el comprador podrá ampararse en semejantes títulos no anulados, rescindidos, revocados ni resueltos para oponerlos como justos títulos frente a la reivindicación intentada por el verdadero dueño».

¹⁹ Como señala YZQUIERDO TOLSADA (1997): 116: «si falta la titularidad del transmitente o este carece de poder de disposición, falla la *traditio*» puesto que «el acto como tal, si viene otorgado con todos sus requisitos legales por quien no es dueño de la cosa, es en sí perfecto como título. La obligación de entrega nace en la venta de cosa ajena, porque el que la cosa sea ajena es circunstancia que en nada afecta al contrato en sí; el problema está en que el cometido final del negocio no viene a cumplirse, pero ello ocurre por un impedimento —la falta de titularidad del *tradens*— extraño por completo al contrato como generador de obligaciones» (ibid. p. 117). Así pues, es «la tradición incompleta o imperfecta lo que viene a ser subsanado mediante la prescripción adquisitiva ordinaria» (ibid. p. 117).

²⁰ En parecido sentido, GORDILLO CAÑAS (2000): 704 y 718-720; del mismo autor (2002): 434 y DE PABLO CONTRERAS (2000): 29 n. 82.

²¹ YZQUIERDO TOLSADA (1997) 115 y 128; en el mismo sentido del mismo autor (2002): 60. Supuestos de falta de poder de disposición o de legitimación frecuentes en la práctica son la transmisión realizada por el fiduciario en la sustitución fideicomisaria o en un negocio fiduciario; la transmisión realizada por un comunero de un bien común o la transmisión realizada por el representante sin representación suficiente. Cfr. sobre estos supuestos SANCINENA ASURMENDI (2009): 109-138 y, limitados al negocio fiduciario, MARTÍN LEÓN (2013): 1163-1276.

²² YZQUIERDO TOLSADA (1997): 116. y 117; del mismo autor (2000): 1799-1805.

²³ YZQUIERDO TOLSADA (1997): 114; del mismo autor, (2002): 64. Lo expresa igualmente en el artículo «¿Usucapión de cosa propia?» *ob. cit.*: «Pensemos en el típico caso de contrato anulable, y supongamos que un incapaz sale de su situación de incapacidad y, dentro del plazo de cuatro años desde que obtuvo o recuperó esa situación de normalidad (art. 1301.5) ejercita la acción impugnatoria. Jamás podrá el contratante alegar que lleva poseyendo diez años, por muy cierto que ello sea, para oponer una pretendida usucapión abreviada. Que el contrato anulable es justo título de cara a la usucapión resulta incontrovertible, pero para aplicarlo en otro orden de cosas. Mientras la acción de anulabilidad esté viva, va a poder ejercitarse entre los contratantes, y no es posible basar una usucapión corta sobre un contrato anulable y no anulado, pretendidamente consumada en tiempo inferior». Y añade más adelante: «Cosa muy distinta ocurre cuando el incapaz, además de serlo, ha dispuesto de una cosa que no era de su propiedad. Si nadie de los legitimados (el propio incapaz, cuando deje de serlo, o su representante

legal, mientras tanto) ejercita la acción de anulabilidad a tiempo y el verdadero dueño intenta la reivindicación de la cosa, ahora sí: un contrato impugnado y no impugnado por quien lo podía hacer sirve de título frente al intento de reivindicación».

²⁴ En todo caso, según este autor en la usucapión ordinaria habrá título válido pero ineficaz (*ob. cit.* p. 101) lo que parece una imprecisión terminológica porque como convincentemente ha demostrado CUENA CASAS (2008): *passim* el título de la usucapión no solo es válido sino también eficaz —porque la función de este es solo producir efectos obligatorios y los produce— siendo ineficaz no el título sino el modo.

²⁵ Esta teoría es una derivación necesaria de la tesis mayoritaria de que la usucapión corta no sana los defectos de capacidad ni los vicios de la voluntad del título ya que si esto es así la consecuencia lógica es que en la venta de cosa ajena por un demente la acción de anulabilidad derivada del título seguirá viva, aunque el bien se haya usucapido ordinariamente, durante el plazo de 4 años. Pero no olvidemos que dicho plazo cuatrienal se cuenta desde que recobre la razón (1301 CC) por lo que es perfectamente posible, en la tesis tradicional, que el *accipiens* gane el dominio por usucapión corta de 10 años y luego se anule el contrato de compraventa porque el loco recobre la razón 40 años después.

²⁶ Así afirma ALBALADEJO GARCÍA, con cita de numerosa doctrina mayoritaria, que «aunque haya pasado el plazo de usucapión, si todavía está viva la acción de impugnación... del título, cabe interponerla por quien esté legitimado para ello, y así invalidar el título y dejar sin él retroactivamente a la usucapión, es lo que corresponde; siendo errónea la idea de que, transcurrido el plazo prescriptivo, la usucapión se consolida y deja inoperantes las posibles acciones de impugnancia del título» (2005: 103). En el mismo sentido incide más adelante indicando que en el caso de usucapión con título anulable la misma está amenazada de que se invalide el título antes de usucapir o de que impugnándolo después, se destruya la usucapión retroactivamente (2005: 104) argumentando *a fortiori* que la interpretación restrictiva que exige la usucapión debe permitir que, invalidado el título por impugnación posterior al transcurso del plazo prescriptivo, caiga retroactivamente la usucapión ya consumada porque se restringe la usucapión si se la puede invalidar después de consumada.

²⁷ En efecto, afirma DIEZ-PICAZO (2008): 846-847 que no hay «ningún inconveniente para admitir que la usucapión ordinaria corrige también aquellos defectos del título adquisitivo determinantes de su impugnabilidad, mera anulabilidad o resolución».

²⁸ Así, señala ESPÍN CÁNOVAS (1968): 838 que la doctrina mayoritaria que limita la usucapión corta a las adquisiciones *a non domino* tiene «como principal apoyo la definición legal de la buena fe a efectos de la usucapión, (art. 1950), ya que la buena fe se funda ... en el error del poseedor sobre la titularidad del transferente (o de su legitimación o poder dispositivo). El título resulta envuelto en el requisito subjetivo o anímico del poseedor, pues, así como la posesión de buena fe tiene un alcance restringido a efectos de la usucapión, según la tesis examinada también el título (es decir, la subsanación de defectos del título por la usucapión) tendría un alcance igualmente limitado. Pero este camino para delimitar los requisitos del título y, por tanto, de la función subsanadora de la usucapión, no es aceptable. Bastaría considerar que en la estructura de la usucapión el título constituye un elemento autónomo (arts. 1940, 1957). Además, por virtud de la remisión que en tema de usucapión se hace a la buena fe posesoria en general (arts. 1951, en relación con el 433), siguiendo la misma fundamentación habría que concluir que por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título».

²⁹ CLEMENTE DE DIEGO (1923): 303, donde destaca que la usucapión, además de constituir título suficiente de propiedad, permite rechazar toda impugnación contra las adquisiciones del dominio en que ha mediado algún vicio de lo que resulta que la usucapión «tiene un carácter suplementario o complementario, puesto que subsana los defectos de los restantes modos». En virtud de la usucapión, en las adquisiciones viciosas por falta de aptitud en las personas o en las cosas o en el modo de adquirirlas, la posesión, o sea el mero ejercicio del derecho de dominio, alcanza legalmente la misma protección que el dominio (1923: 303).

³⁰ ARECHEDERRA ARANZADI (1993): 46, donde señala que la prescripción ordinaria es una técnica sanatoria y un medio de prueba de modo que «Pasados diez años, entre presentes, sea cual sea la razón que dañe el título, este deviene firme. Pero entendámonos, el título».

³¹ BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 277: No importa que el título sea injusto, irreal o inválido, porque a la prescripción le incumbe precisamente la misión de suplir tales defectos.

³² DE PORCIOLES COLOMER (1945): 166, donde afirma que la usucapión es: «imprescindible para convalidar inter-partes los vicios o defectos de adquisición y facilitar el acceso al Registro de las situaciones jurídicas surgidas de una mera situación de hecho. De ahí la doble repercusión que la prescripción tiene con respecto al Registro: convalidante inter-partes de situaciones inscritas, prescripción *secundum tabulas*, y rectificadora de situaciones registrales, prescripción *contra tabulas*», afirmando más adelante. «La prescripción ordinaria [...] ha cumplido desde tiempos inmemoriales dos fines: legalizar las adquisiciones *a non domino* y convalidar los defectos del título de adquisición. [...]. Sustituida la función de la usucapión ordinaria, en lo que se refiere a las adquisiciones *a non domino*, por el sistema de la fides publica [...] parece que la finalidad hipotecaria de la prescripción ordinaria ha quedado limitada a una convalidación del título[...]» (1945:184-185).

³³ En el mismo sentido, STS de 10 de febrero de 2004 (TOL345.073).

³⁴ Resume perfectamente dicha jurisprudencia la SAP Madrid (10.^ª) de 1 de marzo de 2003 (TOL484.565) al señalar: «Que el título sea válido no puede interpretarse en sus términos literales, ya que si el título es perfectamente válido y eficaz, y, a ello unimos la posesión, nos encontraríamos ante un propietario, por la teoría del título y el modo, que no precisa de la usucapión para adquirir esa cualidad, por lo que sobraría y sería innecesaria la institución de la prescripción adquisitiva (SSTS. Sala Primera, de 30 de noviembre de 1910; de 30 de marzo de 1943; de 28 de junio de 1976; de 7 de febrero de 1985, entre otras). La jurisprudencia entiende que los títulos radicalmente nulos o inexistentes están privados de la cualidad de títulos válidos a los efectos de la usucapión ordinaria (SSTS, Sala Primera, de 13 de mayo de 1963; 11 de diciembre de 1965; 25 de junio de 1966; 24 de mayo de 1977; 14 de marzo de 1983; 26 de enero de 1988; y 16 de abril de 1990; entre otras). Por el contrario, se considera título válido, a los efectos de la usucapión ordinaria, el título meramente anulable mientras no sea anulado, lo que solo puede hacerse a instancia del sujeto protegido (SSTS, Sala Primera, de 14 de abril de 1958; y 26 de enero de 1988, señaladamente)».

³⁵ En el mismo sentido, entre muchas otras, STS de 11 de abril de 2003 (TOL275.414) y la jurisprudencia allí citada.

³⁶ Así, entre otras, STS de 25 de febrero de 1991 (TOL1.728.252); STS de 23 de junio de 1998 (TOL14.794); STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995); STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986); STS de 11 de noviembre de 2002 (TOL4.974.991); STS de 23 de abril de 2012 (TOL2.540.591); STS de 10 de febrero de 2006 (TOL839.259), sentencia esta última que llega a afirmar que: «en el hipotético supuesto de que se admitiese un vicio invalidante en el título del aquí recurrente, tal vicio habría quedado sanado por la prescripción adquisitiva consumada por el transcurso de la posesión continuada, pública y pacífica durante diez años de las fincas en litigio, con justo título y buena fe [...]». Y en nuestra jurisprudencia menor, entre otras, SAP Madrid (12.^ª) de 6 de junio de 2013 (TOL3.859.116).

³⁷ Así, entre otras, STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995); STS de 10 de febrero de 2006 (TOL839.259). En nuestra jurisprudencia menor contienen usucapión en caso de adquisiciones *a domino*, entre otras, SAP Valencia (6.^ª) de 23 de diciembre de 2014 (TOL4791877). SAP Cádiz (2.^ª) de 18 de noviembre de 2014 (TOL4.748.860).

³⁸ Así señala GUSTAVO HUGO (1850): 86, que no debemos pensar que la usucapión se aplicara en derecho romano exclusivamente a las adquisiciones *a non domino*, sino

que también se usaba dicha figura, aunque se recibiera del mismo propietario la cosa prescrita, sobre la cual nada pretendía un tercero. La esencia de la usucapión como modo de adquirir era ser una posesión constaste, continuada durante cierto espacio de tiempo por lo que se daba la mayor extensión a esta categoría.

³⁹ Fundaba BRUNS su teoría de que el Derecho romano aceptó una concepción ética de la buena fe en que existían supuestos en que la buena fe no podía ser solo una creencia (no podía ser un mero elemento psicológico) por cuanto se admitía la usucapión en casos en los el comprador adquiere realmente del propietario o de una persona autorizada, agente, acreedor pignoraticio, tutor. Vide más ampliamente BONFANTE (1893): 91.

⁴⁰ D. 41.4.2.15 Paulo 54 ad. Ed.: «*Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione [...]*».

⁴¹ Cujacius, J., In lib. LIV. *Pauli ad edictum, recitationes solemnes, en Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora* (Prati, Off. Frate. Giachetti, 1838), V, col. 1196. cit. por CARVAJAL (2011): 152.

⁴² D 41.4.2.16 Paulo 54 ad. Ed.: «*Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio*».

⁴³ D 41.4.8. Iulianus 2 ex Minicio: «*Si quis, quum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est, quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturu pecuniam servos emit non usucapiet. -?*». Este era uno de los supuestos recogidos en el Digesto sobre el que BRUNS formuló su teoría de la buena fe ética romana porque se trataba, a su entender, de un supuesto en que la buena fe no podía ser solo una «*opinio dominii*» ni un mero elemento psicológico ya que el usucapiente adquiría realmente del propietario o de una persona autorizada, agente, acreedor pignoraticio, tutor. Vide más ampliamente BONFANTE (1893): 91.

⁴⁴ En el mismo sentido MCGINN (1998): 323-324.

⁴⁵ D 41.4.7 § 6: «*Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno afficeret, ignorante emtore, dubitari non oportet, quin emtor longo tempore capiat; nam et quum sciens quis alienum fundum vendidit ignorantem, non interpellatur longa possessio*».

⁴⁶ Gayo, 2, 47 (Item) «*mulieris quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent; id ita lege XII tabularum cautum erat*».

⁴⁷ Dicha finalidad se señala en GAYO, 2, 44: «Parece que esto (la usucapión) fue aceptado a fin de que no permaneciese mucho tiempo incierto el dominio de las cosas, bastante al dueño, para poder procurarse la suya, el espacio de un año o dos, plazo concedido al poseedor para la usucapión» [*«Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut bienni spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est»*].

⁴⁸ La expresión se debe a GAVRILOVITCH VINOGRADOFF (1929): 13 donde señala que la historia de la que va a hablar es en cierto sentido una historia de fantasmas. Trata de la segunda vida del derecho romano después de la muerte del cuerpo en el que primero vio la luz («*The story I am about to tell is, in a sense, a ghost story. It treats of a second life of Roman Law after the demise of the body in which it first saw the light*»), pero dicha expresión ha sido usada por numerosos autores después cfr. sobre este término GUILLERMO F. MARGADANT (1986): 23 y 24.

⁴⁹ P3.29.19: «Sabiendo, o creyendo ciertamente, el que enagenasse cosa que fuese rayz, que non auia derecho de lo fazer, estonce aquel que la recibiesse del, non la podría ganar por menor tiempo de treynta años fueras ende, si el señor de la cosa, que auia derecho en ella, supiesse que se enagenaua, e non la demandasse, del día que lo supiesse fasta

diez años, seyendo en la tierra, o fasta veynte años, seyendo en otra parte. Ca estonce ganarla y a por el vno destes dos tiempos, que son diez, o veynte años».

⁵⁰ Recordemos que en el ámbito de la prescripción, aunque literalmente nuestras Partidas reciben el principio de derecho romano justiniano de que la buena fe solo sería necesaria al apoderarse de la cosa de modo que «*mala fides superveniens non nocet*» (P3.29.12), no obstante, Gregorio LÓPEZ, al interpretar las Partidas, realizará una interpretación correctora restrictiva de dicho texto legal y considerará que, a pesar de que la literalidad de las Partidas, debían cumplirse las disposiciones canónicas que prohibían la usucapión con mala fe sobrevenida. Dicha opinión de G. LÓPEZ, en su glosa de P. 3.29.21 es expresión de la tesis que entendía, con las opiniones entre otros de Domingo Soto o de Vincentius Hispanus, que el canon 41 del Concilio de Letrán IV que impedía la prescripción sin buena fe «en el derecho civil ni en el derecho canónico» tenía eficacia derogatoria frente a normas civiles anteriores y efecto impeditivo, o primacia, respecto a normas posteriores (no olvidemos que las Partidas se redactan 50 años —aprox. 1265— más tarde que el Concilio Lateranense IV de 1215) (DE PABLO CONTRERAS (2000): 15 n. 16.). En todo caso, dicha opinión contraria a la prescripción de mala fe fue aceptada por la mayoría de la doctrina anterior al SXIX y, así, se muestran contrarios al usucapiente de mala fe entre otros: DE TAPIA (1837): 306; ESCRICHE (1840): 68 SALA Y BAÑULS (1820): 118 y 119; DEL VISO (1857): 554 y. 561 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1871): 86 y 88.

⁵¹ P3.29.11: «Ome que comprasse cosa mueble de huérfano, o de loco, o desmemoriado, o de aquel a quien fuesse dado Guardador sobre sus bienes, porque era desgastador, o el que lo ouiesse de alguno dellos por razón de donadío, o de cambio, o en otra manera semejante, entendiessse que aurie mala fe, en tenerlo, e porende non lo podria ganar por tiempo de los tres años». Como señala ORTUÑO SÁNCHEZ PEDREÑO (1992): 144: en este punto el código de Partidas se aparta del derecho romano que admite la buena fe en la compra de un bien a un furioso y señala que sí procede la usucapión (D.41.3.13. § 1: «*Eum, qui a furioso bona fide emit usucapere posse responsum est*»).

⁵² Respecto del loco y desmemoriado la P3.29.2 les impide perder un bien por usucapión, pero no se establece la misma cautela respecto del huérfano: «*Sano entendimiento auiedo qual ome quier, maguer sea huérfano, puede ganar por tiempo. Mas el loco o el desmemoriado, non puede començar a ganar, o perder ninguna cosa en esta manera, después que saliere de su memoria. Esto es, porque non han coraçon nin entendimiento para ganar, nin para perderla, maguer tuiuessen las cosas en su poder*».

⁵³ D 41.3.12 Paulus L XXI ad Ed.: «*Si ab eo emas, quem Praetor veluit alienare, idque tu scias, usucapere non potes*».

⁵⁴ Comentario a P3.29.11: «*Et intellige, quando emitur a pupillo, furioso, vel prodigo, res ipsius, quae est prohibita alienari. Si tamen esset res aliena, quae emeretur ab eis bona fide, tunc procederet usucapio*».

⁵⁵ D 41.3.13.1 Paulo Comentarios a Plaucio, libro V: «Se respondió, que el que de buena fe le compró a un furioso, podía usucapir» («*eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est*»).

⁵⁶ P3.29.11 in fine: «Otrosí dezimos, que el que comprasse alguna cosa del Personero de algún ome corrompiéndole maliciosamente por alguna cosa que le diesse, o le prometiesse a dar, porque le vendiesse aquella cosa por menos precio de lo que valía; si el señor de la cosa esto pudiere prouar, maguer el otro fuesse tenedor de la cosa por tres años, non la podria ganar por tiempo. Ca entiéndese de llano, que auia mala fe en tenerla; pues que maliciosamente corrompió al Personero».

⁵⁷ Dig. 45.1.38.17 Ulpianus 49 ad sab.: «*Alteri stipulari nemo potest...*»; Dig. 44.7.11 Paulus 12 ad sab.: «*... et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*».

⁵⁸ Sobre las razones por las que el derecho romano rechazaba la representación directa y los medios alternativos cfr. PÉREZ MARTÍN, 1994: 216-218 y sobre las excepciones al principio *alteri stipulari nemo potest* cfr. PÉREZ MARTÍN, 1994: 218-220.

⁵⁹ Sustenta PÉREZ MARTÍN la afirmación de que las Partidas heredan el principio romano «*alteri stipulari nemo potest*» entre otros en P5.11.7: «*Vn ome non puede rescebir promission de otro en nome de tercera persona, so cuyo poder non fuesse. E seria, como si dixesse el vno al otro: Prometesme, que des a fulan tal cosa; e el otro respondiesse, Prometo. Ca por tal prometimiento non fincaria obligado el que lo faze; nin la tercera persona, en cuyo nome fue fecha la promission, nol puede apremiar, nin deue*».

⁶⁰ Señala NÚÑEZ LAGOS (1950) que en las Partidas coexisten una construcción erudita (Partida Quinta) y otra popular (Partida Tercera) de la *stipulatio* ahora llamada «*promission*» (NÚÑEZ LAGOS, 1950: 47). En la construcción erudita de la *stipulatio* contenida en las Partidas (P5.11) se admite la representación directa en la representación legal (del huérfano, loco o desmemoriado, P5.11.8), pero no en la voluntaria en la que prevalecía el sistema prohibitivo romano si bien existía un mecanismo para adquirir cercano a la representación directa: la adquisición por siervo que producía sus efectos directa e inmediatamente sin necesidad de cesión de acciones en cabeza del señor (P5.11.7) (1950: 48-49 y 62). Por contra, en la construcción popular de la *stipulatio* contenida en las Partidas sí se admite la representación voluntaria directa en P3.18.97 —que dice literalmente: «*dándole, e otorgándoles podería para que entre en nombre de él*»— y en P3.18.61 —que referido a un poder *ad alienandum* dice expresamente— «*para prometer en nome de él*» y que «*en su nome se otrogó por pagado*» (1950: 55). El Ordenamiento de Alcalá que entró en vigor al mismo tiempo que las Partidas recogerán la construcción popular de la *stipulatio* de la Tercera Partida y no la erudita de la Quinta (1950: 62 y 63).

⁶¹ Cita CARVAJAL (2011): 149 dentro de los glosadores y postglosadores que sostienen la ajenidad de la cosa vendida por el pupilo, entre otros, a IRNERIUS o a BARTOLO DE SAXOFERRATO.

⁶² P 3. LXVIII: «*si algún ome rescibe de otro alguna cosa en buena fe, de aquellas que se non pueden mouer, assi como por compra o por donadio, o por cambio, o por manda, o por alguna otra razón derecha; que si fuere tenedor della diez años, seyendo en la tierra el señor della, o veynte, seyendo en otra parte, que la puede ganar por este tiempo; maguer aquel de quien la ouiesse reecebido, non fuesse verdadero señor [...]* E esto que dezimos en esta ley, ha lugar, quando aquel que enagena la cosa, e el otro que la recibe, han buena fe, cuidando que lo pueden fazer; e aquel a quien passo, es tenedor della en paz, de manera que non gela demandan en todo aquel tiempo que el la puede ganar».

⁶³ En sede de usucapión ordinaria de muebles es más evidente el supuesto puesto que el plazo de prescripción es de 3 años inferior al de cuatro años de caducidad de la acción personal.

⁶⁴ En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, (2000): 718-721; CARRASCO PERRERA (1987): 4802; DELGADO y PARRA (2005): 247; MORALES MORENO (1968) 170-171; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2009): 184-186 y 246; YZQUIERDO TOLSADA (2001): 610 y sigs.

⁶⁵ En el mismo sentido, PASQUAU LIAÑO (1997): 297-298 quien considera que el derecho real adquirido por usucapión debe prevalecer frente al derecho de crédito restitutorio porque la propiedad ganada por el usucapiente ya no es efecto del contrato sino de la usucapión.

⁶⁶ Similar argumento, pero referido a los bienes muebles, en PASQUAU LIAÑO (1997): 198 n. 84.

⁶⁷ Así, señala este autor que la doctrina mayoritaria que limita la usucapión corta a las adquisiciones a non domino tiene «*como principal apoyo la definición legal de la buena fe a efectos de la usucapión, (art. 1950), ya que la buena fe se funda ...en el error del poseedor sobre la titularidad del transferente (o de su legitimación o poder dispositivo). El título resulta envuelto en el requisito subjetivo o anímico del poseedor, pues, así como la posesión de buena fe tiene un alcance restringido a efectos de la usucapión. Según la tesis examinada también el título (es decir, la subsanación de defectos del título por la usucapión) tendría un alcance igualmente limitado. Pero este camino para delimitar los requisitos del*

título y, por tanto, de la función subsanadora de la usucapión, no es aceptable. Bastaría considerar que en la estructura de la usucapión el título constituye un elemento autónomo (arts. 1940, 1957). Además, por virtud de la remisión que en tema de usucapión se hace a la buena fe posesoria en general (arts. 1951, en relación con el 433), siguiendo la misma fundamentación habría que concluir que por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título» (1968: 838).

⁶⁸ Así, p.e. SAP Madrid (21.^a) de 16 de octubre de 2001 (TOL2.670.425); SAP Madrid (21.^a) de 5 de junio de 2012 (TOL2.597.773); SAP Madrid (18.^a) de 29 de septiembre de 2014 (TOL4.579.502); SAP Madrid (18.^a) de 26 de octubre de 2015 (TOL5.610.802); SAP Madrid (21.^a) de 23 de mayo de 2017 (TOL6.205.865).

⁶⁹ Por otro lado, a favor de que el requisito de que la buena fe no excluye las *adquisiciones a domino* cabría invocar, *a fortiori*, un argumento histórico y otro basado en la reciente jurisprudencia del TS. En cuanto a aquel argumento histórico porque, como se decía en D 41.4.8, ¿cómo se considera que compró de mala fe el que le compró al dueño?». Y en cuanto a nuestra jurisprudencia porque, por ejemplo, la STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995) aprecia, en un caso de adquisición *a domino*, la usucapión por el demandado al indicar que: «por lo que respecta al concepto positivo de la buena fe que proclama el artículo 1950 del Código civil («creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio»), no hay duda alguna de que la buena fe así entendida concurre en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes) pues siempre estuvieron en dicha creencia con respecto al que les vendió la finca litigiosa».

⁷⁰ Metáfora, porque, como señala DE PORCIOLES (1945): 180, «la prescripción instantánea... no es, a nuestro entender más que una simple consecuencia de la fides publica del Registro».

⁷¹ En contra de nuestra opinión y entendiendo que el artículo 35 no contiene una excepción al Código civil vide MACÍA MORILLO (2001): 465-472, 490 y 531-532.

⁷² Esta presunción de que la inscripción es el justo título no admite prueba en contrario o lo que es lo mismo, como diría ALBALADEJO (1992): 29, se trata de una presunción que no admite en contra otra prueba que no sea la cancelación del asiento.

⁷³ Así, entre otras, STS de 13 de mayo de 1970 (TOL4.283.887); STS de 3 de octubre de 1974 (TOL4.253.377) STS de 8 de mayo de 1982 (TOL1.739.428) y en nuestra doctrina MACÍA MORILLO (2001): 493-494. La idea que subyace a dicha tesis es, dice la STS de 28 de marzo de 1980 (TOL1.740.655), que «la usucapión es una figura esencialmente civil, que se desenvuelve extrarregistralmente, de manera que el Derecho hipotecario únicamente se preocupa seriamente de ella en los sentidos de proteger a los terceros hipotecarios».

⁷⁴ STS de 18 de febrero de 1987 (TOL1.739.631): «no ha de olvidarse que la *ratio* o motivación finalista del artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapión ordinaria».

⁷⁵ En el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA (1992): 34 y 35; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2009): 496.

⁷⁶ En el mismo sentido DE PORCIOLES COLOMER (1945): 176.

⁷⁷ Señalaba ALBALADEJO (1992): 5-6, que no existe realmente jurisprudencia sobre el caso porque, salvo en una ocasión, siempre que se ha invocado el artículo 35 LH ante el TS este Tribunal no optó, como *ratio decidendi*, por ninguna de las dos tesis inclinándose, obiter dicta, en algunas sentencias a favor de la tesis de ser título la inscripción, y en otros a favor de ser presunción de título. «Dualidad de posiciones que deja el tema abierto a la discusión». Y termina diciendo que a la vista de las sentencias del TS cabe concluir que dicho Tribunal «está algo desnortado sobre cuál es el espíritu del «será justo título la inscripción» del artículo 35 LH, y por ello, no ha consolidado una jurisprudencia al respecto, sino que, como hemos visto, da bandazos, algunos casi de zozobrar» (1992: 16). Comparte esta última apreciación YZQUIERDO TOLSADA

(2001): 610. Sin embargo, como veremos, la reciente jurisprudencia del TS parece decantarse por la tesis de la presunción.

⁷⁸ En la jurisprudencia defienden esta teoría la STS de 11 de noviembre de 1969 (TOL4.288.339) si bien *obiter dicta*; STS de 26 de noviembre de 1970 (TOL4.284.352); STS de 27 de mayo de 1991 (TOL1.728.904); STS de 26 de febrero de 1999 (TOL2.202). En la doctrina han mantenido esta tesis ALBALADEJO GARCÍA (1992): 29 y sigs. si bien con importantes matizaciones en cuanto a los efectos de la usucapión consumada que permitirían considerarle un partidario de la tesis de equivalencia por sus principios y de la tesis de la presunción por sus resultados; AZPIAZU RUIZ (1945): 427; BADOSA COLL (1971): 698-699; CAÑO TELLO (1992): 325; DE LA RICA Y ARENAL (1945): 99; De PORCIOLES y COLOMER, (1945): 189; GARCÍA GARCÍA (1997): 1715; GUTIÉRREZ PEÑA (2008): 176; ROCA SASTRE (2008): 429; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2009): 497; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2014): 164; YZQUIERDO TOLSADA (2001): 608-609. Por su parte, Díez-Picazo (2008): 846-847 acepta, en teoría, la tesis de la equivalencia, pero los efectos de la teoría de la presunción al decir que: «la inscripción no es mera presunción *iuris tantum* de justo título, sino que lo sustituye» lo que «facilita la exigencia de los artículos 1940 y 1952 del Código civil que el justo título exista —y la exigencia del artículo 1954— que el justo título quede probado». Pero ello no significa, sigue diciendo, que quede suprimida la exigencia del artículo 1953 de que el título sea verdadero y válido, por lo que «cuando la inscripción registral es nula por haber sido nulo y falso el documento que le dio origen, puede haber un título justo para la usucapión, pero no hay nunca un título verdadero y válido» y concluye afirmando que la usucapión ordinaria en ningún caso corrige un defecto de inexistencia o de nulidad radical del título adquisitivo. Comparte esta opinión MARTÍN LEÓN (2013): 1197 y PUIG BRUTAU (1996): 26 y 27. Una síntesis sobre los autores que han mantenido la teoría de la equiparación en ALBALADEJO GARCÍA (1992): 17-21; CHICO Y ORTIZ (2000): 289-290; MACÍA MORILLO (2001): 506-515.

⁷⁹ La *mens legislatoris* del artículo 35 LH era que la inscripción supliera al justo título en la usucapión ordinaria a favor del titular inscrito, pues de haber querido que se entendiera como una presunción *iuris tantum*, lo habría dicho expresamente como lo hizo, en el mismo artículo, con relación a la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe (GARCÍA HERRERA, 2006: 246). Revelador de dicha *mens legislatoris* es que PORCIOLES COLOMER, Director General de los Registros y del Notariado entre 1943 y 1946 y miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley que sirvió de antecedente a la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre la reforma de la LH, afirmara en 1944 que el artículo 35 concede a la inscripción el carácter de justo título (1945, 189), y añade que dicha usucapión *secundum tabulas*, a la que él denomina «tabular», tendrá plenos efectos convalidantes inter-partes con relación a los vicios o defectos de adquisición (1945: 166 y 178). Sobre la *mens legislatoris* cfr. ALBALADEJO GARCÍA (1992) 28. Matizadamente sobre dicha *mens legislatoris* MACÍA MORILLO (2001): 511-512.

⁸⁰ La misma idea la expresa ALBALADEJO GARCÍA (1992): 33 y GARCÍA GARCÍA (1997): 1715 y 1718.

⁸¹ Aceptan la posibilidad de aplicar la usucapión del artículo 35 LH a supuestos de títulos materiales nulos, entre otros: BADOSA COLL (1971): 698-699; BERGAMO LLABRÉS (1946): 277 y 282; NÚÑEZ LAGOS (1951): 19; DE PORCIOLES COLOMER (1945): 166, 176, 178 y 184 *et passim*; ROCA SASTRE (2008): 429; GARCÍA GARCÍA (1997): 1711, 1718-1720; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2009): 497-498. No obstante, como se ha visto, hay diversos autores que aun aceptando la teoría de la equivalencia no aceptan la consecuencia que lógicamente se deriva de ella: que la usucapión *secundum tabulas* pueda convalidar títulos nulos (así ALBALADEJO, 1992: *passim*; Díez-Picazo, 2008: 846-847).

⁸² En todo caso, es unánime la jurisprudencia y doctrina en el sentido de exigir la posesión extrarregistral porque la usucapión meramente tabular, basada «exclusivamente»

en el Registro y sus asientos, sin tener en cuenta el hecho posesorio, no se admite en Derecho español. En este sentido, STS de 11 de noviembre de 1969 (TOL4.288.339); STS de 3 de octubre de 1974 (TOL4.253.377); STS de 28 de marzo de 1980 (TOL1.740.655); STS de 8 de mayo de 1992 (TOL1.660.370); STS de 26 de febrero de 1999 (TOL2.202). Y en nuestra doctrina, entre otros, ALBALADEJO (1992): 7; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1986): 141; CHICO (2000): 288; DE PORCIOLES (1945): 174 y 182; DÍEZ-PICAZO (2008): 844-845; GARCÍA GARCÍA (1997): 1713; GARCÍA HERRERA (2006): 256; LACRUZ *et al.* (2008): 177; MACÍA MORILLO (2001): 481-482; MARTÍN LEÓN (2013): 1189; ROCA I TRIAS (1979): 40; SANCINENA (2009): 256; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2014): 164.

⁸³ Obviamente, en la mayoría de las ocasiones en que exista título nulo las irregularidades del título serán conocidas del titular registral impidiendo la existencia de buena fe (que, esta sí, es una presunción *iuris tantum*) y, por tanto, impidiendo (tanto se acepte la teoría de la equivalencia como de la presunción) la usucapión ordinaria pero —como dice MORALES MORENO (1971): 1126— esto «no impide que existan supuestos en los que la nulidad del título coexista con la ignorancia por parte del sujeto de la causa de invalidez» citando, como ejemplo, el supuesto de la STS de 13 de mayo de 1970 (relativo a un caso de venta de fincas de un Ayuntamiento, sin haberse cumplido los requisitos legales de la enajenación). Es en supuestos como estos —donde hay nulidad del título y buena fe— donde las respuestas de la teoría de la equivalencia y de la presunción divergirán porque los primeros afirmarán que la usucapión consumada no será atacable; los segundos no. Vide más ampliamente MORALES MORENO (1971): 1135, donde recoge diversos supuestos de título nulo y buena fe.

⁸⁴ MARTÍN LEÓN (2013): 1191. Vide más ampliamente GARCÍA GARCÍA (1997): 1738-1742 sobre las consecuencias de la teoría de que la inscripción equivale a justo título.

⁸⁵ En la jurisprudencia defienden esta teoría STS de 5 de abril de 1961 (TOL4.337.392) si bien *obiter dicta*; STS de 22 de junio de 1972 (TOL4.262.158); STS de 8 de mayo de 1982 (TOL1.739.428, sentencia criticada por ALBALADEJO (1992): 14 y 15 que la considera «una de las sentencias más errónea en el tema»); STS de 18 de junio de 1992 (TOL1.659.960); STS de 11 de julio de 2012 (TOL2.666.315); STS de 11 de diciembre de 2012 (TOL3.782.035); STS de 15 de enero de 2013 (TOL3.525.792). En la doctrina defienden esta teoría, entre otros, BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 283; CALVO MEIJIDE (2000): 138 y 140; DÍAZ MORENO (2012): 165; LACRUZ BERDEJO (2008): 177; LUNA SERRANO (1991-2): 2134; MORALES MORENO (1971): 1140 y 1141; SACINENA ASURMENDI, (2009): 266; SANZ FERNÁNDEZ (1947): 532-533. En cuanto a MACÍA MORILLO (2001): 526-529 la adscribe, aunque con dudas, a esta tesis (si bien, quizá, pudiera adscribirse mejor a una tesis intermedia) principalmente por las consecuencias a las que llega sobre usucapión consumada con título nulo que, como los partidarios de la teoría de la presunción, tajantemente rechaza ya que niega que la usucapión ordinaria secundum tabulas pueda sanar defectos del título. En todo caso, dicha autora matiza —p. 527— que «el beneficio que recoge el artículo 35 no consiste en una presunción [...], sino que se trata de una verdadera inversión de la carga de la prueba. A efectos de prueba, por tanto, la inscripción será justo título, como dice el propio artículo 35 LH. Por tanto, es cierto que se equiparan el título y la inscripción, pero solo en el plano de la prueba, no de la validez (a diferencia de lo que sostenía la primera de las teorías examinadas la de la equiparación)» añadiendo que: «la inscripción es justo título, en el sentido de que lo prueba» (2001: 528). Una síntesis sobre los autores que han mantenido esta teoría en ALBALADEJO (1992): 21-28; CHICO (2000): 290-291 y en MACÍA MORILLO (2001): 515-520.

⁸⁶ MACÍA MORILLO (2001): 532-533. Señala dicha autora cuatro supuestos de adquisiciones *a non domino* que no reúnen los requisitos del artículo 34 y en los que sí sería aplicable el artículo 35 LH: cuando la situación del titular registral sea la de tercero no protegido por la fe pública registral; cuando se trate de una adquisición a título

gratuito; cuando el titular registral sea un inmatriculante y cuando se adquiera de quien en el momento de la transmisión no tenía inscrito su derecho (2001: 504-505).

⁸⁷ Usucapión «consumada» para la teoría de la equiparación porque para la de la presunción al faltar el justo título nunca se consumaría la usucapión ordinaria sin perjuicio de que quepa la extraordinaria.

⁸⁸ Así, entre otros, NÚÑEZ LAGOS (1951): 17 y 18; GARCÍA GARCÍA (1997): 1741; ROCA SASTRE (2008): 430-431; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2014): 164.

⁸⁹ Se habla de «décimo año» a efectos simplificativos porque es el plazo de la usucapión ordinaria entre presentes, pero, obviamente, si se diera entre ausentes el plazo sería de 20 años (art. 1957 CC).

⁹⁰ No obstante, ya advertimos que, en posiciones intermedias, hay autores como ALBALADEJO GARCÍA (1992): 27-32 que parten de la teoría de la equiparación y, sin embargo, resuelven el tema de la usucapión ganada con la solución que aquí adscribimos a la teoría de la presunción. Igual punto de partida —teoría de la equiparación— e igual desenlace —el que corresponde a la teoría de la presunción— parece alcanzar YZQUIERDO TOLSADA (2001): 606-609.

⁹¹ Como diría la STS de 13 de octubre de 1952 (TOL4.453.330) no cabe desconocer «la prioridad de la interpretación gramatical cuando el sentido de las leyes no ofreciera duda de ninguna especie acerca del propósito del legislador».

⁹² Vide más ampliamente sobre este aspecto GARCÍA GARCÍA (1997): 1716 y 1720.

⁹³ ALBALADEJO GARCÍA prefiere decir, para evitar lo que él cree un posible choque con el artículo 33 LH, que «*aún continuando el acto sin convalidar, se le daría valor de título, no a tal acto, sino a la inscripción*». Pero entendemos que, en el fondo, subyace la misma idea.

⁹⁴ En todo caso, debemos señalar que no necesariamente el título nulo se refiere siempre a un supuesto de mayor gravedad que el anulable. Así, parece de mayor gravedad un consentimiento arrancado con violencia (que da lugar a anulabilidad) que un negocio con incumplimiento del requisito de autorización judicial del artículo 166 del Código civil (que según un sector doctrinal importante da lugar a nulidad radical) Vide más ampliamente sobre el tema CAPILLA RONCERO (1987): 27 n. 72 y la bibliografía allí citada.

⁹⁵ Expresión de la no aceptación de los efectos de la tesis de la equiparación puede verse en MORALES (1971): 1129: «Tal equiparación abre la posibilidad de que [...] pueda producirse la usucapión ordinaria sin necesidad de justo título, o, lo que también es grave, de que el derecho cuya adquisición ella determina venga configurado por la inscripción en forma diferente a la prevista en el título material válido, por divergencias entre el acto inscrito y la inscripción, consecuencias ambas que resultan particularmente chocantes [...]».

*(Trabajo recibido el 9-12-2019 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los pilares de un préstamo
responsable en la Ley Reguladora de
los Contratos de Crédito Inmobiliario
(Ley 5/2019, 15 de marzo):
la transparencia del prestamista
y la evaluación de la solvencia
del prestatario

*The pillars of a responsible loan in the
Law Regulating Real Estate Credit
Contracts (Law 5/2019, March 15):
lender transparency and assessment
of borrower solvency*

Por

M.^a MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES
Profesora titular de Derecho civil

RESUMEN: Para que la situación vivida en nuestro país en los últimos años, tras la concesión de créditos inmobiliarios de forma irresponsable, no se vuelva a repetir, es necesario, por un lado, aumentar la información facilitada al cliente para que pueda evaluar si el producto bancario se

ajusta a sus intereses y, por otro, concretar los deberes de las entidades de crédito a la hora de evaluar la concesión de un crédito analizando, entre otros datos, la solvencia del prestatario. Estos han sido los dos objetivos principales de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

ABSTRACT: So that the situation experienced in our country in recent years after the granting of real estate credits in an irresponsible way will not be repeated, it is necessary, on the one hand, to increase the information provided to the customer so that it can assess whether the banking product conforms to its interests and, on the other, to specify the duties of credit institutions when assessing the granting of a credit by analysing, among other data, the creditworthiness of the borrower. These have been the two main objectives of Law 5/2019, March 15, Regulatory of Real Estate Credit Contracts.

PALABRAS CLAVE: Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Préstamo responsable. Información transparente. Verificación de la solvencia del prestatario.

KEY WORDS: Law regulatory of Real Estate Credit Contracts. Responsible loan. Transparent information. Solvency check.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—III. LA TRANSPARENCIA DEL PRESTAMISTA.—IV. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pedir un préstamo siempre ha sido, y seguirá siendo, para una gran parte de la población española, la única alternativa posible a la hora de acceder a una vivienda en propiedad. El elevado importe que representa el precio de una vivienda en nuestros días obliga, a una gran mayoría, a acudir a recursos de financiación externa, fundamentalmente a través de los denominados créditos inmobiliarios, muchos de ellos garantizados mediante un derecho real de hipoteca —créditos hipotecarios— que el prestatario conseguirá devolver, si todo va bien, unos 20 o 30 años después de su constitución.

España ha sido tradicionalmente uno de los países del mundo con un mayor porcentaje de vivienda en propiedad y, si bien es cierto que en los últimos años dicho porcentaje se ha visto reducido, sigue siendo mayor que el de los países de nuestro entorno. En 2008 la crisis financiera, avivada especialmente por la concesión de préstamos inmobiliarios irresponsables, determinó la quiebra del sistema financiero español y tuvo graves consecuencias sociales y económicas para muchas familias que no pudieron hacer frente a sus préstamos, provocando con ello el aumento de los impagos y de las consiguientes ejecuciones hipotecarias junto con una total pérdida de confianza de los ciudadanos en el sector financiero.

Ante los problemas que la crisis financiera había puesto de manifiesto y con el fin de garantizar un mercado interno eficiente y competitivo, se aprobó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹. Se trata de establecer un marco jurídico que garantice un mercado interno más transparente, y que proporcione un nivel elevado de protección a los consumidores que celebren este tipo de contratos.

Fueron muchos los que consideraron esta Directiva un instrumento adecuado para contener medidas necesarias para mitigar los problemas económicos y sociales que la burbuja inmobiliaria había ocasionado en algunos países, entre ellos, España. Nuestro ordenamiento jurídico ya había reaccionado parcialmente con diversas normas para intentar paliar los graves problemas causados por el «desenfreno inversor inmobiliario»² pero con la Directiva se esperaban soluciones que impusieran a los Estados miembros un camino a seguir en las regulaciones nacionales para que tales situaciones no volvieran a repetirse. La realidad, sin embargo, fue otra. La Directiva se quedó en «recomendaciones a los Estados» dejando a estos la concreción de las líneas indicadas y el establecimiento de sus propias reglas con la consiguiente decepción, al no conseguir normativizar con decisión las consecuencias de la concesión de créditos irresponsables.

II. LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Con un retraso considerable, dadas las incidencias acaecidas en el ámbito parlamentario, la trasposición de la citada Directiva se ha hecho efectiva en España mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI)³.

Esta ley regula tres aspectos diferenciados: en primer lugar, contiene normas de transparencia y de conducta que deben cumplir los prestamistas

e intermediarios del crédito —y sus representantes— relativas a la protección del prestatario y relacionadas con la publicidad, comercialización e información previa de los préstamos inmobiliarios estableciendo la información básica que debe figurar en la publicidad de los mismos así como la que debe proporcionar al prestatario antes, durante y después de la celebración del contrato, además de la correspondiente obligación de la evaluación de la solvencia; en segundo lugar, regula los aspectos relacionados con el propio contrato de préstamo o crédito inmobiliario tales como su forma, contenido, supuestos de vencimiento o reembolso anticipado, así como el régimen jurídico de los intermediarios y prestamistas de crédito inmobiliario y, en tercer lugar, establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en esta norma⁴.

Durante la tramitación de la Ley, se produjeron cambios sustantivos respecto al grado de retroactividad de la norma. El Proyecto de Ley defendía la retroactividad de grado máximo, idea que, de haberse mantenido así en la redacción definitiva, habría supuesto una verdadera conmoción en el mercado financiero y jurídico. Finalmente, gracias a una enmienda transaccional presentada en el Congreso de los Diputados, se acordó, en la disposición transitoria primera, que esta ley no se aplicara a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad⁵, si bien añadía, como excepciones a esa irretroactividad, que sí se aplicara de forma imperativa⁶ a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor, en lo relativo a las cláusulas de comisiones por cancelación anticipada y causas de vencimiento anticipado por impago de cuotas, así como en los supuestos de novación o subrogación posterior⁷.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación hemos de señalar que la LCCI no es una ley general sobre los préstamos hipotecarios, sino que tiene por objeto una modalidad específica de préstamo o crédito identificada como contrato de crédito inmobiliario. Para comprobar si una operación puede ser calificada como tal es necesario que concurren determinados elementos tanto de carácter subjetivo como objetivo. En cuanto a los elementos subjetivos, señalar, por un lado, que el prestamista ha de ser una persona física o jurídica que realice con carácter profesional la actividad de concesión de este tipo de créditos⁸ y, por otro, que al menos uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física⁹. Una vez cumplidos estos requisitos subjetivos, dos son los supuestos en los que podremos clasificar el préstamo como contrato de crédito inmobiliario: en primer lugar, los constituidos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, y, en segundo lugar, aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 2.1 LCCI).

Muchas son las novedades que introduce esta norma respecto al tradicional sistema crediticio español. Todas ellas tienen un objetivo común: reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitar, en última instancia, la ejecución de este tipo de préstamos en vía judicial con la consiguiente pérdida de la vivienda.

Analicemos brevemente en qué consisten estas novedades¹⁰:

1. En cuanto al grado de protección, mientras que la Directiva europea se refería a los créditos celebrados con consumidores garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial —entendiendo por consumidores las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial— la LCCI extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores (trabajadores autónomos, por ejemplo).

2. Respecto a las obligaciones de los empleados de banca:

— Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros:

a. La situación de empleo o los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo.

b. Los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos.

c. El nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

— Se prohíbe que los empleados de banca tengan vinculada su remuneración al volumen de créditos aprobados para evitar así incentivos que estimulen una concesión irresponsable de los mismos, tal y como establece el artículo 18 LCCI al señalar *«que la remuneración no dependerá de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas»*.

— Se les exige unos conocimientos y competencias sobre el producto ofertado que se concretan en la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la LCCI¹¹. En su artículo 32 se establece que «El personal señalado en los artículos 16.1 y 16.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, incluidas las personas físicas registradas como prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados, deberán reunir y mantener en todo momento los conocimientos y competencias necesarios y actualizados

de conformidad con lo previsto en esta sección, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica que le una con el prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado». El artículo 32 bis concreta en qué materias deben tener esos conocimientos¹².

— En los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera informarán al prestatario de su derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la LCCI. Si se incumple con cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en ese artículo se determinará, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y se permitirá al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.

3. Se refuerza el principio de transparencia en su vertiente material. Con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar, el banco tendrá la obligación de facilitar al consumidor toda la información sobre la hipoteca al menos 10 días naturales antes de la firma del contrato. Eso incluye (art. 14 LCCI):

- a. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tiene carácter de oferta vinculante
- b. La Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que deben figurar las cláusulas del préstamo, sus posibles riesgos y efectos.
- c. Un documento con simulaciones de cuotas y su variación a lo largo de los años.
- d. Una copia del proyecto del contrato que deberá desglosar todos los costes que implique la firma final.
- e. Una guía clara sobre los gastos que corresponden al banco y al cliente.
- f. Las condiciones de los seguros de daños sobre el inmueble o en garantía del cumplimiento que en su caso se exijan por el prestamista para la concesión del préstamo.
- g. La advertencia del prestamista de que el prestatario ha de recibir asesoramiento personalizado gratuito del notario antes de la firma del contrato.

4. Necesidad de inscripción de los formularios en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La ley impone a los prestamistas la obligación de inscribir «las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos

de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación» en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, así como la de tenerlas disponibles en su página web, y, si no disponen de ella, en sus establecimientos abiertos al público¹³.

5. Respecto a los productos vinculados, la ley prohíbe que el banco obligue al cliente a contratar otros productos (seguros en su mayoría) para acceder a sus hipotecas, pero no está prohibido que la entidad bancaria ofrezca rebajas en el tipo de interés, por ejemplo, a cambio de que se contraten. Existen dos excepciones:

a. Las entidades sí podrán exigir que se contrate seguro del hogar y/o de vida o de protección de pagos, pero el cliente podrá contratarlos con la empresa que quiera sin que ello condicione el interés del préstamo.

b. Se podrá vincular la hipoteca a productos que se demuestre que benefician al cliente, siendo el Banco de España quien los califique como tal.

6. En materia de gastos, el artículo 14.1e) LCCI dispone que los costes de aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponden al prestamista (las copias las asumirá quien las solicite) mientras que los gastos de tasación correrán a cuenta del prestatario. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados «se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable», es decir, el prestamista, si se trata de escritura de préstamo con garantía hipotecaria¹⁴, ahora bien, cuestión distinta es quién soportará la carga efectiva de los mismos, que, como todos imaginamos, será, en última instancia, el prestatario.

7. Se fijan límites a los distintos tipos de comisiones.

— Se favorece la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo (art. 23.6 LCCI).

— Será necesario el pacto expreso para cobrar una comisión por la amortización anticipada¹⁵. Como regla general, se establece que en ningún caso la comisión pactada podrá exceder del importe de la pérdida financiera que sufra el prestamista, de conformidad con la fórmula de cálculo prevista en el artículo 23.8 LCCI.

Partiendo de esta regla general, se distinguen una serie de supuestos tasados en que se podrán fijar comisiones de reembolso anticipado dentro de unos límites máximos. Así, en los préstamos a tipo de interés fijo de

hasta un 2% del capital amortizado los diez primeros años de vida y del 1,5% si se decide llevar a cabo posteriormente; a tipo variable, las comisiones máximas serán de hasta el 0,25% durante los tres primeros años (o, alternativamente, al 0,15% durante los cinco primeros años, en función de lo que acuerden las partes) y al 0% después.

— Las comisiones por cambios de tipo de interés o de banco también varían. Si se quiere modificar un préstamo de tipo variable a otro de tipo fijo entre productos de la misma entidad, se podrá aplicar una comisión de hasta un 0,15% como máximo durante los tres primeros años de vida de la hipoteca, pero a partir de ese momento no supondrá gasto alguno. Además, el cliente también podrá llevar libremente su hipoteca a otro banco ya que entre las entidades se establecerá un mecanismo de compensación basado en los intereses cobrados y los pendientes de cobro para evitar el robo de clientes.

— Nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen anterior, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación y sustituye el anterior régimen de los intereses de demora —en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos— por un criterio claro y fijo para su determinación: se limita al interés remuneratorio más tres puntos porcentuales sobre el principal vencido y pendiente de pago, no pudiendo ser capitalizados en ningún caso.

8. En cuanto a las cláusulas abusivas, nulas o no transparentes y su registro.

Uno de los objetivos de esta Ley es facilitar la transparencia y acabar con la asimétrica posición que ocupan prestamista y prestatario en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios. Para lograr esta finalidad, se introducen una serie de modificaciones, entre las que cabe destacar:

a. La nulidad de las cláusulas no transparentes, de tal forma que el apartado uno de la disposición final cuarta de la LCCI modifica el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, estableciendo que «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». En esta misma línea la disposición final octava de la LCCI modifica el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, disponiendo que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

b. Se ordena la inscripción, y la remisión de oficio por el Tribunal correspondiente al Registro de Condiciones Generales de Contratación para que se proceda a la misma, de las sentencias firmes por las se declare la nulidad de condiciones generales abusivas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. El caso más claro es el de las cláusulas suelo, aquellas que limitan la rebaja de cuota de la que disfruta el consumidor frente a la caída del Euríbor y que la justicia viene anulando generalizadamente por la falta de transparencia en su comercialización. Aunque hasta ahora se trataba de una condición perfectamente válida si se pactaba, la reforma hipotecaria las prohíbe abiertamente al afirmar que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja en el tipo de interés si bien matiza que el interés remuneratorio de dichas operaciones no podrá ser negativo (art. 21.3 y 4 LCCI).

9. Respecto al vencimiento anticipado y al número de impagos para proceder al embargo de la vivienda, a partir de la entrada en vigor de la ley, el prestamista no puede iniciar proceso de ejecución hipotecaria hasta que no se alcancen estos límites (art. 24 LCCI):

h. Durante la primera mitad del plazo: hasta que la demora no exceda un 3% del capital concedido o se alcance un equivalente a 12 cuotas impagadas.

i. Durante la segunda mitad del plazo: el porcentaje del capital impagado asciende al 7%, mientras que las mensualidades en demora mínimas son 15.

En todo caso, se exige 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.

Dado el volumen de novedades que introduce esta Ley y la imposibilidad de tratarlas de forma conjunta en este trabajo, nos centraremos en las que podríamos catalogar como los pilares de un crédito inmobiliario responsable, esto es, el deber de transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario.

III. EL DEBER DE TRANSPARENCIA DEL PRESTAMISTA

La esencia del deber de transparencia material en los contratos de crédito inmobiliario radica en la obligación del prestamista de informar al prestatario, antes de que este se vincule, de las consecuencias económicas y jurídicas

más relevantes del contrato de préstamo. Se convierte así en un instrumento clave para tutelar el interés del prestatario puesto que el cumplimiento de este deber le permite realizar una comparación efectiva entre las distintas ofertas existentes en el mercado y elegir la que mejor se adecúe a sus intereses. Este deber incumbe a todos los contratos de crédito inmobiliario —con independencia de la vía documental en la que se formalicen— y no solo en el momento de formalización de los mismos sino también en los supuestos de subrogación activa y pasiva y en los de novación modificativa¹⁶.

La finalidad perseguida por el deber de transparencia —tutela del interés del prestatario— adquiere especial relevancia en este tipo de préstamos por dos motivos: primero, por la duración de los mismos, y los posibles cambios en las circunstancias personales o económicas del prestatario a lo largo de dicho periodo y, segundo, por las consecuencias que acarrea el impago de las cuotas por parte del prestatario, me refiero, como ya se imaginan, a la correspondiente pérdida de la vivienda a través de los temidos desahucios, y más tratándose, en la mayoría de los casos, de la residencia habitual del prestatario y su familia.

Todo lo expuesto anteriormente justifica, sin lugar a duda, la necesidad de que la información que recibe el prestatario sea objeto de una especial atención y explicación por parte del prestamista sin que sea suficiente una simple mención en el texto de las condiciones generales aplicables al contrato (aunque se destaque dentro de las mismas y por mucho que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez)¹⁷.

Este deber de transparencia material se ha reforzado en la contratación bancaria a partir de la ya conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En ella se resuelve la legalidad de las denominadas cláusulas de interés variable (cláusulas suelo) incluidas por la mayoría de las entidades financieras en los contratos de préstamo hipotecario. Al pronunciarse sobre la abusividad de dichas cláusulas, el Alto Tribunal entendió que las mismas regulan el objeto del contrato de préstamo, cumpliendo así una función definitoria o descriptiva esencial, y que eran abusivas por la falta de transparencia material¹⁸.

Precisamente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, regula ese deber de transparencia material en el ámbito de la contratación de créditos inmobiliarios. En concreto, los artículos 14 y 15 LCCI establecen las normas sobre el cumplimiento del mismo, regulando, por un lado, la documentación que ha de entregarse al prestatario y, por otro, la comprobación de que efectivamente se ha cumplido su fin fundamental, es decir, que el contratante conozca la prestación que asume en virtud del contrato. Este procedimiento está supervisado por el notario, quien tiene la función de asesorar al prestatario y de comprobar que ha entendido la carga económica y jurídica del contrato.

Las normas de transparencia bancaria y la protección de los consumidores obligan a definir los instrumentos financieros, es decir, a que se concrete el objeto principal del contrato de préstamo, fundamentalmente, para que los prestatarios comprendan no solo el contenido formal y gramatical de dichas cláusulas, sino su alcance concreto, con un claro objetivo: tomar una decisión fundada y prudente¹⁹.

Pero ese deber de transparencia manifestado en la obligación de información por parte del prestamista en los términos que veremos a continuación debe complementarse con una formación previa del prestatario y con una actitud responsable por su parte.

El artículo 6 de la Directiva regula expresamente la educación financiera de los consumidores afirmando que «los Estados miembros fomentarán medidas que apoyen la educación financiera de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos, en particular de los créditos hipotecarios», pero, no alude a los demás agentes de las transacciones crediticias hipotecarias (entidades financieras y poderes públicos) que también están necesitados de dicha formación —falta que ha intentado cubrirse con la regulación que, al respecto, establece la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario—²⁰. Es muy probable que, si esa formación financiera hubiera existido, no se habrían producido las situaciones angustiosas vividas en los últimos años por un sector vulnerable de la población española. En esta línea, la Unión Europea, ya desde 2007, había consignado unos principios básicos para la formación y así fue cómo surgió el sitio web DOLCETA como proyecto de educación financiera²¹. Por otra parte, a nivel nacional, el Banco de España y la CNMV también iniciaron un ambicioso plan de educación financiera²², al que se sumaron entidades públicas (Ministerio de Educación —que incluyó esta formación en la educación secundaria—) y privadas, para potenciar la adquisición de conocimientos básicos en materia financiera. Ahora bien, la dificultad radica en conseguir que estos mecanismos de formación que se han puesto en marcha alcancen los resultados propuestos²³.

Si hay una cosa clara en este tema es que la educación financiera del consumidor debe empezar por una actuación responsable del mismo y no precipitarse a la hora de firmar unos documentos sin comprender su contenido. Debe asegurarse de la cantidad pedida, del tipo de interés aplicable, del plazo para devolverlo, de los riesgos que asume y de sus consecuencias. La disposición adicional tercera LCCI²⁴ relativa a la educación financiera trata de potenciar en el ámbito del crédito inmobiliario la autotutela del prestatario, evitando la ignorancia pero también la avaricia que supone perseguir algo sabiendo que no está en condiciones de alcanzarlo.

La educación financiera supone unos conocimientos previos y genéricos mientras que la información conlleva la puesta a disposición de los datos

necesarios de forma clara, previa y concreta. Por eso, en aquellos casos en los que la primera no existe o es insuficiente, la segunda ha de intentar cubrir esa laguna, y son los bancos los que tienen los datos fundamentales para llevar a cabo una política de información lo más completa posible a sus clientes. De ahí que, el artículo 10 de la LCCI, haga referencia a esa información precontractual personalizada al prestatario para que este pueda comparar entre las distintas ofertas existentes en el mercado y tomar una decisión fundada sobre cuál es la que verdaderamente le conviene²⁵.

Llegados a este punto, a la hora de analizar los supuestos en los que será necesaria dicha información, hemos de acudir a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 en la que se resuelve, entre otras cuestiones, la consulta planteada por el Consejo General del Notariado respecto al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/2019, en particular a efectos de la delimitación de los supuestos en que es obligatoria la autorización del acta previa de información dirigida a garantizar la transparencia material de la misma, como requisito para la autorización e inscripción de la escritura, en los supuestos del artículo 2.1.b de la ley, cuando se trate de inmuebles de uso no residencial. En la citada Instrucción se concluye, apoyándose en argumentos de distinta índole que «en el supuesto de los préstamos con una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial»²⁶.

Uno de los fines perseguidos por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario ha sido, sin lugar a duda, corregir los déficits de información precontractual que tradicionalmente han sufrido los prestatarios hipotecarios. El artículo 14 de esta norma contiene un régimen de información precontractual más riguroso que el exigido por la propia Directiva puesto que, a la obligación de entregar el prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales a la firma del contrato, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)²⁷ añade el deber de entregar, con la misma antelación, una serie de documentos adicionales:

- a. Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al potencial prestatario de ciertos riesgos o cláusulas relevantes del contrato²⁸ [art. 14.1b) LCCI].
- b. En el caso de que el préstamo sea a interés variable, un documento con cuadros de amortización simulados en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.
- c. Una copia del proyecto del contrato. Debe ser un borrador ya personalizado y completo del contrato a firmar cuyo contenido debe ajustarse a lo recogido en la FEIN y en la FiAE.

d. Un documento en el que consten por escrito las condiciones de la póliza del seguro de amortización de capital y del seguro de daños del inmueble objeto de la hipoteca (en el caso de que ambos seguros se exijan como condición del préstamo).

e. La advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que él elija sobre el contenido y las consecuencias de la información que se entrega.

f. Una información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y al prestatario.

A efectos de que el notario elegido por el prestatario pueda comprobar el cumplimiento de estos requisitos y hacerlo constar en el acta a la que se refiere el artículo 15 LCCI²⁹, estos mismos documentos se le deben remitir por medios telemáticos³⁰. Precisamente esta acta notarial previa constituye uno de los aspectos más importantes de la norma para la práctica notarial³¹.

Tras la entrada en vigor de esta Ley el notario no solo verifica el cumplimiento de unos hechos objetivos, como son la entrega de la documentación referida en el artículo 14 LCCI y el asesoramiento recibido por el prestatario sino que, mediante el acta a la que se refiere el artículo 15 LCCI, garantiza la comprensión del contenido del contrato por los prestatarios y la observancia de las obligaciones que el legislador establece para dar cumplimiento al principio de transparencia material³².

Con esta finalidad, una vez que el notario constata que ha recibido toda la documentación preceptiva, el prestatario debe comparecer en la notaría³³, como muy tarde el día anterior a la autorización de la escritura pública, con el propósito de que se levante un acta con los siguientes objetivos:

— Que el notario compruebe que se han cumplido los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos obligatorios del artículo 14 LCCI.

— Que se recojan las cuestiones que haya planteado el prestatario y el asesoramiento que le haya prestado el notario.

— Que se haga constar que el notario le ha asesorado de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE de forma individualizada y que, además, en su presencia, el prestatario ha respondido a un test que tiene por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada³⁴.

También debemos preguntarnos si el notario, en este momento del acta previa, debe hacer un control de contenido del contrato de crédito inmobiliario. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 16 de mayo de 2019 se decanta por afirmar que sí debe

efectuar un control de legalidad de las condiciones financieras del préstamo, mientras que algunos notarios defienden que su función debe limitarse a lo que la ley les encomienda, es decir, a un control de la transparencia material, sin que esto sea óbice, lógicamente, para que, si al revisar la condiciones el préstamo, se detectara alguna que contradice lo dispuesto en la LCCI, lo advierta el notario en el acta previa y lo comunique al prestamista para que en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario subsane dichos defectos, puesto que, en caso contrario, no podrá autorizarse³⁵.

De lo que no cabe ninguna duda, como pone de manifiesto la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, es de que «si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y ha sido informado sobre ella por la entidad y por el propio notario en el acta, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa, y por consiguiente, entre otros varios aspectos, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y a sus condiciones. Si no se han cumplido correctamente todas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia, y también más en concreto si la FEIN no se correspondiera con el préstamo, por diferir alguna de esas condiciones financieras, el notario deberá denegar la autorización de la escritura. Esa falta de correspondencia debe, no obstante, interpretarse correctamente, esto es, si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, si el diferencial del préstamo fuera inferior), o si existe una diferencia no en las condiciones propiamente dichas sino en los cálculos subsiguientes (por ejemplo, si por firmarse el préstamo en una mensualidad posterior a la inicialmente prevista la TAE resulta diferente, o el cuadro de amortización se modifica) ello no implica unas condiciones financieras diferentes, y por tanto no impide la autorización de la escritura de préstamo»³⁶.

Cuestión también polémica, en relación con el acta notarial, es la del valor probatorio que se le atribuye a la misma, porque, según cuál sea este, y, sobre todo, si se concibe que hace prueba de la comprensión por el prestatario de la documentación entregada, supondría cerrar el paso de modo casi absoluto a las demandas fundadas en falta de transparencia. Pero la opinión unánime al respecto es que de la literalidad del artículo 15.6 LCCI no se desprende esto puesto que no podemos pretender que un acta notarial dé fe de un hecho interno como es el de la comprensión por el prestatario de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de un contrato. El acta solo puede hacer prueba de los hechos que han acaecido en presencia del notario, esto es, la entrega de la documentación requerida, y el asesoramiento prestado por el propio notario.

A pesar de las dudas y críticas que pueda suscitar el acta, el legislador hace girar todo el sistema de transparencia material sobre ella, como se

deduce de lo dispuesto en el número 5 del artículo 15 LCCI³⁷ y reitera posteriormente el número 2 del artículo 22 del mismo texto legal³⁸. Por si esto fuera poco, la disposición final sexta de esta Ley ha introducido en el régimen disciplinario de los notarios [art. 43. e)] una nueva falta muy grave en caso de «*incumplimiento del periodo de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley*».

La labor informativa del notario se completa con la obligación de entregar o remitir telemáticamente al prestatario, sin coste alguno, copia simple del acta. Obligación que tienen también los registradores de la propiedad respecto a la nota simple literal de la inscripción practicada³⁹.

Con todo ello se ha conseguido no dejar la información precontractual —como ocurría hasta ahora— en manos de la entidad financiera sino que se encomienda su control a los notarios. Ahora bien, la efectividad de estas medidas exige garantizar de verdad el principio de libre elección de notario porque aunque en todo caso se presume una actuación correcta e independiente por parte del fedatario público, no resulta conveniente la imposición al prestatario de un determinado notario por parte del prestamista o de la gestoría⁴⁰.

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario debería haber establecido claramente la obligación de que la escritura de préstamo hipotecario tuviera que otorgarse ante el mismo notario que hubiera autorizado el acta previa porque el derecho de elección de notario no debe circunscribirse solo al acta de asesoramiento sino que debe alcanzar también a la firma de la escritura. Sin embargo, una lectura del artículo 15.7 LCCI nos hace pensar en la posibilidad de que ambos notarios sean distintos⁴¹.

IV. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

El mercado crediticio español, durante los años de serenidad económica, se caracterizó por una asombrosa facilidad de acceso al crédito. Los préstamos se otorgaban sin evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario, ni su capacidad de reembolso, confiando en que el precio de los inmuebles no bajaría sino que siempre se movería al alza, con lo que ello supondría para el caso de una hipotética ejecución⁴². Si a esto añadimos que el beneficio del banco es mayor cuanto mayor es el riesgo del prestatario (porque el tipo de interés será más elevado) podremos comprender fácilmente que la economía creciera de forma adulterada y sustentada por ese sobreendeudamiento masivo de los prestatarios.

Todo lo anterior justifica que la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario se orientara hacia lo que se ha llamado la «humaniza-

ción de la contratación»⁴³, en línea con otras leyes y con las interpretaciones judiciales tanto a nivel comunitario como nacional que se han afianzado en los últimos años. Sin embargo, la doctrina ha criticado la regulación que la LCCI ha hecho sobre la evaluación de la solvencia al considerar que el legislador español se ha limitado a reproducir en el artículo 11 LCCI la indefinición contenida en la Directiva sin aportar nada nuevo⁴⁴.

La evaluación de la solvencia del prestatario ya estaba regulada en el derecho español antes de la publicación de la LCCI. De hecho, la evaluación de la solvencia es una práctica desarrollada por los prestamistas desde hace tiempo —son los primeros interesados en asegurarse la capacidad económica del prestatario— pero ahora, con la LCCI, deja de ser una norma de política interna sobre la gestión de riesgos y se convierte en una auténtica obligación legal que no admite ni renuncia del prestatario, ni sustitución por otro tipo de cautelas.

Un proceso de evaluación rigurosa de la capacidad de pago del prestatario de las obligaciones contractuales es crítico para que el pago asumido sea acorde a las políticas de riesgos de la entidad. La decisión de conceder una operación debe hacerse cumpliendo con los requisitos normativos⁴⁵ y al amparo de la política interna de la entidad financiera. La política crediticia de las entidades financieras son documentos en los que se detallan, entre otros:

— Las responsabilidades y facultades delegadas de los diferentes órganos y personas encargadas de la concesión, modificación, evaluación, seguimiento y control de las operaciones.

— Los requisitos que deberán reunir los análisis y evaluaciones de las operaciones antes de su concesión y durante su vigencia.

— La documentación mínima que deberán contener los diferentes tipos de operaciones para su concesión y durante su vigencia.

— Las actuaciones que deberá llevar a cabo la entidad cuando no se atiendan los pagos en los términos fijados contractualmente.

Esta evaluación consiste en verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo y, para ello, es necesario tomar en consideración una serie de factores que la LCCI cataloga de «pertinentes» y que enumera, de forma no exhaustiva en su artículo 11 al afirmar «[...] entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral»⁴⁶.

La concesión responsable de un préstamo hipotecario depende de la superación del informe de evaluación de solvencia del prestatario⁴⁷. Veamos a continuación qué conductas comprende exactamente esta evaluación, no sin antes advertir que las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial⁴⁸. En primer lugar, el prestamista tiene que acceder a la información económico-financiera del potencial prestatario. La base del informe y los documentos necesarios para evaluar la solvencia tiene que proporcionarlos el solicitante del préstamo, no obstante, desde la presentación de la solicitud de financiación, la empresa prestamista queda habilitada para obtener de las bases de datos de información financiera —como la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)— informes sobre los riesgos que el solicitante pudiera tener registrados. Concretamente, la entidad podrá acceder a los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias del solicitante⁴⁹.

Del artículo 12.2 LCCI se deduce que el prestatario está obligado a facilitar al prestamista la información que este le requiera y siempre después de haber sido requerido, no antes⁵⁰. Este requerimiento lo podrá hacer el prestamista, el intermediario de crédito o su representante designado, aunque la evaluación de la solvencia compete únicamente al prestamista. Toda la información que facilite el prestatario deberá ir acompañada de las «pruebas» necesarias para poder comprobar su veracidad (art. 12.1 LCCI) y si resultan insuficientes para evaluar su solvencia no le concederá el crédito —posibilidad de la que debe advertir el prestamista al prestatario al solicitarle la información—⁵¹. Ahora bien, la información requerida por el prestamista ha de ser «proporcionada y limitada a lo necesario para realizar un evaluación adecuada de la solvencia» (art. 12.1 LCCI) cualquier otra información no tendrá por qué ser facilitada por el solicitante.

A la pregunta de en qué momento comunica el prestamista al solicitante que tiene que facilitarle esta información, algún sector doctrinal⁵², con el que coincidimos, considera que, obviamente, no puede ser con ocasión de la elaboración de la información personalizada (FEIN) sino que tiene que ser antes, concretamente en la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que contiene la información general sobre los contratos de préstamo.

Una vez conocida la situación financiera, se inicia el proceso de evaluación en sentido estricto conforme a un determinado «procedimiento». La LCCI no regula cuál es ese procedimiento, ni cuáles son sus características generales, se limita a obligar a los prestamistas a disponer de «procedimientos internos específicos» para evaluar la solvencia y a que los revisen periódicamente, dejando constancia de esas revisiones en los registros correspondientes (art. 11.2 LCCI)⁵³. Esa falta de procedimiento legalmente establecido impide averiguar si el prestamista ha cumplido o no con su

obligación de evaluar la solvencia por lo que hubiera sido preferible que el resultado de dicha evaluación dependiera de la relación de ingresos y deudas del prestatario, por ejemplo.

En el supuesto de préstamos con garantía real, el artículo 13 LCCI exige que los inmuebles aportados en garantía sean objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. Según este precepto, la sociedad tasadora deberá ser independiente del prestamista e intermediario de crédito⁵⁴ y exige que se utilicen normas de tasaciones fiables y reconocidas internacionalmente⁵⁵.

El artículo 11.3 LCCI dispone que el valor del bien dado en garantía se tendrá en consideración pero no de forma «predominante» sino como un dato más junto con los demás a tener en cuenta en la evaluación de la solvencia. La finalidad de este precepto no es otra que la de evitar la práctica que en años anteriores habían llevado a cabo los prestamistas conforme a la cual al único valor al que atendían era al del inmueble dado en garantía sin tener en cuenta la capacidad de reembolso del prestatario; sin embargo, tras la entrada en vigor de esta ley *«la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial»*⁵⁶.

Terminada esa labor de evaluación, el prestamista debe elaborar un informe en el que indique si la solvencia del solicitante es positiva o negativa⁵⁷ y con el que acreditará haber realizado la evaluación de la solvencia. Pero la cuestión clave, llegado este punto, es determinar si un resultado negativo de esa evaluación conlleva la prohibición de contratar. Las posturas doctrinales están enfrentadas según la interpretación que se haga del artículo 11.5 LCCI⁵⁸. Algunos autores entienden que no tendría sentido la evaluación de la solvencia si, una vez realizada esta, el préstamo se llevara a cabo con independencia de su resultado por lo que defienden la prohibición de contratar en aquellos casos en los que el prestatario «suspenda» la evaluación⁵⁹.

Otros, sin embargo, consideran que el precepto no impone el deber de denegar el préstamo aunque la evaluación sea negativa. La actuación del prestamista debe tener algún tipo de consecuencia pero «solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato porque, si verdaderamente hubiera prohibición de contratar, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones puesto que la violación de una prohibición legal daría lugar a un incumplimiento contractual y a la correspondiente indemnización y sanción administrativa»⁶⁰.

Coincido con los defensores de la prohibición de contratar en el caso de una valoración negativa porque, verdaderamente, donde radica la concesión

de un préstamo responsable es, sin ninguna duda, en el resultado positivo de esa evaluación⁶¹ si bien es cierto que, configurada como una prohibición de contratar, la vulneración de la misma provocaría la nulidad del contrato (art. 6.3 CC) y esto conllevaría una serie de consecuencias negativas para el prestatario que debería demandar al prestamista para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo y costear la reclamación de daños y perjuicios al prestamista⁶² (por no hablar de los problemas probatorios del daño y de la falta de responsabilidad del prestatario al aceptar un préstamo sin tener capacidad de reembolso). Por todo ello, algún sector doctrinal⁶³ propone poner el foco en el régimen sancionador del capítulo IV de la LCCI (art. 44 y sigs.) para conseguir un efecto disuasorio efectivo.

Cuestión distinta es probar si el prestamista ha cumplido o no con su obligación, es decir, si ha realizado la evaluación con la diligencia debida⁶⁴. En cualquier caso, conforme al principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es al prestamista al que le corresponde acreditar que ha cumplido con su obligación evaluando adecuadamente la solvencia del solicitante del crédito.

Si el prestamista no cumple con su obligación de evaluar la solvencia, la LCCI omite toda referencia a las consecuencias que dicho incumplimiento acarrearía para el contrato de préstamo, lo único que prevé son unas sanciones administrativas en los artículos 44 y siguientes. Coincido con los autores que consideran que estas sanciones son insuficientes puesto que no son efectivas ni disuasorias por lo que el régimen instaurado en los artículos 11 y 12 LCCI cae en saco roto al no ir acompañado de unas consecuencias jurídico-civiles para los casos de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista⁶⁵.

Obvia decir que, con independencia de cuál sea el resultado de la evaluación, el prestamista o el prestatario pueden decidir no seguir adelante con el préstamo, como se deduce del artículo 38 de la Constitución —principio de libertad de empresa y de contratación— y del artículo 1255 del Código civil —principio de autonomía de la voluntad de las partes— sin que incurran por ello en ningún tipo de responsabilidad⁶⁶.

Respecto a los supuestos en los que la valoración realizada resulta incorrecta —sea por una mala aplicación del procedimiento interno por parte del prestamista o porque la información obtenida del prestatario fuera incompleta— el prestamista no podrá resolver el contrato por dicho motivo⁶⁷. Cuestión distinta es que el prestatario hubiera falsificado u ocultado de forma voluntaria determinados datos, en ese caso el artículo 11.4 LCCI sí habla de la posibilidad del prestamista de «resolver, rescindir o modificar el contrato»⁶⁸.

Por último, no queremos finalizar este trabajo sin destacar que, como ocurre siempre, cuando las partes contratantes no están en igualdad de con-

diciones, el débil suele salir perjudicado. En la contratación bancaria, y más en concreto en el caso que nos ocupa de contratos de crédito inmobiliario, podemos hablar de un déficit de protección a la figura del prestatario. Los fallos de supervisión bancaria por parte del Banco de España son claros y el servicio de reclamaciones de esta entidad no ofrece una eficaz protección al cliente bancario (recordemos que las resoluciones de este servicio no son vinculantes para las entidades financieras) lo que obliga al prestatario a enfrentarse a la entidad financiera o solo o a través de las asociaciones de consumidores pero con pocas posibilidades de éxito en cualquier caso.

En otros países se ha conseguido atenuar esta desprotección creando organismos específicos para la defensa del consumidor financiero⁶⁹. El objetivo de estas no es otro que controlar que las empresas financieras cumplan las leyes de protección al consumidor. Nuestra LCCI en su disposición adicional primera prevé la creación de una autoridad independiente que garantice la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria⁷⁰. Pero esta «entidad de resolución de litigios de consumo» que propone la ley está muy lejos de esos mecanismos diseñados en otros ordenamientos, tanto por su falta de capacidad sancionadora como por la ausencia de un control previo de los contratos celebrados con los consumidores. Por este y otros motivos, coincido con aquellos autores que defienden, desde hace ya tiempo, la necesidad de una reforma, prácticamente integral, del sistema de protección ofrecido al consumidor financiero⁷¹.

V. CONCLUSIONES

I. La Ley 5/2019, de 15 de marzo no hace sino trasponer, con bastante retraso, por cierto, y de forma no muy acertada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la que se pretendía establecer un marco jurídico que proporcionara un nivel adecuado de protección a los consumidores que celebran este tipo de contratos.

II. La LCCI regula tres aspectos diferenciados como son las normas de transparencia y de conducta que deben cumplir los prestamistas para proteger al prestatario, los aspectos relacionados con el propio contrato de crédito y el régimen sancionador para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta norma.

III. Muchas son las novedades que introduce esta norma respecto al tradicional sistema crediticio español y también algunos cambios respecto a lo establecido en la Directiva; en uno y otro caso con un objetivo común: reforzar las garantías de los prestatarios en el proceso de contratación de este tipo de créditos.

IV. Con el fin de poner freno a la oleada de créditos irresponsables concedidos por las entidades financieras hasta no hace muchos años en nuestro país, la LCCI establece lo que podríamos considerar los pilares de un crédito inmobiliario responsable: el deber de transparencia material del prestamista en este tipo de contratos y el deber de evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario.

V. El deber de transparencia material del prestamista no es sino la obligación de este de informar al prestatario de las consecuencias económicas y jurídicas más relevantes del contrato de préstamo que se dispone a firmar.

VI. Con el fin de garantizar este deber de transparencia material y corregir los déficits de información precontractual que tradicionalmente han sufrido los prestatarios, la LCCI establece, por un lado, qué documentación ha de entregarse al prestatario y, por otro, la obligación del notario de asesorar al prestatario y de comprobar que ha entendido la carga económica y jurídica del contrato, hechos que el fedatario público reflejará en el acta correspondiente.

VII. En cuanto a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, podemos afirmar que, con la nueva regulación introducida por la LCCI, esa evaluación deja de ser un mecanismo que busca la protección de la solvencia de la entidad y pasa a ser un mecanismo que persigue la protección del prestatario.

VIII. A la hora de verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo se tendrán en cuenta no solo el valor del bien dado en garantía —créditos hipotecarios— sino otros muchos factores con el fin de evitar la práctica llevada a cabo en años anteriores a la crisis y que ocasionó un sobreendeudamiento del prestatario.

IX. Si nos preguntamos por las consecuencias jurídicas de aquellos casos en los que el prestatario «suspende» la evaluación de la solvencia, mientras que un sector doctrinal se decanta por la prohibición de contratar, otro pone el foco en el régimen sancionador de los artículos 44 y siguientes de la LCCI como medio para disuadir al prestamista de conceder el crédito en estos casos.

X. Difícil resulta, por un lado, probar si el prestamista ha realizado la evaluación con la diligencia debida, al no estar obligado a entregar el informe de evaluación, y, por otro, determinar cuáles son las consecuencias de esta actuación negligente ya que las sanciones establecidas en la LCCI se consideran insuficientes por no ser efectivas ni disuasorias.

XI. Por último, y con el objetivo de superar el déficit de protección que sufre la figura del prestatario, la LCCI prevé la creación de una autoridad independiente que garantice la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria pero, la ausencia en nuestro ordenamiento de mecanismos efectivos para ello, hace evidente la necesidad de reformar el sistema de protección ofrecido al consumidor financiero.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 11 de abril de 2018
- STS de 15 de junio de 2018

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 16 de mayo de 2019

INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO

- IDGRN de 14 de junio de 2019
- IDGRN de 13 junio de 2019
- IDGRN de 20 de diciembre de 2019

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L. (2017) *Los contratos de crédito inmobiliario* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.
- ALVAREZ OLALLA, P. (2018). La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 1, 103-116.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2018). Contratos de créditos con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario. Working paper 9/2018, Universidad de Barcelona.
- BARRIO DEL OLMO, C.P. (2019). Consulta al Registro de Condiciones Generales de la Contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 86, 56-68.
- CABANAS TREJO, R., MARQUÉS MOSQUERA, C. y RIVAS RUIZ, A. (2019) Guía notarial para la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 71, 164-229.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa? *El notario del siglo XXI*, núm 84, marzo-abril [En línea] <https://www.elnotario.es/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion>, 8 de junio de 2019.

- CUENA CASAS, M.T. (2019). Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Actualidad Civil* núm. 9 [En línea] <https://www.laley.es>, 18 de diciembre de 2019.
- (2017). Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito. *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coordinado por Cuenca Casas, M. T y Alcañiz Miñano, V.) Thomson-Reuters Aranzadi, 281-416.
- DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ FRÍAS, J. (2013). Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 130, 48-56.
- DE VIVERO DE PORRAS, C. (2019). El principio de transparencia material. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 201-231.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia. En *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17/UE) Reus, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2015). Educación financiera de los consumidores e información sobre el proceso de concesión de créditos. En *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid.
- JUAN GÓMEZ, M. (2019) Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar. *Actualidad Civil*, núm. 4, 25-34.
- LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2017). Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (dirs. Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a.L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 173-204.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2019). Consideraciones generales sobre el mercado hipotecario y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José María López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 25-55.
- MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019). La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario. En *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (dirigido por Carrasco Perera, A.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 211-256.
- (2019). El control de transparencia material. En *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario* (dirigido por Carrasco Perera, A.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 257-314.
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol VI, núm. 1 (enero-marzo) Ensayos, 335-360.
- (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.
- MEDICIS BERNAL, E. M.^a (2019). Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *La Ley*, núm. 9391 [En línea] <https://www.laley.es> 27 de diciembre de 2019.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Transparencia material como superación de la transparencia formal. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a.L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 403-435.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio) Ensayos, 235-265.
- SÁNCHEZ GÁLVEZ, F. (2019). Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad. *Diario La Ley*, núm. 9423, disponible [En línea] <https://www.laley.es>
- SÁNCHEZ MACÍAS, J.J. (2019). La ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario desde el análisis económico del Derecho. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 113-129.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019). El prestatario, el fiador o el garante en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 2, 51-97.
- (2017). Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Regulador de los Contratos de Crédito Inmobiliario». En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a. L.) Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 381-403.
- SILLERO CROVETTO, B. (2019). Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coordinador José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 161-200.
- TORRES RUIZ, S. (2017). La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del proyecto de ley regulador los contratos de crédito inmobiliario. En *Los contratos de crédito inmobiliario* (directores Albiez Dohrmann, K.J. y Moreno-Torres Herrera, M.^a.L.) Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 439-457.
- VVAA (2019). *Comentario a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario*, (dirigidos por Carrasco Perera, A.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (2019). Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia. En *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (coord. José M.^a López Jiménez) Wolters Kluwer, Madrid, 232-260.

NOTAS

¹ La Directiva reconoce (en su considerando 3) que «la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero (...) y puede tener graves consecuencias sociales y económicas».

² 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, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia bancaria, Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (modificada por la ECE/482/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la ley de contratos de crédito inmobiliario) Circulares del Banco de España 5/2012, 3/2014 y 4/2016, entre otras.

³ Publicada en el BOE el 16 de marzo de 2019 y en vigor desde el 16 de junio de 2019 (*vacatio legis* de tres meses pensada fundamentalmente para que las entidades bancarias tengan margen suficiente a la hora de adaptarse a los nuevos cambios legislativos). En el preámbulo de esta ley se afirma que «al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia, la comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes».

Para un análisis más detallado de esta norma *vide* SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁴ Algunas de sus disposiciones han sido objeto de ulterior desarrollo en el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, donde se precisan, entre otras cuestiones: los requisitos mínimos para poder ofrecer servicios de asesoramiento por parte del prestamista —que constituirá una actividad distinta de la de concesión e intermediación de préstamos inmobiliarios— en desarrollo del artículo 4.20 LCCI; los requisitos para la inscripción en el correspondiente registro de los prestamistas de crédito inmobiliario (en desarrollo del artículo 42 LCCI); la información que debe facilitarse al prestatario durante la vigencia del contrato; los requisitos técnicos de los medios telemáticos que deberán emplearse para la remisión al notario de la documentación establecida en el artículo 14.1 g) LCCI y el procedimiento de remisión al notario de la documentación necesaria para dar cumplimiento al principio de transparencia material contenido en el artículo 15 de dicha Ley.

⁵ En este sentido, *vide* la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁶ Este carácter imperativo comprende todo el articulado de la LCCI al establecer en su artículo 3 que «Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario».

⁷ *Disposición transitoria primera. Contratos preexistentes.*

1. *Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.*

2. *No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.*

3. Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23.

4. 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.

⁸ Se entiende que esta actividad se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, interviene en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, si haciéndolo de forma ocasional, persigue una finalidad exclusivamente inversora. Además, para poder conceder estos créditos, según dispone el artículo 42 LCCEI, es necesario estar inscrito en el registro correspondiente. Se excepciona de esta obligación a las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o sucursales en España de una entidad de crédito. Una cuestión que se ha planteado al respecto es si el notario debe controlar si el prestamista está debidamente inscrito, CABANAS TREJO (2019, 167) entiende que sí, seguramente atendiendo a ese papel de supervisor y garante que le atribuye la LCCEI.

⁹ Como señala SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019, 81) «el legislador no ha seguido el criterio de la Directiva y fija un ámbito subjetivo más amplio, de tal manera que para ser prestatario no es una condición indispensable que el sujeto tenga la condición de consumidor». Hemos de añadir que se exceptúan, en este sentido, los préstamos con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir porque en este caso sí es necesario que uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física consumidora.

¹⁰ Para un estudio más detallado de las mismas, *vide*, MEDICIS BERNAL, E.M.^a (2019); JUAN GÓMEZ, M. (2019, 25).

¹¹ La LCCEI establece importantes exigencias de formación para el personal que presta servicios relacionados con la financiación comprendida en el ámbito de aplicación de la ley. Se trata de una exigencia para miles de empleados bancarios y dado el escaso tiempo disponible se han habilitado soluciones prácticas para impedir que se paralizaran durante meses las operaciones sometidas a la nueva normativa. La solución consiste en establecer un régimen transitorio *ad hoc*, conformado por la orden ECE 482/2019, por el cual las personas obligadas tendrían un periodo hasta el 16 de junio de 2020 para obtener los conocimientos requeridos por esta ley, pudiendo hasta entonces prestar sus servicios asistidos por un supervisor. Precisamente la formación de esos miles de profesionales ha sido uno de los grandes retos de la nueva regulación y ha exigido un gran esfuerzo tanto a las entidades de crédito como al propio Banco de España.

¹² Entre las materias sobre las que se podrá exigir conocimientos y competencias —dependiendo del puesto y del título— se encuentran los contratos de préstamos inmobiliarios, implicaciones fiscales, riesgos asociados, protección del prestatario, proceso de adquisición de bienes inmuebles, estimación de los costes y gastos totales, tasación de las garantías, funcionamiento de las notarías y registros de propiedad, mercado de préstamos y vivienda, normas deontológicas, evaluación de la solvencia, información económica y financiera y diseño de préstamos inmobiliarios.

¹³ La Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario obliga al notario a comprobar, con ocasión de la escritura de préstamo hipotecario, que las condiciones generales contenidas en dicha escritura han

sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en caso contrario deberá notificarlo al Ministerio de Justicia. *Vide*, en este sentido, BARRIO DEL OLMO, C.P. (2019, 56).

Por su parte, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019, ante la pregunta formulada por el Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad sobre la necesidad de que el notario exprese en la escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019 el número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado o, al menos, algún elemento que permita determinarlo entre los depositados, señala que «en los supuestos en los que el número de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación sea indicado por la entidad financiera, el notario, respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera».

¹⁴ El artículo 29 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, según la redacción dada por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre) considera sujeto pasivo «el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan» pero añade en su párrafo segundo que «cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

¹⁵ La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 20 de diciembre de 2019 valora positivamente la posibilidad de pactar un importe mínimo para la cancelación anticipada, que tradicionalmente se ha incluido en los contratos, y que suele consistir en una cantidad fija, o en un determinado porcentaje del capital pendiente al considerar que «ese pacto tiene un fundamento económico incontestable, por cuanto para el prestamista la tramitación de la cancelación anticipada tiene un coste que no es desdeñable, no solo por el recálculo que hay que hacer de la operación, sino también, muy especialmente, por la información que en tal supuesto debe remitir al prestatario (art. 23.2), por la eventual revisión que puede tener que hacer de los contratos de seguro accesorios al del préstamo, etc.» Por todo ello defiende que «la limitación de tal actuación potencialmente abusiva del prestatario mediante un pacto razonable y proporcionado, sin afectar realmente a la posibilidad de amortizar anticipadamente de forma efectiva la deuda, parece estar justificada, y no contravendría el derecho del prestatario de reembolsar anticipadamente, de forma parcial, su préstamo, tal como lo configura el artículo 23.1 de la Ley 5/2019. La determinación de la proporcionalidad del pacto y del eventual carácter abusivo de las solicitudes de reembolso que pretendieran realizarse en contradicción con el mismo requeriría una valoración de las circunstancias concretas del caso y momento en que ello se plantee, correspondiendo la competencia para realizarla al juez, y no al notario ni al registrador al evaluar o calificar los pactos del contrato».

¹⁶ Respecto a los supuestos de subrogación pasiva, CABANAS TREJO (2019, 182) puntualiza lo siguiente «no en todos los casos en los que haya una transmisión de finca hipotecada con asunción por el adquirente de la deuda garantizada habrá necesariamente que cumplir con las normas de transparencia de esta ley. Es el caso de transmisión hereditaria de finca hipotecada en la que los herederos reciben el inmueble hipotecado y además asumen la deuda garantizada con la hipoteca (siempre que esta fuera responsabilidad de su causante). En estos casos no es necesario cumplir con las normas de transparencia pues la subrogación de los herederos no es tal, en tanto en cuanto lo que estos hacen es asumir las deudas de su causante tal cual existían, y por su parte al prestamista no le cabe la posibilidad de aceptar o no esa subrogación, opera *ex lege*».

¹⁷ En esta línea, *vide*, entre otras, las SSTS de 8 de junio de 2017 y 11 de abril de 2018 en las que el Alto Tribunal establece que no es suficiente para cumplir con el deber de transparencia material que la cláusula aparezca en negrita resaltada en el texto de las condiciones generales.

¹⁸ Esto se dedujo al constatar que faltó información suficientemente clara sobre la existencia y contenido de las mismas, lo que determinó que el adherente no conociera o pudiera conocer con sencillez la carga económica que realmente suponía para él el contrato celebrado.

El Tribunal Supremo en esta y otras sentencias ya citadas ha subrayado que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato están sujetas a un control de transparencia adicional, que se suma al mero control formal de incorporación de las condiciones generales al contrato de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, al que están sujetas todas las condiciones generales.

Para un análisis detallado de la situación antes y después de la LCCI *vide* MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.

¹⁹ *Vide*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017.

²⁰ Recordemos que el artículo 32 de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril (que desarrolla la obligación de formación contenida en la LCCI) establece los conocimientos y competencias que deben reunir los prestamistas a la hora de desempeñar su actividad.

²¹ DOLCETA (*Development of on line Consumer Education Tool for Adults*) es un proyecto *online* de educación para el consumo que cuenta con la participación de 27 países de la UE y la financiación de la Comisión Europea, que ofrece información sobre derechos, servicios y recursos didácticos para un consumo responsable.

²² El sitio web www.finanzasparatodos.com (similar al DOLCETA) Plan de educación financiera que se ha renovado por cuatro años más (2018-2021).

²³ *Vide*, en este sentido, DÍAZ ALABART, S. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2015, 32).

²⁴ «El Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, promoverán medidas de fomento de la educación de los consumidores sobre los riesgos que pueden derivarse de la contratación de préstamos, y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de préstamo inmobiliario, los derechos que ostentan los consumidores, su forma de ejercicio, las obligaciones que recaen sobre las entidades de crédito, los prestamistas, los intermediarios inmobiliarios y las sociedades de tasación».

²⁵ LA STS de 15 de junio de 2018, dictada en un caso de novación modificativa de un préstamo hipotecario, parte de la idea de que la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar, de forma que se estima que no puede realizarse una comparación fundada entre las distintas ofertas en caso de que al tiempo de realizar la comparación «el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado».

²⁶ En esta misma Instrucción la Dirección General de los Registros y Notariado resuelve otras dudas sobre la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones de información y transparencia que impone la Ley 5/2019, en concreto en los siguientes supuestos:

^{a)} En los de intervención notarial de las pólizas de préstamos personales conferidos con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física consumidora, y en particular en las pólizas de préstamos personales para la reforma o rehabilitación de fincas de uso residencial.

^{b)} En los de subrogación pasiva no empresarial (cuando una persona física se subroga en la posición de otra que es previamente deudora, con o sin simultánea aceptación

por el prestamista de dicha subrogación); en los casos de subrogación entre acreedores (subrogación activa), o en las simples novaciones del préstamo.

²⁷ El contenido y formato de la FEIN viene definido en el Anexo I de la LCCI. Tiene un formato uniforme para toda la Unión Europea y en ella se recogen todas las condiciones financieras relevantes del préstamo inmobiliario ofertado al prestatario por el prestamista. Se trata de una ficha personalizada para cada prestatario en la que se tienen en cuenta sus características personales. Lógicamente, si se trata de una novación modificativa, la FEIN solo recogerá las nuevas condiciones que la entidad prestamista oferte, no la totalidad de las recogidas en el Anexo I.

²⁸ El contenido de la FIAE queda fijado en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, en la redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que ha entrado en vigor el 29 de julio de 2019.

²⁹ El artículo 15 LCCI ha sido desarrollado por el artículo 12 del RD 309/2019 y ha sido objeto de interpretación por la Dirección General de Registros y Notariado en su Resolución de 16 de mayo de 2019. El capítulo IV de este Real Decreto, respecto de los medios telemáticos y la remisión de la documentación por el prestamista al notario, establece los principios y requisitos técnicos para ello.

³⁰ En este sentido, *vide* la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La plataforma notarial SIGNO es la designada por la LCCI para recepcionar la información de las entidades financieras y sus intermediarios al objeto de que el notario controle la fecha de puesta a disposición de la documentación al prestatario así como el contenido de la misma. Esta plataforma, además, permite al prestatario la designación del notario de su elección para la autorización del préstamo.

³¹ Se trata de un acta de presencia que la DGRN, en la Resolución ya citada de 16 de mayo de 2019, ha calificado como de control o verificación y que, conforme al artículo 198.3 del Reglamento Notarial, no requiere unidad de acto ni de contexto y puede ser extendida en un momento posterior. Si no comparece alguna de las personas (prestatario/ fiador/garante) el notario solo podrá extender un acta negativa por incomparecencia, eso sí, lo que no procederá en ningún caso es la presencia del prestamista.

Únicamente se autoriza un acta por operación de préstamo hipotecario aun cuando existan una pluralidad de prestatarios /fiadores/garantes puesto que el notario hará un juicio (positivo o negativo) conjunto acerca del cumplimiento de los requisitos de información precontractual que la LCCI impone al prestamista. El acta será gratuita, tal y como establece el artículo 15.8 LCCI.

³² Ahora bien, debemos matizar dos cuestiones:

— que esta comprobación previa notarial no debe realizarse respecto de todos los préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI (art. 2) sino solamente respecto de aquellos que estén garantizados con hipoteca inmobiliaria (art. 15.2 LCCI). Además, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2019 ha delimitado aún más el ámbito objetivo del control de transparencia material al circunscribirlo a aquellos préstamos hipotecarios que tengan por objeto un inmueble de uso residencial.

— que el notario debe prestar un asesoramiento exclusivamente jurídico y relativo al contenido de la FEIN y FIAE, en ningún caso se trata de asesoramiento de tipo financiero que implique evaluación económica de la oferta, examen de solvencia del deudor o cuestiones similares.

Para un estudio más detallado de la actuación notarial *vide* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019) Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio) Ensayos, 235-265.

³³ Esta obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

³⁴ El Consejo General del Notariado ha elaborado un modelo de test para que sea empleado por todos los notarios de España a fin de dar una cierta uniformidad a esta comprobación, cuyo contenido ha recogido en la Circular 1/2019, de 24 de mayo, el contenido es distinto dependiendo de si el destinatario del test es el prestatario, el fiador o el hipotecante no deudor, y añadiendo determinadas preguntas al modelo general para el caso de préstamo multidivisa.

³⁵ Recordemos que, no obstante haberse comprobado el cumplimiento de transparencia material a través del acta previa, ello no obsta a que en la escritura de préstamo hipotecario el notario efectúe el control de legalidad propio de cualquier actuación notarial (control de abusividad del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y supervisión del cumplimiento de las previsiones de la LCCI —tipo de demora, vencimiento anticipado, reembolso anticipado, tipo de interés variable...).

³⁶ Respecto a la labor del registrador, la mencionada Instrucción añade que «el control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material llevado a cabo por el notario no puede ser revisado por el registrador, de modo que este deberá limitarse en su función calificadoras a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda [...] en ningún caso podrá el registrador exigir que se acompañe la Ficha Europea de Información Normalizada —FEIN— (ni deberá en ningún caso incorporarse esta a la escritura) al objeto de poder realizar una comprobación que es responsabilidad —consecuente con la competencia— del notario autorizante».

³⁷ Artículo 15. 5 LCCI: «*Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1. o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.*».

³⁸ Artículo 22. 2 LCCI: «*En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3. Los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7.*».

³⁹ Disposición adicional octava de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

⁴⁰ Desde hace tiempo, el notariado reclama la conveniencia de reforzar el derecho de libre elección del notario, tal y como establece el artículo 126 del Reglamento Notarial «*Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos.*»

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

⁴¹ Por una parte, al exigir hacer constar en la escritura el número de protocolo, notario autorizante y fecha de autorización del acta, y, por otro, al establecer la obligación de que el notario afirme bajo su responsabilidad «*de acuerdo con el acta*» que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento, por lo que la afirmación se realiza por referencia al acta, que puede ser de otro notario.

⁴² En los mismos términos se pronuncian DE LA PEÑA, L. y LOPEZ FRIAS, J. (2013, 48).

⁴³ Término utilizado por SÁNCHEZ GÁLVEZ, F. (2019) disponible [En línea] <https://www.laley.es>, 17 de diciembre de 2019.

⁴⁴ Así, CUENA CASAS, M.T. (2019) al hablar de la LCCI afirma que «el legislador “se olvida” de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la Directiva UE 2014/17 es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria —regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad— a ser mecanismo de protección del cliente bancario. Con la nueva regulación europea se pretende responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCCI, cosa que no ha sucedido». CARRASCO PERERA, A.— (en la introducción de la obra colectiva dirigida por él— (2019, 5) se refiere a la LCCI como «macedonia normativa plagada de inconsistencias» que pretende ser una transposición de la Directiva UE 2014/17 pero no se parece a ella.

CUENA CASAS, M. T. (2017, 281-416) en *Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito. La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coordinado por CUENA CASAS, M. T. y ALCANIZ MIÑANO, V.) Thomson-Reuters Aranzadi, ya se adelantaba a muchos de los aspectos recogidos posteriormente por la LCCI en lo relativo a evaluación de la solvencia y a la prevención del sobreendeudamiento.

⁴⁵ Las referencias normativas principales las encontramos en la LCCI (arts. 11 y 12) y en las Circulares del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos y la 4/2017, de 27 de noviembre, a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

⁴⁶ La capacidad de repago está condicionada por multitud de variables que puedan afectar al prestatario durante la vida del contrato de préstamo, de ahí que, el análisis de la solvencia sea un proceso de evaluación multidimensional que tiene en cuenta un abanico amplio de variables que las condicionan. Dicho análisis debería hacer uso de aquellas variables que resulten mayormente determinantes en el comportamiento de pago futuro del prestatario.

⁴⁷ Como señala ÁLVAREZ OLALLA (2018,104) «préstamo irresponsable es el que se concede a un prestatario cuando este no tiene capacidad económica de devolver el préstamo. Ello debido a que el prestamista no ha realizado una correcta evaluación de la capacidad de repago o concede el préstamo a pesar de que el resultado de la evaluación es negativa». A su vez SERRANO FERNÁNDEZ (2017, 338) afirma que el «crédito responsable es el que se otorga después de valorar de forma imparcial y objetiva las necesidades y la situación financiera del prestatario, adecuándose de forma específica a dichas necesidades y situación».

⁴⁸ A este extremo se refiere el artículo 11.2 LCCI que deja margen de actuación a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, eso sí, siempre bajo la supervisión del Banco de España o de la autoridad competente de cada comunidad autónoma (si se trata de un prestamista que solo opera en el ámbito territorial de esa comunidad) tal y como establece el artículo 43 LCCI. El mismo artículo 11.2 LCCI añade que «el coste de estos procedimientos internos de evaluación no podrá repercutirse al potencial prestatario y deberán ser revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones».

⁴⁹ Obligación recogida en el artículo 12.1 párrafo 2.º de la LCCI al establecer que «el prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos».

Hay dos tipos de ficheros de solvencia, los positivos, que informan de pasivos asumidos por el deudor y que no han sido incumplidos; y los negativos, que informan de los incumplidos.

En España, como señala CUENA CASAS (2019) «el sistema de información crediticia es muy deficiente. En ocasiones, la única información con la que cuenta el prestamista es con la ofrecida por el propio deudor. Por su parte, la CIRBE ofrece una información limitada (operaciones de riesgo agregado por encima de los 9000 euros) y con un acceso restringido, puesto que solo pueden acceder las entidades financieras y, sin embargo, como ya sabemos, a los prestamistas a los que resulta de aplicación la LCCI no son solo entidades financieras sino todas las personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen la actividad de concesión de préstamos.

Hay también oficinas privadas de información crediticia pero en estos ficheros de solvencia patrimonial privados rige el criterio de reciprocidad, de modo que se limita el acceso a la información exclusivamente a las entidades que aportan datos al sistema. En cuanto al acceso a datos presentes en oficinas privadas de información crediticia debemos tener en cuenta la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En su artículo 20, regula los sistemas de información crediticia centrándose exclusivamente en los datos negativos o de incumplimiento. Se presume *ius tantom* lícito el tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias cuando se cumplan una serie de requisitos.

⁵⁰ En dicho requerimiento el prestamista le indicará «*el marco temporal en el que debe facilitar la información en cuestión*» (art. 12.1 LCCI) si no lo hace no podrá concederse el préstamo, sin perjuicio de que se le confíe un nuevo plazo.

⁵¹ Además, el prestamista podrá pedir las aclaraciones que estime oportunas sobre la información recibida, si esto fuera necesario para realizar la evaluación [esto no lo indica expresamente la LCCI pero sí lo hace la Directiva (art. 20.3)].

⁵² MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019, 233).

⁵³ Las herramientas de ordenación crediticia (*scorigns/ratings*) que las entidades financieras están utilizando son algoritmos que aglutinan una información multifactorial del cliente y que construyen internamente dichas entidades mediante el uso de técnicas estadísticas utilizando diferentes variables que se consideran relevantes para evaluar la solvencia del cliente. El análisis estadístico se realiza sobre un histórico relevante de datos de clientes y operaciones concedidas por la entidad habiendo podido observar el comportamiento crediticio durante la vida de las operaciones. Mediante la aplicación de técnicas generalmente conocidas como *machine learning* es posible identificar las variables relevante con capacidad explicativa, combinarlas con estructuras más o menos complejas que la dotan de pesos dentro del algoritmo para llegar a una puntuación o *score* que resulta ser una evaluación de la probabilidad que se produzca una situación de falta de solvencia del prestatario.

⁵⁴ *Vide* la Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004.

⁵⁵ Al respecto, la disposición adicional décima de la LCCI remite a una regulación posterior por parte del Gobierno que deberá aprobarse en el plazo de seis meses y que versará sobre la homologación de los profesionales que pueden realizar tasaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 13 LCCI y, además, el Ministerio de Economía y Empresa evaluará, dentro de ese mismo plazo, la conveniencia de modificar la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, con la finalidad de añadir a las ya previstas otras tipologías de tasación más avanzadas.

⁵⁶ En la Directiva (art. 18.3) se utiliza la expresión «valor del bien inmueble» en lugar de «valor de garantía». Aquella, como señala CARRASCO PERERA (2019, 243) parece más adecuada no solo porque lo que tiene valor no es la garantía sino el bien sobre el que recae y porque, con esa expresión, quedan comprendidos no solo los préstamos garantizados con garantía real sino todos aquellos que tengan por finalidad adquirir o

conservar un inmueble. El nivel mínimo de armonización exigido por la Directiva hace que, a pesar del silencio de la LCCI en este sentido, también se apliquen a estos préstamos —sin garantía real— la regla del artículo 11.3 LCCI.

⁵⁷ Si lo deniega, deberá informar por escrito de los motivos al potencial prestatario y al fiador o avalista, si los hubiere, de ese resultado. Si la denegación se basa en una consulta de una base de datos entregará una copia del resultado y le informará del derecho que tiene a acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en esa base.

⁵⁸ Artículo 11.5 LCCI «*El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato*».

⁵⁹ Entre otros, DÍAZ ALABART, S (2015, 54); ARROYO AMAYUELAS, E. (2019, 20).

⁶⁰ CUENA CASAS (2019) afirma que lo dispuesto en el artículo 11.5 LCCI «es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas como para que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo».

⁶¹ Esta prohibición aparece recogida en el Código de consumo de Cataluña, artículo 263.2 apartado 4, cuando establece expresamente que «el prestamista no puede conceder el préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo». Y es, además, la idea que más se corresponde con una interpretación literal del artículo 18.5 de la Directiva y al 11.5 LCCI.

⁶² Un sector doctrinal entiende que la acción de indemnización de daños no es un mecanismo útil para tutelar al prestatario —ÁLVAREZ OLALLA, P. (2018,114), CUENA CASAS, M. (2019)— y más si tenemos en cuenta las pocas probabilidades que hay de que un prestatario en estado de insolvencia inicie un procedimiento judicial contra el prestamista para exigir responsabilidad civil».

⁶³ MARÍN LÓPEZ, J.M. (2019, 233).

⁶⁴ Recordemos que la LCCI a lo que obliga al prestamista es a informar (por escrito y de forma motivada) de que no concederá el préstamo solicitado, pero no a entregar el informe de evaluación, de ahí la dificultad a la hora de comprobar cómo ha actuado el prestamista.

⁶⁵ MARÍN LÓPEZ (2019, 234) concluye que «la regulación de la evaluación de la solvencia en la LCCI es innecesaria e insuficiente. Innecesaria porque la mayoría de las reglas contenidas en la Ley ya existían en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que la LCCI extiende ahora la obligación de evaluar a los prestamistas que no son entidades de crédito. Y es insuficiente porque no diseña un adecuado sistema de sanciones jurídico-civiles que desincentiven el incumplimiento del prestamista».

⁶⁶ A este extremo se refiere la Directiva (considerando 57) «el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito» pero no lo recoge la LCCI.

⁶⁷ Consideramos que esta solución es la correcta si tenemos en cuenta que el prestamista es un profesional obligado a evaluar la solvencia que debe actuar con la diligencia debida y que, por tanto, será el responsable de las omisiones que el solicitante cometa en la información facilitada.

⁶⁸ MARÍN LÓPEZ (2019, 237) critica el uso de los términos «*modificar y rescindir*». El primero le causa perplejidad y se cuestiona si lo que hay que modificar es el importe del capital prestado tras averiguar que el solicitante ha facilitado datos falsos y su solvencia no era tan elevada. Por lo que respecta al término rescisión, también lo califica de desafortunado pues en puridad no se trata de tal supuesto. La única solución correcta sería la de resolver el contrato ante el incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de suministrar la información correcta al prestamista para la evaluación de su solvencia.

⁶⁹ Es el caso de EEUU donde se ha creado la Oficina federal de Protección Financiera del Consumidor (*Consumer Financial Bureau*, CFB) que tiene legitimación procesal para ejercitar las acciones necesarias contra las entidades que no cumplan las normas y además potestad sancionadora.

⁷⁰ Disposición adicional primera. Autoridad independiente para velar por la protección y transparencia en la contratación inmobiliaria. Las quejas y reclamaciones que presenten los potenciales prestatarios, prestatarios o garantes que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos de esta Ley, de sus normas de desarrollo, de los estándares o de las buenas prácticas y usos financieros que resulten aplicables, serán resueltas por la entidad de resolución de litigios de consumo en el sector financiero a la que hace referencia la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁷¹ *Vide*, entre otros, CUENA CASAS (2019).

*(Trabajo recibido el 15-1-2020 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Respaldo del Sector Público a las
alternativas Fintech de financiación
para promotores y constructores:
estudio comparado de la fiscalidad
del *Crowdfunding*

*Public Sector Support for Fintech
financing alternatives for developers
and builders: a comparative study
of Crowdfunding taxation*

por

SOFÍA BORGIA SORROSAL

*Directora de los Grados de Derecho y de Derecho + Criminología
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: En un contexto de crisis económica el sector inmobiliario, como principal motor de la economía, necesita que los poderes públicos adopten medidas que faciliten el acceso al crédito a los demandantes de vivienda propiciando así la colocación de sus productos en el mercado.

Por otra parte, promotores y constructores llevan tiempo reclamando medidas complementarias de estímulo a los nuevos sistemas alternativos de financiación que faciliten el flujo del crédito también a las empresas.

El presente trabajo hace un breve repaso de las principales medidas adoptadas por algunos países de nuestro entorno para facilitar el acceso al

crédito de los demandantes de vivienda. Sin embargo donde verdaderamente se centra este estudio es en el análisis del *Crowdfunding* como posible sistema alternativo de financiación para promotores y constructores.

En los siguientes apartados se revisa la fiscalidad del *Crowdfunding* y se lleva a cabo un estudio comparado de los incentivos fiscales adoptados por algunos países europeos para impulsar este sistema alternativo de financiación. Asimismo, se revisan los principales riesgos y dificultades que acompañan al *Crowdfunding* y que pueden suponer un obstáculo para su desarrollo e implantación.

ABSTRACT: In a context of economic crisis, the real estate sector, as the main engine of the economy, needs public authorities to adopt measures to facilitate access to credit for housing claimants, thus facilitating the placing of their products on the market. On the other hand, promoters and builders have for some time been calling for complementary measures to encourage new alternative financing systems to facilitate the flow of credit also to companies. This paper provides a brief overview of the main measures taken by some countries in our environment to facilitate access to credit for housing claimants.

However, where this study really focuses is on the analysis of Crowdfunding as a possible alternative financing system for developers and builders.

The following sections review the taxation of Crowdfunding and carry out a comparative study of the tax incentives adopted by some European countries to promote this alternative financing system. It also reviews the main risks and difficulties that accompany Crowdfunding and that can be an obstacle to its development and implementation.

PALABRAS CLAVE: *Crowdfunding* inmobiliario. Incentivos fiscales. Sistemas alternativos de financiación. *Equity Crowdfunding*. *Crowdlending*, *Fintech*.

KEY WORDS: *Real estate Crowdfunding*. *Tax incentives*. *Alternative financing systems*. *Equity Crowdfunding*. *Crowdlending*, *Fintech*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPALES MEDIDAS ADOPTADAS EN ITALIA, FRANCIA Y REINO UNIDO PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDA TRAS LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008: 1. ITALIA: A) *Leasing de vivienda*. 2. FRANCIA: A) *Préstamo a interés 0 (PTZ)*. B) *La caución como sistema de garantía*. 3. REINO UNIDO: A) *El «Préstamo de Equidad»*.—III. ALTERNATIVA DE FINANCIACIÓN PARA CONSTRUC-

TORES Y PROMOTORES: EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO O REAL ESTATE: 1. *CROWDFUNDING* DE EQUIDAD O *EQUITY CROWDFUNDING*. 2. *CROWDFUNDING* DE PRÉSTAMO O *CROWDLENDING*. 3. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL *CROWDFUNDING*. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA.—IV. LA POLÍTICA FISCAL COMO APOYO DEL SECTOR PÚBLICO A LAS *FINTECH* Y EN CONCRETO AL *CROWDFUNDING*: 1. FISCALIDAD DEL *CROWDLENDING*: A) *Tributación del prestatariol/promotor persona física*. B) *Prestatariol/promotor persona jurídica*. C) *Tributación del prestamistal/inversor*: a. Prestamista/inversor persona física. b. Prestamista/Inversor persona jurídica. 2. FISCALIDAD DEL *EQUITY CROWDFUNDING*: A) *Tributación para el promotor persona jurídica*. B) *Tributación de los inversores*: a) Inversor persona física. b) Inversor persona jurídica. 3. INCENTIVOS FISCALES ESPECIALMENTE PENSADOS PARA EL *CROWDFUNDING* EN ESPAÑA. 4. TRATAMIENTO FISCAL DEL *CROWDLENDING* Y DEL *EQUITY CROWDFUNDING* EN: REINO UNIDO, FRANCIA, ITALIA Y BÉLGICA: A) *Reino Unido*. B) *Francia*. C) *Italia*. D) *Bélgica*.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la crisis económica de 2008, uno de los principales problemas a los que se enfrentó el sector inmobiliario en su conjunto, es el de la falta de financiación¹, problema que previsiblemente se verá agravado en 2020/21 tras la pandemia mundial provocada por el COVID-19.

Durante estos años los gobiernos de los distintos países europeos han intentado garantizar el acceso a la vivienda de los ciudadanos ideando fórmulas que faciliten el acceso al crédito de los demandantes de vivienda. En este sentido, en Europa destacan medidas como las introducidas por Italia, Francia o Reino Unido que analizaremos en el siguiente apartado.

Si bien es cierto que a promotores y constructores les benefician todas la medidas encaminadas a facilitar el flujo de crédito a los adquirentes, se echan de menos medidas más directas a favor de este sector económico, que en España ha sido y es uno de los principales motores de nuestra economía².

Cada vez son más las empresas que buscan fuentes de financiación alternativas a las vías tradicionales de obtención del crédito³.

En este sentido, el *Crowdfunding* inmobiliario es un concepto relativamente nuevo⁴, que aplica la lógica *fintech* a la recaudación de capital para inversiones inmobiliarias. El capital recaudado se utiliza para comprar, desarrollar o renovar un activo inmobiliario con el objetivo de un uso o transacción posterior. Gracias a la naturaleza del mecanismo de *Crowdfunding*, los usuarios pueden diversificar sus carteras invirtiendo en diversas propiedades.

El *Crowdfunding* podría suponer un balón de oxígeno para los promotores de proyectos inmobiliarios, que lo podrían utilizar como sistema de financiación alternativo y complementario⁵ a los sistemas tradicionales.

II. PRINCIPALES MEDIDAS ADOPTADAS EN ITALIA, FRANCIA Y REINO UNIDO PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDA TRAS LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008

1. ITALIA

A) *Leasing de vivienda*

En plena crisis económica y ante la dificultad de los ciudadanos para acceder al crédito y, por tanto a la adquisición de vivienda habitual, Italia apostó por el *leasing* de vivienda principal como alternativa a las vías de acceso tradicionales. En 2016 la Ley de Estabilidad Italiana⁶ introdujo modificaciones en el ámbito civil y tributario para regular un *leasing* de vivienda habitual⁷.

Esta forma alternativa de acceder a la vivienda se instrumenta a través de un contrato de arrendamiento, que firma el futuro comprador con el banco o intermediario financiero que compra o tiene inmuebles de su propiedad. Este contrato implica el pago de una cuota por periodo determinado, pasado el cual se podrá adquirir la propiedad de la vivienda por el precio previamente pactado⁸.

Este arrendamiento va acompañado de una deducción en el IRPF de 19% de los gastos incidentales resultantes del contrato de *leasing* con el límite de 8000€ anuales. El precio de rescate de la vivienda será por importe no superior a 20.000€.

Esta medida iba a estar en vigor, en principio, desde el 1 de enero del 2016 hasta el 31 de diciembre de 2020. Sin embargo el gobierno italiano está planteándose la ampliación de esta y otras medidas ante la crisis económica que se cierne a nivel mundial a raíz del COVID-19.

Para poder acceder a este tipo de contrato:

- El inmueble debe ser utilizado como residencia principal en el plazo de un año tras la entrega.
- En el momento de la celebración del contrato la persona interesada debe tener menos de 35 años, unos ingresos inferiores a 55.000 euros y no ser propietario de ninguna otra vivienda.

Asimismo, está previsto un *leasing* residencial para mayores de 35 años que no tengan ingresos superiores a 55.000€⁹. En estos casos la deducción anual del IRPF tiene un límite de 4000€ y no de 8000€ y el precio de rescate de la vivienda está fijado en 10.000€.

La vigencia de esta medida abarca también desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2020.

2. FRANCIA

A) *Préstamo a interés 0 (PTZ)*

En Francia destaca la creación del llamado «préstamo a interés 0 (PTZ)».

En enero de 2011 se eliminó en Francia la deducción por inversión en vivienda y se introdujo el llamado PTZ; préstamo sin intereses¹⁰.

Para poder dar este tipo de préstamos las entidades financieras deben haber firmado un convenio con el Estado. El interesado elige la entidad financiera que más le convenza y, por su parte, la entidad prestamista revisará libremente la solvencia y las garantías del prestatario; y no tiene la obligación de concederle el PTZ si no cubre las garantías exigidas.

La concepción de este préstamo sin intereses fue evolucionando y en 2016 se ampliaron considerablemente los techos de renta de los contribuyentes que quieren optar a ese tipo de préstamo para adquirir su vivienda habitual¹¹.

Las entidades financieras conceden préstamos a interés 0 a quienes, cumpliendo una serie de requisitos, vayan a adquirir su primera vivienda. Estos préstamos a interés 0, solo podrán financiar una parte de la compra, siendo el tope máximo el 40% del precio de la operación.

Por otra parte, hay que señalar que una persona beneficiaria de un préstamo sin interés puede vender su vivienda y traspasar el préstamo para la adquisición de la nueva vivienda.

Por último, el plazo en que los beneficiarios deben devolver el préstamo depende de su volumen de renta, de la composición del hogar y de la zona en la que hayan adquirido su vivienda. El plazo se extiende de 20 a 25 años según el caso, y comprende 2 períodos: un período diferido, durante el cual no se reembolsa préstamo (este tiempo será de 5, 10 o 15 años dependiendo del volumen de renta del prestatario), y segundo periodo de reembolso, que varía entre 10 y 15 años.

Por el momento este tipo de préstamo está en vigor hasta diciembre de 2021 en Francia.

B) La caución como sistema de garantía

En Francia se está utilizando la caución como sistema de garantía bancaria alternativo a la hipoteca. Este tipo de garantía es ahora mismo el sistema más utilizado en este país. Consiste en una garantía bancaria suscrita en el momento de adquirir la vivienda. Se trata de un servicio más barato que la hipoteca y mucho menos burocrático¹².

La garantía bancaria puede estar prestada por una persona física (familiar o amigo) o una persona jurídica (empresa dedicada a prestar este tipo de garantías).

El coste de la garantía bancaria prestada por el Fondo de Garantía Recíproca (FMG¹³) se paga al inicio del préstamo, y supone un promedio de 1,5% de la cantidad del préstamo. Este precio, que incluye la comisión de garantía y la participación en el FMG, puede ser recuperado parcialmente por el cliente al finalizar el préstamo.

3. REINO UNIDO

A) El «Préstamo de Equidad»

Este préstamo implantado en Reino Unido¹⁴ es, en nuestra opinión, una medida innovadora y eficaz para solventar el problema de financiación de muchos adquirentes de vivienda.

Estos préstamos, que en un principio solo iban a estar vigentes hasta abril de 2016, están abiertos a todos los propietarios potenciales y existentes, sin límite salarial ni de ingresos, hasta 2021.

Este esquema permite obtener una hipoteca con solo un depósito del 5%, siempre que la vivienda cueste menos de 600.000 libras.

El Gobierno es quien presta el 20%¹⁵ del valor de una propiedad en forma de un préstamo de capital a bajo interés. El sujeto beneficiario tendrá que aportar un depósito del 5% y asegurar una hipoteca para cubrir el otro 75% del coste de la propiedad. Los requisitos son:

- Que se adquiriera una vivienda de nueva construcción.
- El precio no puede superar las 600.000 libras en Inglaterra (o las 300.000 en Gales).
- No tener ninguna otra vivienda en propiedad.
- No cederlo en arrendamiento después de la adquisición.
- La venta debe realizarla un constructor registrado como constructor de ayuda para la compra.

III. ALTERNATIVA DE FINANCIACIÓN PARA CONSTRUCTORES Y PROMOTORES: EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO O REAL ESTATE

En un contexto de crisis económica mundial como la que hemos vivido y previsiblemente vamos a vivir en los próximos años, no solo los adquirentes de vivienda tienen problemas para acceder al crédito, también promotores y constructores se ven abocados a la búsqueda de fuentes de financiación alternativa.

Dentro del *Crowdfunding* de inversión encontramos el *Crowdfunding* inmobiliario, o *Real Estate*, como un método relativamente nuevo de financiación colectiva.

La recaudación se realiza mediante Plataformas de Financiación colectiva a través de las cuales los inversores realizan distintas aportaciones dinerarias destinadas a la adquisición o rehabilitación de inmuebles con el objeto de obtener un beneficio a través del alquiler o venta del mismo.

El factor diferencial del *Crowdfunding* inmobiliario está en la posibilidad de que los pequeños inversores participen en la financiación y los beneficios de grandes proyectos inmobiliarios a través de una plataforma tecnológica¹⁶.

Estas plataformas permiten a los inversores invertir en la adquisición de inmuebles sin tener que tratar con otros intermediarios.

En su lugar, la plataforma de financiación colectiva es quien se ocupa de realizar las operaciones y gestiones necesarias para garantizar el éxito de la operación.

Hasta hace poco, la inversión en negocios inmobiliarios era algo que no estaba al alcance de todo el mundo. Ahora, con la financiación colectiva de bienes inmuebles, surge una nueva forma de invertir en promociones inmobiliarias permitiendo la entrada a pequeños inversores que, con los métodos tradicionales de inversión, nunca habrían podido acceder a este tipo de negocio. Son las nuevas tecnologías y la digitalización las que están ayudando a democratizar las inversiones inmobiliarias.

En el *Crowdfunding* intervienen tres actores principales: el promotor del proyecto, los inversores que van a financiarlo y un organismo que pone en contacto a promotores e inversores a través de una plataforma digital (P2P).

El *Crowdfunding* se basa en financiar proyectos de todo tipo utilizando la fuerza que pueden reunir multitud de personas a través de plataformas digitales.

Para comprender mejor las formas de invertir en estos proyectos inmobiliarios hay que saber que existen diferentes tipos de inversiones inmobiliarias de *Crowdfunding* disponibles, entre las que destacan las dos que comentamos a continuación.

1. CROWDFUNDING DE EQUIDAD O EQUITY CROWDFUNDING

Existen distintas formas de realizar la inversión mediante *Crowdfunding*. En España la más frecuente es la adquisición de acciones, para lo cual se crea una sociedad, normalmente una S.L. En este caso, los inversores eligen el proyecto inmobiliario que más atractivo les parece para invertir, se registran en la plataforma y formalizan la inversión, mediante transferencia bancaria o pago en línea.

Una vez que el proyecto recauda el 100% del capital solicitado para llevar a cabo la compra o rehabilitación del inmueble, se realiza la suscripción de acciones en la nueva S.L. De ese modo, los distintos inversores pasan a participar en el capital de la sociedad en función de la cuantía invertida, siendo la sociedad la que adquiere el inmueble. En caso de no alcanzar el capital necesario para llevar a cabo el proyecto se devuelve el dinero a los inversores.

Los inversores reciben su parte de las ganancias de forma trimestral o anual. Este sistema permite mayores ingresos potenciales, pero no está exento de riesgo para los inversores que, al ser propietarios del proyecto, pasan a ser los últimos en el orden de cobro.

Asimismo existe riesgo de falta de liquidez, puesto que las acciones en compañías más pequeñas o en la etapa inicial no son líquidas y están sujetas a volatilidad. Los inversores pueden tener dificultades para acceder a su dinero después de la inversión.

2. CROWDFUNDING DE PRÉSTAMO O CROWDLENDIG

El «*Crowdlending*» o préstamo colectivo es uno de los modelos más importantes de financiación alternativa en el que el capital requerido para un proyecto o negocio es proporcionado por diferentes prestamistas privados. Son préstamos P2P que se conceden mediante plataformas cuya función es poner en contacto a usuarios que necesitan financiación con inversores que buscan rentabilidad para sus ahorros sin tener que acudir a entidades bancarias.

El *Crowdlending* consiste en prestar dinero a individuos o empresas a través de plataformas en línea que relacionan directamente a prestamistas con prestatarios, sin pasar por los bancos u otras instituciones financieras.

Las compañías de préstamo público generalmente operan en línea, por lo que pueden operar con gastos generales más bajos y proporcionar el servicio a un precio más económico que las instituciones financieras tradicionales. De este modo:

- Los prestatarios pueden pedir dinero prestado a tipos de interés más bajos.
- Los inversores o prestamistas reciben una mayor rentabilidad en comparación con otros productos financieros como depósitos a plazo u otros tipos de inversión ofrecidos por los bancos.
- Las plataformas de préstamos P2P obtienen sus beneficios del servicio de intermediación entre promotores e inversores.

El funcionamiento de esta modalidad es similar al de un contrato bancario, siendo el prestamista una persona física o jurídica y no una entidad financiera.

En este caso los inversores realizan un préstamo a una sociedad que es la que va a llevar a cabo el proyecto inmobiliario. La contraprestación al inversor consiste en el reintegro, en un plazo previamente pactado, del dinero prestado más unos intereses previamente establecidos¹⁷; si bien en algunos casos es posible obtener una devolución adicional vinculada a la venta de la propiedad.

De esta forma, el inversor no recibe acciones en la propiedad como en el *Equity Crowdfunding*, sino un rendimiento fijo basado en un tipo de interés pactado y la cantidad de dinero prestado. La forma en que el inversor obtiene el dinero puede variar dependiendo de si el préstamo es a corto o a largo plazo.

Los principales riesgos de esta modalidad son:

- El atraso en los pagos: no hay certeza de que los prestatarios puedan reembolsar a los inversores a tiempo.
- La falta de una garantía tan sólida como la hipoteca: las plataformas de *Crowdfunding* no pueden registrar una hipoteca sobre el activo. La empresa que toma prestado el dinero adquiere la propiedad de los activos y lo otorga como garantía hipotecaria a un Vehículo de Propósito Especial (SPV¹⁸, en inglés) que lo tiene como garantía para todos los prestamistas.

Ante esta situación, muchas plataformas de financiación colectiva de bienes inmuebles están ofreciendo la posibilidad de hacer inversiones combinadas de capital y deuda para ofrecer a los inversores opciones de inversión más seguras, permitiendo obtener rendimientos más altos con riesgos mucho más bajos.

3. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CROWDFUNDING

Como afirma MORENO SERRANO (MORENO SERRANO, 2017, 123)¹⁹, el término *Crowdfunding* no tiene traducción legal. Ninguna de las

formas de financiación que se esconden tras la palabra *Crowdfunding* es nueva (donaciones, recompensas, préstamos, adquisición de acciones), lo novedoso es la presencia de la tecnología, de internet, que da a conocer el proyecto y permite, mediante la intermediación, la participación en el mismo de un gran número de personas.

Podemos decir que el *Crowdfunding* permite hacer de un modo distinto cosas que jurídicamente ya existían.

Teniendo en cuenta que no existe una regulación estándar para el *Crowdfunding* a nivel mundial, ha sido necesario un entorno regulado para el desarrollo de los mercados locales.

Desde 2012, algunos países han adoptado regulaciones restrictivas como EE.UU.²⁰, Alemania o Francia, mientras otros países como el Reino Unido han optado por regulaciones más permisivas. Sin embargo, en la mayoría de los países las regulaciones existentes permiten el *Equity Crowdfunding* o *Crowdfunding* de capital, que es uno de los más utilizados en el ámbito inmobiliario.

El nivel de implantación del *Crowdfunding* a nivel mundial es muy distinto. De acuerdo con un estudio realizado por Universo *Crowdfunding* en 2017, España recaudó por este medio 113 millones de euros, frente a los 4.300 millones de Reino Unido o los 19.000 millones de EE.UU.

Un estudio realizado un año después demuestra que la financiación participativa sigue creciendo en España con un incremento del 62,12% respecto de las cifras de 2017²¹.

En el mercado europeo el *Crowdfunding* de inversión inmobiliaria es relativamente joven y se caracteriza por la necesidad de atracción de nuevos inversores y por la demanda de sistemas de financiación alternativa debido a la brecha del mercado.

Actualmente los países europeos que más han desarrollado este modelo de financiación inmobiliaria son Gran Bretaña, Francia y Alemania.

En Europa, las diferencias entre las normas de los distintos estados miembros son tantas que obstruyen la prestación transfronteriza de servicios de *Crowdfunding*; y esto tiene un efecto directo en el funcionamiento del mercado interno de dichos servicios. El hecho de que el marco legal esté fragmentado a lo largo de las fronteras nacionales incrementa los requisitos de cumplimiento legal para los inversores, que a menudo se desaniman ante las dificultades que encuentran y que son desproporcionadas en relación al tamaño de su inversión. Al mismo tiempo, el riesgo de fraude retrae en muchas ocasiones a los inversores que dejan pasar oportunidades de negocio exitosas por miedo a no recuperar su inversión. En este sentido, es fundamental como señala SIGAR, (SIGAR, 2012, 482-484)²² trabajar en la elaboración de un protocolo de buenas prácticas para las plataformas. La falta de transparencia y la no rendición de cuentas aumenta el riesgo que

asumen los inversores, lo que se traduce en una asimetría de información que tiene un impacto muy negativo en la consolidación del *Crowdfunding* como sistema alternativo de financiación.

Algunos autores (AGRAWAGL y CATALINI, 2014, 18-19)²³ explican que los principales problemas del *Crowdfunding* en Europa son la falta de competencia de algunos promotores, el fraude y la falta de garantías a los inversores. En esta misma línea se pronuncia una parte de la doctrina (HAZEN, 2012, 1757)²⁴ en EE.UU. sobre los cambios legislativos causados por el crecimiento del *Crowdfunding* y la necesidad de proporcionar un nivel adecuado de protección para los inversores.

Todo lo anterior provoca que las operaciones de *Crowdfunding* se hayan mantenido en muchos casos en un ámbito nacional en detrimento de un mercado de *Crowdfunding* único para toda la Unión Europea²⁵. Se ha afirmado (VALANCIENE y JEGELEVICIUTE, 2013, 41-42)²⁶ que es preciso aprobar un marco legal a nivel europeo que permita la financiación de proyectos que superen los 5 millones de euros. Estas restricciones son incoherentes con el espíritu de la eurozona que comparte una moneda única y permite el comercio transfronterizo. Por otra parte, si a una legislación restrictiva le sumamos la falta de incentivos fiscales, nos encontramos con un lento crecimiento del *Crowdfunding*, lo que entra en conflicto con el objetivo de Europa 2020 que recoge la necesidad de fomentar el espíritu empresarial y habla del *Crowdfunding* como un instrumento de interés al servicio de este objetivo²⁷.

Una regulación del *Crowdfunding* a nivel europeo aumentaría el número de inversores y la recaudación de fondos transfronteriza, donde confluirían numerosos inversores y empresas de nueva creación.

En este sentido, es esperanzador el acuerdo al que llegaban el 19 de diciembre de 2019 el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE sobre la redacción de un Reglamento Europeo de proveedores de servicios de *Crowdfunding* con el objeto de facilitar el acceso de las empresas de nueva creación a fuentes de financiación alternativa²⁸.

La propuesta legislativa establece una armonización normativa, que sustituirá a las nacionales y que otorga mayor protección y seguridad jurídica a los inversores. Con este objetivo los veintiocho han planteado una serie de reglas de autorización y supervisión para las autoridades nacionales competentes, que deberán ser de obligado cumplimiento en todos los países miembros, entre las que cabe destacar las que comentamos a continuación:

— La creación por parte de la AEVM²⁹ de un registro público y actualizado de todos los proveedores de servicios de *Crowdfunding* que operen en la Unión.

— La propuesta normativa afectaría a las campañas de *Crowdfunding* de hasta 5 millones de euros durante un periodo de 12 meses, aunque los estados miembros pueden establecer umbrales inferiores en su regulación³⁰.

— Distinción entre inversores sofisticados y no sofisticados a los que los estados miembros podrán imponer restricciones sobre la cantidad máxima a invertir en un proyecto³¹. Los inversores que tengan la experiencia, el conocimiento y la capacidad financiera necesaria serán considerados sofisticados y no estarán sujetos a tales límites.

— Mayor protección de los inversores no sofisticados mediante el establecimiento de un periodo de reflexión en el que un inversor de este tipo puede retractarse del compromiso de inversión aceptado sin penalización alguna.

— Obligación de los proveedores de servicios *Crowdfunding* de proporcionar a los posibles inversores una hoja con información clave sobre las inversiones. En esta hoja de información clave, debe advertir a los posibles inversores que el entorno de inversión en el que han entrado conlleva riesgos que no están cubiertos ni por el esquema de garantía de depósitos ni por el esquema de compensación para inversores.

Puesto que los propietarios del proyecto son quienes mejor conocen las características del mismo, deben ser ellos quienes redacten la hoja de información de inversión. Sin embargo, los prestadores del servicio deben asegurarse de que la hoja cumple con los requisitos mínimos establecidos y la información es clara y completa.

— Obligación de los estados miembros de designar un único punto de contacto para gestionar la comunicación con la AEVM y las autoridades competentes de toda la Unión, lo que permitiría una cooperación administrativa transfronteriza efectiva.

Como hemos visto en este apartado, una de las cuestiones que más preocupa a los legisladores es la prestación de garantías al inversor.

En este sentido, el *Crowdfunding* puede encontrar solución a este problema en la tecnología *Blockchain*³². Esta tecnología minimiza las posibilidades de engaño y de publicación de contenidos fraudulentos. La seguridad, la eficiencia y la asequibilidad de esta tecnología permite el registro de las operaciones llevadas a cabo mediante *Crowdfunding*, lo que mejora la reputación de la plataforma y da seguridad a los inversores.

El *Blockchain* tiene una capacidad inigualable para poner en contacto, de forma segura, a promotores e inversores minimizando la burocracia de los modelos tradicionales de organizaciones de certificación³³.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

En España las inversiones inmobiliarias mediante *Crowdfunding*, están reguladas por la Ley 5/2015 de 27 de abril de Fomento de Financiación

Empresarial, que establece una serie de medidas de protección a los inversores tanto profesionales como no profesionales.

La legislación española distingue entre inversores acreditados y no acreditados.

Los requisitos para ser considerado un Inversor Acreditado son los siguientes:

1. Tener unos ingresos anuales superiores a 50.000€ o un patrimonio financiero superior a 100.000€.

2. Solicitar ser considerado como inversor acreditado, renunciando a su tratamiento como inversor no acreditado. También tendrán la consideración de inversor acreditado las personas físicas o jurídicas que acrediten la contratación del servicio de asesoramiento financiero sobre los instrumentos de financiación de la plataforma por parte de una empresa de servicios de inversión autorizada.

Finalmente, los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones:

- Que el total de las partidas de su activo sea igual o superior a 1 millón de euros.
- El importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 2 millones de euros.
- Que sus recursos propios sean iguales o superiores a 300.000 euros.

Por otra parte la Ley establece una serie de límites a los inversores no acreditados para poder invertir. De modo que un inversor no acreditado no puede invertir en España más de 3000€ por proyecto, y no más de 10.000€ en un periodo de doce meses. Estos límites a la inversión en proyectos de *Crowdfunding* nos parecen cuando menos excesivos, si pensamos que en el régimen de aplicación a las inversiones bursátiles la Ley no impone en principio limitación alguna al volumen invertido en estos productos, que pueden entrañar más riesgos y ser más volátiles.

La Ley trata a estos inversores como si fuesen consumidores y en el momento que participan en un proyecto de *Equity Crowdfunding* pasan a ser accionistas de una empresa. De hecho la propia Ley 5/2015 establece que este tipo de inversión no está garantizada con los fondos de garantía, por lo que carece de sentido que pretendamos otorgar mayores garantías a algo que no está garantizado.

En cuanto al proyecto, la Ley no permite que se puedan conseguir más de dos o cinco millones de euros, dependiendo de si invierten inversores acreditados o no acreditados.

Estos límites, que tienen su justificación en la protección a los inversores y en la responsabilidad de la CNMV o del Banco de España, son el mayor obstáculo para sacar adelante determinados proyectos de *Crowdfunding* en España. Esta normativa puede llevar a los inversores a buscar otros países para invertir en los que la legislación sea más flexible o más interesante desde el punto de vista fiscal.

Durante la tramitación de la norma en España, agentes del sector pusieron de manifiesto su disconformidad con los límites de recaudación, lo que impediría construir grandes edificios y rascacielos mediante este sistema de financiación.

IV. LA POLÍTICA FISCAL COMO HERRAMIENTA DE APOYO A LAS *FINTECH* Y EN CONCRETO AL *CROWDFUNDING*

Los incentivos fiscales pueden definirse como disposiciones especialmente diseñadas por los gobiernos para proporcionar un tratamiento fiscal más favorable a ciertas actividades, proyectos de inversión o contribuyentes, en comparación con las disposiciones de aplicación general.

Estas disposiciones especiales pueden tomar formas diversas, siendo las deducciones y la compensación de pérdidas algunas de las más comunes en los países desarrollados. Sin embargo, los esquemas de estímulo fiscal para un determinado negocio jurídico varían considerablemente de un país a otro.

Los incentivos fiscales pueden aplicarse en diferentes etapas del ciclo de vida de la inversión. En este sentido podemos distinguir:

1. Incentivos fiscales por adelantado para el inversor sobre la cuantía total invertida.
2. Incentivos fiscales sobre los ingresos recibidos y el rendimiento de la inversión (dividendos) y tratamiento de las pérdidas³⁴.
3. Incentivos fiscales en la venta o enajenación de los activos adquiridos (ganancias de capital, impuestos sobre sucesiones o donaciones).

De la seguridad jurídica que se otorgue a todas las partes intervinientes en el negocio y de los incentivos fiscales diseñados por los poderes públicos dependerá el éxito de estos nuevos sistemas de financiación alternativos³⁵.

Sin embargo, (MARTÍNEZ MUÑOZ, 2015, 74)³⁶, lo cierto es que la normativa tributaria española no ha integrado todavía la existencia del *Crowdfunding* como nueva forma de financiación, ni la necesidad de incen-

tivarla o protegerla a través de la introducción de beneficios fiscales, como sí han hecho otros países de la UE.

El *Crowdlending* es, junto a la modalidad de *Equity-Crowdfunding*, las dos formas de *Crowdfunding* compatibles con la financiación de proyectos inmobiliarios.

A continuación se detalla la fiscalidad que en España tienen las operaciones de *Crowdlending* y de *Equity Crowdfunding*, tanto para el promotor como para el inversor.

1. FISCALIDAD DEL *CROWDLENDING*

A) *Tributación del prestatariopromotor persona física*

Las cantidades entregadas al prestatario por los inversores no constituyen obtención de renta a efectos del IRPF, puesto que el promotor debe devolver dichas cantidades más los intereses³⁷. De modo que no deberán ser integradas en la base imponible del impuesto.

Lo que sí debe hacer el promotor que opere en territorio español es practicar las correspondientes retenciones sobre los intereses pagados al prestamista (actualmente del 19%).

B) *Prestariopromotor persona jurídica*

Las implicaciones fiscales para la empresa que obtiene financiación a través de *Crowdlending* son similares a las que se derivan de la solicitud de un préstamo bancario. La diferencia es que en el caso del *Crowdlending* nos encontramos con una pluralidad de prestamistas. Los intereses a pagar por esos préstamos serán deducibles en el Impuesto de Sociedades como gastos financieros.

C) *Tributación del prestamista/inversor*

La tributación variará, dependiendo de si es una persona física o una persona jurídica.

En todo caso, las retribuciones recibidas se consideran ingresos financieros y deben ser declarados en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), si hablamos de personas físicas, o en el Impuesto sobre Sociedades (IS), si hablamos de personas jurídicas.

a) Prestamista/inversor persona física

Cuando el prestamista es persona física los rendimientos derivados de la cesión de capitales a terceros, como ocurre en el *Crowdfunding*, tributan en el IRPF como rendimientos del capital mobiliario.

Estos rendimientos se integran en la llamada base del ahorro y tributan al 19%, el 21% o el 23%³⁸.

Por otra parte, los beneficios derivados de la cesión de capital están sujetos a retención, actualmente del 19%, por parte del prestatario.

b) Prestamista/Inversor persona jurídica

Las rentas derivadas de la cesión de capitales a terceros tributarán en el IS al tipo general del 25%; o al 15% durante los dos primeros años en el caso de empresas de reciente creación.

Sin embargo, cuando el prestamista reside fuera de España, en otro Estado de la Unión, no deberá declarar los ingresos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR)³⁹. Además, en este caso desaparece la obligación del promotor de practicar retenciones sobre dichos ingresos, puesto que al ser pagadas a no residentes están exentas de retención.

Por último, en cuanto a las comisiones pagadas por los prestamistas a las Plataformas, se considerarán gasto deducible, puesto que es un gasto necesario para la obtención de los ingresos.

2. FISCALIDAD DEL *EQUITY CROWDFUNDING*

A) *Tributación para el promotor persona jurídica*⁴⁰

Al igual que ocurre en el *Crowdfunding*, la recepción de cantidades destinadas a la financiación de un proyecto tiene la consideración de aportación de capital y por tanto no se integra en la base imponible del IS como rendimiento.

Por otra parte, las cantidades satisfechas a los inversores, derivadas del reparto de beneficios asociado a la participación en la empresa, son consideradas como gasto deducible para el promotor. Dichas cantidades constituyen un gasto registrable contablemente y el Impuesto sobre Sociedades parte de dicho resultado contable para llegar a la base imponible.

El promotor deberá practicar el 19% de retención sobre los beneficios que entregue al inversor partícipe.

Por último, cabe recordar que los promotores también pueden disfrutar de las deducciones que el Impuesto sobre Sociedades tiene previstas y que guardan relación directa con el *Equity Crowdfunding*.

Por su parte; la empresa emisora tributará por el valor de las acciones emitidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

B) Tributación de los inversores

La mera posesión de acciones no conlleva el pago de ningún tributo. Sin embargo, el sujeto pasivo deberá tributar por los rendimientos derivados de las mismas, ya sean dividendos o ganancia patrimonial puesta de manifiesto por la transmisión de las acciones.

No obstante, las aportaciones están limitadas por la Ley 5/2015, que establece el límite de 3000 euros en un mismo proyecto para los inversores no acreditados, y de 10.000 euros para los distintos proyectos publicados por una misma plataforma en un plazo de 12 meses.

a') Inversor persona física

En el caso de personas físicas los dividendos tributarán en el IRPF como rendimientos del capital mobiliario. Sin embargo, no parece que puedan deducirse como gastos las comisiones cobradas por la plataforma, puesto que la Ley del Impuesto sobre la Renta en su artículo 26.1 no habla de los gastos derivados de las plataformas de financiación colectiva. Esto es claramente un desincentivo a invertir a través de este tipo de plataformas protegiendo las fórmulas de inversión a través de los cauces tradicionales.

No obstante, sí se contempla una deducción en el IRPF del 30% de las cantidades invertidas en empresas de reciente creación, siendo la base máxima para la aplicación de dicha deducción de 60.000 euros al año⁴¹.

La ganancia o pérdida patrimonial puesta de manifiesto por la venta de las acciones tributará en el IRPF, en la base del ahorro. Sin embargo, la ganancia patrimonial derivada de la transmisión puede quedar exenta de tributación si, en el plazo de un año, se reinvierte en otra empresa de nueva creación que cumpla los requisitos establecidos normativamente para que la deducción sea posible⁴².

b') Inversor persona jurídica

Las personas jurídicas incluirán en la cuenta de resultados los rendimientos derivados de la tenencia de las acciones y tributarán por ellos en el IS.

Cuando los ingresos sean obtenidos por una entidad no residente en territorio español habrá que estar a lo recogido en los distintos convenios bilaterales para evitar la doble imposición, así como a lo previsto en la Ley del IRNR. De hecho esta Ley declara exentos los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, por lo que los inversores de esta modalidad de *Crowdfunding* no quedarán gravados por este impuesto.

Si el inversor decide vender las acciones la ganancia o pérdida se integrará en la base imponible del IS.

3. INCENTIVOS FISCALES ESPECIALMENTE PENSADOS PARA EL *CROWDFUNDING* EN ESPAÑA

Como se desprende de los apartados anteriores, nuestro sistema tributario no ha previsto incentivos especiales a la inversión a través de *Crowdfunding*. No obstante, la Ley del Impuesto sobre la Renta contempla la posibilidad de que los contribuyentes puedan deducirse el 30 por ciento de las cantidades satisfechas en el período por la suscripción de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación. La base máxima de esta deducción será de 60.000 euros anuales y estará formada por el valor de adquisición de las acciones o participaciones suscritas⁴³. Se trata de un estímulo fiscal para quienes inviertan en estas empresas, que no tienen por qué estar captando a sus inversores a través de una plataforma de *Crowdfunding*. Luego es un incentivo fiscal que no está pensado expresamente para la captación de financiación a través de plataformas P2P y del que se puede beneficiar cualquier tipo de inversor, siempre que la inversión cumpla con los requisitos previstos por la Ley. Asimismo, se prevé la exención de las posibles ganancias patrimoniales derivadas de la venta de dichas acciones, siempre que dicha ganancia se reinvierta en otra empresa de nueva creación que cumpla con los requisitos establecidos normativamente.

Como ocurre con el resto de pérdidas patrimoniales, en caso de que la empresa fracase el inversor podrá compensar las pérdidas con las ganancias patrimoniales de los cuatro ejercicios siguientes.

En el siguiente cuadro vemos cómo algunas comunidades autónomas han previsto deducciones similares a la contemplada en la Ley del Impuesto sobre la Renta a nivel estatal, pero tampoco las CC.AA. hacen referencia a las plataformas P2P.

DEDUCCIONES AUTONÓMICAS POR ADQUISICIÓN DE ACCIONES
O APORTACIONES A EMPRESAS DE NUEVA CREACIÓN

COMUNIDAD AUTÓNOMA	DEDUCCIÓN EN EL IRPF DE CANTIDADES INVERTIDAS	DEDUCCIÓN MÁXIMA POR EJERCICIO
Andalucía	No	
Aragón	20% de las cantidades invertidas ⁴⁴	4000€
Asturias	No	
Baleares	30% de las cantidades invertidas	6000€ por contribu- yente
Canarias	No	
Cantabria	15% de las cantidades invertidas	1000€
Castilla La Mancha	No	
Castilla León	20% de las cantidades invertidas	10.000€
Cataluña	30% de las cantidades invertidas	6000€ por contribu- yente
Extremadura	20% de las cantidades invertidas	4000€
Galicia	20% de las cantidades invertidas ⁴⁵	4000€
Madrid	30% de las cantidades invertidas ⁴⁶	6000€
Murcia	20% de las cantidades invertidas	4000€
La Rioja	No	
Comunidad Valenciana	No	

Fuente: Normativa fiscal autonómica. Comunidades Autónomas de régimen común. https://www.agenciatributaria.es/AEAT.fisterritorial/Inicio/_menu_/Fiscalidad_Autonomica/Regimen_Comun/Normativa/Normativa_tributaria_por_CC_AA_/Normativa_tributaria_por_CC_AA_.html

4. TRATAMIENTO FISCAL DEL *CROWDLENDING* Y DEL *EQUITY CROWDFUNDING* EN: REINO UNIDO, FRANCIA, ITALIA Y BÉLGICA

En respuesta a la creciente importancia del *Crowdfunding* en las finanzas empresariales, los responsables políticos europeos han introducido incentivos fiscales al mismo tratando de compensar a los inversores frente a las escasas garantías y protección que ofrecen las leyes a este tipo de inversiones⁴⁷.

En este apartado hemos analizado los incentivos fiscales para las modalidades de *Crowdlending* y de *Equity Crowdfunding*, que son las dos más utilizadas en la financiación inmobiliaria, de cuatro países de nuestro entor-

no más cercano; Reino Unido, Francia, Italia y Bélgica⁴⁸. Se ha centrado el análisis en estos países por ser cuatro de los países de la Unión en que este sistema alternativo de financiación está teniendo mayor desarrollo⁴⁹. Por otra parte, estos cuatro países han aprobado incentivos fiscales específicos para estas modalidades de *Crowdfunding*.

A) Reino Unido

El Reino Unido tiene el mercado de *Crowdfunding* más desarrollado en términos de número y tamaño⁵⁰. Una regulación ágil y sencilla combinada con una política de incentivos fiscales son la clave del éxito de este sistema de financiación alternativo en Reino Unido⁵¹.

Encontramos en Reino Unido algunos esquemas de desgravación fiscal interesantes. Los Poderes Públicos apoyan el *Crowdfunding* de capital y de préstamo fundamentalmente a través de tres esquemas de incentivos fiscales. Dos de estos esquemas están dirigidos a inversiones de capital (EIS y SEIS⁵²); el otro ha sido diseñado para el *Crowdfunding* basado en préstamos (IFISA).

El *Crowdfunding* a través de acciones ofrece a empresas e inversores la posibilidad de acogerse al Esquema de Inversión Empresarial (EIS) y al Esquema de Inversión Empresarial de Semillas (SEIS), siempre que la empresa en la que han invertido cumpla los requisitos previstos por la norma durante al menos tres años después de haberse realizado la inversión. De lo contrario, las desgravaciones fiscales deberán ser devueltas por los inversores.

Para el programa EIS están previstas las siguientes desgravaciones fiscales:

- Una deducción en el IRPF del 30% de las cantidades invertidas.
- Una exención del 50% de las ganancias de capital cuando esta se reinvierta en otra empresa que cumpla los requisitos del programa EIS; y la compensación de deudas.

Los incentivos fiscales son mayores para el programa de inversión en empresas semilla (SEIS). En este caso se prevé una deducción del 50% de las cuantías invertidas, siendo la base máxima de deducción de 100.000 libras. Están exentas de tributar las ganancias patrimoniales por la venta de las acciones, siempre que estas se hayan mantenido durante tres años. Por último, si la empresa fracasa, está prevista la deducción del 80% de las cantidades invertidas.

Por otra parte la modalidad de *Crowdlending* también brinda a los prestamistas la oportunidad de obtener desgravaciones fiscales a través del Plan

de Finanzas Innovadoras (IFISA) que tiene su origen en las Cuentas de Ahorro Individual (ISA).

En abril de 1999, el Gobierno del Reino Unido introdujo las Cuentas de Ahorro Individual (ISA) para promover una mayor propensión al ahorro por parte de las familias de bajos y medianos ingresos. Se trata de cuentas de ahorro exentas de impuestos que permiten a los residentes mayores de 18 años invertir en acciones o seguros de vida, con un límite de 20.000 libras al año. Los rendimientos obtenidos por estas inversiones están libres de impuestos.

En abril de 2016, el gobierno introdujo el programa IFISA de Finanzas Innovadoras, que permite a los residentes del Reino Unido utilizar algunas (o todas) de sus Cuentas de Ahorro Individual (ISA) para prestar dinero a través de plataformas P2P, reguladas y aprobadas por la Autoridad Financiera (FCA). Los productos de préstamo elegibles para el IFISA incluyen préstamos personales, préstamos para pequeñas empresas y préstamos inmobiliarios.

Los IFISA también cuentan con una exención de impuestos para sus intereses y ganancias de capital con el límite de 20.000 libras anuales. Asimismo, los prestamistas pueden compensar las pérdidas por los préstamos impagados con los intereses que reciben de otros préstamos P2P.

B) Francia

Desde su nacimiento en 2007 el mercado de *Crowdfunding* en Francia ha experimentado un crecimiento constante. La ordenanza núm. 2014-559 de 30 de mayo de 2014 constituye el marco legal aplicable a este tipo de inversiones. Asimismo, se han aprobado normas específicas para las plataformas de *Crowdlending* y de *Equity Crowdfunding*⁵³.

En Francia las plataformas de intermediación deben estar registradas en el Registro Único de Intermediarios Bancarios, Financieros y de Seguros (Registre Unique des Intermédiaires en Assurance, Banque et Finance) y suscribir una póliza de seguro de responsabilidad profesional.

Reconociendo la importancia del *Crowdfunding*, Francia apoya la financiación de las empresas francesas otorgando beneficios fiscales a quienes realicen inversiones en el apoyo a PYMES. En este sentido, los residentes pueden optar a las siguientes desgravaciones fiscales:

1. La llamada reducción de impuestos «Madelin»: todos los que estén sujetos al Impuesto sobre la Renta en Francia (Impôt sur le revenu) pueden deducir el 25% de las cuantías invertidas en el capital de PYMES

francesas y europeas no cotizadas con una base máxima de deducción de 50.000€ y, por tanto, una reducción máxima de impuestos de 12.500€ por persona⁵⁴. Las acciones deben mantenerse durante un mínimo de cinco años.

Las inversiones que excedan el límite anual permitido tendrán derecho a recibir la reducción de impuestos en los cuatro años siguientes.

Por otra parte, dependiendo del periodo de tenencia de las acciones, está prevista una reducción de impuestos sobre la ganancia de capital que resulte de la venta de estos valores. Para un periodo de tenencia de uno a cuatro años está previsto hasta un 50% de reducción, un 65% para periodos de cuatro a ocho años y un 85% si es superior a ocho años.

2. Plan de ahorro de acciones (PEA-PME).

El PEA es un programa que permite que las personas físicas que compren acciones de pequeñas y medianas empresas francesas y europeas puedan beneficiarse de una exención fiscal sobre dividendos y ganancias de capital siempre que se mantenga la propiedad de los valores durante un periodo de tiempo mínimo de cinco años. La aportación máxima con derecho al beneficio fiscal es de 150.000 euros. Sin embargo la reducción en el impuesto sobre las ganancias de capital dependerá del tiempo que haya transcurrido desde la adquisición hasta la enajenación de las acciones. Así, si esta se produce antes de cinco años, el tipo de gravamen del impuesto será del 22,5%, pasará a ser del 19% si el periodo de tenencia es de entre cinco y ocho años y del 0% si se han mantenido durante más de ocho años. En estos casos las ganancias deberán reinvertirse en otra empresa que cumpla los requisitos del PEA⁵⁵.

La exención será del 88% en el Impuesto de Sociedades de las ganancias de capital obtenidas por personas jurídicas en la venta de los activos mantenidos durante más de dos años.

Para promover el desarrollo del *Crowdfunding* basado en préstamos, la regulación francesa ha previsto un sistema de compensación de pérdidas. El artículo 25 de la Ley 2015-1786, de 29 de diciembre, permite, a quienes han realizado préstamos a través de plataformas de *Crowdfunding* con anterioridad al 1 de enero de 2016, compensar las pérdidas derivadas del impago de esos préstamos con los intereses generados por otros préstamos otorgados durante el mismo año o en los cinco años posteriores.

C) Italia

Italia fue el primer país de Europa en regular el *Equity Crowdfunding* mediante la Ley 221 de 17 de Diciembre de 2012. Sin embargo, esta regulación

llena de restricciones puede ser la razón de que el mercado de *Crowdfunding* italiano haya tardado en despegar más que otros mercados europeos.

En los últimos años, una modificación legislativa ha transformado el panorama en Italia y en las iniciativas de carácter inmobiliario el peso de la financiación a través del *Crowdfunding* está llegando al 22% del proyecto, compitiendo con otros sistemas de financiación⁵⁶.

En los últimos años Italia ha tratado de flexibilizar la regulación para impulsar el mercado introduciendo en 2018 ventajas fiscales para quienes realicen inversiones en empresas de nueva creación a través de plataformas de financiación colectiva. Desde ese momento las personas físicas pueden beneficiarse de una deducción fiscal en el Impuesto sobre la Renta (IRPEF- Imposta sul reddito delle persone fisiche) del 30% del importe invertido con una base máxima de un millón de euros anuales. Asimismo, las personas jurídicas pueden obtener un crédito fiscal sobre el Impuesto de Sociedades (IRES- Imposta sul reddito delle società) del 30% del importe invertido con una base máxima de 1,8 millones de euros al año.

Asimismo, quedan libres de tributación las ganancias procedentes de los préstamos otorgados a través de plataformas P2P.

La Ley núm. 205 del 27 de diciembre de 2017 (Ley de Presupuestos de 2018) regula los préstamos P2P al incluir los ingresos de préstamos otorgados a través de plataformas de préstamos P2P dentro de los ingresos de capital. Establece, asimismo, que dichas plataformas deben ser administradas por instituciones de pago o por empresas autorizadas por el Banco de Italia, cumpliendo con lo establecido por el Artículo 106 de la Ley Consolidada de Banca (TUB-Testo Unico Bancario).

Por otra parte, los ingresos de los préstamos P2P realizados por prestamistas no profesionales estarán sujetos a una retención del 26% que será practicada por las plataformas autorizadas.

Por último, dicha Ley de Presupuestos establece que los préstamos entre pares, realizados a través de plataformas de *Crowdfunding*, quedan incluidos dentro de las inversiones elegibles para Planes de Ahorros a Largo Plazo Individuales (PIR). Así, al igual que los IFISA del Reino Unido, los PIR italianos reciben intereses libres de impuestos por este tipo de inversiones.

D) Bélgica

El *Crowdfunding* no fue regulado en Bélgica hasta la Ley de 18 de diciembre de 2016. Al igual que ocurre en España, esta Ley deja fuera al *Crowdfunding* de donaciones y recompensas. Asimismo, establece que las plataformas de *Crowdfunding*:

- Deben estar autorizadas por la Autoridad de Mercados y Servicios Financieros (FSMA) para poder operar.
- No pueden recibir ni guardar dinero en efectivo en una cuenta.

En lo que a incentivos fiscales se refiere Bélgica ofrece estímulos interesantes para las personas que invierten en *startups* belgas (PYME o microempresas) a través de plataformas de *Crowdfunding* reconocidas por la Autoridad de Mercados y Servicios Financieros (FSMA)⁵⁷.

Así, todas las personas físicas sujetas al Impuesto sobre la Renta, incluidas las no residentes, pueden beneficiarse de:

1. Una reducción del 30% de la suma invertida en las PYME que tienen menos de 250 empleados, una facturación máxima de 50 millones de euros y un valor total del balance no superior a 43 millones de euros.
2. Una reducción del 45% cuando dicha inversión sea en microempresas con menos de 10 empleados y un valor máximo de ingresos y balance total que no supere los 2 millones de euros.

La base máxima de deducción es de 100.000€ al año en todos los casos, no pudiendo superar la deducción los 30.000€ o los 45.000€.

Para poder disfrutar de estas deducciones los inversores deben mantener las acciones en las que han invertido un mínimo de cuatro años.

CUADRO RESUMEN DE LOS PRINCIPALES INCENTIVOS FISCALES AL CROWDFUNDING EN CADA PAÍS

PAÍS	MODALIDAD DE CROWDFUNDING	INCENTIVO FISCAL
Reino Unido	<i>Equity Crowdfunding</i>	<p><i>Esquema de Inversión Empresarial (EIS)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Deducción del 30% de la cantidad invertida en el Impuesto sobre la Renta, siempre que se mantenga la posesión de las acciones durante tres años. — Posible exención en el Impuesto sobre las ganancias de capital y en el impuesto de sucesiones⁵⁸. — Exención de hasta el 50% en el impuesto sobre las ganancias de capital, si dicha ganancia se reinvierte en otra compañía que cumpla los requisitos para el EIS. — Compensación fiscal por pérdidas. <p><i>Plan de Inversión en Empresas Semilla (SEIS)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Reducción en el Impuesto sobre la Renta del 50% de las cantidades invertidas, con un límite máximo anual de 100.000 libras. — Exención de hasta el 50% en la tributación de las ganancias patrimoniales, con un máximo de 50.000 libras, siempre que dichas ganancias sean reinvertidas en el mismo año en otras compañías que cumplan los mismos requisitos que las empresas del EIS. — Reducción en el Impuesto sobre la Renta de hasta el 80% de las cantidades invertidas si la empresa fracasa. — Exención, en todo caso, de tributar por las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto al disponer de las acciones, si estas se mantienen durante tres años.
	<i>Lending Crowdfunding</i>	<p><i>Esquema de Finanzas Innovadoras ISA/IFISA</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Las rentas derivadas de las cantidades invertidas en <i>Crowdfunding</i> de préstamos a través de plataformas reguladas por FCA y aprobadas (IFISA), estarán libres de impuestos con un límite de 20.000 libras. — Cuando se obtienen pérdidas está prevista la compensación de rentas con otras ganancias derivadas de otros préstamos realizados a través de plataformas P2P.

PAIS	MODALIDAD DE CROWDFUNDING	INCENTIVO FISCAL
Francia	<i>Equity Crowdfunding</i>	<p><i>Reducciones fiscales de la Ley Madelin</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Deducción en el Impuesto sobre la Renta del 25% de las cantidades invertidas en el capital de una PYME europea no cotizada. <p><i>Plan de ahorro de acciones para pymes (PEA-PME)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Exención de impuestos sobre los dividendos y ganancias de capital derivadas de la inversión en empresas francesas y europeas por un importe máximo de 150.000 euros por contribuyente y siempre que las acciones se mantengan un periodo mínimo de cinco años. — Exención del 88% en el Impuesto sobre Sociedades de las ganancias de capital recibidas por personas jurídicas, en el caso de venta de los activos mantenidos durante más de dos años. — Compensación de pérdidas de capital en préstamos no reembolsados con los intereses generados por otros préstamos otorgados durante el mismo año o en los siguientes cinco años. — Deducción en el Impuesto sobre la Renta del 30% de las cuantías invertidas.
Italia	<p><i>Lending Crowdfunding</i></p> <p><i>Equity Crowdfunding</i></p> <p><i>Lending Crowdfunding</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> — Quedan exentas de tributación las ganancias derivadas de los préstamos otorgados a través de plataformas P2P.
Bélgica	<p><i>Equity Crowdfunding</i></p> <p><i>Lending Crowdfunding</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> — Reducción en el Impuesto sobre la Renta del 30% de la cuantía invertida en PYMES. Esta reducción será del 45% cuando la inversión esté destinada a la financiación de microempresas. — Reducción de entre el 30% y el 45%, en el Impuesto sobre la Renta, de las cantidades invertidas en la financiación de PYMES y Microempresas. — Exención de impuestos sobre intereses derivados de los préstamos a empresas de nueva creación a través de plataformas reguladas de financiación colectiva.
España	<i>Equity Crowdfunding</i>	<ul style="list-style-type: none"> — Deducción del 30 por ciento de las cantidades satisfechas en el periodo por la suscripción de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación. La base máxima de esta deducción será de 100.000 euros anuales. No hace falta que la inversión se realice a través de plataforma P2P. — Exención de las posibles ganancias patrimoniales derivadas de la venta de las acciones, siempre que sean reinvertidas en otra empresa de nueva creación que cumpla con los requisitos establecidos normativamente.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos de las páginas web de las Agencias Tributarias de los distintos países.

Como hemos podido comprobar en este apartado, varios Estados miembros han introducido incentivos fiscales para fomentar la inversión a través del *Crowdfunding* y proporcionar a los inversores estímulos que compensen los riesgos asociados a este tipo de inversión⁵⁹. A diferencia de España que no ha introducido incentivos fiscales al *Crowdfunding*, otros países como Reino Unido, Francia y Bélgica han implementado nuevos esquemas a medida para la inversión a través de plataformas P2P⁶⁰.

Incentivos fiscales, como los esquemas EIS y SEIS aprobados por Reino Unido, aumentan la probabilidad de las empresas de obtener capital adicional, especialmente de un inversor calificado⁶¹. Estos esquemas proporcionan un crédito tributario inicial del 30% y 50% de las inversiones, respectivamente, y una compensación de pérdidas de capital derivadas de la inversión. Además, el esquema SEIS proporciona una exención de impuestos sobre las ganancias de capital derivadas de la venta de las acciones. Estas medidas hacen que en este país el *Crowdfunding* sea una alternativa real y un complemento de financiación perfecto para muchos proyectos⁶².

Por otra parte, el éxito del *Crowdfunding* en Reino Unido se debe tanto a los estímulos fiscales previstos por el Gobierno como a la exigencia de seriedad y transparencia que se imponen las plataformas a sí mismas.

V. CONCLUSIONES

I. Para el sector inmobiliario es muy importante que los poderes públicos adopten medidas como las analizadas en el apartado II de este artículo, que proporcionen acceso al crédito de los demandantes de vivienda, lo que protege al mismo tiempo la supervivencia del sector y el acceso a la vivienda de los ciudadanos.

Sin embargo, los poderes gubernamentales deben introducir medidas que faciliten el flujo del crédito a las empresas promotoras y constructoras.

II. La crisis financiera de 2007-2009 afectó severamente a las PYME europeas que se vieron abocadas a acudir a sistemas de financiación alternativos como el *Crowdfunding*. Con la nueva crisis económica generada por el COVID-19 el apoyo gubernamental a las fuentes de financiación alternativa va a jugar un papel importante en el desarrollo de nuevas empresas y proyectos reduciendo su dependencia respecto de las entidades bancarias.

El sector de la construcción todavía está recuperándose de la anterior crisis financiera; y ahora la crisis provocada por el COVID-19 todavía va a dificultar más el acceso al crédito de muchos proyectos inmobiliarios que pueden encontrar un instrumento adicional de financiación en el *Crowdfunding*.

Este sistema alternativo de financiación se está convirtiendo en la clave de las *fintech* y otorga a los desarrolladores de proyectos inmobiliarios un acceso

más barato y rápido al capital. Los promotores pueden ver cada vez más interés en este tipo de crédito que les permite, al mismo tiempo, una captación rápida de capital poniéndose en contacto con una gran cantidad de inversores y posibles clientes, además de aumentar su visibilidad ante los medios.

El *Crowdfunding* puede resultar una solución eficaz de financiación para proyectos inmobiliarios en los que se quiere modernizar o actualizar un activo, incluidos los activos inmobiliarios pertenecientes a la Administración Pública. Estos proyectos se financian con deuda bancaria y capital de los accionistas, pero el uso del *Crowdfunding* como sistema complementario de financiación puede llegar a ser cada vez mayor. Los inversores obtienen sus rendimientos cuando el activo renovado se coloca en el mercado para su venta o alquiler.

Este sistema de financiación ofrece una forma de generar ganancias sin la carga de la propiedad directa y sin el impacto de la volatilidad de las acciones. Además, como hemos podido comprobar en este trabajo, las ventajas fiscales introducidas por algunos países lo convierten en una opción rentable de inversión.

III. El apoyo de los poderes públicos a esta nueva forma de financiación, mediante la introducción de incentivos fiscales que lo hagan atractivo para los inversores, es clave para su desarrollo e implantación.

Los poderes públicos tienen que calibrar sus políticas fiscales en función de las características específicas de los potenciales inversores y empresas, que podrían aprovechar las ventajas de tales incentivos, como ha hecho Reino Unido (donde el *Crowdfunding* inmobiliario ya es un complemento real a la financiación inmobiliaria). La introducción de incentivos fiscales específicos y adecuadamente diseñados puede ayudar a corregir algunas imperfecciones o distorsiones del mercado, como el riesgo y la falta de garantías existente, hoy por hoy, en este tipo de inversiones.

IV. El *Crowdfunding* tiene el potencial de complementar las formas tradicionales de financiación. Que esto ocurra o no, depende de la regulación elegida, de los límites impuestos a los diferentes actores y de las garantías a los inversores que, se encuentran asumiendo en ocasiones un gran riesgo.

No obstante, como apuntábamos en este trabajo, esto podría tener solución con la tecnología *blockchain*. Nos encontramos con una herramienta que brinda una gran esperanza para un resurgimiento del *Crowdfunding* en todo el mundo. Esta tecnología introduce una innovación revolucionaria y disruptiva dirigida a la reducción de la burocracia y la regulación sin comprometer las disposiciones legales sobre la conducta empresarial. La tecnología *blockchain* proporciona un libro público que mejora la transparencia y elimina la asimetría de la información en su totalidad, satisfaciendo así las necesidades de cada parte interesada como prueba de autenticidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGRAWAL, A., CATALINI, C., GOLDFARB, A. (2014). Some simple economics of Crowdfunding, *Innovation Policy and the Economy*, núm. 14, 63-97.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2015). La financiación participativa en la Ley 5/2015 de 27 de abril. Regulación del Crowdfunding y del Crowdlending, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 61, 50-53.
- BEST, J., SHERWOOD, N., JONES, D. (2011). *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*, Crowdfund Capital Advisors, 3-10.
- BELLEFLAMME, P., OMRANI, N., PEITZ, M. (2016). The economics of Crowdfunding platforms, *Journal of Economic Literature*, 1-58.
- BOYNS, N., COX, M., SPIRES, R., y HUGHES, A. (2003). *Research into the enterprise investment scheme and venture capital trusts*. Report prepared for Inland Revenue. (London: HM Inland Revenue).
- BROWN, J. D., EARLE, J. S. (2017). Finance and growth at the firm level: evidence from SBA loans. *The Journal of Finance*, núm. 72, 1039-1080.
- CICCHIELLO, A.F., BATTAGLIA, F., MONFERRÀ, S. (2019). Crowdfunding tax incentives in Europe: A comparative analysis, *The European Journal of Finance*, 31-33.
- COAKLEY, J., LAZOS, A., LINARES-ZEGARRA, J.M. (2018). Follow-On Equity Crowdfunding, *SSRN Electronic Journal*.
- CROSBY, M., NACHIAPPAN, PATTANAYAK, P., VERMA, S., KALYANARAMAN, V. (2015). BlockChain Technology: Beyond Bitcoin. *Berkeley: Sutardja Center for Entrepreneurship & Technology*, núm. 2.
- DE BUYSERE, K., GAJDA, O., KLEVERLAAN, R., MAROM, D. (2012). *A Framework For European Crowdfunding*, Document, European Crowdfunding Network, 28-32.
- ESTRIN, S., GOZMAN, D., KHAVUL, S. (2016). *Case study of the equity Crowdfunding landscape in London: an entrepreneurial and regulatory perspective*. FIRES Case Study, núm. 5.
- EUROPEAN COMMISSION. (2013). *Entrepreneurship 2020 Action Plan: Reigniting the Entrepreneurial Spirit in Europe*. Brussels: European Commission.
- FLORANGE, A. T., BLAIR, D., BELTRAN, J., NAGEL, T., PIATTELLI, U., QUINTAVALLA, L. (2013). Regulation of Crowdfunding in Germany, the UK, Spain and Italy and the Impact of the European Single Market, European Crowdfunding Network AISBL.
- GONZÁLEZ RÓMERO, A, y RAMOS, J. (ICEI). *Financiación participativa en España 2018*, Informe Anual. Universidad Complutense de Madrid & UDELAR-Montevideo, (2018).
- GORDON, R. (2018). How should taxes be designed to encourage entrepreneurship. *Journal of Public Economics*, núm. 166, 1-11.
- HAZEN, T. (2012). Crowdfunding or Fraudfunding? Social Networks and the Securities Laws - Why the Specially Tailored Exemption Must Be Conditioned on Meaningful Disclosure. *N.C. L. Rev.*, núm. 90, 1735-1769.
- HENDON, J. R., BELL J. R., BLAIR, B., MARTÍN, D. K. (2012). State-funded angel investor tax credits: Implementation and perceived effectiveness in a sample

- of states within the United States. *Journal of Entrepreneurship and Public Policy*, núm. 1, 50 -62.
- KEUSCHNIGG, C. y NIELSEN, S.B. (2004). Taxation and Venture Capital Backed Entrepreneurship. *International Tax and Public Finance*, núm. 11, 369-390.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A. y GARCÍA MARTOS, D. (2014). *Auge y crisis del sector inmobiliario reciente: interrelación con la política económica*, DOC. n.º 5/2014, Instituto de Estudios Fiscales.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2015). El tratamiento fiscal del *Crowdfunding*, *Quincena Fiscal*, núm. 14, 59-86.
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (2016). *Il Leasing immobiliare abitativo*, Anton, Roma, 1-39.
- MOLLICK, E. (2014). The dynamics of Crowdfunding: An exploratory study. *Journal of Business Venturing*, núm. 29, 1-16.
- MORENO SERRANO, E. (2017). La incidencia del Crowdfunding inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva, *Revista Española de Capital Riesgo*, núm. 5, 119-143.
- OSSERVATORI ENTREPRENEURSHIP & FINANCE (2019). *4.º Report italiano sul CrowdInvesting*, Politecnico Milano 1863, School of Management, 55-58.
- RALCHEVA, A., y ROOSENBOOM, P. (2016). On the road to success in equity Crowdfunding. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2727742> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2727742>, 1-23.
- RAMOS PRIETO, J. (2010). La difícil adaptación de las reglas tradicionales de la fiscalidad internacional al comercio electrónico: el ejemplo del concepto de establecimiento permanente, en Madrid Parra, A. (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, 601-626.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T. (2013). El *Crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos, *Revista Pensar en Derecho*, núm. 3, 101-123.
- ROURE, J., SAN JOSÉ, A., y AERNOUDT, R. (2007). El papel del sector público en la promoción de la inversión privada en Europa. Una mirada crítica a distintos programas, *Revista española de capital riesgo*, núm. 3, 85-100.
- SIGAR, K. (2012). Fret no more: Inapplicability of Crowdfunding concerns in the internet age and the JOBS Act's safeguards. *Administrative Law Review*, núm. 2, 474-505.
- VALANCIENE, L., JELEVICIUTE, S. (2013). Valuation of Crowdfunding: Benefits and drawbacks, *Economics and Management*, núm. 18, 39-48.
- VERSTEIN, A. (2011). The Misregulation of Person-to-Person Lending, *Law Review*, núm. 45, 447-529.
- WILSON, K. (2015). Policy Lessons from Financing Young Innovative Firms, *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, OECD Publishing, Paris. núm. 24.
- ZIEGLER, T., SHNEOR, R., GARVEY, K., WENZLAFF, K., YEROLEMOU, N., HAO, R., ZHANG, B. (2018). *Expanding Horizons: The 3rd European Alternative Finance Industry Report*, Cambridge Centre for Alternative Finance, 118-121.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

Base de datos fiscales de la UE: <http://ec.europa.eu/tedb>.

Italia

<http://www.finanze.it/opencms/it/>

<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/portal/entrate/home>

Francia

<http://www.economie.gouv.fr/>

<http://www.impots.gouv.fr/portal/static/>

Reino Unido

<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-treasury>

<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-revenue-customs>

<https://www.helptobuy.gov.uk/equity-loan/equity-loans/>

Bélgica

<https://finances.belgium.be/fr>

NOTAS

¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), (2016). Informe *El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida*, 129-131.

El problema se agravará previsiblemente a partir de 2021 tras la pandemia mundial provocada por el COVID-19.

² Son muchos los estudios y datos que avalan al sector de la construcción como uno de los motores principales de la economía española en los últimos treinta años. A continuación citamos alguno: MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A. y GARCÍA MARTOS, D., (2014). *Auge y crisis del sector inmobiliario reciente: interrelación con la política económica*, DOC. núm. 5, Instituto de Estudios Fiscales.

BIELSA CALLAU, J. Y DUARTE PAC, R. (2008). Sobre el peso del sector de la construcción en la economía española, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2944.

FERNÁNDEZ CARVAJAL, A. (2004). Veinticinco años de política de vivienda en España (1976-2001), una visión panorámica, *Revista ICE*, núm. 816.

CUADRADO ROURA, J.R. (Dir.), (2010). *El sector construcción en España: análisis, perspectivas y propuestas*, Colegio Libre de Eméritos, 8-16.

³ BERNAL ALONSO, M.A., VEGAS ARJONA, P. (2014). *Comparativa de fuentes de financiación empresarial, con énfasis en el sector de la construcción: Estados Unidos, Alemania y España*, Instituto de Estudios Bursátiles, Departamenteo de Investigación. WP-2014-1011-GR, 56-59.

GARCÍA-VAQUERO, V., ROBIRAS, I. (2018). *La evolución reciente de la financiación no bancaria de las empresas españolas*, Banco de España, Boletín Económico 4/2018.

⁴ Encontramos su origen en la Administración Obama con la aprobación de la Ley Jobs Act de 5 de abril de 2012, que regula la financiación colectiva y la captación de fondos a través de plataformas electrónicas.

⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T. (2013). El *Crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos, *Revista Pensar en Derecho*, núm. 3, 101-123.

BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D., (2011). *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*, Crowdfund Capital Advisors, 3-10.

BROWN, J. D., EARLE, J. S., (2017). Finance and growth at the firm level: evidence from SBA loans. *The Journal of Finance*, núm. 72, 1039-1080.

Según el último informe realizado por Universo Crowdfunding para 2018: La recaudación vía Crowdfunding en España creció un 62,12% de 2017 a 2018, pasando de 101.651.284€ en 2017 a 159.691.767€ en 2018. Las plataformas de préstamos (Crowdlending) son las que más volumen de capital gestionan con 69.182.539€ (el 43,32% del dinero recaudado en 2018). Le siguen el *Crowdfunding* inmobiliario con 39.018.875€ (el 24,43% del dinero recaudado en 2018), llegando al *Crowdfunding* de Inversión, Equity Crowdfunding con 25.644.370€ (el 16,06% del dinero recaudado en 2018).

⁶ Legge 11 dicembre 2016, n. 232.

⁷ MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, (2016). *Il Leasing immobiliare abitativo*, Anton, Roma, 1-39.

⁸ Se han introducido medidas que protegen al inquilino-comprador frente a determinadas eventualidades económicas, como puede ser la pérdida de empleo: en este caso, es posible suspender el pago de la tasa por un periodo máximo de 12 meses sin carga adicional.

⁹ En estos casos la deducción anual del IRPF tiene un límite de 4000€ y no de 8.000€. Por otra parte, el precio de rescate de la vivienda tiene que ser de 10.000€.

¹⁰ En la página de la Agencia Tributaria Francesa, se explica con detalle como funciona este préstamo. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10871>.

Los requisitos para poder solicitar el préstamo son los siguientes:

— No haber sido propietario de su vivienda habitual en los dos años anteriores a la solicitud del préstamo.

— En el caso de que la vivienda esté siendo construida o reformada, debe convertirse en la vivienda habitual del sujeto pasivo en el plazo de un año desde la finalización de los trabajos de construcción o la adquisición de la misma.

El PTZ puede financiar la construcción o la compra de toda vivienda nueva, pero también: la compra de una vivienda antigua que requiera trabajos de reconstrucción o mantenimiento o una vivienda antigua cuyos trabajos de acondicionamiento representen el 25 % del coste total de la vivienda.

El nivel de renta de los prestatarios no debe superar los 24.000 € en zona C, 27.000 € en B2, 30.000 € en B1 y 37.000€ en zona A.

Fonds Mutuel de Garantie, es el fondo que permite el pago de los préstamos bancarios en caso de incumplimiento del prestatario.

¹¹ El nivel de renta de los prestatarios no debe superar los 24.000 € en zona C, 27.000 € en B2, 30.000 € en B1 y 37.000€ en zona A.

¹² En esta página del Ministerio de Hacienda francés encontramos un documento donde se explica la caución como sistema de garantía alternativo a la hipoteca. <https://www.economie.gouv.fr/daj/garanties-financieres-2019>.

¹³ Fonds Mutuel de Garantie, es el fondo que permite el pago de los préstamos bancarios en caso de incumplimiento del prestatario.

¹⁴ Se pueden ver todos los detalles sobre el funcionamiento de este préstamo en la página oficial del gobierno británico de ayudas gubernamentales a la adquisición de vivienda. <https://www.help2obuy.gov.uk/equity-loan/equity-loans/>

¹⁵ Si la vivienda está en Londres la ayuda es del 40%.

¹⁶ ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOBA, S. (2015). La financiación participativa en la Ley 5/2015, de 27 de abril. Regulación del *Crowdfunding* y del *Crowdlending*, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 61, 50-53.

¹⁷ VERSTEIN, A. (2011). The Misregulation of Person-to-Person Lending, *Law Review*, núm. 45, 447-529.

¹⁸ Special Purpose Vehicle.

¹⁹ MORENO SERRANO, E. (2017). La incidencia del *Crowdfunding* inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva, *Revista Española de Capital Riesgo*, núm. 5, 119-143.

²⁰ En EE.UU. el gran hito legislativo fue la llamada Ley JOBS. En 2012 esta Ley prometía crear nuevas vías para recaudar fondos que equilibrasen las necesidades de rapidez y eficiencia en la financiación colectiva, con el compromiso de la SEC de proteger a los consumidores contra el fraude. En 2016 con la finalización por parte de la SEC del título III de la Ley JOBS en EE.UU. se abrió las puertas del *Crowdfunding* inmobiliario a inversores no acreditados.

No obstante, antes incluso de la aprobación de esta Ley, ya se habían llevado a cabo grandes proyectos inmobiliarios financiados por grandes colectivos de pequeños inversores tanto en EE.UU. como en Bogotá. El colombiano Rodrigo Niño es el fundador de Prodigy Network, la empresa que ha financiado la construcción de rascacielos mediante *Crowdfunding*.

²¹ GONZÁLEZ ROMERO, A. (2018). Universo *Crowdfunding*. RAMOS, J. (ICEI) Universidad Complutense de Madrid & UDELAR-Montevideo; *Financiación participativa en España 2018*, Informe Anual. Los mayores crecimientos de este año corresponden a las plataformas de préstamos o *Crowdlending* (43,32%), *Crowdfunding* inmobiliario (20,79%), y *Equity Crowdfunding* o de inversión (16,06%)

²² SIGAR, K. (2012). Fret no more: Inapplicability of *Crowdfunding* concerns in the internet age and the JOBS Act's safeguards, *Administrative Law Review*, núm. 2, 474-505.

STEMLER, A. R. (2013). The JOBS Act and *Crowdfunding*: Harnessing the power and money of the masses, *Business Horizons*, núm. 56, 271-275.

²³ AGRAWAL, A., CATALINI, C., GOLDFARB, A. (2014). Some simple economics of *Crowdfunding*, *Innovation Policy and the Economy*, núm. 14, 63-97.

²⁴ HAZEN, T. (2012). *Crowdfunding* or *Fraudfunding*? Social Networks and the Securities Laws - Why the Specially Tailored Exemption Must Be Conditioned on Meaningful Disclosure, *N.C. L. Rev.*, núm. 90, 1735-1769.

²⁵ BELLEFLAMME, P., OMRANI, N., PEITZ, M. (2016). The economics of *Crowdfunding* platforms, *Journal of Economic Literature*, 1-58.

²⁶ VALANCIENE, L., JEGELEVICIUTE, S. (2013). Valuation of *Crowdfunding*: Benefits and drawbacks, *Economics and Management*, núm. 18, 39-48.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION, (2013). *Entrepreneurship 2020 Action Plan: Reigniting the Entrepreneurial Spirit in Europe*. Brussels: European Commission.

²⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre proveedores europeos de servicios de financiación colectiva (CECA) para empresas y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 2017/1129.

²⁹ Autoridad Europea de Valores y Mercados.

³⁰ Las operaciones que excedan de esa cuantía pasarán a estar reguladas por la Directiva sobre Mercados e Instrumentos Financieros (MiFID). El *Crowdfunding* basado en donaciones o recompensas queda fuera de esta regulación al no considerarse servicios financieros.

³¹ — Los no sofisticados tendrán que someterse a una prueba para evaluar sus conocimientos sobre los riesgos de las empresas de financiación, serán alertados sobre los riesgos y tendrán que aceptarlos explícitamente, no se les permitirá financiar un proyecto por más de 1000 euros o el 5% de sus activos.

— Los inversores no sofisticados tendrán un período de reflexión de 4 días para cancelar su inversión o sus préstamos.

— Los inversores sofisticados no tendrán ningún límite de inversión.

³² CROSBY, M., NACHIAPPAN, PATTANAYAK, P., VERMA, S. & KALYANARAMAN, V., (2015), *BlockChain Technology: Beyond Bitcoin. Berkeley: Sutardja Center for Entrepreneurship & Technology*, núm. 2.

³³ Los inversores pueden usar *blockchain* para invertir con mayor grado de seguridad en el proyecto que les parezca más interesante. Se trata de transacciones de igual a igual a lo largo de la red electrónica utilizando *blockchain* como intermediario. De este modo la plataforma no retiene el dinero de los inversores, sino que les permite optar por un proyecto particular utilizando los *tokens* asignados para que el intermediario transfiera el dinero al promotor. La seguridad del sistema es inherente a la eficiencia de la cadena de bloques.

³⁴ KEUSCHNIGG, C., NIELSEN, S.B. (2004). Taxation and Venture Capital Backed Entrepreneurship. *International Tax and Public Finance*, núm. 11, 369-390.

³⁵ ROURE, J., SAN JOSÉ, A., y AERNOUDT, R. (2007). El papel del sector público en la promoción de la inversión privada en Europa. Una mirada crítica a distintos programas, *Revista española de capital riesgo*, núm. 3, 85-100.

GORDON, R. (2018). How should taxes be designed to encourage entrepreneurship, *Journal of Public Economics*, núm.166, 1-11.

HENDON, J. R., BELL J. R., BLAIR, B. and MARTÍN, D. K. (2012). State-funded angel investor tax credits: Implementation and perceived effectiveness in a sample of states within the United States, *Journal of Entrepreneurship and Public Policy*, núm. 1, 50 -62.

³⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2015). El tratamiento fiscal del *Crowdfunding*, *Quincena Fiscal*, núm. 14.

³⁷ Esto mismo ocurre en el caso del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR).

³⁸ Los primeros 6000€ tributan al 19%, los 44.000€ siguientes tributarán al 21% y todo lo que exceda de 50.000€ tributará al 23%.

³⁹ El artículo 14.1. c) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, establece que: están exentos «c) Los intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...».

⁴⁰ Aunque la Ley no impide que el promotor de esta modalidad de *Crowdfunding* sea una persona física, la práctica demuestra que la mayor parte de estos proyectos son liderados por personas jurídicas, por lo que nos vamos a centrar en las consecuencias tributarias para estos últimos.

⁴¹ Para poder practicarse esta deducción la adquisición de las acciones o participaciones debe realizarse en el momento de la constitución de la sociedad o en el momento de la ampliación de capital, que deberá realizarse en los tres años siguientes a la constitución. Asimismo deberán mantenerse durante un periodo mínimo de tres años y un máximo de doce años.

⁴² GIL MACÍA, L. (2012). Análisis crítico de la exención de las ganancias patrimoniales por transmisión de acciones o participaciones en empresa de nueva o reciente creación, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 13-36.

⁴³ Con anterioridad a la aprobación de la LPG para 2018, el porcentaje de deducción era del 20% y la base máxima de deducción estaba fijada en 50.000€.

⁴⁴ Esta deducción procederá únicamente sobre la cuantía invertida que supere la base máxima de la deducción estatal prevista en el artículo antes mencionado de la Ley. El importe máximo de esta deducción es de 4.000 euros.

⁴⁵ Esta Comunidad contempla otra deducción para el caso de préstamo con destino a la financiación de sociedades. Los contribuyentes podrán deducir en la cuota íntegra autonómica, el 20 por ciento de las cantidades invertidas durante el ejercicio en la adquisición de acciones o participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o de ampliación de capital en sociedades anónimas, limitadas, sociedades laborales y cooperativas.

Con respecto a las mismas entidades, podrá deducirse el 20 por ciento de las cantidades prestadas durante el ejercicio, así como de las cantidades garantizadas personalmente por el contribuyente, siempre que el préstamo se otorgue o la garantía se constituya en el ejercicio en que se proceda a la constitución de la sociedad o ampliación de capital de la misma.

Estas dos deducciones tienen un límite conjunto de deducción de 20.000€.

⁴⁶ El porcentaje de deducción será del 50 por ciento cuando se trate de sociedades anónimas laborales, sociedades de responsabilidad limitada laborales y sociedades cooperativas con un límite de deducción de 12.000 euros.

⁴⁷ Según una investigación encargada por el Gobierno del Reino Unido (HM Revenue and Customs Research Report, 2016), para más del 79% de los inversores, ha sido definitiva la existencia de una deducción en el Impuesto sobre la Renta en la decisión de invertir en empresas pequeñas y de alto riesgo.

KEUSCHNIGG, C., NIELSEN, S. B., (2004). Taxation and Venture Capital Backed Entrepreneurship. *International Tax and Public Finance*, núm. 11, 369-390.

⁴⁸ FLORANGE, A. T., BLAIR, D., BELTRAN, J., NAGEL, T., PIATTELLI, U. & QUINTAVALLA, L. (2013). *Regulation of Crowdfunding in Germany, the UK, Spain and Italy and the Impact of the European Single Market*, European Crowdfunding Network AISBL.

⁴⁹ CARPI MARTÍN, R. (2017). Crowdfunding en Europa. El difícil equilibrio entre regulación y mercado, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm. 25, 137-151.

⁵⁰ ZIEGLER, T., SHNEOR, R., GARVEY, K., WENZLAFF, K., YEROLEMOU, N., HAO, R., and ZHANGZ, B. (2018). *Expanding Horizons: The 3rd European Alternative Finance Industry Report*, Cambridge Centre for Alternative Finance, 118-121.

⁵¹ ESTRINE, S., GOZMAN, D., and KHAVUL, S. (2016). *Case study of the equity Crowdfunding landscape in London: an entrepreneurial and regulatory perspective*. FIRES Case Study, núm. 5.

⁵² EIS, SEIS e IFISA son los nombres de los programas de incentivos previstos en Reino Unido para este sistema alternativo de financiación.

⁵³ Estas normas han sido supervisadas y autorizadas por la Autoridad de Mercados Financieros (AMF-Autorité des Marchés Financiers) y el Regulador Nacional de Servicios Financieros (ACPR-Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution).

⁵⁴ En el caso de las parejas está prevista una base de deducción de hasta 100.000€ y por tanto una reducción fiscal efectiva de hasta 25.000€.

Esta reducción está reservada a las personas físicas que tienen domicilio fiscal en Francia.

⁵⁵ El clásico PEA (Le Plan d'Épargne en Actions) permite invertir en empresas sin restricción de capitalización.

⁵⁶ OSSERVATORI ENTREPRENEURSHIP & FINANCE, (2019). *4º Report italiano sul Crowdfunding*, Politecnico Milano 1863, School of Management, 55-58.

⁵⁷ CICCHIELLO, A.F., BATTAGLIA, F., MONFERRÀ, S. (2019). Crowdfunding tax incentives in Europe: A comparative analysis, *The European Journal of Finance*, 31-33.

⁵⁸ Para beneficiarse de estos incentivos los inversores deben tener en su haber las acciones durante un periodo mínimo de dos años en el caso del impuesto de sucesiones y tres años para el impuesto sobre las ganancias de capital.

⁵⁹ WILSON, K. (2015). Policy Lessons from Financing Young Innovative Firms, *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, núm. 24, OECD Publishing.

⁶⁰ BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D. (2011). *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*, Crowdfunding Capital Advisors, 3-5.

DE BUYSERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MÄROM, D. (2012). *A Framework For European Crowdfunding*, Document, European Crowdfunding Network, 28-32.

RAMOS PRIETO, J. (2010). La difícil adaptación de las reglas tradicionales de la fiscalidad internacional al comercio electrónico: el ejemplo del concepto de establecimiento permanente, en MADRID PARRA, A. (Dir.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*, 601-626.

⁶¹ COAKLEY, J., LAZOS, A., and LINARES-ZEGARRA, J.M. (2018). Follow-On Equity Crowdfunding, *SSRN Electronic Journal*.

⁶² BOYNS, N., Cox, M., SPIRES, R., and HUGHES, A. (2003). *Research into the enterprise investment scheme and venture capital trusts*. Report prepared for Inland Revenue. (London: HM Inland Revenue).

*(Trabajo recibido el 25-4-2020 y aceptado
para su publicación el 18-5-2020)*

¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?

Is there a right not to receive the support in the exercise of the legal capacity?

por

SOFÍA DE SALAS MURILLO

*Profesora titular de Derecho civil. Acreditada Catedrática
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: El artículo plantea si una interpretación amplia del término «*respeto a la voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad, proclamado por la Convención de Naciones Unidas, ampara, como parte del derecho a los apoyos, el derecho —que, en su caso, el sistema debería respetar—, a no recibirlos o a prescindir de su contenido. Esta posibilidad, que podría tener distintos fundamentos compatibles entre sí, ha de ser analizada en el orden teórico, pero también y sobre todo, en el texto del Anteproyecto de reforma del Código civil en materia de discapacidad. Se analiza si la persona puede negarse *ex ante* a recibir apoyos o si, por el contrario, las autoridades se los pueden imponer, y también, si ya teniendo un sistema de apoyo, puede oponerse a aquello que se le transmite con un apoyo concreto, lo cual podría tener consecuencias distintas, dependiendo de si se trata tan solo de un facilitador de apoyos o de un curador (opción del prelegislador español). La transcendencia de la cuestión va mucho más allá de un punto concreto de la proyectada reforma, pues afecta a la configuración de la curatela (figura central de dicho sistema) y obliga a plantear si

realmente se puede prescindir por completo del criterio del «interés superior de la persona con discapacidad».

ABSTRACT: The article raises the question of whether a broad interpretation of the «respect for the will and preferences» of the person with a disability as proclaimed by the United Nations Convention, protects, as part of the right to support, the right - which, if so, the system should respect - not to receive support or to disregard its content. This possibility, which could have different bases that are compatible with each other, must be analysed in the theoretical order, but also and above all, in the text of the preliminary draft reform of the Civil Code in the field of disability. It is analysed whether the person can refuse ex ante to receive support or if, on the contrary, the authorities can impose it on him, and also, if already having the support, he can dispense with the content - or openly oppose - that which is transmitted to him with the support, which could have different consequences, depending on whether he is just a support facilitator or a curator (option of the Spanish pre-legislator). The significance of the issue goes far beyond one specific point in the planned reform of our private legal system, as it affects the configuration of the curatorship (the central figure in that system) and forces us to consider whether it can really dispense completely with the principle of the best interests of the person with a disability.

PALABRAS CLAVE: Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Apoyo. Observación General del Comité de Naciones Unidas. Ejercicio de la capacidad jurídica. Autorregulación. Heterorregulación. Curatela. Respeto a la voluntad y preferencias. Mejor interés de la persona con discapacidad. Anulabilidad. Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil.

KEY WORDS: United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. General Comment of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Support. Exercise of legal capacity. Self-regulation. Heteroregulation. Curatorship. Respect for the will and preferences. Best interest of the person with a disability. Annulment. Draft bill to reform the Civil Code.

SUMARIO: I. ALGUNOS PUNTOS CONFLICTIVOS AÚN POR RESOLVER.—II. POSIBLE FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO.—III. LA HETERORREGULACIÓN PREVISTA EN EL SISTEMA COMO IMPEDIMENTO AL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS: 1. ALGUNOS

ASPECTOS DE LA AUTORREGULACIÓN: A) *Diferencias entre los instrumentos de autorregulación.* B) *Capacidad para su otorgamiento y activación de las medidas.* C) *¿Hasta donde puede llegar la voluntad en esta fase de autorregulación?*

2. ENTRADA EN JUEGO DE LA HETERORREGULACIÓN.—IV. SI EXISTE YA UN SISTEMA DE APOYOS ¿PUEDE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Oponerse o prescindir de su contenido?: 1. ¿PUEDE EL CURADOR NEGARSE A PRESTAR EL APOYO? 2. SUPONIENDO QUE EL CURADOR PUEDA NEGARSE ¿PUEDE HACER ALGO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ESE CASO? 3. LA RESPUESTA AL INTERROGANTE INICIAL.—VII. CONCLUSIONES.

I. ALGUNOS PUNTOS CONFLICTIVOS AÚN POR RESOLVER

Uno de los conceptos clave de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad¹, y en consecuencia, de la próxima reforma del ordenamiento jurídico-privado de muchos países para adaptarse a aquella, es sin duda el «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» al que se refiere el artículo 12.

El «apoyo» es un concepto nuevo, o por lo menos, un concepto que se ha de entender y encajar en los respectivos esquemas jurídicos, tanto desde el punto de vista conceptual como en su aplicación jurídica, y por ello, y como todo lo nuevo, exige una labor de readaptación, que siempre es costosa. No se trata de una entelequia jurídica, ni de una concepción que atañe solo a los trabajadores sociales, sino que tiene una dimensión jurídica válida, que permite el acercamiento a la persona y que puede ser diseñada de tal forma que sea flexible, evaluable y corregible según las necesidades de aquella, sin que por ello se tenga que producir necesariamente una hecatombe en los cimientos de los sistemas que dinamite principios seculares como el de seguridad jurídica.

La Convención no define el concepto ni especifica el contenido del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica». Es la Observación general del Comité de Naciones Unidas sobre el artículo 12 de la citada Convención, en el 11.º periodo de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014) —en adelante, la Observación general— la que concreta en su punto 17 que «*es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confían que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejem-*

plo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias».

Son muchos los interrogantes planteados en la adaptación de los ordenamientos jurídicos a la Convención: para empezar, la amplitud con la que tal concepto debería ser asumido en los Códigos civiles². Algunos de ellos son provocados por la interpretación del Comité de Naciones Unidas, especialmente en lo que se refiere a la admisión o no, dentro del sistema de apoyos, de la posible representación o sustitución, y en relación a ello, al abandono del criterio del interés superior de la persona con discapacidad, para ser sustituido en su totalidad por el respeto a su voluntad y preferencias. La citada Observación general es, en estos puntos, especialmente beligerante, proscribiendo como contrarios a la Convención los sistemas de representación legal y los basados en el criterio del *interés superior de la persona con discapacidad*, es decir, de lo que los terceros consideren como mejor interés para la persona con discapacidad. Los términos no dejan lugar a la duda:

«21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

27. Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “in-

terés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias.

28. La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

...29. b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

Sin embargo, en su aplicación a nuestro sistema, la contundencia de este criterio se enfrenta con, por lo menos, dos inconvenientes: uno de continente y otro de contenido.

Respecto al continente, no sé si se puede afirmar tajantemente que los respectivos Comités son los intérpretes *auténticos*³ de las Convenciones internacionales por cuyo cumplimiento velan, al menos si ello equivale a vinculación literal e íntegra al contenido de sus declaraciones, como si estos Comités tuvieran la misma primacía de las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda. Creo que hay argumentos para entender que la obligación que tienen los Estados de cumplir los tratados de buena fe, implica, efectivamente, que no pueden ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de este tipo de Comités, pero no cabe hablar en términos de obligación en sentido jurídico. En este sentido, el informe del *Essex Autonomy Project* (2016)⁴, en su revisión sobre el estado de la doctrina en este punto, entiende que, si bien su estatuto jurídico no está del todo claro, hay un acuerdo general entre los operadores jurídicos acerca de que las interpretaciones de los citados Comités son «*authoritative*», pero no son jurídicamente vinculantes: esto es, que un Estado parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor, pero tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria. El informe también se plantea si, en la medida en que los Estados parte no impugnaron su contenido, las Observaciones generales acaso podrían constituir una práctica ulterior en virtud del artículo 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Se responde que, además de que hay Estados que se oponen a ello, es dudoso que, incluso en la medida en que las Observaciones generales reflejaran la práctica en el sentido de dicho artículo, pueda decirse que aquellas reflejan un acuerdo entre los Estados parte respecto a

la interpretación del tratado. En resumen, en palabras del informe, «aunque los Estados que ratificaron un tratado y confiaron a un Comité de las Naciones Unidas ciertas funciones relativas a la interpretación y la aplicación de las disposiciones del tratado tienen la obligación de comprometerse de buena fe con las opiniones y la interpretación del Comité de las Naciones Unidas y darle un peso importante, los Estados no están obligados por las Observaciones generales ni por sus aplicaciones en las observaciones finales o en los procedimientos de quejas individuales y no necesariamente incumplirán sus obligaciones en virtud del tratado si rechazan una interpretación adoptada por un Comité de las Naciones Unidas»⁵.

Si se acepta esta interpretación matizada sobre la vinculación que el Estado español tiene respecto al contenido de la Observación general, ello posibilitaría la introducción de un equilibrio entre los principios que deben regir el sistema —principio de respeto a la voluntad y preferencia de las personas, como criterio principal y prioritario, y principio de mejor interés de la persona con discapacidad, que entraría en juego de modo excepcional y subsidiario— que, como intentaré explicar, es un equilibrio posible y aún más: es necesario.

Respecto al contenido, y desde el punto de vista del fondo del tema, parece claro que, de modo compatible con la existencia de un sistema de apoyos, ha de admitirse que en situaciones excepcionales —discapacidades intelectuales severas o demencias muy avanzadas, estado de coma permanente, etc.— en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, quepan las necesarias «acciones de representación», «apoyos intensos», o como propone el Anteproyecto de reforma del Código civil español en su versión de 3 de julio de 2020⁶, «funciones representativas».

En efecto, y asumiendo el contenido del punto 21 de la Observación general, el párrafo 3.º del artículo 249 del Anteproyecto dice que: «*En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. 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 hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación*».

El Consejo de Estado, en su dictamen de 11 de abril de 2019, fue muy crítico con el tenor de este artículo y dijo que esta opción «convierte al curador en un cuasitutor y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado aun sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad». Pese a ello, parece que lo propuesto en el Anteproyecto sobre este punto era una opción legislativa inevitable⁷: otra cosa es que, partiendo de lo que debería ser estrictamente

excepcional, la práctica pervierta el sistema y acabe relajando esos límites tan estrictos.

Admitida dicha posibilidad —siquiera sea excepcionalmente— en el texto del Anteproyecto, el siguiente interrogante recae sobre el criterio que debe guiar a quien presta apoyos con funciones sustitutivas.

Acabamos de ver que el proyectado artículo 249, en la línea de la Observación general, asume en este punto la primacía de la *voluntad y preferencias* de la persona con discapacidad, prescindiendo del criterio del *interés superior* de esta. Pese a que esta posición tiene un sólido apoyo argumentativo⁸, también este punto admite matizaciones, porque por una parte, en ocasiones, el criterio del *interés superior* va a ser el único criterio que se pueda utilizar, y porque por otra, la filosofía que lo preside sigue presente a otros efectos como veremos.

En primer lugar, el completo abandono del criterio del *interés superior* y su sustitución por la indagación de la voluntad —en muchas ocasiones presunta— de la persona con discapacidad, se topa con la realidad de que no pocas veces será inviable adoptar una decisión de ese tipo (presunta), porque la persona no tuvo nunca oportunidad de expresar su voluntad, o de hacerlo en ese ámbito determinado con las mínimas condiciones de libertad y consciencia⁹. Hay situaciones en que hablar de voluntad presunta, pese a su buena intención, no responde a la realidad. Arroja muchas luces respecto a esta cuestión el análisis de CANIMAS BRUGUÉ, que al referirse a las decisiones presuntas —diferenciándolas de las expresadas y de las sustitutivas—, explica que «son las que se considera que la persona habría tomado si no estuviera en la situación de incapacidad sobrevenida. Son decisiones reconstruidas de forma objetiva por terceras personas a partir de la información de que se dispone sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones parecidas expresados antes de la situación de incapacidad actual, etc., de la persona afectada. Solo son posibles, por lo tanto, en casos de incapacidad (la persona no puede expresar ningún tipo de preferencia, voluntad o decisión, o la que expresa es el resultado de unas condiciones propias o externas claramente inadecuadas) sobrevenida en los cuales se dispone de información fidedigna»¹⁰. Por tanto, es esa información la que, en su caso, podría servir para una hipotética reconstrucción de la voluntad: es claro que si no se dispone de esa información, esa labor no se puede llevar a cabo y hay que acudir a otros criterios para no desproteger o perjudicar a la persona con discapacidad, y el criterio será, precisamente, el del mejor interés de esta.

Por eso, a la luz de la Convención y de visión una holística y realista, tanto del sistema como de la realidad social, puede mantenerse que si bien el criterio que aplicará quien ejerza el apoyo en esas situaciones excepcionales será el de reconstrucción o mejor interpretación posible de la voluntad y

preferencias, en los casos en que la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, seguirá entrando en juego el criterio del interés¹¹.

El intenso debate en el ámbito de la psiquiatría especializada en este punto, va en esa línea, como se manifiesta en el número 18:1 de la revista *World Psychiatry* (febrero de 2019). Especialmente expresivo es el editorial firmado por Paul S. APPELBAUM «Salvando la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU de sí misma», y los artículos del apartado Fórum *Toma de decisiones por representación en Psiquiatría: declaraciones por órganos de las Naciones Unidas y sus implicaciones prácticas*¹².

Lo dicho, naturalmente, es compatible con la necesidad de arbitrar un control de las condiciones que tienen que cumplir dichas medidas sustitutivas para que estén plenamente justificadas, y la conveniencia de prever no solo controles *a posteriori* que penalicen lo mal hecho, sino toda una línea de formación previa y continuada para quienes están llamados a aplicar esas medidas¹³.

En segundo lugar, decía que la filosofía subyacente al criterio del mejor interés sigue apareciendo en otros escenarios. Sabemos que cuando se da un conflicto de intereses que afecte a la persona con discapacidad se recurre, institucionalmente, a figuras como el defensor judicial o la Junta de parientes en Aragón: respuestas que vienen ahora reforzadas por la mención del artículo 12.4 de la Convención de la obligación de los Estados parte de proveer un sistema de salvaguardias que aseguren «que no haya conflicto de intereses». Pero es que, con independencia de estas soluciones que comportan la intervención de un tercero, el criterio que guía algunas decisiones judiciales cuando hay un choque de intereses entre una persona con discapacidad y otra sin ella, es que el interés de la persona con discapacidad se considera «más relevante» (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita jurisprudencia anterior), «superior», o «que se encuentra por encima de cualquier otro» (S. 3925/2017, de 8 de noviembre)¹⁴ que el interés de la persona sin discapacidad con quien concurre.

Como vemos, es una utilización del concepto en un campo distinto: el de inclinar la balanza en un posible conflicto entre dos personas, que es distinto del escenario en el que se aplica el criterio de mejor interés, rechazado por la Observación general, que va unido a la idea de «decidir por» la persona con discapacidad en atención a lo que se considera su mejor interés. Soy consciente de la diferencia en su utilización, pero me parece que no se puede negar que el espíritu es el mismo, aunque se aplique a distintos efectos. Pero es que además, y puestos a llevar al extremo la argumentación de la Observación, no debería considerarse que el interés de la persona con discapacidad *que ha recibido los correspondientes apoyos*, es superior al de otra persona. Y ello porque, en esa situación —cuando está, merced a los

apoyos, en idénticas circunstancias que el resto de personas—, favorecerle por el hecho de ser persona con discapacidad, sería una discriminación bienintencionada, pero carente de justificación, y que se acabaría volviendo contra ella. Sin embargo ¿porqué parece que se acepta pacíficamente esa línea jurisprudencial? Porque reitero que el fondo del sistema cuenta con que la vulnerabilidad que pueden presentar estas personas por razón de su discapacidad hace que el poder público intervenga para lograr lo que ese mismo sistema considera mejor para ellas: que no sufran perjuicios precisamente por ser vulnerables.

Y de hecho, el Tribunal Supremo en la reciente S. 465/2019 de 17 de septiembre (Ponente SEOANE SPIEGELBERG), reconoce como principio la necesidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona, pero sigue hablando —hasta en cinco ocasiones— del interés superior de la persona con discapacidad, no solo a los efectos de «velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros», sino —como sucede en el caso resuelto por la sentencia— para posibilitar la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores que pueden ser muy variados: «En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado»¹⁵.

II. POSIBLE FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS O PRESCINDIR DE SU CONTENIDO

Enlazando con lo que se acaba de exponer, se plantea si una interpretación amplia del término «*respeto a la voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad ampara, como parte del derecho a los apoyos, el derecho a no recibirlos o a prescindir de su contenido. Antes de analizar sus posibles consecuencias en el sistema, y su plasmación o no el texto del Anteproyecto en curso, conviene preguntarse cuál sería el fundamento de ese hipotético derecho a no recibir los apoyos.

Apuntaré varias ideas al respecto, no de forma exhaustiva ni excluyente entre ellas.

1. No cabe duda de que el principio de «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones», que es uno de los principios básicos de la Convención (art. 3.a) puede ser la base para esa decisión¹⁶. Y precisamente, partiendo de ahí, la Observación general dice que «en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones» (Punto 18); «algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3 (Punto 19). El fundamento teóricamente es impecable y su base clara: la Observación del Comité de Naciones Unidas. El problema es el que he expuesto en el apartado anterior: la fuerza vinculante de la Observación general que, como sostengo, no es la del texto de la Convención misma, que nada dice respecto a este derecho. Y me parece que las consecuencias serían de tal entidad que si se hubiera querido admitir, los redactores de la Convención —que tuvieron oportunidad para discutir sus aspectos conflictivos¹⁷— lo hubieran plasmado de forma explícita.

2. Desde el punto de vista constitucional, podría considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y en especial, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)¹⁸. El problema es que este principio concurre con otros principios constitucionales que pueden neutralizar la posible existencia de ese derecho a no recibir apoyos: pienso fundamentalmente en el deber de los poderes públicos que contempla el artículo 49 CE de realizar «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Estos dos principios constitucionales, como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE «se complementan y a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado psíquico»¹⁹.

Precisamente respecto al artículo 49 CE hay propuestas de reforma, para, además de llevar a cabo las correspondientes adaptaciones terminológicas y de estructura, modificar su contenido, en línea con las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad y poniendo el énfasis en «los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales»²⁰. Sin embargo, no por ello se pierde de vista la actuación de protección por parte de los poderes públicos, por lo que la concurrencia de principios constitucionales anteriormente aludida permanece, a mi parecer, incólume: de hecho, si en la redacción de

1978 se dice que los poderes públicos «ampararán especialmente», en esta propuesta se emplea dos veces el término «protección» e incluso, «protección reforzada» de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

El principio de dignidad además, ni depende ni puede reducirse al ejercicio efectivo de la autonomía como propugnan algunas corrientes²¹, sino que va ligado a la naturaleza humana y no a la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito²². Con ello quiero decir que no atentaría contra este principio una intervención de los poderes públicos que limitara el ejercicio de la autonomía imponiendo, a quien no quiere recibirlos, unos determinados apoyos. De hecho es lo que el sistema sigue y seguirá haciendo en el marco de la heterorregulación a la que me referiré posteriormente.

3. ¿Se podría considerar como renuncia (anticipada o actual) a un derecho? Evidentemente lo es, pero lo que habría entonces que preguntarse es si los límites a la renuncia de los derechos (no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros) del artículo 7.2 del Código civil, podrían tener aquí algún papel: primero, porque puede considerarse que en el artículo 49 CE late un principio de orden público (la obligación del Estado de llevar a cabo una política de protección de las personas con discapacidad) y segundo, porque no sería difícil pensar en posibles perjuicios a terceros derivados del rechazo a esta recibir los apoyos (perjuicios económicos a familiares, incremento de la carga de trabajo para estos al tener que hacer frente a situaciones, que de haber habido apoyos, no se hubieran producido, etc.). Para que no se me malinterprete respecto a esto último, tengo claro que todo el sistema —la todavía actual «modificación de la capacidad de obrar»— tiene como único objetivo la protección de la persona: como se decía en la celeberrima Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 29 de abril de 2009 (Ponente: ROCA TRÍAS) «no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Pero me parece que denotaría falta de realismo cerrar los ojos a las necesidades que también tiene el entorno de la persona con discapacidad, especialmente en los casos de algunas enfermedades mentales.

En el marco de la legislación sobre autonomía del paciente es cierto que cabe, por ejemplo, la renuncia anticipada a determinados tratamientos médicos, por medio del documento de voluntades anticipadas, así como la renuncia actual a los mismos. Sin embargo, pienso, por las razones apuntadas, que las circunstancias aquí son sustancialmente distintas.

4. Podríamos considerarlo como la faceta negativa del propio derecho a recibir los apoyos, de forma análoga a otros derechos, como el derecho a no asociarse: recordemos que el derecho de asociación comprende no solo el derecho a asociarse, sino también, el derecho a no asociarse, como repe-

tidamente ha recordado el Tribunal Constitucional (SSTC 5/1981;45/1982; 67/1985; 183/1989, de 3 de noviembre y 244/1991, de 16 de diciembre)²³. Sin embargo, en el caso objeto de este análisis, el hipotético derecho a no recibir apoyos no tiene una base explícita en el texto de la Convención, sino solo, por ahora, en la citada Observación general, lo que, por las razones apuntadas *supra*, no parece parangonable a un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

Pese a las dudas que acabo de plantear lo cierto es que el derecho teóricamente considerado puede tener su fundamentación. Sin embargo, insertado en el conjunto del sistema, tanto actual como proyectado, se concluye que no existe, como intentaré desarrollar a continuación.

III. LA HETERORREGULACIÓN PREVISTA EN EL SISTEMA COMO IMPEDIMENTO AL DERECHO A NO RECIBIR APOYOS

El primer motivo para negar la existencia de este derecho es la admisión de la heterorregulación, es decir, de la posibilidad de que el Estado, con todo el aparato que le acompaña, pueda intervenir en la práctica desconociendo el deseo de no querer recibir apoyos, imponiendo, desde fuera, un régimen de actuación a la persona con discapacidad. Es claro que nuestro sistema vigente incluye esta posibilidad, pero es que el sistema proyectado —no podía ser de otro modo si se quiere cumplir con el deber constitucional del artículo 49 CE—, también se articula en torno a dos niveles: el de autorregulación, con medidas anticipatorias o preventivas, y el de heterorregulación, con medidas reactivas o *ex post*²⁴.

En efecto, en el artículo 249 del Anteproyecto se parte de que: «*Las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o 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*».

A partir de ahí, las medidas de apoyo se articulan en dos grupos: las que responden a la idea de autorregulación (medidas voluntarias) y las que responden a una heterorregulación (medidas de origen legal o judicial), siendo estas últimas supletorias o complementarias de aquellas, pues solo entran en juego en defecto o por insuficiencia de dichas medidas voluntarias, como se dice en los artículos 249 y 253 del Anteproyecto.

1. ALGUNOS ASPECTOS DE LA AUTORREGULACIÓN

Analicemos en primer lugar, algunos aspectos de la citada autorregulación, todo ello desde el prisma que preside este trabajo y con ese límite: por supuesto, cada una de las cuestiones que aquí voy a mencionar puede dar lugar —y de hecho ya lo han dado— a estudios y debates doctrinales que aquí no pueden reflejarse.

A) *Diferencias entre los instrumentos de autorregulación*

El contenido de las medidas voluntarias está descrito en el artículo 253 del Anteproyecto al decir que cualquier persona mayor de 16 años «*podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo*»: es la persona la que elige el cómo y el quién ha de prestarle esos apoyos. Autorregulación que se puede plasmar, como dice el mismo artículo, en la figura más concreta del poder preventivo, si bien aquella no puede reducirse en absoluto a este: nótese que el inciso del artículo 253 transcrito contempla una actuación mucho más amplia que el simple nombramiento de un representante al que se le confiere voluntariamente la representación, previendo que se puede diseñar globalmente el sistema con el que se quiere ser apoyado. Y es que, compartiendo el carácter autorregulatorio, autocuratela y poder preventivo mantienen diferencias esenciales. El poder es un acto unilateral que no obliga a nada al apoderado: simplemente acredita que, llegado el caso, este le puede representar, en aquellos ámbitos que no sean personalísimos. Aunque el contenido del poder sea muy amplio, nunca podrá obligar al apoderado a hacer algo, por ejemplo, a cuidar del poderdante en determinado sentido. Y ello es compatible con el hecho de que si el poder comprende todos los negocios del otorgante, «*el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*» (art. 259 Anteproyecto). Sometimiento que entiendo se refiere al régimen de autorizaciones, etc. Por lo demás, en la práctica, el poder preventivo suele ir acompañado de una situación de *guarda de hecho* en el ámbito personal cuando la situación de discapacidad sobrevenida hace necesario ya el ser guardado. Se diferencia además del diseño de una autocuratela, en que el poder preventivo es representativo por definición —y ello, pese a todo el disfavor con el que la representación es vista por un importante sector doctrinal—, mientras el régimen ordinario previsto en la autocuratela será solo el de asistencia o apoyo.

B) *Capacidad para su otorgamiento y activación de las medidas*

Apuntadas algunas de las diferencias entre los distintos instrumentos autorregulatorios, el problema es que esta posibilidad de autorregulación se contempla «*en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás*»²⁵, pensando, parece, en demencias de tipo progresivo, pero aparentemente sin contemplar que esta situación sea ya la del punto de partida. Esta idea se refuerza si se advierte la falta de alusión en este artículo a la exigencia de *capacidad suficiente, adecuada* o similar para el otorgamiento del acto —expresiones que sí que aparecen en la legislación actual y en algunas propuestas de reforma²⁶—, y sobre todo, a la posibilidad de otorgar estos documentos con apoyo: parece un juego de palabras pensar en que *se pueda otorgar con apoyo el documento para autorregular los apoyos*, y acaso esta posibilidad no se haya querido, de intento, para evitar posibles influencias indebidas, o conflictos de intereses. Pero si creemos que el sistema de apoyos funciona y que contribuye a que la persona pueda tomar sus propias decisiones no debería tenerse ese temor, tampoco para esta fase de diseño de medidas preventivas. En cualquier caso, como pone de manifiesto DE AMUNÁTEGUI a la vista del texto, todo apunta a que no pueden otorgar escrituras de autotutela quienes ya necesitan de una medida de apoyo al momento del otorgamiento²⁷.

Cuestión distinta sería la determinación del estándar de capacidad que se puede exigir en el otorgamiento: capacidad que podría perfectamente darse en el caso de una persona con discapacidad, pero que, a estos efectos, tenga el mínimo de aptitud para concurrir al otorgamiento sola, sin apoyos.

La calificación notarial de la capacidad en este punto —como, en realidad, en cualquier tipo de negocio jurídico en el que participara una persona con discapacidad— topa con un problema de concepto, debatido en ámbitos jurídicos y psiquiátricos, acerca de la compatibilidad con la Convención de la calificación funcional de la capacidad hecha por un tercero, especialmente con su proclamación de la *igual capacidad jurídica*.

En su trabajo de expresivo título «El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU», FLYNN, refleja las diversas posturas sobre este punto. Mientras que para SZMUKLER la aplicación de las evaluaciones funcionales de la capacidad de toma de decisiones no supone ninguna discriminación legal, dado que sirven a un propósito legítimo —proteger la totalidad de los derechos humanos de la persona—, son de naturaleza objetiva, y cumplen los criterios de racionalidad y proporcionalidad en la consecución de dicho propósito, existen otras posturas —MORGAN y VEITCH— que critican

la supuesta objetividad de las evaluaciones de la capacidad mental. En esa línea, la autora del artículo defiende que las citadas evaluaciones funcionales no se pueden utilizar para ignorar la preferencia claramente expresada por el individuo²⁸.

Sin embargo, la calificación notarial de la capacidad a la que me estoy refiriendo, en la esfera y a los efectos de la autorregulación, se mueve en otros parámetros: no se vulnera la Convención por medio de una hipotética *calificación de la igual capacidad jurídica* (lo cual se rechaza como línea de principio), sino que lo que el notario hace, es llevar a cabo la misma labor calificadora que le viene impuesta por el artículo 17 bis, 2.a) de la Ley del Notariado, y que ha de hacer respecto a todas las personas, tengan o no discapacidad: «*Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*»²⁹. La cuestión que se plantea no es por tanto, si el notario ha de llevar a cabo o no esta labor calificadora —que evidentemente ha de hacerla—, sino que es más bien la del cambio de mentalidad en la función notarial a la luz del nuevo paradigma, de modo que en esa valoración se eviten prejuicios injustificados por la sola presencia de alguna de las *deficiencias* a las que alude el artículo 1.2 de la Convención. Ha de hacerse un esfuerzo para hacerse cargo de la *voluntad y preferencias* de la persona con discapacidad, lo que planteará al notario la misma necesidad de formación y especialización que la que se plantea a los jueces que tienen que intervenir, como vamos a ver a continuación, en los casos de heterorregulación³⁰.

No obstante, ese esfuerzo por hacerse cargo no implica necesariamente bajar injustificadamente el nivel de exigencia. En relación con este punto, es muy interesante la diferencia de trato puesta de manifiesto por CUADRADO PÉREZ en relación con la imposición, como único criterio, del respeto a la voluntad y preferencias de la persona: «Parece llamativo que en los últimos tiempos se haya construido una extensa y precisa doctrina en torno al consentimiento contractual de las personas que no sufren ninguna discapacidad —por ejemplo, en materia de Derecho de Consumo y de adquisición de productos financieros—, en la que los textos normativos y las sentencias muestran un férreo rigor en aras a asegurar que la voluntad contractual ha sido pulcramente formada de manera plenamente consciente, y, en cambio, se pretenda que en la toma de decisiones de una persona con discapacidad deba atenderse siempre a la voluntad y preferencias de quienes, en muchas ocasiones, carecen de la capacidad para entender y querer el negocio jurídico celebrado. En una época en la que, cada vez con mayor ímpetu, se requiere

que los contratantes sean conscientes de los compromisos contractuales adquiridos y de las decisiones personales adoptadas, podría adolecer de incoherencia sistemática la ubicación —con una inaudita laxitud— de la voluntad de la persona con discapacidad como único criterio admisible en la toma de sus decisiones, con independencia de toda valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva»³¹. Volveremos sobre este punto más adelante.

Respecto a las medidas previsoras *para el futuro*, a las que de momento parece circunscribirse el Anteproyecto, habrá de delimitarse cuáles son esas «*circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás*», cuya «*conurrencia futura*» (art. 253 del Anteproyecto) determinará que se activen esas medidas de apoyo. Y enlazando con esta cuestión, uno de los retos es, precisamente, hallar un diseño efectivo de la acreditación misma del presupuesto de activación de las medidas de apoyo. En el informe del Consejo General del Poder Judicial (punto 113) se dice que «La previsión de que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad se estará a las previsiones del poderdante o mandante, y de que, en garantía del cumplimiento de las previsiones de estos se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial (art. 255), puede resultar insuficiente en los casos en que, bien el propio afectado, bien los legitimados para instar los procedimientos de provisión de apoyos, cuestionen la concurrencia del presupuesto que habilita la eficacia del poder o del mandato, tanto más en aquellos supuestos en los que el apoderamiento o el mandato no contengan previsiones concretas y suficientemente completas acerca de la concurrencia del hecho o las circunstancias que activan el poder o el mandato preventivo, o las adecuadas previsiones acerca de su acreditación». Y en casos como estos —falta de conciencia de enfermedad, con la consiguiente negación de concurrencia del presupuesto— es cuando entrará en juego la heterorregulación, no tanto porque no haya medidas o sean insuficientes, sino porque habiéndolas, pueden no ser eficaces, lo cual a efectos prácticos pienso que equivale a la insuficiencia. Pero nuevamente con esto nos adentraríamos en el problema de fondo que se analiza en este trabajo: hasta qué punto la voluntad del individuo puede constituir un freno a la citada intervención judicial³².

C) *¿Hasta dónde puede llegar la voluntad en esta fase de autorregulación?*

Llegados a este punto, y en relación al núcleo del interrogante de este trabajo cabe preguntarse si cabría una autorregulación cuyo contenido fuera excluir los apoyos —bien todos, bien alguno o algunos— *ex ante*, a modo de renuncia anticipada a un derecho.

Con base en el amplio espectro que parece darse a las voluntades anticipadas del artículo 253 del Anteproyecto, se ha planteado que puedan servir de marco para una previsión por la que la persona excluya expresamente que se le suministre cualquier tipo de apoyo en el futuro³³. De admitirse esta posibilidad, la aplicación de las medidas reactivas o ex post quedaría limitada, por una interpretación estricta, a la literalidad de «en defecto o insuficiencia»: es decir, solo se aplicarían cuando nada se previó en ningún sentido, o se previó y era insuficiente, pero siempre que no se hubiera prohibido.

Nuevamente creo que esto no es lo que se deduce del sistema. No faltan los casos en que se imponen a la persona con discapacidad cosas que no quiere: la propia posibilidad de que el juez no nombre curador al designado mediante autocuratela, —admitida en el artículo 272 del Anteproyecto—, sino a otra persona, da un indicio de que la voluntad de la persona en este punto puede ser desconocida en aras a, por lo menos, evitarle perjuicios.

En el mismo sentido, pero en dirección contraria, cabe plantearse la admisión de las llamadas *cláusulas Ulises*, acerca de las que ya se ha trabajado en el ámbito sanitario de las instrucciones previas. Mediante estas cláusulas plasmadas documentalmente —especialmente útiles en el caso de enfermedad mental—, se pueden pautar las directrices sobre cómo se desea afrontar la situación cuando se manifieste algún tipo de crisis, propia de su enfermedad, y la persona no se pueda expresar libremente: de este modo, cabe avisar a familiares, conocidos, o al especialista, designados por el enfermo, conocer cuáles son sus preferencias sobre medicación o tratamientos, e indicar dónde esconde objetos o medicamentos que puedan ser perjudiciales en esos momentos, cuya ubicación solo conoce el otorgante³⁴. En el contexto en el que nos hallamos, ciertamente tales previsiones podrían subsumirse en el propio contenido de las medidas preventivas o autorregulatorias, pero es verdad que aportan un interesante matiz: el preaviso a quien haya de aplicar en el futuro los apoyos, de que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad es ser apoyada, aunque en un eventual momento de crisis se oponga, incluso violentamente (justo lo contrario de lo que parece decir la Observación general). El tema es muy complejo, por supuesto, y siempre requeriría un cuidadoso juicio de ponderación de las posibles discrepancias que se produjeran entre las cláusulas incluidas en el documento y la voluntad expresada en el momento.

2. ENTRADA EN JUEGO DE LA HETERORREGULACIÓN

La autorregulación asume todo el protagonismo el nuevo sistema, pero junto a ella se prevé toda una serie de medidas que encajan en el grupo

de la heterorregulación, y que son lo que el Anteproyecto considera «*instituciones jurídicas de apoyo*»: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, y cuya función «*consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*» (art. 250).

La apreciación de la necesidad de intervención estatal por medio del juez para imponer este tipo de medidas heterorregulatorias, depende de su valoración acerca de la inexistencia o insuficiencia de las mismas. *Pero es y supone intervención*, e intervención no solo difícilmente cuestionable, sino a mi modo de ver, absolutamente necesaria para cumplir con los postulados que latan en el artículo 49 CE³⁵. Otra cosa es que la guía en el ejercicio de las funciones encomendadas a estas personas sea el respeto a la voluntad, deseos y preferencias: en este sentido, la Convención ha supuesto un decisivo estímulo para que sea la visión conjunta de los principios constitucionales de protección de las personas con discapacidad (art. 49), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10) la que presida la regulación jurídico-privada de la discapacidad.

Pero como punto de partida, la respuesta inicial al interrogante planteado es que, aunque la persona con discapacidad no quiera —y acaso por eso no haya acudido a la autorregulación—, el sistema le puede imponer una figura de prestación de apoyos. No parece que la Convención obligue a que el procedimiento de provisión de apoyos solo pueda iniciarse si la propia persona lo solicita y exclusivamente con el alcance por ella requerido³⁶, ni que pueda dejarse al interesado, en todos los casos, la apreciación de esta necesidad de apoyos; apreciación que se puede hacer especialmente difícil en casos, por ejemplo, de enfermedad mental con falta de conciencia respecto a la misma. Los poderes públicos tienen que intervenir subsidiariamente para apreciar esa necesidad, al efecto de activar la correspondiente respuesta del sistema. Y esta intervención de los poderes públicos no tiene otro fundamento que lo que el sistema considera *mejor interés* para la persona con discapacidad³⁷. En ese sentido, puesto que comparte fundamento, se puede considerar como otra forma de heterorregulación la posibilidad de que el juez prescinda de toda o de parte de la propuesta contenida en la escritura de autocuratela —ya la hemos visto en el artículo 272 del Anteproyecto— si aprecia algunos de los peligros de los que le advierte la propia Convención: «conflicto de intereses», «influencia indebida», «falta de proporcionalidad», «falta de adaptación a las necesidades de la persona», «que se apliquen más allá del plazo más corto posible», etc.³⁸.

Por supuesto, en el complejo escenario de que sea el juez quien haya de apreciar³⁹ el defecto o insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria (arts. 249 y 253), con la consiguiente apreciación de la necesidad de imponer una heterorregulación, los jueces no tendrán más remedio que acudir a la

Convención, para detectar la presencia de «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo» en su dinámica activa, es decir, proyectándolas en su interacción «con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», en la perspectiva de la aproximación funcional antes descrita, y necesariamente con una atención más detallada al entorno social y cultural que rodea a la persona.

IV. SI EXISTE YA UN SISTEMA DE APOYOS ¿PUEDE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Oponerse o prescindir de su contenido?

Existiendo ya un sistema de apoyos para una persona con discapacidad, hay que analizar la posibilidad de que el interesado se oponga a recibir los concretos apoyos y quiera prescindir de su contenido.

La supremacía del *respeto a la voluntad y preferencias* sobre lo que sería la consideración del *interés superior de la persona con discapacidad*, parece presuponer que no solo la propia existencia de los apoyos debe siempre respetar los deseos de las personas —ya hemos visto lo que decían los puntos 18 y 19 de la Observación general respecto al artículo 12.3 de la Convención—, sino también su aceptación y aplicación concretas.

Esto último podría ser una posibilidad practicable si por apoyo se entendiera una facilitación o asesoramiento en las decisiones: en ese caso, cabría pensar que la persona con discapacidad podría no seguir el contenido de ese asesoramiento —a modo de dictamen, si se quiere preceptivo, pero en todo caso no vinculante—, asumiendo las consecuencias que comporta el riesgo de equivocarse. El apoyo consistiría entonces en proporcionar todos los elementos de juicio posibles para la toma de decisiones, pero sin ir más allá de lo que hace una persona sin discapacidad⁴⁰.

Parece evidente el hecho de que tomar decisiones sobre la propia existencia, ayuda de manera notable al crecimiento personal, autoestima y al libre desarrollo de la personalidad. Si ello es así, es lógico aplicar el mismo razonamiento a las personas que padecen una discapacidad: negándoles la capacidad de decidir —cuando, con o sin apoyos, la puedan ejercitar—, se les cercena también la de mejorar⁴¹. Y como toda decisión implica el riesgo de acertar con ella o no, hay que reconocer que el derecho a equivocarse y asumir las propias decisiones refuerza la dignidad personal.

En este sentido, y sin irme en exceso del tema, me parece plausible y plenamente coherente con el sistema propuesto en el Anteproyecto, el hecho de que este haya enlazado el ámbito de autonomía de la persona con discapacidad, con el de su responsabilidad civil para asumir las consecuencias de

los daños que cause. En el régimen aún vigente, y circunscribiéndome a la estricta responsabilidad civil, se plantean dudas acerca de la responsabilidad del tutelado que convive con el tutor, pues los términos del Código civil pueden dar pie a pensar que la responsabilidad es exclusiva de este último, en la medida en que concurran los requisitos descritos en el artículo 1903 del Código civil. Sin embargo, el Anteproyecto (art. 299) es claro, y afirma, en coherencia con los principios que lo inspiran, que: «*La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual en relación a otros posibles responsables*». Evidentemente el «*responderá*» no implica que sea siempre y sin excepción: responderán en la misma medida que, en ese mismo caso, respondería una persona sin discapacidad. Junto a ello y de modo complementario, responderán «*Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella*» (art. 1903.II).

Hecha esta digresión, vuelvo a la idea de que, si bien el derecho a equivocarse se asume como parte del desarrollo de la personalidad y de la afirmación de la dignidad de cada individuo, se admite, por una parte, que no es un derecho en sentido técnico-jurídico⁴², y por otra parte, se impone la realidad de que frecuentemente las personas con discapacidad están más expuestas a influencias indebidas —que el ordenamiento, por imperativo de la Convención, debe impedir que se produzcan o, en su caso, paliar sus consecuencias— que otros colectivos. También, que por más que el sistema les preste todos los apoyos posibles, en muchas ocasiones no pueden hacerse cargo de la situación, sobre todo si es compleja, de la misma manera que otras personas.

Por todo ello, me parece que un sistema en el que el apoyo fuera un mero asesoramiento no vinculante, acarrearía probablemente más consecuencias negativas que positivas para la persona que lo recibe.

Y lo cierto es que el Anteproyecto no sigue un sistema así, sino que la principal figura de apoyo prevista es precisamente la curatela, que incluso puede tener, en casos muy excepcionales, funciones representativas. Entonces, a la vista de ello, cabe preguntarse hasta qué punto el complemento de capacidad propio de esta figura —recordemos que mientras el tutor representa, el curador actúa junto con el sometido a curatela, complementando su capacidad— impide, por su propia esencia, esa posibilidad de prescindir sin más de los apoyos.

1. ¿PUEDE EL CURADOR NEGARSE A PRESTAR EL APOYO?

Nos acercamos con ello al nudo gordiano de la cuestión: si el sistema de apoyo continuado en que consiste la curatela va mucho más allá del

mero asesoramiento o consejo es porque, lo que el curador piensa respecto a un determinado acto que quiere llevar a cabo la persona con discapacidad, puede no ser conveniente para él y en ese caso, su apoyo se traduce en impedirsele y no proporcionar el *asentimiento* o *complemento de capacidad*. Precisamente respecto a estos dos últimos términos, no es sencillo calificar lo que el curador hace en el nuevo panorama: no es *complementar la capacidad*, porque esto presupone que si hay que complementar algo, es porque ese algo no es completo, y desde luego, el artículo 12 de la Convención parece impedir —al menos en la concepción unificada de la *legal capacity*—, esta última afirmación. Por ello, me parece que puede ser útil, al menos instrumentalmente, seguir hablando de *asentimiento*, en cuanto término que sugiere prestación de consentimiento por una persona externa a la relación jurídica sobre la que recae, y que funciona como una suerte de visto bueno⁴³.

Y aquí retomo el tema del criterio del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, en la medida en que este criterio, según la interpretación defendida por un importante sector de la doctrina apuntada *supra*⁴⁴, tuviera por contrapartida el abandono absoluto del criterio del mejor interés de la persona con discapacidad. La consecuencia lógica sería entonces que el criterio que el curador ha de tener presente a la hora de prestar su apoyo sería única y exclusivamente ese, lo que conduciría a afirmar que, llegado el caso, si no consigue hacer cambiar de opinión a la persona con discapacidad, tendría que respetar esa opinión y no se podría oponer. ¿Realmente se quiere llegar a esto? En una interpretación sistemática del contenido del Anteproyecto, creo que no. El respeto a la voluntad y las preferencias de la persona es, por supuesto, el criterio esencial a tener en cuenta en la labor de apoyo, y quizá sea una de las principales manifestaciones del cambio de paradigma que ha supuesto la Convención, pues se traduce, como mínimo, en un freno decisivo a la tendencia paternalista del *todo para el pueblo* (persona con discapacidad) *pero sin el pueblo*. Y eso tendría como consecuencia concreta que la posible negativa del curador tiene que basarse en razones objetivables (falta de capacidad económica, previsibles daños y perjuicios, etc.), sin que pueda hacer una discriminación negativa por motivos de discapacidad. Si no hay tales razones, la persona con discapacidad tiene el mismo derecho que las personas sin ella, a tomar sus propias decisiones como manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Pero si las hay, el sistema permite que la actuación del curador tenga, al menos en principio, ese carácter impeditivo, lo que en el fondo significa que ambos criterios se siguen conjugando y ello, entiendo, sabiendo que prevalece claramente uno sobre otro (el respeto a la voluntad y preferencias, sobre el del mejor interés), pero sin eliminarlo⁴⁵. Sin embargo, como luego veremos, ese impedimento por parte del curador deviene inoperante,

a la vista de como queda el artículo 1302 en la versión del Anteproyecto de julio de 2020.

2. SUPONIENDO QUE EL CURADOR PUEDA NEGARSE ¿PUEDE HACER ALGO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ESE CASO?

Si el curador no quiere prestar su asentimiento a determinado acto o negocio porque está en desacuerdo con el deseo o la decisión de la persona con discapacidad, tenemos que preguntarnos si el sistema ofrece a esta algún tipo de posibilidad para llevar a cabo de modo jurídicamente válido dicha actuación.

En primer lugar, en el caso de que el sometido a curatela no actuara a la vista de tal negativa, hemos de ver si hay algún cauce para desbloquear la situación.

Parece que hay que descartar el recurso al nombramiento del defensor judicial, pensado como figura para actuar ante una imposibilidad transitoria de actuación por parte del curador, o cuando concurre conflicto de intereses (art. 299 CC actual y artículo 283 del Anteproyecto): aquí no estaríamos hablando de conflicto de intereses, porque no hay un «interés propio» del curador contrapuesto al del sometido a curatela, sino solo diferentes modos de ver lo que es mejor para el interés de la persona con discapacidad.

La respuesta que entonces parece que queda, es la de solicitar autorización judicial para dicha actuación: así lo dispone expresamente el Código civil catalán en su artículo 223-4.2: «*Si el curador rechaza, sin causa justificada, prestar la asistencia en alguno de los actos que la requieran, la persona puesta en curatela puede solicitar la autorización judicial para actuar sola*»⁴⁶. En parecidos términos, el artículo 175-6 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil «*Ante la negativa del curador a prestar su asistencia preceptiva puede la persona sujeta a curatela solicitar al juez autorización para realizar el acto por sí solo*».

El problema, por una parte, es que de momento esta —o al menos expuesta con esta claridad— no es una respuesta generalizada en nuestro ordenamiento, si bien siempre cabría la invocación directa del artículo 12.4 de la Convención, como base para solicitar el control judicial de la decisión, considerando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad e identificando la inexistencia de conflictos de intereses o influencias indebidas, como aquella dice. También podría servir de base el último párrafo del artículo 249 del Anteproyecto cuando dispone que «*El Juez podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo ...en particular, atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera*», por lo

menos para escuchar la petición de la persona con discapacidad, lo que no necesariamente implicará aceptarla.

Habrà de alcanzarse un equilibrio entre impedir el bloqueo injustificado por parte del curador (que de ser una actitud reiterada, podrì dar lugar su a remoci3n), y llegar al extremo opuesto de propiciar que la persona con discapacidad acuda al juzgado cada vez que el curador no le apoya en alguna decisi3n.

El segundo escenario serì el de la persona con discapacidad, que en lugar de paralizarse, decide actuar segùn su propio criterio —recordemos que el sometido a curatela actúa él, y a él corresponde la iniciativa y el protagonismo de los actos jurìdicos—, sin contar con el curador. En este caso la soluci3n del Derecho todavìa vigente es la de anulabilidad del acto: *«Los actos jurìdicos realizados sin la intervenci3n del curador cuando esta sea preceptiva, seràn anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes de este C3digo»* (art. 293 CC vigente); soluci3n tambi3n seguida por el C3digo de Derecho foral de Arag3n (art. 151.2) y por el C3digo civil catalán (art. 223-8).

En la versi3n del Anteproyecto de 14 de enero de 2019, la soluci3n dada a este punto no cambiaba tanto las cosas, en la medida en que, en el caso de la curatela, se condicionaba la actuaci3n de la persona con discapacidad a un *complemento* de capacidad por parte del curador (que podìa anular el acto si no lo habìa dado) o en su caso, del juez (que tampoco tiene porque dar ese asentimiento). Si bien antes decìa que no parece conveniente seguir utilizando este concepto —*complemento*— a la vista de los t3rminos de la Convenci3n, lo cierto es que, si no lo seguìa siendo, al menos seguìa funcionando como tal desde el punto de vista de sus consecuencias.

En efecto, para mì, la piedra de toque era, en esa versi3n del Anteproyecto, el mantenimiento de la posibilidad de anular por parte del curador los contratos celebrados por la persona con discapacidad cuando esta ha prescindido de la medida. El pàrrafo 2.º del artìculo 1302 segùn el Anteproyecto decìa *«Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podràn ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acci3n»*.

Centràndonos en la posibilidad de que, vigente la curatela, fuera el curador quien ejercitara la acci3n, los contratos así celebrados se podìan anular, —en la citada versi3n— no solo en la medida en que perjudicaran un inter3s de la persona con discapacidad, sino *por el solo hecho de haber prescindido de la medida*, sin entrar a valorar si la persona tenìa la capacidad

natural para el acto en cuestión (que perfectamente puede ser que la tenga). En realidad, esto suponía seguir aceptando el tradicional sistema seguido en este punto sobre la incapacitación, en el que regía —rige— una suerte de doble presunción: mientras no haya recaído sentencia firme, se presume la capacidad de las personas, pero si la persona está incapacitada, bien con carácter general, bien para la realización de algún o algunos actos concretos, se presume que es incapaz para el acto o actos en cuestión, de forma que aunque aquella tuviera la capacidad natural necesaria en el momento de realizar dicho acto, este sería anulable⁴⁷.

Además, el inciso «*cuando fueran precisas*» empleado en el Anteproyecto —que en la versión del 2020 se mantiene—, se cumple, por principio, en los supuestos de curatela, pues esta habrá sido impuesta con base en la heterorregulación hecha por intervención judicial, precisamente porque la autorregulación o no ha existido o no ha sido suficiente. Luego en los casos en que el juez dice que el curador tiene que intervenir siempre «*es precisa*» esa intervención⁴⁸.

Las críticas a la opción contenida en el Anteproyecto sobre este punto en la versión de enero de 2019 venían desde posiciones doctrinales muy distintas.

Para RIBOT IGUALADA, tal asimilación entre los efectos de la falta de provisión de apoyos y los de la falta del tradicional complemento de la capacidad de obrar limitada —asimilación que implicaría una limitación parcial de la capacidad de obrar fijada automáticamente al establecer los apoyos—, no casaba con el objetivo de la Convención, de proteger sin disminuir los derechos de las personas con discapacidad⁴⁹. En su opinión se acomoda mejor el modelo alemán del asistente legal (*rechtliche Betreuer*), en el que la persona con discapacidad que cuenta con un asistente conserva la capacidad legal de obrar, de modo que sus actos o negocios jurídicos son válidos si posee la capacidad natural necesaria para llevarlos a cabo, y nulos si no cuenta con ella, como lo serían para cualquier otra persona sin aptitud para concluirlos. Ante el riesgo de solapamiento entre sus propios actos y los llevados a cabo por el asistente, el sistema establece reglas para proteger a los terceros de buena fe. Asimismo este sistema contempla, de modo excepcional, la llamada «reserva de autorización», que implica que la eficacia de determinados actos de la persona asistida depende de la conformidad del asistente, pero ello es únicamente para los casos en los que puede razonarse que sin ella la persona con discapacidad incurriría en un riesgo significativo para su persona o sus bienes. Pero en todo caso, como apunta el autor, esto debería motivarse específicamente y atenerse a criterios generalizables, que no pivoten sin más sobre la discapacidad.

Se trataría entonces de un control a posteriori de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado, con toda

la gama de posibilidades de anulación —tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual— o incluso, si se aceptara, de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad⁵⁰. Ahora bien, esta posición haría que, previsiblemente, como admite el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto, estas impugnaciones se incrementen notablemente; riesgo que, al menos a juzgar por lo que dice este órgano, los jueces están dispuestos a asumir si se les dota de medios (punto 95 del Informe): el problema es si el patrimonio de la persona con discapacidad o quienes con ella se relacionan podrán soportar este aumento de procedimientos.

Desde el punto de vista de la posible anulación *ex post*, reitero que desde un principio quedó descartado —esto parece claro— una curatela a modo de dictamen preceptivo pero no vinculante, en el sentido de que si la persona con discapacidad hubiera respetado formalmente el régimen impuesto, oyendo el asesoramiento y opinión de su curador, eso ya haría al acto inmune a la posibilidad de anulación por falta de apoyo. Si así fuera, hubiera tenido que expresarse con una claridad mucho mayor de la que el precepto sugiere, y además ello no evitaría una posible impugnación posterior del acto por vicios de la voluntad, pese a haber recibido el preceptivo asesoramiento⁵¹.

Como antes anunciaba, también hubo críticas procedentes del extremo opuesto. A la vista de la amplitud del concepto «medidas de apoyo», que puede incluir medidas que no lleguen siquiera a la asistencia contractual propia de la curatela⁵², CARRASCO PERERA denuncia, como una patología del sistema, que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento —que en su opinión deberían quedar fuera del Código civil—, y que, sin embargo, un contrato pueda ser anulable a pesar de que estas han sido observadas. En su opinión debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe⁵³.

Probablemente uno de los cambios más relevantes introducidos en la versión del Anteproyecto de julio de 2020 es la eliminación del inciso «*por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo*» —en lo demás el artículo permanece prácticamente idéntico—, con lo que la posibilidad de anular el acto se deja en manos únicamente de la persona con discapacidad (o, de modo limitado, de sus herederos), y además solo si las medidas de apoyo ya se han extinguido; ello implica o presupone un escenario en que tales medidas ya no son necesarias, es decir: lo que en terminología anterior a la Convención calificaríamos de «recuperación de la capacidad».

Por todo lo que he dicho anteriormente al hilo de la versión del Anteproyecto de 2019, hay que admitir que esta eliminación hace más coherente

el sistema diseñado. La coherencia, no obstante, no basta por sí sola para que esta decisión merezca un juicio favorable, pues las consecuencias en la práctica pueden ser muy perjudiciales para la persona con discapacidad, máxime, si ni siquiera ella llega a ser capaz de poder anular el acto porque las medidas de apoyo siguen siendo necesarias. A ello hay que sumar que en este supuesto en el que hay medidas de las que se ha prescindido (párrafo 2.º del art. 1302), el Ministerio fiscal no tiene legitimación para instar la anulación, a diferencia de lo que pasa con las personas con discapacidad respecto a las que no se ha establecido estas medidas de apoyo (párrafo 2.º del art. 1302), supuesto para el que sí se atribuye al Ministerio Fiscal esa posibilidad: «*Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal*». No alcanzo a entender porqué en el primer caso se ha de privar a la persona con discapacidad del gran «apoyo», si se me permite el juego de palabras, que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

En una primera impresión, esta previsión parece llevar demasiado lejos el derecho a equivocarse y solo el tiempo dirá si esto es una afirmación de la dignidad de la persona, o al final acaba volviéndose en su contra. Además, tal restricción en la posibilidad de impugnar por haber prescindido de lo que el propio sistema consideraba necesario (por eso se impusieron las medidas, porque se consideraban necesarias), no casa con la naturalidad con la que el propio Anteproyecto parece prever la posibilidad de anulaciones cuando en la Exposición de Motivos, se alude a que «*En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que, cualquiera que sea el Juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles y, los segundos, no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente*».

Todo esto son algunas reflexiones, hechas con carácter de urgencia, que la revista me ha permitido introducir en esta fase de la publicación, a la vista de la aprobación del nuevo Anteproyecto. Soy consciente de que el tema va a dar mucho de sí y preveo continuarlo en estudios específicos sobre el mismo. Lo que es claro es que probablemente uno de los grandes retos a los que se enfrente el Anteproyecto en su tramitación —al menos desde la óptica del Derecho civil— sea el del diseño del régimen de la validez y eficacia de los actos de una persona a la que se ha provisto de un régimen de apoyos: fundamentalmente porque si el régimen produce desconfianza en

los terceros que con ella se relacionan, acabe volviéndose contra la persona con discapacidad, excluyéndola en la práctica del tráfico jurídico⁵⁴.

Es de justicia poner de relieve, que si legislar nunca es fácil, en una materia como esta, en la que hay corrientes de pensamiento enfrentadas, y que afecta a tantos aspectos nucleares del Derecho civil, la labor es extremadamente delicada y compleja. Me consta el enorme esfuerzo que han hecho los redactores del Anteproyecto, que a su incontestable prestigio jurídico han unido una ejemplar capacidad de escucha: no sé si en muchos procesos legislativos puede decirse que ha habido esa fluida comunicación con los distintos sectores afectados y con la comunidad científica, a los que se nos ha dado ocasión de participar, tanto en la fase previa de consulta, como en la de exposición pública, mediante el envío de numerosos informes a la Dirección general de Política legislativa. Sirvan estas líneas de reconocimiento a su labor, pese a las sanas críticas que por mi parte he vertido aquí en algunos puntos.

3. LA RESPUESTA AL INTERROGANTE INICIAL

Hasta el cambio introducido en la versión del Anteproyecto de 2020, me hubiera atrevido a decir que en realidad y en la práctica, al sometido a curatela se le va a seguir privando de ciertos ámbitos de actuación, al menos en los casos en los que no cuente con la asistencia de su curador, y acaso tampoco del juez al que recurra ante la negativa de aquel. Además es el propio artículo 1263 II del Código civil, tal y como aparece en el Anteproyecto, admite que las medidas de apoyo pueden implicar «limitaciones» en la capacidad de contratar —«*Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas*»⁵⁵.

Dicha afirmación no significa que estuviera en desacuerdo con que el sistema mantenga esta posibilidad —al contrario, me parece necesaria— pero creo, a la vista de esta *pieza que no encajaba en el sistema*, que no era real pensar que se pudiera prescindir por completo del criterio del mejor interés de la persona con discapacidad que es, a la postre, el que justificaría la anulación descrita. Tampoco puede ignorarse que por ello, su capacidad de obrar (o ejercicio de su capacidad legal) va a quedar, en algunos casos, limitada. Pero por supuesto, pensaba antes y pienso ahora, no todo va a seguir igual, reducido a cambios terminológicos: como antes he dicho, la Convención propicia un vuelco en la mentalidad y en los modos de hacer, invirtiendo el orden en los criterios guía, pero sin eliminar el del mejor interés.

Las consecuencias derivadas de la nueva redacción del artículo 1302 del Código civil me obligan a replantear esta afirmación, porque si bien es

cierto que la heterorregulación sigue prevista como parte del sistema con las consecuencias apuntadas páginas atrás, el hecho de que quede en manos de la persona con discapacidad el utilizar las medidas de apoyo o no —porque en realidad esa es la consecuencia final—, hace que en la práctica su utilidad quede muy reducida y que los riesgos para aquella sean muchos.

Si la propuesta de la versión del 2020 prospera, la respuesta al interrogante del título de este trabajo es un *no parcial*: no existe como tal un derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad. La heterorregulación es la materialización de la intervención del sistema cuando está en peligro el interés superior de aquella: en ese sentido, entiendo que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no es absoluto, aunque sí es criterio preferente y esto es, indudablemente, mérito de la Convención, que ha sido reflejado en el Anteproyecto. Sin embargo, tal intervención deviene inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado.

Un breve apunte final: algunos de los problemas de la práctica se evitarían si se aplicara correctamente el equilibrio entre los principios de igualdad y de cuidado que analiza Antonio PAU en un reciente trabajo (2020). En el caso de las personas con discapacidad, este equilibrio supone que el principio de cuidado tiene un doble aspecto, porque es contenido de la función del prestador de apoyos y es también modo en que ese contenido o esa función se ejerce: como expresa gráficamente «el cuidador tiene la obligación de *cuidar*, pero además tiene que cuidar *cuidadosamente*». Por ello se ha introducido en la Exposición de motivos de la ley un breve párrafo que tiene por objeto realzar el «valor del cuidado»: *«El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta»*. Sin solucionar por completo las disfunciones antes apuntadas, es más que probable que muchos de los conflictos expuestos respecto a divergencias de opinión entre el prestador de apoyos y la persona apoyada, no llegaran a producirse si se logra, merced a ese equilibrio, una adecuada actitud de ambos: actitudes que, en muchas más ocasiones de las que se piensa, tienen un amplio margen de mejora.

VII. CONCLUSIONES

I. Son muchos los interrogantes planteados en la adaptación de los ordenamientos jurídicos a la Convención de Naciones Unidas de derechos

de las personas con discapacidad, algunos de ellos provocados por la propia interpretación del Comité encargado de su seguimiento, que propugna, entre otros postulados, el abandono del criterio del interés superior de la persona con discapacidad, sustituido en su totalidad por el de respeto a su voluntad y preferencias.

II. La contundencia de este criterio se enfrenta con, por lo menos, dos inconvenientes: uno de continente y otro de contenido. De continente, porque hay sólidos fundamentos para defender que las interpretaciones de los citados Comités no son jurídicamente vinculantes. De contenido, porque hay situaciones excepcionales en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, y aunque a veces será posible reconstruir su presunta voluntad, habrá casos en que no lo sea, por lo que el criterio del *interés superior* será el único que se pueda utilizar.

III. En el contexto de la primacía del criterio del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad se plantea si esta tiene derecho a no recibir apoyos o a prescindir de su contenido.

IV. Su fundamento sería principio de autonomía individual, que lleva al Comité de Naciones Unidas a defender que, incluso en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones, y reconoce que pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo. El citado carácter no vinculante del pronunciamiento de dicho Comité (Observación general) obliga a matizar esta afirmación.

Desde el punto de vista constitucional, podría considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y en especial, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), incluyendo como parte de este el derecho a equivocarse —que no es un derecho en sentido técnico-jurídico—, pero concurre con otros principios que lo equilibran, como el deber de los poderes públicos que contempla el artículo 49 CE de protección de las personas con discapacidad, que neutralizaría tal derecho.

Se podría considerar como renuncia a un derecho, pero entrarían en juego los límites del artículo 7.2 del Código civil.

También podría concebirse como la faceta negativa del propio derecho a recibir los apoyos, de forma análoga a otros derechos, como el derecho a no asociarse, pero aquel no tiene una base explícita en el texto de la Convención, sino solo, por ahora, en la citada Observación general, lo que no parece parangonable a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han definido la faceta negativa del derecho de asociación.

V. Aunque el derecho teóricamente considerado pudiera tener algunas de las fundamentaciones anteriores, insertado en el conjunto del sistema, tanto actual como proyectado, se concluye que no existe, y ello por varias razones.

VI. El principal motivo para negar la existencia de este derecho es la admisión de la heterorregulación, es decir, de la posibilidad de que el Estado, con todo el aparato que le acompaña, pueda intervenir en la práctica desconociendo el deseo de no querer recibir apoyos, imponiendo, desde fuera, un régimen de actuación a la persona con discapacidad. Es claro que nuestro sistema vigente incluye esta posibilidad, pero es que el sistema proyectado también se articula en torno a dos niveles: el de autorregulación, con medidas anticipatorias o preventivas, y el de heterorregulación, con medidas reactivas o *ex post*.

VII. Cabe preguntarse si, con base en el amplio espectro que parece darse a las voluntades anticipadas, cabría una autorregulación cuyo contenido fuera excluir los apoyos —bien todos, bien alguno o algunos— *ex ante*. De admitirse esta posibilidad, la aplicación de las medidas reactivas o *ex post* quedaría limitada por una interpretación estricta a la literalidad del inciso «en defecto o insuficiencia»: no es esto lo que se deduce del sistema, entre otras razones, por la propia posibilidad de que el juez no nombre curador al designado mediante autocuratela, admitida en el artículo 270 del Anteproyecto, lo que da un indicio de que la voluntad de la persona expresada en la fase de autorregulación, puede ser desconocida en aras a, por lo menos, evitarle perjuicios.

VIII. En el mismo sentido pero en dirección contraria, cabe plantearse la admisión de las llamadas *cláusulas Ulises*: ciertamente tales provisiones podrían subsumirse en el contenido de autorregulación, pero es verdad que aportan un interesante matiz: el preaviso a quien haya de aplicar en el futuro los apoyos, de que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad es ser apoyada, aunque en un eventual momento de crisis se oponga, incluso violentamente.

IX. Aunque la persona con discapacidad no quiera —y acaso por eso no haya acudido a la autorregulación—, el sistema le puede imponer una figura de prestación de apoyos. No parece que la Convención obligue a que el procedimiento de provisión de apoyos solo pueda iniciarse si la propia persona lo solicita, ni que pueda dejarse al interesado, en todos los casos, la apreciación de esta necesidad de apoyos; apreciación que se puede hacer especialmente difícil, entre otros, en casos de enfermedad mental con falta de conciencia respecto a la misma. Y esta intervención de los poderes públicos no tiene otro fundamento que lo que el sistema considera *mejor interés* para la persona con discapacidad.

X. Existiendo ya un sistema de apoyos, la posibilidad de que el interesado se oponga a recibir los concretos apoyos y quiera prescindir de su contenido sería claramente practicable si por apoyo se entendiera una facilitación o asesoramiento en las decisiones a modo de dictamen, si se quiere preceptivo, pero en todo caso no vinculante, asumiendo las consecuencias que comporta el riesgo de equivocarse.

XI. Sin embargo, el Anteproyecto, en principio, no sigue un sistema así, sino que la principal figura de apoyo prevista es precisamente la curatela, que incluso puede tener, en casos muy excepcionales, funciones representativas: si el sistema de apoyo continuado en que consiste la curatela va mucho más allá del mero asesoramiento o consejo es porque, lo que el curador piensa respecto a un determinado acto que quiere llevar a cabo la persona con discapacidad, puede no ser conveniente para él y en ese caso, su apoyo se traduce en impedirle y no proporcionar el asentimiento en que consiste su apoyo.

XII. Si admitimos lo anterior, y el curador no quiere prestar su asentimiento porque está en desacuerdo con el deseo o la decisión de la persona con discapacidad, tenemos que preguntarnos si el sistema le ofrece a esta algún tipo de posibilidad para llevar a cabo de modo jurídicamente válido dicha actuación.

XIII. Si el sometido a curatela no actuara a la vista de tal negativa, el cauce para desbloquear la situación sería el recurso a la solicitud de autorización judicial que, aunque no tiene una base clara en el texto del Anteproyecto, se podría basar en el artículo 248 *in fine*, o en la invocación directa del artículo 12.4 de la Convención. Es deseable que la utilización de esta posibilidad por parte de la persona con discapacidad sea ponderada, y no ante cualquier desacuerdo.

XIV. Si decide actuar sin contar con el apoyo, en la versión del Anteproyecto de 2019 el acto podía ser anulado a instancias del curador, según el artículo 1302, y ello, no solo en la medida en que el acto perjudicara un interés de la persona con discapacidad, sino *por el solo hecho de haber prescindido de la medida*, sin entrar a valorar si tiene la capacidad natural para el acto en cuestión. En realidad, esto suponía seguir aceptando el tradicional sistema seguido en este punto sobre la incapacitación, con su doble presunción: mientras no haya recaído sentencia firme, se presume la capacidad de las personas, pero si la persona está incapacitada, bien con carácter general, bien para la realización de algún o algunos actos concretos, se presume que es incapaz para el acto o actos en cuestión, de forma que aunque aquella tuviera la capacidad natural necesaria en el momento de realizar dicho acto, este sería anulable.

XV. Precisamente porque esto era una pieza que no encajaba en el sistema ni en la filosofía del Anteproyecto al funcionar en la práctica como un auténtico *complemento de capacidad*, había propuestas que, en la línea de la *Betreuung* alemana, trasladan la solución a un control a posteriori de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado, con toda la gama de posibilidades de anulación —tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual— o incluso, si se aceptara, de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad. Ahora bien,

esta posición haría que, previsiblemente, estas impugnaciones se incrementen notablemente, por lo que es una opción de política legislativa que habría que ponderar cuidadosamente.

XVI. Probablemente uno de los cambios más relevantes introducidos en la versión del Anteproyecto de julio de 2020 es la eliminación, en el artículo 1302, del inciso «*por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo*» —en lo demás el artículo permanece prácticamente idéntico—, con lo que la posibilidad de anular el acto se deja en manos únicamente de la persona con discapacidad (o, de modo limitado, de sus herederos), y además solo si las medidas de apoyo ya se han extinguido.

XVII. Las consecuencias en la práctica de esta opción pueden ser muy perjudiciales para la persona con discapacidad, máxime, si ni siquiera ella llega a ser capaz de poder anular el acto porque las medidas de apoyo siguen siendo necesarias. A ello hay que sumar que en este supuesto, el Ministerio fiscal no tiene legitimación para instar la anulación, a diferencia de lo que pasa con las personas con discapacidad respecto a las que no se ha establecido estas medidas de apoyo (párrafo 2.º del artículo 1302). No se alcanza a entender porqué en el primer caso se ha de privar a la persona con discapacidad del gran «apoyo», si se me permite el juego de palabras, que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

XVIII. En una primera impresión, esta previsión parece llevar demasiado lejos el derecho a equivocarse y solo el tiempo dirá si esto es una afirmación de la dignidad de la persona, o al final acaba volviéndose en su contra: de hecho uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Anteproyecto en su tramitación —al menos desde la óptica del Derecho civil—, es el del diseño del régimen de la validez y eficacia de los actos de una persona a la que se ha provisto de un régimen de apoyos: fundamentalmente porque si el régimen produce desconfianza en los terceros que con ella se relacionan, puede acabar volviéndose contra la persona con discapacidad, sufriendo, a la postre, la discriminación de verse excluida del tráfico jurídico.

XIX. Si la propuesta de la versión del 2020 prospera, la respuesta al interrogante del título de este trabajo es un *no parcial*: no existe como tal un derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad. La heterorregulación es la materialización de la intervención del sistema cuando está en peligro el interés superior de aquella: en ese sentido, entiendo que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no es absoluto, aunque sí es criterio preferente y esto es, indudablemente, mérito de la Convención, que ha sido reflejado en el Anteproyecto. Sin embargo, tal intervención deviene inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STEDH (Sección 1.^a) de 23 de marzo de 2017
- STC 183/1989, de 3 de noviembre
- STC 7/2011, de 14 de febrero
- STS (Sala de lo Civil) 874/2008, de 25 de septiembre
- STS (Sala de lo Civil) 1901/2017, de 16 de mayo
- STS (Sala de lo Civil) 3923/2017, de 8 de noviembre
- STS (Sala de lo Civil) 465/2019 de 17 de septiembre

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 379-395.
- ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. [Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad]. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 52, 201-222.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). Propuesta de Código civil. Madrid: Ed. Tecnos. (disponible también en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf).
- BLUM B., GÓMEZ DURÁN, E., RICHARDS, D. (2013). Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad. *Revista española de Medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, ISSN-e 0377-4732, vol. 39, núm. 2, 2013, 63-69.
- CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacidad, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, núm. 39, 13-31.
- CARRASCO PERERA, Á. (2018). *Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 1-5 (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf).
- COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación general del sobre el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el 11.º periodo de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014), disponible en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO DE ESTADO, «Dictamen núm. 34/2019, de 11 de abril de 2019 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

- jurídica, procedente de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar social», 14 de enero de 2019, solicitable en <http://www.consejo-estado.es/transparencia/solicitud.php>. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO DE EUROPA, Documento temático *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, CommDH/IssuePaper (2012) 2, disponible en <https://rm.coe.int/16806da5c0>, 19. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020)
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>. (disponibilidad comprobada a 1 de mayo de 2020).
- CUADRADO PÉREZ, C. (2019). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 82-101.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019 a). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Ed. Reus.
- (2019 b). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 125-163.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1967, reimp. de 1985), *El negocio jurídico*, Madrid: Ed. Civitas.
- DE SALAS MURILLO, S. (2011). *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil*. Madrid. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi
- (2016). Comentario al artículo 199 del Código civil. *Código civil comentado* (Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández), Volumen I, 2.^a ed., Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters.
- (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, parte Doctrina.
- DÍAZ ALABART, S. (2018). Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: El derecho a su libertad personal. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 163-197.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 85-119.

- ETXEBERRÍA MAULEÓN, X. (2016). Autonomía y decisiones de representación/ sustitución en personas con discapacidad intelectual. *Perspectiva ética, Siglo Cero*, vol. 47, n.º 257.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., AYALA VARGAS, M.^a J. y VIGUERAS PAREDES, P. (2015). El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas. *Derecho y Salud*, vol. 25, 105-107.
- FLYNN, E. (2019). El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU, *World Psychiatry*, vol. 18, núm. 1, 50 y 51.
- FREEMAN, M. C., KOLAPPA, K., CALDAS DE ALMEIDA, J. M. et al. (2015). Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Lancet Psychiatry*, núm. 2, 844-850.
- GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho civil*, fasc. I, 59-147.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2018 a). Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 29-60.
- (2018 b). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 173-197.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios.
- LEGERÉN MOLINA (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 165-212.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Indret* 2/2020.
- MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R. (2016). The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK, disponible en https://www.researchgate.net/publication/303988881_The_Essex_Autonomy_Project_Three_Jurisdictions_Report_Towards_Compliance_with_CRPD_Art_12_in_Capacity_Incapacity_Legislation_across_the_UK.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014), *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, Madrid: Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi.

- (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 253-270.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a. V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia. Ed: Tirant lo Blanch.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 495-510.
- PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad. *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo/junio de 2019, 158 y 159.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 5-28.
- (2020). El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, enero-marzo, de 2020, Estudios, 3-29.
- PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 119-141.
- (2019). Prólogo a Castán Pérez-Gómez, S. *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Ed. Reus, 11-22.
- RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.^a C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 19-29.
- RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 215-252.
- SANCHO GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 17-25.
- VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre de 2012.

NOTAS

¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, por España (BOE n.º 96 y 97, de 21 y 22 de abril de 2008).

² CARRASCO PERERA (2018, 5) considera que debería dejarse fuera del Código civil «todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el “desarrollo” del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato», por las consecuencias de una posible anulación del contrato.

³ Por todos, GARCÍA RUBIO (2019, 31), RECOVER BALBOA (2014, 26) y CUENCA GÓMEZ (2018, 85) que habla de «exigencias» de la Observación general.

⁴ Todo ello, en MARTÍN, MICHALOWSKI, STAVERT, WARD, RUCK KEENE, HEMPSEY, CAUGHEY, MCGREGOR, (2016, 55-57).

⁵ Más sobre esta cuestión, en GARCÍA PONS (2013, 119 y 120) y DE SALAS MURILLO, S. (2018, 3-6).

⁶ Estando este trabajo en fase de corrección de pruebas, el Consejo de Ministros aprobó una nueva versión del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, procedente de los Ministerios de Justicia y de Derechos Sociales y Agenda 2020 (3 de julio de 2020. Versión no disponible en internet). He introducido los cambios correspondientes respecto a la versión de 14 de enero de 2019, sobre la que me basé en el trabajo enviado a la revista.

⁷ En este sentido afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2019, 263) que en un sistema legal de medidas de apoyo que contenga una medida central como la curatela, es imprescindible que las facultades de representación formen parte del contenido posible de esa medida central, si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes. Según CÁNICAS BRUGUÉ (2016, 2014) «Si se prohibieran este tipo de decisiones, ello conllevaría la desprotección de muchas personas, que hoy viven una vida digna gracias a ellas»; en el mismo sentido, y sin ánimo de exhaustividad, otros muchos autores, como DÍAZ ALABART (2018, 167-168), CUADRADO PÉREZ (2019), DE AMUNÁTEGUI (2019 a y b), LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020, 117) o PEREÑA VICENTE (2018).

⁸ GARCÍA RUBIO (2018 a, 31 y 32, y 2018, 182), en trabajos especialmente representativos en este punto, dada su condición de vocal de la Comisión General de Codificación, redactora del Anteproyecto.

⁹ Dificultad que también se puede dar como advierte PEREÑA VICENTE (2018, 130 y 131), cuando la voluntad se expresa, pero de forma contradictoria.

¹⁰ CÁNICAS BRUGUÉ (2016, 18 y 19).

¹¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 40), y CUADRADO PÉREZ (2019, 43-44). Este autor aporta una sentencia muy ilustrativa del TEDH —(Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017, Caso A-M.V. contra Finlandia—, al juzgar la decisión de un defensor judicial en relación con el establecimiento del domicilio de una persona con discapacidad intelectual, cuya capacidad equivalía a la de un niño de entre seis y nueve años, en contra de la voluntad expresamente manifestada por este. El TEDH consideró que, si bien el sujeto había mostrado su voluntad de residir con su antigua familia de acogida, era incapaz de conocer el significado y las consecuencias de habitar en un lugar recóndito y aislado, y juzgó que la decisión de su defensor judicial había sido adoptada atendiendo a la realidad y circunstancias del afectado, sin, como dice el autor, «sacralizar» las preferencias de la persona con discapacidad.

¹² <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/20515545/2019/18/1>. Destacan artículos como «La interpretación de “voluntad y preferencias” por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos», de STEINERT, o «La Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades de la ONU: grandes oportunidades e interpretaciones peligrosas», de GALDERISI, en el citado número de la revista.

¹³ Desde la perspectiva de la Medicina legal es muy interesante, por su frecuencia en la práctica, la propuesta de formación y criterios para diferentes profesionales que aparece en, BLUM, GÓMEZ DURÁN, RICHARDS, (2013, 63-69).

¹⁴ La cuestión la advierte Antonio PAU (2018, 10).

¹⁵ Sobre la interpretación del criterio del interés de la persona con discapacidad en la jurisprudencia de Tribunal Supremo, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2018) y PARRA LUCÁN (2019).

¹⁶ La concepción clásica de autonomía privada en el Derecho civil, en realidad, también es amplia, considerada como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social...». DE CASTRO y BRAVO (1967, reimp. de 1985, 12-13).

¹⁷ Cfr. GARCÍA PONS, (2013), que aporta una muy interesante descripción del proceso de aprobación de este artículo.

¹⁸ Principio que, según la STC 7/2011, de 14 de febrero se considera afectado por las limitaciones en la capacidad de obrar: «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). La infracción de este principio también fundamenta por ejemplo, junto con otras cuestiones, el paso de una tutela a una curatela (STS 1901/2017, de 16 de mayo, STS 3923/2017, de 8 de noviembre, Ponente PARRA LUCÁN).

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 50).

²⁰ Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española (diciembre de 2018), disponible en https://www.mpr.gob.es/precom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf.

El texto quedaría redactado como sigue:

1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas.

²¹ No puedo estar de acuerdo, por ello, con la afirmación de ETXEBERRÍA MAULEÓN (2016, 56) de que «somos sujetos de dignidad porque tenemos capacidad de autonomía, dirá KANT (1973), y nos construimos de acuerdo con esa condición de dignidad cuando actuamos autónomamente. Por tanto, si alguien bloquea o reprime nuestra autonomía, está dañando el corazón de nuestra identidad moral». Estas corrientes están descritas por ALEMANY GARCÍA (2014, 218 y 219) manifestando que «la noción de dignidad reducida a la autonomía individual es el sustrato de la ideología neoliberal o libertaria que defiende el antipaternalismo radical. La incapacitación, decidida por un juez en un proceso con garantías, fundada en la incapacidad del sujeto para auto-gobernarse, con la única finalidad de proteger al incapaz es un atentado contra la dignidad personal, desde esta concepción libertaria, porque constituye una interferencia en la libertad». Si bien no cabe duda de que el paternalismo, entendido como proteger a la gente de sí misma, entraña limitaciones a la libertad y la autonomía, estas se justifican precisamente por el respeto a la dignidad y la igualdad, mientras que «el antipaternalista radical parece dispuesto a sacrificar los intereses de los más débiles para garantizar el respeto a la libertad».

²² La idea y está desarrollada en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 38-39).

²³ «El derecho de asociación reconocido a todos en el artículo 22 de la Constitución comprende no solo el derecho a asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho

a no asociarse (SSTC 5/1981, 45/1982 y 67/1985). ...Se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, cualquier cláusula obligacional que lo desconozca es nula y carece de eficacia (art. 1255 CC), por infracción del artículo 22 de la Constitución; ya que tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo, sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que en el ámbito meramente contractual pueda tener la libre decisión personal de integrarse o no en una determinada Asociación y la de dejar de pertenecer a ella» (STC 183/1989, de 3 de noviembre). Muy interesante, a los efectos del balance de principios que apuntamos en el texto, la STS 874/2008, de 25 de septiembre (Ponente MONTES PENADES), al afirmar «que cualquier limitación del principio de libertad de asociación (o de no asociación) debe tener un tratamiento excepcional y encontrar suficiente justificación, de modo que solo puede hallarse justificada una intervención de los poderes públicos cuando la limitación sea necesaria para la consecución de determinados fines de relevancia constitucional».

²⁴ La expresión de autorregulación / heterorregulación la tomo de Antonio PAU (2018, 13) y la de medidas anticipatorias o preventivas y de medidas reactivas o *ex post* de GARCÍA RUBIO (2018 a). Ambas expresiones son igualmente elocuentes y descriptivas, pero como se observará, en el texto he optado por la primera porque se adecua más a la idea que quiero expresar.

²⁵ La alusión de que se trata de medidas para el futuro se reitera en otras expresiones que aparecen a lo largo del Anteproyecto como: «absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo» (exposición de motivos), «conurrencia futura de circunstancias que pudieran dificultar el ejercicio de su capacidad» (art. 251), y «en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248...» (art. 269).

²⁶ En la propuesta de en la Propuesta sí que se exige expresamente la mayoría de edad y la capacidad suficiente (art. 178-1); en contra se muestra GARCÍA RUBIO (2018 a, 39), considerando que la exigencia de plena capacidad o algo similar en el poderdante, sería incompatible con el sistema del Anteproyecto.

²⁷ Si bien, como advierte la misma autora, es una cuestión todavía abierta: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 75-76). También, con un completo tratamiento de esta fase, de esta misma autora (2019 b).

²⁸ FLYNN (2019, 50 y 51).

²⁹ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, modificada en este punto por el artículo 6.1 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

³⁰ Necesidad expuesta a lo largo del informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de discapacidad.

³¹ CUADRADO PÉREZ (2019, 43).

³² Otro problema de orden práctico que dejo apuntado es el acceso al contenido de esta autorregulación y de las medidas de provisión de apoyos en general por parte de los terceros que se relacionan con la persona con discapacidad. La dificultad ya se planteó con la publicidad de uno de los instrumentos de este tipo, el citado poder preventivo, pero lo que se prevé ahora tiene, como acabamos de ver, un espectro mucho más amplio. Hay que recordar que respecto al poder, se ha admitido, tras superar algunas reticencias por su carácter negocial, su acceso al Registro civil. Cuando se implante por fin el nuevo Registro civil, con su sistema de folio personal electrónico —la *nueva* Ley de Registro civil es de 2011 y aún no ha entrado en vigor—, los notarios deberán dar traslado al mismo del contenido de estos instrumentos y deberá permitirse su acceso a todas las personas con interés legítimo. Sobre esta cuestión, DE SALAS MURILLO (2011). Muy interesantes las alusiones de ESCARTÍN IPIENS, al posible conflicto con el derecho a la privacidad en relación al Registro civil, el Registro de la propiedad y otros registros (2018, 109-118). Por su parte, CARRASCO PERERA (2018, 5) critica que el sistema proyectado obliga «al cocontratante a consultar en el Registro Civil concienzudamente

cuáles son las medidas de apoyo dictadas para un discapacitado, porque de otra forma el contrato puede devenir ineficaz».

³³ En este sentido, GARCÍA RUBIO (2018 a, 43): «En principio mi opinión al respecto es positiva, pues no creo que sea conforme con la CDPD la imposición de un apoyo que no se quiere».

³⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, SALCEDO HERNÁNDEZ, AYALA VARGAS, y VIQUERAS PAREDES, (2015): 105-107.

³⁵ Como explica SANCHO GARGALLO (2018, 18), si bien los jueces no tienen por qué tener el monopolio de la tutela jurídica de la persona con discapacidad, pues existen otros medios de protección, también privados, «incluso en estos casos, en última instancia, aunque sea mediante una tutela reactiva, el juez acaba siendo el último garante de los derechos de la persona con discapacidad. Hay que tener cuidado con que estos medios privados puedan llegar a ser escudos de protección, no de la persona discapacitada, sino de quienes tienen cautiva su voluntad lúbil, en cuanto que les suministre un título de actuación que les exima de cualquier control judicial».

³⁶ PERENA VICENTE (2018, 127).

³⁷ En este mismo sentido, es muy significativo lo que advierte DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019 a, 41 y 42): «Desde luego el rechazo o postergación del criterio del “mejor interés” no creo que pueda considerarse absoluto y prioritario en cualquier ámbito, por cuanto el propio APL permite al juez, por ejemplo, rechazar la delación hecha por uno mismo cuando exista alteración de las circunstancias. Por otra parte el rechazo a los apoyos, en el sentido de no querer su adopción judicial, debe tener el valor que reviste la oposición a la demanda con la que pudiera comenzar el proceso, mediante la protección y salvaguarda que se desprende de la tramitación del procedimiento correspondiente, mediante sus mecanismos de defensa y representación, debiendo el juez, a la hora de adoptar su decisión, atender a las preferencias y deseos en la medida de lo posible, con una prevalencia evidente en muchos casos de estándar del mejor interés o protección».

³⁸ Situaciones que excepcionan el principio dispositivo, como señala, ESCARTÍN IPIÉNS (2018, 95).

³⁹ La propuesta de nuevo artículo 757.1 de la Ley de enjuiciamiento civil en el Anteproyecto no difiere mucho del tenor actual: *«El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos».*

⁴⁰ En este sentido se ha dicho que: *«Las decisiones que tomamos no suelen ser puramente racionales. Considerar todas las alternativas en una situación determinada no suele ser posible ni deseable en vista de la cantidad de tiempo que ello requeriría. Nuestras emociones afectan a nuestras decisiones sobre las opciones que merece, o no merece, la pena sopesar. El proceso también se ve influido por nuestras experiencias y antecedentes sociales y culturales, incluidas nuestras redes personales. También asumimos riesgos y cometemos errores. Aprendemos de algunos errores, y repetimos otros».* Documento temático del Consejo de Europa (2012, 19) *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities.*

⁴¹ Así lo afirma LEGERÉN MOLINA (2019, 195-198), en un fundamentado análisis del derecho a equivocarse aludido en el texto, en relación con el principio de confianza. Añade el autor, en nota 85, que la sustitución sistemática en la toma de decisiones produce «empequeñecimiento» de la persona, a la vez que genera dependencia y desvalimiento. El problema se agrava cuando, ante tal situación, los terceros o la sociedad en su conjunto —con o sin culpa— reaccionan consolidándola.

⁴² LEGERÉN MOLINA (2019, 196, nota 83).

⁴³ En la regulación actual sobre la curatela en el Código civil se habla de «intervención» (art. 288), «asistencia» (art. 289) y no propiamente de asentimiento; la diferencia se establece con más claridad en la regulación del proceso de adopción, tras la reforma

efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, pero en el aspecto de resaltar su papel, por así decir «externo» al contrato realizado entre la persona con discapacidad y un tercero, puede ser trasladable y útil. Ahora bien, las diferencias en cuanto a su valor jurídico en uno y otro ámbito son notables. El sistema instaurado por esta reforma, como explica Mayor del Hoyo, «no prescinde de la manifestación de voluntades, tanto de quienes son parte, como de otros sujetos implicados, a través de la exigencia de los llamados consentimientos, asentimientos y audiencias —artículo 177 del Código civil—. Ahora bien, tales manifestaciones de voluntad no tienen carácter constitutivo, sino que solo son presupuestos procesales, aunque —eso sí— obligatorios: si no existen, no se puede constituir la adopción por el Juez», MAYOR DEL HOYO (2019, 198 y sigs.).

⁴⁴ GARCÍA RUBIO (2018 a, 31-33).

⁴⁵ En este mismo sentido, PEREÑA VICENTE (2018: 121-123) propone un equilibrio entre el estándar de intervención y el estándar de actuación en este punto, para evitar las disfunciones que podrían producirse, de contemplar únicamente como criterio de actuación el respeto a la voluntad de las personas. Esta misma autora (2019, 19) anticipa que la propuesta de que la voluntad desplace en todo caso al interés superior de la persona en todo caso, anunciada por la exposición de motivos del Anteproyecto, será una de las cuestiones que dará lugar a debates y argumentaciones en la tramitación del proyecto de ley.

⁴⁶ Y también, en el Derecho italiano, el beneficiario de la *amministrazione di sostegno*, que esté en desacuerdo con el administrador de apoyo puede dirigirse al juez tutelar: cfr. VIVAS TESÓN (2012, 19).

⁴⁷ De hecho, solo son eficaces los actos celebrados por el incapacitado que tenga la capacidad natural para ellos, cuando la Ley les reconoce expresamente validez, como sucede en el testamento cuando se den los requisitos del artículo 665 del Código civil o en el matrimonio (art. 56 CC). Las presunciones descritas en el texto son consecuencia lógica de los imperativos de la seguridad jurídica, tanto en el ámbito de la capacidad como en el de la minoría o mayoría de edad; en ocasiones se ignora con ellas, ciertamente, la realidad, pero es comúnmente aceptado que deben primar los estándares objetivos que aportan seguridad. Pero la situación no necesariamente es inamovible, pues la aplicación del régimen de la anulabilidad a dichos actos —señaladamente los del intervalo lúcido— permite confirmar o sanar lo que desde un punto de vista de verdad material, sería un acto realizado por una persona que en ese momento era capaz. Y ello sin perjuicio de que la confirmación también podría tener lugar si el representante legal, al margen de la lucidez o no en ese momento del incapacitado, hubiera considerado que se trataba de un acto beneficioso para él (para el incapacitado) que mereciese la pena conservar. Sobre todo ello, en el Derecho aún vigente, cfr. DE SALAS MURILLO (2016).

⁴⁸ La ambigüedad aumenta, como ha identificado brillantemente RIBOT IGUALADA (2019: 220), en la medida en que tanto precisan apoyo quienes lo reciben informalmente como quienes tienen asignado judicialmente un curador o un defensor judicial, así como aquellas personas con discapacidad que no lo tienen, pero que podrían solicitar la provisión de apoyos.

⁴⁹ RIBOT IGUALADA (2019: 220-222) con citas de las críticas vertidas en este mismo sentido en el Derecho alemán.

⁵⁰ Un desarrollo sobre estas opciones, en MESSÍA DE LA CERDA (2018) y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2018).

⁵¹ Nuevamente cito a CUADRADO PÉREZ (2019, 44): «Si lo que pretendemos es asimilarlos por completo a las personas sin discapacidad, hemos de admitir el posible juego de la anulabilidad por error vicio cuando son las propias personas con discapacidad quienes, con el apoyo pertinente, contratan personalmente. No obstante, entendemos que en estos casos será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan

el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero no determinarán si celebra el contrato o no».

⁵² Una descripción más completa de las mismas en DE SALAS MURILLO (2018).

⁵³ CARRASCO PERERA (2018, 4 y 5).

⁵⁴ En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2019: 262), el principio de seguridad del tráfico y de protección a los terceros «es algo que debe ser amparado, en beneficio de todos: también de la propia persona con discapacidad psíquica, porque un régimen en el que haya un alto nivel de riesgo de invalidez de los contratos celebrados con ellos tiene como consecuencia lógica desincentivar la celebración de dichos contratos». Desde esta perspectiva, en los casos en los que la afección de la capacidad de autogobierno tiene carácter duradero, es razonable disponer de mecanismos o instituciones que, aunque limiten su capacidad de obrar, se considera como *capacitantes*, en la medida en que ofrecen un cauce para que sean tomadas las decisiones que han de ser tomadas (es decir, que no pueden dejar de ser tomadas sin perjuicio, en ocasiones grave, de la propia persona con discapacidad psíquica), y que lo sean con garantías suficientes. También advierte de este peligro PARRA LUCÁN (2019: 159).

⁵⁵ GARCÍA RUBIO (2018 b, 184-185). A juicio de GUILARTE MARTÍN-CALERO (2018, 141-161), era más adecuada la redacción dada a este precepto en la versión del Anteproyecto de 23 de septiembre de 2018, que lo formulaba en positivo: «Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas», y propone una redacción en la que se recoja la excepcionalidad de tales limitaciones y, por tanto, su interpretación restrictiva: «Las personas con discapacidad que cuente con medidas de apoyo podrán contratar, en igualdad de condiciones con las demás, sin más excepciones que las derivadas de ellas». La autora entiende que tal limitación plasmada en el dispositivo contractual previsto en el Código civil —no extrapolable a los actos personalísimos—, permite a la persona intervenir en el tráfico jurídico patrimonial, bien asistida, bien representada y sería acorde con la Convención de Nueva York si se acompañara de una regulación garantista de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y exigiendo, como regla general, para la expresión del consentimiento de las personas con discapacidad, la establecida en la sentencia y en lo no previsto se reconozca la capacidad para consentir.

*(Trabajo recibido el 5-5-2020 y aceptado
para su publicación el 18-5-2020)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 8-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

La Instrucción de 13 de junio de 2019 ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En

consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998.

Resolución de 8-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Previamente, hay que recordar el principio fundamental de que la calificación de los registradores lo será, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en virtud de los documentos presentados en el Registro en cuya virtud se solicite la inscripción, sin que la aportación de datos junto con el escrito de interposición de recurso, hayan sido considerados en la calificación, y, por tanto, puedan ser tenidos en cuenta para la resolución del expediente.

Por otra parte, respecto de la alegación del recurrente de que basta para la inscripción el decreto y mandamiento judicial, hay que recordar que según la reiterada doctrina de esta Dirección General, (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente y, por todas, la más reciente de 11 de diciembre de 2019), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial (decreto del letrado de la Administración de Justicia, en este caso), ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de

todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1323 CC), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de esta, con su propia causa. Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda. Ciertamente, tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —«*ex lege*»— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas. En el concreto supuesto de este expediente, las múltiples alegaciones hechas en el escrito de interposición sobre el carácter de la finca adjudicada como vivienda familiar, y la proporción ganancial y privativa, no tienen su reflejo en el decreto de divorcio ni en el convenio regulador aprobado por el juez. De la documentación presentada a inscripción no resulta que la finca haya tenido el carácter de vivienda familiar en el momento de la disolución del matrimonio (aunque no consta desde cuándo tuvo tal carácter), ni que, de haber sido la vivienda familiar, se haya adquirido con precio aplazado y que parte del mismo se haya pagado con dinero ganancial.

Resolución de 8-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Gandía, número 3.

HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

La Instrucción de 13 de junio de 2019 ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla,

el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremedida.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998.

Resolución de 8-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

En un procedimiento de ejecución hipotecaria, no habiendo comparecido ningún postor a la subasta, y al no tratarse de vivienda habitual del deudor, se adjudica el inmueble al ejecutante por la cantidad debida por todos los conceptos —75.333,80 euros— figurando en la inscripción registral como valor de subasta de la finca para el caso de ejecución el de 700.000 euros. Ello supone que la adjudicación se verifica por un importe del 10,7619% del valor de tasación.

Las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre esos aspectos suje-

tos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

Saber el importe en que se ha verificado esa adjudicación, y que dicho importe es el correcto, de acuerdo con los artículos 670 y 671 de la Ley Enjuiciamiento Civil, es determinante no solo en protección de los intereses del deudor y del hipotecante no deudor, sino también es un dato relevante en aras de proteger los legítimos intereses de los terceros poseedores posteriores, así como de los titulares de otros derechos, cargas o embargos, puesto que cuanto mayor sea el importe de la adjudicación, mayores son sus expectativas a la consignación de un importe sobrante en su beneficio, que como expresamente determina el apartado 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria ha de ser calificado por el registrador.

La interpretación literal del artículo 671 LEC presenta graves dificultades, por lo que procede realizar una interpretación siguiendo los criterios hermenéuticos marcados por el artículo 3 del Código civil. Para ello se hace preciso analizar los antecedentes legislativos del citado artículo y examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. Para resolver dichas dudas interpretativas, es preciso examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. La existencia de un tope en la adjudicación es la regla general. Lo que entiende esta Dirección General es que la interpretación literal del artículo 671 sin limitación alguna, implica que cuanto inferior sea la cantidad debida, o lo que es lo mismo, cuanto mayor haya sido el cumplimiento del deudor de sus obligaciones, más penalizado se verá, ya que el ejecutante podrá hacer suya la finca por la cantidad debida por todos los conceptos por irrisoria que esta sea.

Este efecto distorsionador de equilibrio entre los intereses del ejecutante encaminados a obtener la satisfacción de su crédito y los del ejecutado, satisfacer la deuda sin más quebranto patrimonial que el valor de lo debido, que debe presidir el procedimiento de apremio y al que sin duda ha querido contribuir el legislador, se ve aquí alterado, y es por ello que en base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil parece que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. El artículo 670.4 en el caso de existencia de postores, prevé la posibilidad de aprobar el remate por una cantidad inferior al 50%. Por lo tanto, existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en otro caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de

que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación.

Resolución de 9-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Alicante, número 2.

COMUNIDAD DE BIENES: CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

En cuanto a la presentación del recurso fuera de plazo que pone en duda la registradora en su informe, debemos considerar que no se produce, dado que el artículo 30.5 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que: «Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

Previamente, hay que recordar el principio fundamental de que la calificación de los registradores lo será, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en virtud de los documentos presentados en el Registro en cuya virtud se solicite la inscripción, sin que la aportación de datos junto con el escrito de interposición de recurso, hayan sido considerados en la calificación, y, por tanto, puedan ser tenidos en cuenta para la resolución del expediente.

Según la jurisprudencia (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo citadas en los «Vistos») y la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 26 de enero de 2015), el contrato de arrendamiento es, por su naturaleza y objeto, uno de los medios de aprovechamiento o disfrute de los «bienes no fungibles» y en este concepto puede ser acordado por los dueños de una cosa común, siempre que representen la mayoría de intereses de la comunidad, siendo obligatorio el acuerdo para todos los demás. La naturaleza jurídica y condiciones propias de la comunidad de bienes determinan como conveniente o necesaria la sumisión de los que menos intereses tienen a los que tienen la mayor participación, debiendo considerarse el arrendamiento como acto de mera explotación y contratarse por acuerdo de la mayoría de los condueños, sin perjuicio del derecho de los demás interesados de acudir ante el juez cuando el acuerdo fuese gravemente perjudicial a los mismos, como el propio artículo 398 dispone. Y, según la misma doctrina del Tribunal Supremo, la posible falta de citación a los condueños no otorgantes de la escritura para adoptar el acuerdo de arrendamiento no puede estimarse como causa de nulidad del mismo.

Consecuentemente, para determinar cuándo el arrendamiento es un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, el Código civil fija como criterio especialmente relevante el que atiene a su plazo de duración (arts. 271, 7.º y 1548). Es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo solo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a estos. El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición.

En la escritura objeto del presente expediente se acuerda un contrato de arrendamiento por un plazo de seis años a contar desde la finalización del

vigente arrendamiento que, como consecuencia de lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos para los contratos de local de negocio anteriores a 1985 de los que sea titular una persona física y se produzca un traspaso, como es el caso, tendrá una duración máxima de diez años.

El recurso debe ser estimado. Literalmente interpretado el contrato de arrendamiento que nos ocupa, tiene un plazo cierto de seis años a contar del vencimiento del actualmente vigente. No se trata de una obligación futura, como señala la registradora (lo que por otra parte haría inviable la inscripción no por exceso de duración y falta de poder de disposición, sino porque no cabe el acceso al Registro la obligación de constituir en el futuro derechos inscribibles, véase artículo 9 Reglamento Hipotecario), sino que se trata de constituir actualmente un arrendamiento de seis años a partir de la fecha de vencimiento del arrendamiento vigente («*dies certus an certus quando*»). No excede por tanto el arrendamiento cuya inscripción se pretende del plazo de seis años.

Resolución de 9-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

Se trata de decidir en este recurso si puede practicarse asiento de presentación en el Libro Diario de un documento privado cuyo objeto es la solicitud de rectificación de una inscripción.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

En este momento inicial el registrador debe limitarse exclusivamente a comprobar que concurren los requisitos que nuestro ordenamiento establece para que un documento pueda acceder al Libro Diario. Si se cumplen estos requisitos ha de practicarse el asiento de presentación, aunque se pueda ya observar que existe algún defecto que en su momento provocará la negativa a practicar la anotación o inscripción definitiva del título. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

El recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado. Pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

Resolución de 9-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para poder inscribir una donación de 600 metros cuadrados de una finca que en el Registro consta con una superficie 2600 metros cuadrados según la última inscripción vigente, es necesario: a) que la donante sea titular registral de dicha porción de finca de acuerdo con el principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y b) efectuar la correspondiente operación de segregación en escritura pública junto con licencia y representación gráfica georreferenciada de la porción segregada y de rectificación y subsanación de las donaciones previamente formalizadas.

Pero en todo caso, suponiendo que se hubiera producido un error en el título de donación, o en el Registro, se hace imprescindible que dicha rectificación se lleve a cabo por el cauce previsto en el artículo 40, apartados c) y d), de la Ley Hipotecaria, siendo necesario el consentimiento de todos los titulares registrales o, en su defecto, resolución judicial, en la que sean demandados todos los titulares registrales.

Resolución de 9-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

REQUISITOS FISCALES: CUMPLIMIENTO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES. BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: TRANSMISIÓN.

Este Centro Directivo (vid. resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los impuestos de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados y de sucesiones y donaciones, como respecto al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía).

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. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni

resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo.

Respecto de la insuficiente identificación del adquirente mediante la reseña en el título objeto de calificación de las circunstancias contenidas en los artículos 9 y 51 de la Ley y del Reglamento Hipotecario debe confirmarse que el principio de especialidad determina la oportuna concreción en el asiento registral de las circunstancias identificadoras de los sujetos intervinientes en el mismo, de tal manera que se eviten ambigüedades u omisiones que pudieran menoscabar la seguridad jurídica ofrecida por la publicidad tabular. En el presente expediente resulta que el adquirente queda exclusivamente identificado en el título objeto de calificación mediante su nombre y apellidos, domicilio y número de identificación fiscal, sin contener referencia alguna a su mayoría de edad y a su estado civil y, en caso de estar casado, el régimen económico matrimonial vigente, así como en su caso el carácter del bien.

Como ha señalado este Centro Directivo en otras ocasiones, al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse, de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (Resolución de 22 de febrero de 2006 y las que en la misma se citan). La Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas en su artículo 113 establece la necesidad de, como regla general, elevar a escritura pública los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales.

Resolución de 9-1-2020

BOE 8-4-2020

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Se debate en el presente recurso si procede expedir nota simple del patrimonio del alcalde del Ayuntamiento de Chiclana.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 6 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y 14 marzo de 2019, entre otras), con arreglo a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y res-

ponsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.

En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito.

El registrador, como ha señalado la Resolución de 30 de mayo de 2014, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada.

En el supuesto de hecho de este expediente, no se aprecia el interés concreto patrimonial que legitima para la obtención de la información registral. El Registro de la Propiedad ciertamente es público, pero solo para quien tiene interés conocido, interés legítimo que no se aprecia en una solicitud genérica de información sobre patrimonio de las personas que podría contravenir la legislación de datos de carácter personal. Esa extensión horizontal y general de información sobre la persona, sin interés legítimo acreditado, solo con el consentimiento del interesado o con resolución judicial o administrativa firme en procedimiento adecuado dirigido contra él podrá dispensarse.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos: supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación*

The impossibility of seeing the grandchildren as an alleged psychological abuse and cause of disheredation

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Cabe considerar como malos tratos psicológicos una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, incluyéndose en este concepto, la conducta de quien generó una actuación de menosprecio, abandono familiar respecto a la madre, sin justificación alguna, y solo imputable a la hija. Actuación que fue expresamente establecida por la causante en testamento al indicar que «la actuación de su hija, supone un ensañamiento tan incomprensible, como innecesario, martirizándome en las postrimerías de mi vida, sin objeto alguno» sintiéndose «ignorada por su hija». Conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos doce años de vida de la causante en donde, ya con graves problemas de salud, quedó bajo el amparo de su hermano, sin que su hija se interesara por ella o tuviera contacto alguno, extendiéndose esta situación también a sus nietos.

ABSTRACT: *It can be considered as psychological ill-treatment an unjustified action of the heir that determines an impairment or injury, of the mental health of*

* 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 formo parte.

the testator or testator, including in this concept, the conduct of those who generated an act of contempt, family abandonment towards the mother, without any justification, and only attributable to the daughter. This action was expressly established by the deceased in her will, stating that «the action of her daughter supposes a cruelty that is as incomprehensible as it is unnecessary, martyring me at the end of my life, without any object» feeling «ignored by her daughter». Conduct of contempt and family abandonment that was evidenced in the last twelve years of the deceased's life where, already with serious health problems, she was under the protection of her brother, without her daughter being interested in her or having any contact, this situation also extending to their grandchildren.

PALABRAS CLAVE: Abuelos. Derecho de visita. Interés superior del menor. Conflictividad abuela y madre. Maltrato psicológico. Desheredación.

KEY WORDS: *Grandparents. Right of visit. Higher interest of the minor. Grandmother and mother conflict. Psychological Abuse. Disheredation.*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR.—II. DESHEREDACIÓN: EXCLUSIÓN DE UN LEGITIMARIO A LA SUCESIÓN.—III. CAUSA DE DESHEREDACIÓN: EL MALTRATO PSICOLÓGICO: 1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN. 2. CONDUCTAS CONSIDERADAS COMO MALOS TRATOS PSICOLÓGICOS. 3. CONDUCTAS NO CONSIDERADAS COMO MALOS TRATOS PSICOLÓGICOS.—IV. LA IMPOSIBILIDAD DE VER A LOS NIETOS COMO SUPUESTO DE MALTRATO PSICOLÓGICO EN LA REVOCACIÓN DE DONACIONES.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TC, TS y AP) y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR

Uno de los principios generales más importantes en el ámbito del Derecho de Sucesiones reside en la *regla de la preponderancia de la voluntad real del testador*, artículo 675 del Código civil que implica averiguar con qué intención o finalidad se manifestó la misma (y esa es la línea jurisprudencial de la Sala Primera, concretada, por ejemplo en la Sentencia de 20 de julio de 2012)¹.

La interpretación de la voluntad real del testador se haya reforzada por el *criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos* que el Alto Tribunal tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS de 3 de junio de 2014)².

El artículo 853.2.º del Código civil posibilita que el testador desherede a sus descendientes, y textualmente indica el precepto *si el desheredado le ha maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*.

Pues bien, hasta hace pocos años, la jurisprudencia seguía la interpretación literal de los términos del precepto, como puede observarse por ejemplo en la SAP de 8 de octubre de 1996³, que «en los autos no constan pormenorizados ni probados ningunos actos que puedan entenderse comprendidos en el núm. 2.º del artículo 853 del Código civil, pues las alusiones genéricas que aducen los herederos

ros, referidas a injurias e insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del Texto Legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legítima; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*. Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre los hijos y el padre, el abandono sentimental sufrido por este, la ausencia de interés demostrado por los hijos, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo estén sometidos al tribunal de la conciencia».

No obstante la jurisprudencia cambió y comenzó a considerarse que el maltrato psicológico podía integrarse en esta causa de desheredación del apartado 2.º del artículo 853 del Código civil. De modo que el Tribunal Supremo en sede de sucesiones, lo concretó con las dos sentencias dictadas de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015⁴, pero también en sede de donaciones, como así se indicó por el Alto tribunal en la Sentencia de 20 de julio de 2015⁵, donde el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante quedó calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código civil⁶.

Con la nueva doctrina jurisprudencial, el Supremo superaba la interpretación literal de las palabras contenidas en el texto legal, y tomando como criterio el principio constitucional del artículo 10 de la Constitución, relativo a la dignidad de la persona, así como a una interpretación sociológica del momento en que han de ser aplicadas las leyes y finalista de la causa de desheredación del apartado 2.º del artículo 853, entendió que el maltrato psicológico o ausencia de trato sí se consideraba causa de desheredación o de revocación de lo donado por ingratitud.

Línea jurisprudencial confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019⁷, que indicó que el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2 del Código civil.

Nuestro examen del problema va un pasito más allá, y consiste en concretar que incluso *puede ser causa de desheredación incluida en el apartado 2.º señalado, como maltrato psicológico o ausencia de trato la imposibilidad del derecho de comunicación y visitas de los abuelos a sus nietos* por la conducta de la hija legítima y desheredada como así ha declarado la SAP de Soria, de 7 de junio de 2019, que vamos a analizar seguidamente⁸.

II. DESHEREDACIÓN: EXCLUSIÓN DE UN LEGITIMARIO A LA SUCESIÓN

La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legítimo de la sucesión. Además, la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las *circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario*, no de su defunción.

Voluntad que debe ser *no solo explicitada, sino bien determinada*. Esta afirmación significa que *debe concretarse la expresión de una causa legal*, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de

la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. En el supuesto que vamos a estudiar, la referencia sería a la causa contemplada en el apartado 2.º del artículo 853 del Código civil, referida a los malos tratos de palabra u obra.

Y por otra, también requiere la *identificación del sujeto*, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. En el caso analizado no solo hay una actuación de ausencia de trato de la hija sino que además impide que haya un contacto entre abuela y nietos.

La jurisprudencia ha sido flexible en cuanto al *modo de indicación de la razón de la desheredación*. No obstante debe haber claridad en cuanto a la *imputación* del legitimario que incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad.

Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la *designación de heredero por su nombre y apellidos* (art. 772 CC). Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado.

Últimamente, ha señalado la jurisprudencia en *relación con las normas que regulan la herencia, que hay que dar mayor valor a la voluntad del testador, sin que ello suponga poner en peligro el sistema de legítimas* establecido a favor de los herederos forzosos, de profundo arraigo en nuestro ordenamiento. Pues el artículo 3.1 del Código civil establece que *las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*. En el ámbito del derecho sucesorio, hasta que el legislador aborde su adecuación a los cambios sociales operados en más de un siglo, se impone una revisión de los criterios que hasta ahora han regido la interpretación de las normas que regulan ese ámbito del derecho civil, tan vinculado a la concepción tradicional de la institución familiar.

Como *requisitos de la desheredación* la Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2012⁹ incluyó como esenciales:

- La existencia de un legitimario para que pueda ser excluido de la herencia.
- La existencia de una actuación por acción u omisión ocurrida antes del otorgamiento del testamento.
- La imputación al legitimario de una causa de desheredación.
- Que dicha actuación sea considerada bastante para privarle de la legítima.
- Que tenga aptitud o idoneidad (para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación) y para ser excluido esto es, susceptible de imputación.
- Que el desheredado tenga capacidad física y mental para que pueda ser civilmente responsable de su actuación.
- Exigencias que conllevan la necesaria identificación de legitimario afectado y la expresión de la causa de desheredación.

En cuanto a la *eficacia de la desheredación* basta la simple expresión testamentaria de la causa legal, o de la conducta tipificada imputable al sujeto desheredado, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, sea precisa *ex ante* la prueba de la certeza de la *causa desheredationis*. Esta prueba solo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, *cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria*.

Lo que significa que en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima.

III. CAUSA DE DESHEREDACIÓN: EL MALTRATO PSICOLÓGICO

1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

Anteriormente, el Tribunal Supremo había considerado que la aplicación de las causas de desheredación requería *interpretación restrictiva* y exigía *justificación suficiente*. Por eso era habitual entender que *la falta de afecto y la ausencia de trato en la última enfermedad escapaba a la ley y quedaba solo en el campo moral*, como así se entendió en la STS de 28 de junio de 1993¹⁰.

Expresamente indicaba que «...en los autos no constan pormenorizados ni probados ningunos otros actos que puedan entenderse comprendidos en el citado núm. 2.º del artículo 853 del Código civil, pues *las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente*; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de “*minoris ad maiorem*”».

Dos años más tarde, la STS de 26 de junio de 1995, cuyo supuesto de hecho versaba sobre un hijo que había *expulsado a su madre, testadora, de la casa en la que convivía con ella* y con su esposa, teniendo aquella que pasar a ocupar otra vivienda cercana en estado ruinoso y sin otra ayuda que las de una sobrina hasta su fallecimiento, consideró que tales hechos *eran constitutivos del maltrato que, como causa de desheredación prevé el artículo 853,2.º del Código civil*. Y fundamenta su criterio en que no era necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa, pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de este deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre continúa durante años en los que esta vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente *cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima ha de reputarse legalmente correcta*¹¹.

Así pues, lejos estaba aún la *interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación*, que considera el maltrato psicológico como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima y que debía considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, al no haber aún una jurisprudencia clara y precisa como hemos expuesto en las STS de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993.

Y precisamente fue la STS de 3 de junio de 2014 la que da un giro a la jurisprudencia existente hasta el momento y reinterpreta el artículo 853.2 del Código civil, *especificando el maltrato psicológico como justa causa de desheredación a través de su necesaria interpretación flexible, y su inclusión dentro del concepto de maltrato de obra*. Y concreta que los malos tratos psicológicos se centran en la

*conducta de menosprecio y de abandono familiar de los hijos hacia el padre, al no interesarse por él durante los últimos siete años de vida, ya enfermo*¹².

Determina la inclusión del maltrato psicológico que sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado en la *dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales* (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

Se incluye el maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de *privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada* y prevista por la norma. Argumento reforzado por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que la Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho¹³.

2. CONDUCTAS CONSIDERADAS COMO MALOS TRATOS PSICOLÓGICOS

Tras este primer paso lo importante es señalar como la jurisprudencia posteriormente va ampliando el *contenido* de los malos tratos psicológicos.

Así resulta obvio que el abandono y «*la falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos*». *Exigencia de que dicho abandono, maltrato, debe ser imputable siempre al desheredado.*

Malos tratos psicológicos que deben ser prolongados en el tiempo, como indica la STS de 3 de junio de 2014, pues debe apreciarse la existencia de maltrato de la hija al padre que tuvo lugar con anterioridad al otorgamiento del testamento y que se ha visto corroborado con la actitud de la hija hasta el fallecimiento del mismo (testador).

Además para que haya maltrato psicológico que ampara la causa de desheredación dispuesta en el testamento, la conducta *debe ser prolongada durante un tiempo de desinterés del heredero con respecto al testador*. Su conducta debe ser considerada de *descalificación moral* que permite declarar la existencia de maltrato.

La Sala Primera utiliza la expresión «*dinamismo conceptual*» para incluir el maltrato psicológico y equipararlo al maltrato de obra. Expresión a mi juicio acertada que posibilita la ampliación del contenido del maltrato psicológico.

En la misma línea iniciada por el Alto Tribunal, pocos meses después la Sentencia de la AP de Málaga de 14 de octubre de 2014 señala que la causa de desheredación de hijos y descendientes del artículo 853.2 del Código civil equipara al maltrato de obra el maltrato psicológico, como acción que determina *un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima*, que debe considerarse comprendido en la expresión o *dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra*.

Últimamente la jurisprudencia ha concretado el contenido del maltrato psicológico como causa de desheredación, indicando que la conducta del desheredado *debe ser reiterada en el tiempo de forma que puede lesionar la salud mental de la víctima*. Así lo indica la STS de 27 de junio de 2018, o la de 30 de enero de 2015, añadiendo que «*una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos*».

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2013¹⁴, incluyó el concepto de sufrimiento en el testador como contenido del maltrato al concretar que debe entenderse los términos «maltrato» e «injuria» en un sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también *todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador*.

Y lo que es más, detalla y enumera una serie de acciones que pueden originar ese sufrimiento creado por el maltrato psicológico, y que ejemplifica en *«la falta de cariño, el desprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aún sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimentos a los progenitores (previsto, específicamente, como causa de desheredación en el apartado 1.º del artículo citado), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos»*.

En esta sentencia se pone como referencia para describir el maltrato o abandono del testador, los estándares actuales de la obligación moral de atención a los progenitores mayores, al indicar que «...lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como *mezquina*, y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada, y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación, con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas (sean o no familiares) que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades».

Volviendo a la SAP de Málaga de 14 de octubre de 2014 que analizó un supuesto en el que el testador desheredó a su hija por *haberle injuriado gravemente de palabra a él y a su esposa e instituyó heredero universal a su nieto, hijo de la desheredada y educado por sus abuelos maternos*, indicó que «aunque no se puede acreditar con toda certeza la realidad de las injurias graves al producirse dentro del ámbito familiar, sí constan las desavenencias entre el padre y la hija, la total desatención del hijo de esta, su vida nada recomendable, la ausencia de contacto con sus padres pese a la ayuda económica que le dispensaban y el reconocimiento de enfrentamientos verbales. *Se presume que las injurias graves debieron ser reiteradas y constantes en el ámbito familiar, ocultadas para evitar juicios públicos y habladurías de terceros*. Por lo que tiene cabida la causa de desheredación de hijos y descendientes contempladas en el número 2 del artículo 853 del Código civil (haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra)...». Además dicha sentencia concreta que el maltrato psicológico *determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, que debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra...*¹⁵.

La SAP de Vizcaya de 5 de noviembre de 2015 además se reiterar las cuestiones vistas como la inclusión en el contenido del maltrato psicológico de *todo daño o sufrimiento psicológico incluyendo la falta de cariño, el menosprecio o el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados*¹⁶, pone de manifiesto la importancia de la consideración de *la inexistencia de ningún acercamiento, ayuda, ni muestra de atención o cariño para con su madre, pese a la enfermedad crónica que padecía* como malos tratos psicológicos.

Además, según la SAP de Soria de 7 de junio de 2019, dentro de la conducta de malos tratos psicológicos (equiparado a los malos tratos físicos) se encuentra la conducta del *abandono familiar* de la hija respecto a la madre, sin justificación alguna, y solo imputable a la actora. Actuación, que supone un ensañamiento

(aumentar inhumanamente y de forma deliberada el daño psicológico) y un martirio (sufrimiento físico y moral intenso) hacia la testadora innecesario e injustificado. Situación que a su vez *conlleva la imposibilidad de los menores de ver y mantener una relación con su abuela*¹⁷.

Considera la desheredación, vía 853.2 del Código civil, «como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión, de la salud mental del testador; incluyéndose en este concepto, la conducta de quien generó una actuación de menosprecio, abandono familiar respecto a la madre, sin justificación alguna, y solo imputable a la actora». Y que fue expresamente establecido por la causante en testamento donde añade que «la actuación de su hija, supone un ensañamiento tan incomprensible, como innecesario, martirizándome en las postrimerías de mi vida, sin objeto alguno». Sintióndome «ignorada por mi hija».

Acción que había originado un maltrato y un daño psicológico, que se deriva inclusive de las propias manifestaciones de los testigos, donde señalaba que la causante, siempre estaba llorando en Sevilla, *su conversación era monotemática, por la falta de relación con su hija, y nietas, y que consideraba le habían tratado con crueldad*.

Parte la sentencia de Soria de la necesidad de llevar a cabo una reconsideración de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contempladas en los preceptos legales, «así, en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causa de desheredación en el artículo 853-2.º del Código civil. Hay que entender los términos “maltrato” e “injuria” en sentido amplio e integrador, *que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores (previsto especialmente como causa de desheredación en el apartado 1.º del artículo citado), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos*. Lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como de mezquina y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas, sean o no familiares, que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades».

Por otro lado, debe probarse y acreditarse la existencia de reconciliación real para hacer decaer la causa de desheredación cuando el propio testador utiliza este medio alegando abandono y maltrato psicológico como indica la STS de 13 de mayo de 2019¹⁸. Considera que existe un abandono familiar respecto a la madre sin justificación alguna y solo imputable al desheredado, frente al argumento del heredero de que hubo reconciliación con su madre ya que convivió con ella en sus últimos meses de vida. No obstante, el Tribunal Supremo desestimó el argumento porque «los recurrentes con la formulación de este motivo pretenden, en definitiva, alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, que llega a la conclusión de que *no hubo reconciliación de la madre con su hijo no solo con base en que el acercamiento de este hijo fue por motivos económicos, sino también en atención a las circunstancias y hechos anteriores y coetáneos a su convivencia con la testadora*».

Por último, la STS de 2 de julio de 2019 sigue con la misma línea jurisprudencial de la Sala pero además realiza una interpretación de la causa 7.^a del artículo 756 del Código civil (negación de alimentos) referido a la indignidad para suceder. Señala que *la negación de alimentos de la hija a su madre no puede considerarse maltrato psicológico o emocional* y que *la doctrina que integra el maltrato psicológico y emocional dentro del maltrato de obra como causa de desheredación, no puede trasladarse a la causa de incapacidad para suceder por indignidad*. Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda en el sentido de mantener la validez de la cláusula de la desheredación de la hija de los testadores, nombrando herederos en sustitución de su madre a las tres nietas que no fueron desheredadas¹⁹.

En esta línea la STS de 23 de abril de 2018 cuyos hechos se centran en que la madre del causante (menor) demanda al padre para que se declarase su indignidad para sucederle por abandono alegando que prácticamente no le había atendido desde que sufrió una grave enfermedad a los quince meses hasta su muerte a los siete años, pagando una pequeña cantidad de lo que debía por alimentos y no preocupándose de su estado de salud. El Tribunal considera que sí concurre causa de indignidad para suceder en el padre conforme pues ha incurrido en *abandono del menor*. La atención debida del padre lo es en su condición de menor de edad sujeto a patria potestad, de forma que la «discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él»²⁰.

La actuación del padre supone el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 39 CE, esto es, la protección jurídica de la familia y la solidaridad de los padres para con sus hijos, especialmente menores, recordando que el abandono comprende la ruptura absoluta de las obligaciones paternofiliales, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle y representarle. La falta de cumplimiento de la obligación de prestar alimentos supone la indignidad del obligado para ser sucesor del beneficiario, no debiendo interpretarse de manera restrictiva el concepto abandono. En línea con la consideración de abandono como integrado en el ámbito del maltrato psicológico que supone una ausencia total de relación del padre legitimario en relación con su hijo menor²¹.

3. CONDUCTAS NO CONSIDERADAS COMO MALOS TRATOS PSICOLÓGICOS

El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de junio de 2018, señala que *no suponen maltrato psicológico las manifestaciones y publicaciones realizadas por la hija del testador, en redes sociales*²². Y ello porque considera que es un hecho puntual que *solo refleja una separación afectiva entre padre e hija y que no integra un maltrato reiterado*, eficaz como causa desheredatoria. Hubo una *posterior reconciliación* con intercambio de mensajes familiares de la actora con su padre. Este se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, en el que hizo mención a esta causa de desheredación de forma genérica, refiriéndose a la falta de comunicación cuyo origen no puede imputarse a la hija por haber comenzado cuando la misma tenía 9 años, acordándose incluso la suspensión del régimen de visitas²³.

La SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 19 de septiembre de 2019, señaló que «... aun cuando el actor no haya mantenido contacto con su madre durante los siete años anteriores al fallecimiento de esta última, no podemos obviar que la causa que originó la ruptura de la relación, como es declarar contra los intereses maternos en un procedimiento judicial, no constituye, en absoluto maltrato

psicológico, ni justifica la desheredación; asimismo, *tampoco puede considerarse causa de desheredación la falta de contacto entre madre e hijo durante los siete años anteriores al fallecimiento de Doña Teodora, ya que la ruptura de la relación materno-filial no es imputable al desheredado*». como exige la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018²⁴.

Tampoco puede considerarse como una causa de desheredación *«la falta de relación afectiva o de comunicación entre madre e hija, no supone una concreta causa de desheredación*, ni las declaraciones de la psicóloga que trataba a la causante relativas a la mala relación entre madre e hija no son en absoluto determinantes para justificar la desheredación y de ningún modo pueden servir de base para acreditar una supuesta privación de alimentos que se alega» como indica la SAP de Madrid, Sección 20.^a, de 3 de septiembre de 2019²⁵.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE VER A LOS NIETOS COMO SUPUESTO DE MALTRATO PSICOLÓGICO EN LA REVOCACIÓN DE DONACIONES

Desde que la STS de 20 de julio de 2015 estableció que *el maltrato de obra o psicológico por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud* contemplada en el artículo 648.1 del Código civil se ha abierto un nuevo campo doctrinal en esta materia.

No obstante la jurisprudencia de las Audiencias no es muy proclive a su estimación. Así, la SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 15 de noviembre de 2018, en un supuesto de revocación de donación por ingratitud la desestima por falta de prueba de la comisión por la donataria de violencia física contra sus progenitores donantes. Solo se acredita la existencia de un *enfrentamiento familiar*, pero no los malos tratos de obra y psicológicos que justifican la revocación de la donación. *No consta que agrediera ella a sus padres ni les insultara o amenazara*²⁶.

También la SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 24 de abril de 2018, desestima la revocación de la donación por ingratitud, ya que no se acredita un maltrato, de obra o psicológico, por parte de la donataria hacia su madre donante. No le es imputable ninguna conducta socialmente reprochable que revista caracteres delictivos, como actos de *hostigamiento, acoso psicológico, amenazas y coacciones*²⁷.

Pese a ello, y en la misma línea mantenida por la jurisprudencia en el ámbito de la desheredación podría extenderse al ámbito de la donación y como supuesto de maltrato psicológico y causa de ingratitud con la consiguiente revocación de la donación realizada, la imposibilidad del donante del trato con los nietos (visita, relaciones personales...) realizada por el donatario.

Por último indicar como se ha puesto de relieve por MARTÍNEZ VELEN-COSO, la posible extensión de la consideración del maltrato psicológico a los progenitores como posible causa de indignidad para suceder, pues tanto la ingratitud (en el ámbito de la donación), y la indignidad y desheredación (en el sucesorio) son figuras distintas que coinciden en algunos aspectos como el de ser atribuciones a título gratuito, donde «quien realiza la ofensa está vulnerando el deber de gratitud que tiene hacia quien realiza la liberalidad, quedando aquel obligado a no ofenderle. La indignidad consiste en una conducta ofensiva por parte del posible heredero o legatario del ofendido. A diferencia de la ingratitud del donatario y de la desheredación, donde es el propio transmitente o causante ofendido quien actúa para privar de la atribución económica al ofensor, en el caso de la indignidad son los demás herederos, una vez abierta la sucesión quienes pueden ejercitar la acción para declarar la incapacidad»²⁸.

V. CONCLUSIONES

I. El cambio de la interpretación del apartado 2 del artículo 853 del Código civil llevado a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, pero también en sede de donaciones, en la Sentencia de 20 de julio de 2015, posibilitó la introducción del maltrato psicológico dentro del ámbito del maltrato de obra y las injurias con el testador evitando que el legitimario pueda heredar y, en el caso de la donación, la obligación del donatario de devolver lo recibido por ingratitud hacia el donante (causa del art. 648.1 CC).

II. La doctrina jurisprudencial supera la interpretación literal de las palabras contenidas en el artículo 853.2.º del Código civil, y tomando como criterio el principio constitucional relativo a la dignidad de la persona (art. 10 CE), así como a una interpretación sociológica del momento en que han de ser aplicadas las leyes y llevando a cabo una interpretación finalista de la causa de desheredación entendió que el *maltrato psicológico o ausencia de trato* sí se consideraba causa de desheredación y de revocación de lo donado por ingratitud (art. 648.1 CC). La jurisprudencia aboga por la necesidad de llevar a cabo una reconsideración de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contempladas en los preceptos legales.

III. La Sala Primera utiliza la expresión «dinamismo conceptual» para incluir el maltrato psicológico y equipararlo al maltrato de obra, expresión a mi juicio acertada que posibilita la ampliación del contenido del maltrato psicológico de acuerdo con el caso concreto a enjuiciar siempre conforme a los estándares actuales de la obligación moral de atención a los progenitores mayores.

IV. Maltrato psicológico que nace de la descalificación moral de la conducta del heredero (tanto activa como pasiva). Actitud que debe ser prolongada en el tiempo y en general, determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, y puede concretarse en un abandono, en una falta de relación continuada, una falta de cariño, un desprecio, desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados. *Inexistencia, en definitiva, de muestra de atención o cariño para con el progenitor.*

La situación de vulnerabilidad de las personas mayores, generalmente con dolencias o enfermedades crónicas que suelen padecer, supone además un ensañamiento que aumenta inhumanamente y de forma deliberada el daño psicológico y un martirio, sufrimiento físico y moral intenso, innecesarios e injustificados.

V. La novedad jurisprudencial se centra en que además el maltrato psicológico y la ausencia de trato se extiende no solo al trato del hijo legitimario sino *al daño realizado por él de impedir la comunicación y el derecho de visitas de sus hijos hacia los abuelos testadores*, así ha declarado la SAP de Soria de 7 de junio de 2019.

VI. La conducta contraria a los cánones actuales de la obligación moral de atención a los progenitores mayores considera la doctrina jurisprudencial que ha de calificarse como *mezquina*, y que debe ser sancionada siendo motivo suficiente de desheredación. Desheredación que en definitiva es una sanción al incumplimiento del deber de atención y cuidado al progenitor del legitimario.

VII. Considero que podría extenderse como supuesto de maltrato psicológico y causa de ingratitud con la consiguiente revocación de la donación realizada, la ausencia de trato con los nietos, esto es la imposibilidad de permitir el derecho de comunicación y visitas de los nietos con los abuelos donantes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- IRIARTE ÁNGEL, F.B.: Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?, *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 13908/2018.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación. *Diario La Ley*, núm. 8647, Sección Tribuna, 17 de noviembre de 2015. (La Ley 6565/2015).
- ORDUÑA MORENO, F.J.: Hacia un necesario nuevo Código civil como instrumento de progreso y cambio social en el siglo XXI, en *Diario La Ley*, núm. 9542, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer (la Ley 15087/2019).
- PARRA LUCÁN, M.A.: La necesidad de un nuevo Código civil para la sociedad del siglo XXI, en *Diario La Ley*, núm. 9515, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 13244/2019).

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 384/2019 de 2 de julio de 2019, Rec. 1063/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 95594/2019). ECLI: ES:TS:2019:2241.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 267/2019 de 13 de mayo de 2019, Rec. 466/2016. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 53858/2019). ECLI: ES:TS:2019:1523.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 401/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 3390/2015. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 77111/2018). ECLI: ES:TS:2018:2492.
- STS, Sala Primera, Sentencia 235/2018 de 23 de abril de 2018, Rec. 2056/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 31239/2018). ECLI: ES:TS:2018:1394.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1681/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 143819/2015). ECLI: ES:TS:2015:4153.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 10075/2015). ECLI: ES:TS:2015:565.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 74491/2014.) ECLI: ES:TS:2014:2484.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, Sentencia 161/2013 de 26 de abril de 2013, Rec. 20/2013. Ponente: Emilio Fernando SUÁREZ DÍAZ (La Ley 149112/2013). ECLI: ES:APTF:2013:1344.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 516/2012 de 20 de julio de 2012, Rec. 333/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 146257/2012) ECLI: ES:TS:2012:6027.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de junio de 1995, Rec. 631/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA (La Ley 825/1995).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 de junio de 1993. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (La Ley 22850-JF/0000).
- SAP de Madrid, Sección 10.^a, Sentencia 439/2019 de 19 de septiembre de 2019, Rec. 409/2019. Ponente: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO (La Ley 169426/2019). ECLI: ES:APM:2019:12919.
- SAP de Madrid, Sección 20.^a, Sentencia 373/2019 de 3 de septiembre de 2019, Rec. 197/2018. Ponente: Jesús María Ricardo SERRANO SÁEZ (La Ley 142844/2019). ECLI: ES:APM:2019:8297.
- SAP de Soria, Sentencia 114/2019 de 7 de junio de 2019, Rec. 119/2019. Ponente: José Luis RODRÍGUEZ GRECIANO (La Ley 77207/2019). ECLI: ES:APSO:2019:135.
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, Sentencia 429/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 897/2012. Ponente: Jaime NOGUÉS GARCÍA (La Ley 216205/2014). ECLI: ES:APMA:2014:2040.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, Sentencia 161/2013 de 26 de abril de 2013, Rec. 20/2013. Ponente: Emilio Fernando SUÁREZ DÍAZ (La Ley 149112/2013). ECLI: ES:APTF:2013:1344.
- SAP de Granada, Sección 3.^a, Sentencia de 8 de octubre de 1996. Ponente: Antonio MASCARÓ LAZCANO (La Ley 14660/1996).
- Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2012. (La Ley 85382/2012).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño
- CE
- CC
- CC Cat.

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 516/2012 de 20 de julio de 2012, Rec. 333/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 146257/2012) ECLI: ES:TS:2012:6027.

² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 74491/2014.) ECLI: ES:TS:2014:2484.

³ SAP de Granada, Sección 3.^a, Sentencia de 8 de octubre de 1996. Ponente: Antonio MASCARÓ LAZCANO. (La Ley 14660/1996). Sentencia que consideró que «la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos desheredados y el causante, y el abandono sentimental sufrido por este no constituye causa legal de desheredación». Por consiguiente faltaba la acreditación del maltrato de obra.

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 10075/2015). ECLI: ES:TS:2015:565. Concorre causa de desheredación ya que dentro de la expresión «maltrato de obra» se incluye *el maltrato psicológico por suponer un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima*. El hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin ingresos para afrontar dignamente la última etapa de su vida. Ello le causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida.

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1681/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 143819/2015). ECLI: ES:TS:2015:4153.

⁶ ORDUÑA mantiene como en su etapa de magistrado en el Tribunal Supremo ha percibido «este alejamiento o pérdida de referencia de nuestro Código civil a la hora de modernizar las figuras y categorías jurídicas, bien desde fundamentos valorativos o culturales, o bien desde fundamentos técnicos o contextuales. Baste citar alguno de los ejemplos, caso del maltrato psicológico como causa de desheredación (SSTS de 3 de junio de 2014, núm. 258/2014, y 30 de enero de 2015, núm. 59/2015)...» y aboga por «un nuevo Código civil que cohesione y vertebre todas las esperanzas e ilusiones que la ciudadanía tiene depositadas en el Derecho, como instrumento de cambio y progreso social» (ORDUÑA MORENO, F.J.: Hacia un necesario nuevo Código civil como instrumento de progreso y cambio social en el siglo XXI, en *Diario La Ley*, núm. 9542, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2019, Wolters Kluwer [La Ley 15087/2019]).

En el mismo sentido, PARRA LUCÁN considera necesario la renovación del Código civil en materia sucesoria en este punto, señalando que «resulta difícil de comprender que en la reforma de las causas de indignidad llevada a cabo en 2003, y luego en la posterior reforma de 2015 con ocasión de la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, solo se recogiera, como causa de indignidad sucesoria el no haber prestado al causante las atenciones debidas de índole patrimonial, alimentos. De acuerdo con la *realidad social, cultural y los valores del momento, hubiera sido una buena ocasión para incluir una mención al incumplimiento de atenciones de índole personal, obligaciones de cuidado, seguimiento y relación emocional, cuya ausencia puede considerarse un abandono y dar lugar a un maltrato emocional o psicológico*». PARRA LUCÁN, M.A.: La necesidad de un nuevo Código civil para la sociedad del siglo XXI, en *Diario La Ley*, Núm. 9515, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 13244/2019).

⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 267/2019 de 13 de mayo de 2019, Rec. 466/2016. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 53858/2019). ECLI: ES:TS:2019:1523.

⁸ SAP de Soria, Sentencia 114/2019 de 7 de junio de 2019, Rec. 119/2019. Ponente: José Luis RODRÍGUEZ GRECIANO. (La Ley 77207/2019). ECLI: ES:APSO:2019:135.

⁹ Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2012. (La Ley 85382/2012)

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 de junio de 1993. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. (La Ley 22850-JF/0000).

¹¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de junio de 1995, Rec. 631/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. (La Ley 825/1995). Acción de nulidad contra el testamento, negando la existencia de causa de desheredación.

¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 74491/2014). ECLI: ES:TS:2014:2484.

¹³ Los hijos recurrentes incurrieron en un *maltrato psíquico y reiterado* contra su padre del todo incompatible con los *deberes elementales de respeto y consideración* que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.

¹⁴ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, Sentencia 161/2013 de 26 de abril de 2013, Rec. 20/2013. Ponente: Emilio Fernando SUÁREZ DÍAZ. (La Ley 149112/2013). ECLI: ES:APTF:2013:1344.

¹⁵ SAP de Málaga, Sección 5.ª, Sentencia 429/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 897/2012. Ponente: Jaime NOGUÉS GARCÍA. (La Ley 216205/2014). ECLI: ES:APMA:2014:2040.

¹⁶ SAP de Vizcaya, Sección 3.ª, Sentencia 350/2015 de 5 de noviembre de 2015, Rec. 318/2015. Ponente: María Carmen KELLER ECHEVARRÍA. (La Ley 226166/2015). ECLI: ES:APBI:2015:2078.

¹⁷ SAP de Soria, Sentencia 114/2019 de 7 de junio de 2019, Rec. 119/2019. Ponente: José Luis RODRÍGUEZ GRECIANO. (La Ley 77207/2019). ECLI: ES:APSO:2019:135.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 267/2019 de 13 de mayo de 2019, Rec. 466/2016 Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 53858/2019). ECLI: ES:TS:2019:1523.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 384/2019 de 2 de julio de 2019, Rec. 1063/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 95594/2019). ECLI: ES:TS:2019:2241.

²⁰ STS, Sala Primera, Sentencia 235/2018 de 23 de abril de 2018, Rec. 2056/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 31239/2018). ECLI: ES:TS:2018:1394.

²¹ Vid. IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?, *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer: LA LEY 13908/2018.

²² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 401/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 3390/2015. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 77111/2018). ECLI: ES:TS:2018:2492.

²³ «Ninguno de los hechos referidos por la recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. En particular, por lo que se refiere a la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales, en las que insiste la demandada en su recurso de casación, se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por las alegaciones de la demandante relativa al posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación». La SAP atendiendo a la falta de relación familiar afectiva entiende *que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos*. Lo cual no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva ente la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. El origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña.

²⁴ SAP de Madrid, Sección 10.^a, Sentencia 439/2019 de 19 de septiembre de 2019, Rec. 409/2019. Ponente: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO. (La Ley 169426/2019). ECLI: ES:APM:2019:12919.

²⁵ SAP de Madrid, Sección 20.^a, Sentencia 373/2019 de 3 de septiembre de 2019, Rec. 197/2018. Ponente: Jesús María Ricardo SERRANO SÁEZ. (La Ley 142844/2019). ECLI: ES:APM:2019:8297.

El instituido como heredero universal en el testamento cuya declaración de nulidad se pretende por la madre de la testadora interpone recurso de apelación contra la sentencia que declara la nulidad de la institución de heredero alegando como motivo impugnatorio el error en la valoración de las pruebas. El designado heredero testamentario había mantenido con la testadora una relación propia de las unidades de hecho no matrimoniales.

La testadora, tras una agresión sufrida por parte de su expareja, persona distinta del causahabiente, pidió auxilio y cobijo a su madre, D.^a Florencia, quien la negó alimentos, cobijo y habitación, incidiendo el recurrente en el hecho ya manifestado en la instancia de carecer la testadora de ingresos por contar con una pensión de incapacidad con la que vivía justamente, todo ello teniendo en cuenta que por la enfermedad que sufría pasaba por situaciones de desbordamiento y necesidad de gastar más de la cuenta.

²⁶ SAP de Madrid, Sección 10.^a, Sentencia 511/2018 de 15 de noviembre de 2018, Rec. 786/2018. Ponente: Amalia de Santísima Trinidad SANZ FRANCO. (La Ley 192968/2018). ECLI: ES:APM:2018:15300.

²⁷ SAP de Madrid, Sección 21.^a, Sentencia 145/2018 de 24 de abril de 2018, Rec. 257/2017. Ponente: Guillermo RIPOLL OLAZÁBAL (la Ley 63830/2018). ECLI: ES:APM:2018:5774.

²⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación. Diario *La Ley*, núm. 8647, Sección Tribuna, 17 de noviembre de 2015. (La Ley 6565/2015).

1.2 Derecho de familia

El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. En especial, la incidencia del estado de alarma decretado por el COVID-19

The right of visit, communication and stay of minors in a situation of abandonment. In special, the incidence of the alarm state set by the COVID-19

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis del derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo. Además del oportuno tratamiento de lo que implica la declaración de desamparo y la asunción de la tutela *ex lege* por la Entidad Pública competente, haremos, asimismo, especial referencia a la eventual suspensión de tal derecho de visita y, de los que se conceden en general al progenitor no custodio, abuelos y otros parientes y allegados consecuencia del estado de alarma fijado por el Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo consecuencia de la crisis sanitaria motivada por la pandemia del COVID-19 y como se va a sustanciar tal incumplimiento del derecho de visita, comunicación y estancia cuando termine el estado de alarma.

ABSTRACT: *The present study is going to analysis of the right of visit, communication and stay in a situation of abandonment. In addition, to the appropriate treatment implied by the declaration of abandonment and the assumption of the guardianship by the competent public entity, we will also make special reference to the eventual suspension of such right of visits and of those generally granted to the no custodial parent, grandparents and others relatives as a result of the state of alert established by Royal Decree Lew 463/2020 of 14 march consequences of the health crisis motivated by the pandemic of Covid-19 by the pandemic of and how such breach of visiting right, communication and stay of minors will be substantiated, when the state of alarm ends.*

PALABRAS CLAVES: Derecho de visita. Progenitores. Desamparo. Acogimiento. Interés del menor. Estado de alarma. Suspensión régimen de visitas. Abuelos. Parientes.

KEY WORDS: *The right of visit. Parents. Abandonment. Child's interest. Care. State of alert. Minors. Suspension of visiting periods. Limitation. Modification. Grandparents.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.—III. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DE LOS MENORES DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESAMPARO POR LOS PROGENITORES Y DEMÁS PARIENTES.—IV. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DE LOS MENORES DE EDAD: 1. LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS ANTE EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO POR EL COVID-19.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad representa una potestad o función en cuanto a los derechos o facultades que lo integran, y se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella, y en donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo y su integridad física y moral, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que, su desarrollo personal exige y demanda. En todo caso, se faculta a los progenitores para en el ejercicio de su función «recabar el auxilio de la autoridad» (art. 154 último párrafo CC). Asimismo, constituye un entramado de derechos y deberes que, determina la asunción de la representación legal y administración de los bienes de los hijos.

Comprende una serie de deberes del progenitor entre los que se encuentran el velar por ellos y tenerlos en su compañía (art. 154 CC). Esta obligación de velar por los hijos, educarlos y tenerlos en su compañía debe ser establecida en caso de crisis matrimonial —nulidad, separación o divorcio— tanto si se acuerda una guarda exclusiva como si es compartida. En tales casos, se establece el régimen de vistas, comunicación y estancia, bien como medida fijada en convenio regulador ratificado judicialmente o como medida definitiva en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio¹. Los hijos menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que, otra cosa se establezca en la resolución judicial o por la entidad pública en casos de acogimiento (art. 160 CC)². También en caso de privación de la patria potestad puede mantenerse el derecho de comunicación, siempre que la salud, integridad física o espiritual del hijo no justifique la suspensión del régimen de visitas³. Nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza es de derecho-deber, derecho-función, o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino los del menor, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo⁴ que, tiene naturaleza extrapatrimonial, personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, indelegable y de contenido variable que está subordinado al interés del hijo⁵. No tiene otra finalidad que la de posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad⁶.

Ahora bien, en esta materia, el interés del menor constituye el principio inspirador⁷ y al no existir norma legal que, determine el contenido de este régimen de vistas, comunicación y estancia, corresponde al juez fijarlo, en ausencia de un acuerdo de los progenitores, al ser una facultad discrecional del juez de instancia. Además, el juez puede limitar o suspender este régimen cuando así lo aconseje el interés del menor y se produzca una alteración de las circunstancias del caso. De todas formas, al no poderse fijar *a priori* todas las posibles situaciones que, se derivan del régimen de visitas, comunicación y estancia, en

su concreción opera cierta flexibilidad y, nada impide su carácter progresivo en función de su evolución⁸.

Pues bien, en relación con los menores bajo la guarda y tutela administrativa, procede señalar que, para hacer efectivo el mandato constitucional contenido en el artículo 39 de la Constitución Española y las normas de carácter internacional que, forman parte de nuestro ordenamiento, el legislador estatal ha considerado necesario adaptar algunas de las normas existentes a los nuevos cambios sociales que, han incidido en la situación de los menores y demandan una mejora en los instrumentos de protección jurídica. Para ello se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Con ambas normas se pretenden garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio de Estado y que constituye una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación sobre la materia, asimismo, se procede a la revisión del sistema español de protección de menores conforme a los últimos convenios internacionales ratificados por España sobre la materia⁹.

En tales normativas, se establece como actuaciones administrativas de protección de menores que, han de llevar a cabo los poderes públicos: las de atención inmediata, la situación de riesgo y la situación de desamparo.

Respecto a las primeras, señalar que, 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 (art. 14.1 LOPJM).

De forma que, la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, y ante la urgencia de la situación, 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 existencia situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible —por su urgencia—, durante el cual puede procederse, si así se ha constatado, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente.

Se establece la posibilidad de asumir la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tiene lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo —de ahí su carácter provisional y transitorio de la medida—¹⁰. Esta guarda provisional cesará por las mismas causas que, la tutela. De todas formas, de transcurrir el plazo señalado sin haberse 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 para el menor por parte de la Entidad Pública (art. 14 de la LOPJM y art. 172.4 CC).

En cuanto a las actuaciones en materia de riesgo, la intervención de la administración pública competente se habrá de orientar a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra el menor, y a promover medidas para su protección y preservación en el entorno familiar —mantenimiento en el núcleo familiar—, salvo cuando el interés del menor exija adoptar otra medida (art. 17.2 LOPJM). Corresponde

a la administración competente valorar la situación de riesgo iniciando el correspondiente expediente, que, conlleva la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este en su medio familiar. En la elaboración de tal proyecto se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración de tal proyecto en un intento de consensuar el mismo. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta su opinión, y aquel deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución que declara la situación de riesgo determinará las medidas de asistencia tendentes a eliminar los factores de riesgo en la institución familiar, poniendo a disposición de los menores y su familia los servicios existentes para tales fines y será notificada a los interesados en el expediente. Ahora bien, si la opinión del menor es contraria a toda intervención, habrá motivarse que, la actuación que se adopta es en su interés (art. 2 de la LOPJM).

Por otra parte, la negativa a la suscripción del proyecto o la no colaboración posterior en el desarrollo y ejecución del mismo por parte de los progenitores, conlleva la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, además de contener el citado proyecto de intervención social y educativa. Frente a la resolución administrativa que, declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido¹¹.

En lo referente a la situación de desamparo, que será objeto de tratamiento específico, señalar que, constatada esta, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 CC —modificados, asimismo, por la Ley 26/2015—). La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura que, analizaremos, del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará mediante la correspondiente resolución administrativa¹². Por otra parte, la Entidad Pública puede asumir la correspondiente guarda de menores, bien en la obligación de prestar atención inmediata de forma provisional (art. 172.4 CC), bien a la solicitud de los progenitores o del tutor —guarda voluntaria— prevista en el artículo 172 bis.1 del citado cuerpo legal— o bien por resolución judicial —artículo 172 bis.2 del Código civil—.

En este contexto, la guarda del menor por la Entidad Pública puede llevarse a cabo mediante el acogimiento familiar —en familia extensa del menor o en

familia ajena (especializado), de urgencia, temporal o permanente— y residencial; sin perjuicio, de optar, en interés del menor, como mejor medida por su adopción. En todo caso, desde que la Entidad Pública asume la tutela hasta que se reintegra en su familia o se da en adopción, puede transcurrir un periodo de tiempo durante el cual es preciso que el menor participe de un ámbito familiar idóneo. Máxime si como establece el artículo 11.2 c) de la LOPJM constituye principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar y social. De ahí, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis en el régimen de visitas, comunicación y estancia del menor en situación de desamparo y acogimiento. Como consecuencia del estado de alarma por el COVID-19 establecido en el Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo se ha planteado la suspensión del derecho de visitas, comunicación, y estancia del progenitor no custodio, de los demás parientes y allegados y de los menores en situación de acogimiento, además del no ejercicio de la guarda y custodia compartida; lo que ha determinado la adopción de acuerdos por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, a diversos pronunciamientos de los Juzgados de Primera Instancia y, desde tal Consejo General del Poder Judicial a la propuesta de reforma de algunos preceptos de la LEC y del Código civil, así como la aprobación del Real Decreto Ley 13/2020, de 28 de abril con medidas de carácter procesal en el orden civil como la regulación *ex novo* de un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas al derecho de familia derivadas directamente de la crisis sanitaria, a lo que haremos oportuna referencia en este estudio.

II. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

En el artículo 18 de la LOPJM se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del Código civil, estableciendo, por primera vez, en una norma de carácter estatal, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración. Asimismo, se establece como causa de desamparo el consumo habitual de sustancias con potencial adictivo por parte de progenitores, tutores o guardadores y, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría. Por otra parte, se regula por primera vez la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una comunidad autónoma a otra distinta.

Ahora bien, además de lo previsto en el artículo 18 de la LOPJM, procede señalar que, el antiguo artículo 172 del Código civil se desdobra en tres artículos con el objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art. 172 bis) y de las medidas de intervención en ambos supuestos mediante el acogimiento familiar y residencial (art. 172 ter).

Así, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 a 174 del Código civil, asumiendo la tutela de aquel por ministerio de la ley, adoptando las oportunas

medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria (art. 18.1 de la LOPJ).

A tal efecto, se considera como 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» (art. 18.2 de la LOPJ y art. 172.1 apartado 2 CC).

Al respecto, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que, existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor en la línea de las leyes autonómicas de protección de menores.

Así: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla¹³; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves¹⁴, agresiones y/o abusos sexuales¹⁵ o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas¹⁶; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado¹⁷ o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo¹⁸; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental¹⁹; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada ade-

cuadramente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria²⁰; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia²¹ (art. 18.2 apartado 4 de la LOPJM).

Para que opere la situación de desamparo es necesario que, el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección priven al menor de la necesaria asistencia moral o material y que, las circunstancias en que se manifiesta tal incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, sean lo suficientemente graves²². Por tanto, el hecho que, representa la falta de esa asistencia moral y material tanto si se debe a un incumplimiento de los deberes imputable a los padres como si la situación en que se encuentra el menor puede deberse a una imposibilidad de los padres para el cumplimiento de los deberes de guarda²³. En todo caso, en la enumeración descrita de circunstancias que pueden determinar el desamparo del menor, la citada en último lugar constituye una cláusula abierta referida a cualquier causa grave que determine el desamparo²⁴. Lógicamente hay que incluir el ejercicio de la violencia de género en el ámbito familiar; si bien, conviene recordar que, el artículo 12.3 de la LOPJM señala que, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, la tutela, guarda y acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstico, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminada a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación²⁵.

En todo caso, la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo²⁶. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos²⁷. Frente a la situación de riesgo, la gravedad de la situación exige la separación del menor de su entorno familiar, sin perjuicio de su posible reintegración al mismo, siempre que las circunstancias lo aconsejen —porque haya desaparecido la situación de desamparo que motivó la medida de protección— y el interés superior del menor²⁸. No obstante, esta separación puede ser temporal, aunque se puede tornar definitiva, si se toma como medida la adopción o estamos ante un acogimiento familiar permanente²⁹.

Ahora bien, procederá la declaración de desamparo, atendiendo siempre el interés del menor³⁰ y, la resolución administrativa que declare tal situación de desamparo y consiguiente asunción por la entidad pública de la tutela del menor, contendrá un plan individualizado de protección en el que se establecerán los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen.

Asimismo, podrá incluir un programa de reintegración familiar (art. 19 bis.1 de la LOPJM)³¹. Tal resolución administrativa y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez.

Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se constata, como novedad, la notificación al menor afectado y se precisa que tal notificación a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, se hará de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

En todo caso, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo se puede impugnar ante los tribunales, pues, la oposición a cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores resulta operativa por la vía del procedimiento previsto en el artículo 780 de la LEC, por los cauces del juicio verbal (art. 753 de la LEC). Están legitimados para formular oposición, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la Ley les reconozca tal legitimación³². Respecto de los menores tendrán derecho a ser parte y ser oídos en el proceso conforme a lo establecido en la LOPJM y ejercerán sus pretensiones en relación con las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, pues en este caso lo ejercerán a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente (art. 780.1 párrafo 3 de la LEC). Ahora bien, para formular oposición ante los tribunales civiles no será necesaria reclamación previa en la vía administrativa y se podrán plantear en el plazo de dos meses desde su notificación.

Si bien, el artículo 172.2 párrafo 2 del Código civil fija un plazo específico para oponerse a las resoluciones que se adopten respecto a la protección de un menor de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara la situación de desamparo. En todo caso, se da prioridad a la tramitación de la oposición frente a las resoluciones administrativas en materia de menores (art. 779.1 de la LEC). Contra la resolución desestimatoria recaída en primera instancia, cabe la interposición del correspondiente recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución (art. 458.1 de la LEC).

Constatada la situación de desamparo, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 CC —modificado asimismo por la Ley 26/2015—)³³. La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará como hemos señalado, mediante la correspondiente resolución administrativa³⁴.

Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento (art. 18.3 de la LOPJ).

Lo cierto es que, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria y la asunción de las funciones propias de la tutela ordinaria, así el contenido personal de la representación legal del menor —velar por el tutelado, y en particular procurarle alimentos, educarle y procurarle una formación integral—; y, asimismo, le corresponde la administración del patrimonio del menor —pues se incluye entre las facultades ordinarias de cualquier tutor (art. 270 CC)—³⁵. De todas formas,

la declaración de desamparo del menor puede conllevar, asimismo, la privación de la patria potestad³⁶.

Ahora bien, la adopción de tales medidas relacionadas con la patria potestad y la tutela, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo —mismo plazo que para oponerse a las medidas de protección adoptadas—, se concede a los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 172 del Código civil, o a los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, el poder solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor; si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela³⁷. Igualmente, durante el mismo plazo, tal como hemos señalado, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (art. 172.2 CC). La legitimación de los tutores para solicitar a la Entidad Pública que, cese la suspensión de la tutela o que se revoque la situación de desamparo del menor constituye una importante novedad³⁸. La pretensión en que se basa el cese de la suspensión o de cualquier otra medida de protección adoptada y, en su caso, la revocación de la declaración de desamparo se residencia en la existencia de un cambio de las circunstancias que motivaron la inicial declaración de desamparo del menor y que, en consecuencia, se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad o la guarda³⁹.

Trascurrido ese plazo de dos años, no podrán los progenitores o tutores solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que, dieron lugar a la declaración de situación de desamparo⁴⁰.

De todas formas, pasado tal plazo, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Ahora bien, si tiene lugar la revocación de la declaración de desamparo y el cese de cualquier medida podrá acordarse el retorno del menor desamparado con su familia de origen [art. 11.2 c) de la LOPJM]; si bien, resultará imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, que desde un punto de vista objetivo, se considere suficiente para restablecer la convivencia familiar; que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales de manera adecuada y que se constate que el retorno con la familia de origen no supone riesgos relevantes para el menor acreditado en el correspondiente informe técnico⁴¹. Si el menor está en acogimiento familiar, deberá ponderarse en la decisión de retorno, el tiempo transcurrido en acogimiento, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma (art. 19 bis.3 de la LOPJM)⁴². Cuando proceda la reunificación familiar, la Entidad Pública deberá realizar un seguimiento posterior y de apoyo a la familia del menor (art. 19 bis.4 de la LOPJM). En todo caso, frente a la resolución desestimatoria de la revocación o cese planteada por los progenitores o el tutor, cabe recurso.

Por otra parte, durante ese plazo de dos años, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, la Entidad Pública puede adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (art. 172.2 apartado 5 CC). Por lo que la existencia de tal plazo no

excluye que, la Entidad Pública pueda adoptar cualquier medida de protección que considere pertinente antes de que trascurra el mismo, si bien es necesario, máxime, si se trata de adopción, que existe una imposibilidad fundada de posible retorno a la familia de origen.

III. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DE LOS MENORES DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESAMPARO POR LOS PROGENITORES Y DEMÁS PARIENTES

El principio del interés del menor se considera primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen tanto en el ámbito público como privado y a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta como criterios generales a ponderar el considerar prioritario la permanencia del menor en su familia de origen y la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor [art. 2.2 c) de la LOPJM]. Si bien, en la adopción de determinadas medidas de protección —declaración de desamparo— resulta conveniente el alejamiento del menor de su ámbito familiar, como actuación necesaria y proporcionada. En todo caso, si el menor ha sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno con él, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adopta la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de su familia. En esta línea, la Entidad Pública que asume la guarda o la tutela del menor, como ya hemos analizado en líneas precedentes, debe incluir en el plan individualizado de protección un programa de reintegración familiar (art. 19 bis 1 y 2 de la LOPJM). Cuando el acogimiento derive de una guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19.2 de la LOPJM y art. 172 bis CC). Asimismo, en todo acogimiento familiar o residencial se busca siempre el interés superior del menor, por lo que se prioriza, cuando no sea contrario a su interés, su reintegración en la propia familia (art. 172 ter.2 CC). Para facilitar esa posible reagrupación familiar resulta esencial preservar las relaciones del menor con su familia de origen. Así en el documento anexo a la resolución administrativa de formalización del acogimiento familiar se hará constar «el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación en los supuestos de declaración de desamparo por parte de la familia de origen que, podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor [art. 20.3 d).1.º de la LOPJM]; asimismo, el artículo 20 bis.2 e) de la LOPJM establece como deberes para los acogedores familiares *«respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del derecho de visitas a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso»; y «colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción u otra modalidad de acogimiento, o al entorno en que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable»* [art. 20.2 k) de la LOPJM]. Ahora bien, este régimen de visitas puede tener lugar, si se considerase conveniente, «en los puntos de encuentro familiar habilitados cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedoras» (art. 20.2 de la LOPJM). Por otra parte, en la evaluación de la idoneidad de los acogedores, la Entidad Pública deberá tenerse en cuenta «su disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de

atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia» (art. 20.2 de la LOPJM); para ello y para cumplir adecuadamente con los deberes a los que se refiere el artículo 20 bis.2 de la LOPJM, los acogedores familiares tendrán derecho a «recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo» [art. 20 bis.1 a) de la LOPJM]; y a «ser informados del plan individual de protección, así como de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal» [art. 20 bis 1 c) de la LOPJM]. Pues bien, sobre tales bases legales, el artículo 161 del Código civil establece: *«La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil»*⁴³.

Ahora bien, con anterioridad a la reforma del citado artículo 161 del Código civil por la Ley 26/2015 correspondía al juez y no a la Entidad Pública regular o suspender las relaciones del menor con su familia de origen ponderando su interés y atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Con la misma, tal precepto fija la competencia de la Entidad Pública para regular el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de desamparo y, asimismo, para de forma motivada y, en interés del menor, suspender temporalmente tal régimen de visitas y comunicaciones o en su caso, atendiendo siempre al interés del menor, mantener vigente dicho régimen de visitas, aunque el menor esté en acogimiento familiar⁴⁴. Para tomar la decisión de tal suspensión, la Entidad Pública dará audiencia previa a los afectados y al menor si tuviera madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 9 de la LOPJM y art. 2 bis.1 de la LOPJM) con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. La resolución por la que se acuerde el acogimiento requerirá el consentimiento del menor (art. 173.2 CC), y el documento anexo que se acompaña a la resolución de formalización del acogimiento familiar, hará referencia, como hemos señalado, al régimen de visitas, relación, estancia o comunicación en los supuestos de declaración de desamparo con la familia de origen que, la Entidad Pública podrá modificar siempre atendiendo al interés superior del menor, determinando que, este también consiente el régimen de visitas fijado [art. 20.3 d).1.º de la LOPJM] en la medida que dicho documento anexo acompaña a la resolución. De todas formas, además de suspender el derecho de visitas, puede asimismo, declarar que no procede atendiendo al interés del menor⁴⁵; o, en su caso, si lo concreta y mantiene⁴⁶, plantear la posibilidad de ampliarlo⁴⁷. Por otra parte, se impone al Director del centro en caso de acogimiento residencial o a la familia de acogida en el acogimiento familiar [art. 20 bis.2 h) LOPJM como tal deber], o a otros agentes implicados en ambos casos,

informar a la Entidad Pública de cualquier indicio que las visitas perjudiquen al menor (art. 13.1 de la LOPJM). De todas formas, al tratarse de una resolución administrativa, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal están legitimados para oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 de la LEC que, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación⁴⁸.

Ahora bien, la redacción del artículo 161 del Código civil hace referencia a los menores que se encuentran en situación de desamparo, excluyendo a los que se encuentre bajo guarda administrativa. Al respecto, LÓPEZ AZCONA considera que, esa omisión determina que, la competencia para determinar el régimen de visita de los menores bajo guarda administrativa corresponde a la autoridad judicial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 160 del Código civil⁴⁹. Por su parte, para ORDÁS ALONSO esta exclusión «reviste importancia capital en la medida en que, configurado como una regla especial frente al artículo 160 del Código civil, el artículo 161 del mismo cuerpo legal otorga competencia a la entidad pública para restringir, condicionar o suspender el régimen de relaciones del menor con su familiar de origen»⁵⁰. En fin, a MARTÍNEZ CALVO desde una interpretación teleológica, le parece razonable entender que, lo dispuesto en el artículo 161 del Código civil resulta aplicable también a los supuestos de guarda administrativa⁵¹. Nos parece más acertada esta última posición, pues, si puede lo menos que, es la suspensión del régimen de visitas en los supuestos de guarda administrativa; se podrá lo más, en el caso de desamparo, además en ambos casos la tutela *ex lege* la asume la Entidad pública *ex* artículo 172 bis del Código civil.

En este contexto, aunque la Entidad Pública puede suspender el régimen de visitas y/o comunicación, asimismo, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal podrá, con respeto al principio de proporcionalidad, prohibir 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; y, asimismo, con respeto al principio de proporcionalidad, prohibir a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas, toda forma de comunicación con el menor, esto es, establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático (art. 158. 4.º y 5.º CC)⁵². En todo caso, recordemos que, la competencia para suspender un derecho de vistas corresponde a la Entidad Pública respecto a los menores que se encuentren sometidos a acogimiento residencial o familiar (art. 161 CC) y, del Director del centro en el caso de acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Respecto de los menores bajo guarda administrativa de la entidad, las visitas podrán ser restringidas y suspendidas por decisión judicial⁵³.

Por otra parte, 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 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, especialmente sobre las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementaria a ellas que fueran precisas (art. 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Al respecto el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004 dispone que, el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de vistas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de

él. Y añade que, si no se acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpadó 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 y realizará un seguimiento periódico de su evolución. Por su parte, si el menor está bajo la tutela de la Entidad Pública, podrá mantenerse el régimen de visitas con el progenitor víctima de violencia de género.

Ahora bien, coincidimos con ORDÁS ALONSO que «la supresión del régimen de visitas supone un paso más en el desarraigo del menor respecto de su familia de origen con las importantes consecuencias que de ello se derivan en cuanto a la procedencia o no de su retorno a la misma». Por ello entendemos con ella que la limitación, suspensión o supresión del derecho de visitas, al igual que, con cualquier derecho de visitas, debe operar sobre situaciones de especial gravedad, ser objeto de interpretación restrictiva y, su adopción como medida debe estar motivada⁵⁴.

Finalmente, respecto a la adopción abierta, como alternativa a la adopción tradicional —en que la constitución de la adopción determina la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia—⁵⁵ permite el mantenimiento de vínculos afectivos entre el adoptado y su familia de origen, simplemente señalar que, tal y como dispone el artículo 178.4 apartado 1 del Código civil, cuando el interés del menor así lo aconseje podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que, se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, en cuanto sea posible, la relación entre los hermanos biológicos⁵⁶. Para ello es necesario que en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el juez, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, previa valoración positiva en interés del menor de la Entidad Pública y, que sea consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. Corresponde al juez determinar la periodicidad, duración y condiciones en que se va a desarrollar esa relación entre el menor y su familia de origen. De todas formas, la Entidad Pública deberá apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no de su permanencia en el tiempo, a partir de una valoración de los resultados y consecuencias que, la misma tenga para el menor con prioridad absoluta sobre el interés que pueda suponer para los adoptantes y su familia de origen. No se trata de una medida definitiva, pues, el Juez puede modificar, suspender o incluso, dejar sin efecto, esto es, acordar el cese de tal relación del menor con la familia biológica. Con todo están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Si bien, en la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que, se ofrecen a la adopción, aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

IV. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DE LOS MENORES DE EDAD

Existe cierto consenso en considerar que solo se suspende el régimen de visitas, comunicación y estancia cuando se pueda perjudicar el interés del menor. No

existe en nuestra regulación una enumeración concreta y cerrada de las causas de suspensión. En todo caso, se ha de evitar rupturas definitivas o prolongadas en el tiempo, procurando la reanudación de las relaciones familiares⁵⁷. Por lo que, cualquier limitación o suspensión o, en su caso, supresión del derecho de visitas debe ser objeto de interpretación restrictiva⁵⁸, debidamente probada y motivada⁵⁹. Ahora bien, el interés del menor constituye un principio inspirador de todo lo referente al menor, por lo que en base al mismo el juez podrá limitar, modificar o suspender este régimen cuando el interés del menor lo aconseje y se produzca una alteración de las circunstancias⁶⁰; o, en su caso, reanudarlos atendiendo, precisamente, al *favor filii*⁶¹.

En este contexto, el artículo 94 apartado primero del Código civil después de establecer que «*el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ello y tenerlos en su compañía*», añade que «*el juez determinara el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren gravemente o reiteradamente los deberes impuesto por la resolución judicial*», por lo que no se hace una enumeración de las causas de limitación o suspensión, sino que, simplemente, se limita a reseñar que aquellas han de ser graves o incumplirse gravemente o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Ahora bien, se alude en el citado precepto únicamente a la limitación o suspensión, pero cabe también plantearse la posibilidad que el juez opte por la supresión del régimen de visitas, siempre que, las circunstancias sean, igualmente, graves, lo exija el interés del menor y, por ende pueda poner en peligro o perjudicar gravemente la integridad física y moral del menor. De todas formas, se trata de una medida necesariamente excepcional, que, asimismo, debe ser objeto, de interpretación restrictiva y, en esencia, se ha de optar por su temporalidad en lugar de dotarla de un carácter definitivo⁶².

Centrándonos sobre algunas posibles causas de limitación, suspensión o, en su caso, supresión del derecho de visitas, comunicación y estancia, señalar que, el ingreso en prisión es un supuesto típico de suspensión del régimen de visitas, comunicación, estancia al considerarse que la entrada en un centro penitenciario no es una circunstancia beneficiosa para los menores⁶³ y, en todo caso, se mantiene la suspensión del derecho de visitas hasta la puesta en libertad del progenitor o el grado penitenciario lo permita⁶⁴; pudiéndose instar su restablecimiento en el caso que se consiga el tercer grado y/o la libertad condicional siempre bajo la premisa del interés superior del menor⁶⁵. De todas formas, en algún supuesto no se ha optado por la suspensión del derecho de visitas, al existir circunstancias que lo aconsejen sobre la base necesaria que, las visitas o la comunicación no pueden perjudicar al menor⁶⁶ o, se desarrollen en régimen abierto⁶⁷. En otros supuestos, la privación de libertad determina la no procedencia de un régimen de visitas⁶⁸; sobre todo cuando la misma es consecuencia de una condena por un delito de violencia de género⁶⁹.

En cuanto al alcoholismo y la toxicomanía son circunstancias que pueden excluir la implantación de un régimen de visitas normalizado, al menos en cuanto no conste la recuperación o deshabilitación, al considerarse que se trata de patologías que ponen en riesgo la integridad física y moral del menor y contribuyen al deterioro de la relación paterno-filial⁷⁰. No obstante, se puede acordar o reanudar si se aportan informes clínicos que evidencian su no adicción⁷¹. En otros casos, puede condicionar la concreción del contenido del régimen de visitas, en cuanto a su modalización, extensión duración y forma de su cumplimiento, así se puede excluir las pernoctas⁷² y acordarse su desarrollo supervisado por terceros

generalmente en un Punto de Encuentro Familiar o por el equipo psicosocial de los juzgados⁷³. En fin, en algunos supuestos son circunstancias que llevan a la suspensión del régimen de visitas, condicionado a la recuperación del progenitor⁷⁴.

Por otra parte, la existencia de malos tratos, o de graves conflictos entre el progenitor custodio y los hijos constituye un factor de especial relevancia con indudable repercusión a la hora de decidir la no aplicación de un régimen de visitas, comunicación y estancia normalizado o la suspensión o supresión de tal régimen de visitas⁷⁵. Como, asimismo, la violencia hacia los hijos. La Ley Orgánica 8/2015 intensifica la protección de los menores que tienen el derecho a que su vida se desarrolle en un entorno libre de violencia. Por su parte, atendiendo a la *vis atractiva* del juez de violencia de género los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género⁷⁶ establecen como medidas tanto la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, como la suspensión del régimen de vistas, estancia, relación o comunicación con los menores⁷⁷.

Ahora bien, los tribunales limitan o suspenden el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge o pareja o cualquier otro de los hijos, es decir, aunque el propio menor no sea la víctima directa, las visitas y comunicaciones se pueden, igualmente, limitar o suspender⁷⁸. Asimismo, el menor puede presenciar actos de violencia que, le pueden generar temor y daños que, justifican la exclusión de un régimen normalizado o, en su caso, la suspensión.

En fin, en caso de enfermedad mental del progenitor no custodio puede pedir el establecimiento de un régimen de visitas o acordar su supresión o suspensión en orden a procurar la máxima protección de los hijos ante el peligro que, puede suponer para su integridad física y psíquica, o se puede desarrollar bajo supervisión del personal especializado⁷⁹.

1. LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS ANTE EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO POR EL COVID-19

El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró pandemia internacional a la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. La rápida propagación tanto a nivel nacional como internacional, han motivado que el Gobierno de España haya aprobado una serie de medidas urgentes con el objetivo de paliar el impacto de la crisis sanitaria y económica en las familias provocada por el COVID-19.

El Real Decreto Ley 436/2020, de 14 de marzo declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 incluyendo entre otras cuestiones limitaciones a la libertad de circulación con los efectos que ello supone para trabajadores, empresarios y ciudadanos con un estado de alarma que, se ha ido sucesivamente prorrogando⁸⁰. El artículo 7⁸¹ establece que *«1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial; d) Retorno al lugar de residencia habitual; e) Asistencia y cuidado a mayores, meno-*

res, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros; g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; h) Cualquiera otra actividad de análoga naturaleza. 2. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio». Por lo que, en base a lo dispuesto en tal precepto, cabe preguntarse en qué medida puede la declaración del estado de alarma afectar al desarrollo y cumplimiento del régimen de visitas respecto del progenitor no custodio, abuelos, otros parientes y allegados y de los menores en régimen de acogimiento y, a su eventual suspensión, atendiendo al interés del menor.

Al respecto se ha pronunciado la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acordando en sesión extraordinaria de 20 de marzo de 2020 que corresponde al juez la decisión pertinente acerca de la suspensión, alteración y modulación del régimen de visitas y estancias acordado en los procedimientos de familia conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma, afecte directa o indirectamente a la forma y medio con arreglo a los cuales se llevan a la práctica las medidas acordadas. El órgano de gobierno de los jueces señala que, las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado «y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias». Ello no significa, añade el Consejo General del Poder Judicial que, la ejecución práctica del régimen establecido no se vea afectado por lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020 ya que «la necesidad de preservar la salud de los hijos y de los progenitores puede imponer, según las circunstancias, la modulación o la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias, alternado o suspendiendo la ejecución de las medidas acordadas o determinando una particular forma de llevarlas a cabo». La Comisión Permanente señala, asimismo que, sin perjuicio de la posibilidad «e incluso conveniencia» que esta variación del régimen y de la forma de ejecutarlo sea producto del consenso entre los progenitores en defecto de acuerdo «corresponde al juez o magistrado adoptar la decisión que proceda» en función de las circunstancias del caso en garantía de la finalidad tuitiva del Real Decreto y de la preservación de la salud y bienestar de los hijos, así como de la salud de los progenitores y en general, de la salud pública. La suspensión, alteración o modificación del régimen acordado puede ser particularmente necesaria, advierte el Consejo General del Poder Judicial «cuando los servicios o recursos públicos (Puntos de Encuentro Familiar y recursos equivalentes) se hayan visto afectados en su funcionamiento ordinario como consecuencia de la aplicación de las medidas del Real Decreto 463/2020». Por último, la Comisión Permanente señala que «lo anterior no es obstáculo a la eventual adopción de acuerdos en las juntas sectoriales de los Juzgados de Familia con el objeto de unificar criterios y establecer pautas de actuación conjunta en orden a satisfacer las finalidades de protección a que está orientado el Real Decreto 463/2020».

Ahora bien, como el Consejo General del Poder Judicial posibilita que Juntas sectoriales de jueces puedan adoptar acuerdos para unificar criterios y establecer pautas de actuación conjuntas, se han pronunciado al respecto algunos Juzgados de Primera Instancia. Así el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, número 7, de 3 de abril de 2020⁸² establece que «en el presente supuesto el menor tiene diagnosticada una patología que le convierte en paciente de riesgo de desarrollar enfermedad grave. Por ello, estima que el interés superior del menor y en concreto, su salud quede salvaguardada en el domicilio materno, por lo que se acuerda la suspensión provisional del régimen de visitas del menor Ángel Daniel hasta el cese del estado de alarma. A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial la progenitora deberá facilitar particularmente por medios telemáticos el contacto del hijo con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor. Finalizada la suspensión provisional del régimen de visitas del progenitor deberá recuperar los periodos no disfrutados con su hijo desde el jueves 19 de marzo último día que se desarrollaron las visitas». De nuevo, se pronuncia el citado Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, número 7, en Auto de la misma fecha de 3 de abril de 2020⁸³ señalando que, el progenitor trata en una unidad de pacientes con sospecha de COVID-19 y aun contando con los equipos de protección individual se trata de un riesgo al que no está expuesto la progenitora ni su unidad familiar, teniendo en cuenta que el descanso maternal de la promotora del expediente se remonta al menos al 24 de febrero. El demandado acredita un test con resultado negativo de fecha de 20 de marzo, pero continúa expuesto al contagio en su puesto de trabajo. Por lo que se acuerda la suspensión provisional del régimen de custodia compartida del menor Higinio hasta el cese del estado de alarma y como máximo hasta el 3 de mayo —fecha en que finaliza la baja de la progenitora—. Si bien, fijada la suspensión provisional del régimen de custodia compartida, aquel deberá recuperar los periodos no disfrutados con su hijo.

Con posterioridad se vuelve a pronunciar este Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, número 7, en auto de 7 de abril de 2020⁸⁴ destacando que la Junta sectorial de jueces de primera instancia (con competencia en materia de familia) de Tenerife de fecha de 23 de marzo de 2020 acordó con carácter general la vigencia de las medidas acordadas en los procesos de familiar con las siguientes excepciones: 1. Intercambio o visitas que impliquen desplazamientos o traslados del menor a otra isla, provincia o comunidad autónoma; 2. Visitas cuya ejecución precise la intervención de los servicios del Punto de Encuentro Familiar; 3. En caso de grave riesgo para la salud del menor y/o de los progenitores por motivo de existencia de sintomatología o haber dado positivo al test de COVID-19. En el presente caso, se aporta por la parte promotora del expediente informe del detective a tenor del cual la progenitora carece de domicilio, frecuenta con el menor una playa con casetas o tiendas de campaña y el menor juega en descampados sin condiciones de seguridad y salubridad. No ha sido posible localizar a la demandada.

Comparte esta juzgadora el parecer del Ministerio Fiscal en el sentido que a fin de garantizar la salud del menor, procede acordar la suspensión del régimen de visitas solicitado hasta la finalización del estado de alarma, sin perjuicio del derecho de la madre a compensar los periodos de tiempo no disfrutados. A fin de conseguir el necesario y deseable contacto materno-filial el progenitor custodio deberá facilitar particularmente, por medios telemáticos (Skype, facetime o videollamada, whastapp) el contacto del hijo con la madre siempre y cuando no se perturben sus rutinas y horarios del descanso del menor.

Por su parte, también el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, número 7, de 7 de abril de 2020⁸⁵ indica que, la Junta Sectorial acuerda que los incumplimientos de los regímenes de guarda, custodia y visitas de menores acordadas judicialmente durante el periodo de vigencia del estado de alarma y en su caso, de sus sucesivas prórrogas, podrán dar lugar en su caso al correspondiente procedimiento de ejecución. En su consecuencia y como regla general, las incidencias relativas a dichos incumplimientos no se entenderán incluidos en las solicitudes de medidas urgentes, formuladas al amparo del artículo 158 del Código civil, las cuales se limitan a los supuestos de concurrencia de riesgo para el menor que, deberán justificarse debidamente con la solicitud correspondiente. En el presente caso, la parte promotora del expediente no concreta una situación de riesgo para los menores, por lo cual la petición no se encuentra amparada en el artículo 158 del Código civil, pero es que además en su escrito del 6 de abril expone un incumplimiento del régimen de custodia y visitas acordado, supuesto que, en su caso, daría lugar a un procedimiento de ejecución.

En esta línea, también se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, número 51, por Auto de 25 de marzo de 2020⁸⁶ señalando que «el acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2020 dispone entre otras medidas y en lo que aquí interesa: 1. Hacer efectivo en todos sus órganos judiciales del ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la suspensión de las actuaciones judiciales programadas y de los plazos procesales durante la vigencia y mientras el estado de alarma declarado afecta a Cataluña (...); 3. Los presidentes de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, de las Audiencia Provinciales y de sus secciones, los Decanos y Decanas de los diferentes partidos judiciales del ámbito del Tribunal Superior o quienes deban sustituirlos, garantizarán en sus respectivos ámbitos la adopción de las siguientes medidas y actuaciones (...); 4. La adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables como medidas de protección de menores de los artículos 158 del Código civil, 236.3 del Código civil catalán y concordantes. Por otra parte, el Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante acuerdo de fecha de 16 de marzo de 2020 comunica literalmente que «los órganos judiciales habrán de abstenerse de realizar notificaciones por Lexnet ni por cualquier otro medio a los profesionales abogados, procuradores y graduados sociales a excepción de aquellos que deben realizarse en aquellos procedimientos a que hacen referencia el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de marzo de 2020 y el apartado 3.1 del Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el día de ayer. El acuerdo de los jueces de Barcelona de 18 de marzo de 2020 establece como criterio de actuación en el estado de alarma los siguientes: 1. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en resoluciones judiciales; 2. Los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y por el momento por un espacio de tiempo limitado de 15 días naturales, esto es hasta el próximo 28 de marzo de 2020; 3. Si alguno de los progenitores presente síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del COVID-19 en interés de los hijos menores (art. 9.2 de la LOPJ) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda

y custodia la ostente el otro progenitor a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiendo entenderse que, automáticamente concurra causa de fuerza mayor; que suspende provisionalmente las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron; 4. Fuera de los casos de síntomas de contagio o resultado positivo en el test del COVID-19 y en aras al más efectivo cumplimiento de los acuerdos de las autoridades sanitarias, que aconsejan reducir al máximo la movilidad de las personas y salvo supuestos excepcionales justificados documentalmente, el sistema de responsabilidad parental deberá ser ejercido por el progenitor custodio (en el supuesto de custodia exclusiva) o por el progenitor que ostenta la guarda en este momento (en supuesto de custodia compartida); 6. Con respecto a los procedimientos de ejecución que en su caso, se presentaren, se procederá al registro telemático de la demanda o ejecutiva, siempre que se presente por la vía electrónica de Ejcat y dada la actual suspensión de los plazos procesales, se le dará el trámite ordinario una vezalzada la declaración del estado de alarma o, en su caso, su prórroga, salvo que la parte que presenta la demanda o escrito manifiesta de forma responsable la urgencia del mismo y el riesgo para el menor. Este acuerdo ha sido revisado por acuerdo de los Jueces de Familia de 24 de marzo de 2020 en los siguientes términos: 1. El Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo de declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales por lo que han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes; 2. Los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas sanitarias a efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y por el momento, por un espacio de tiempo limitado hasta que finalice el estado de alarma; 3. Si alguno de los progenitores presentan síntomas de contagio o ha resultado positiva en el test COVID-19 en interés de los hijos menores (art. 9.2 de LOPJM) y para evitar su propagación es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiéndose entender que automáticamente concurra causa de fuerza mayor; que suspende provisionalmente las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron; 4. A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno filial el progenitor custodio deberá facilitar particularmente por medios telemáticos (Skype, facetime, o video llamada o whastapp) el contacto de los hijos/as con el progenitor no custodio siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios del descanso de los menores; 5. Con respecto a los procedimientos de ejecución que, en su caso, se presentaren, se procederá al registro telemático de la demanda ejecutiva, siempre que se presenten por la vía electrónica del Ejcat y dada la actual suspensión de los plazos procesales, se le dará el trámite ordinario, una vezalzada la declaración del estado de alarma, o, en su caso, su prórroga, salvo que la parte que presente la demanda o escrito manifieste de forma responsable la urgencia del mismo y riesgo para el menor. En el presente caso y dada la situación de los menores en compañía de la madre no les genera un riesgo inmediato y urgente para su seguridad o salud, puesto que ninguno de las circunstancias referidas en el escrito de solicitud la determina, no cabe dar por el momento trámite ordinario a la demanda de ejecución ni acordar medidas de protección al amparo del artículo 236.2 del Código civil. Por ello debe continuarse con el régimen de guarda en los términos establecidos en la demanda de divorcio. No cabe por lo tanto, ni que la madre se niegue a entregar a los menores al padre,

utilizando el acuerdo de los jueces de familia como argumento, ni establecer una «compensación» por los días perdidos.

De este mismo Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, número 51, de 26 de marzo de 2020⁸⁷ haciendo, igualmente, referencia a los acuerdos de los Jueces de Familia de Barcelona, entiende que, en el presente caso de los hechos alegados por la Sra. Genoveva no se desprende la existencia de una situación de riesgo para los menores, derivada de la continuación del régimen de guarda y custodia en los términos establecidos en la sentencia, dado que se basa en la apreciación subjetiva sobre la mayor adecuación del domicilio de la madre a la mayor protección de los menores frente al contagio si permanecen con ella, que no se apoya en elementos objetivos. No cabe que la madre se niegue a entregar a los menores al padre utilizando el acuerdo de los jueces de familia del 18 de marzo como argumento, ya que por una parte se basaba en una interpretación interesada y errónea de su contenido, olvidando lo dispuesto en su apartado primero, esto es que, la declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales y por otra, el acuerdo revisado por acuerdo del 24 de marzo de 2020. Por tanto y salvo los supuestos, a los que se refiere el apartado tercero en que uno de los progenitores presente síntomas de contagio de COVID-19, debe continuarse con el régimen de guarda en los mismos términos establecidos en la sentencia de guarda y custodia. Ello no obsta para que los progenitores puedan llegar a acuerdos sobre la redistribución del tiempo de estancia con cada uno de ellos durante este periodo, pero siempre en interés de los menores con el fin que pasen este periodo excepcional con la mayor normalidad y seguridad posible. Se apela a los progenitores para que resuelvan sus discrepancias sin necesidad de acudir al juzgado, en un momento como el presente, en el cual es necesaria la máxima implicación y solidaridad de todos los ciudadanos para superar la situación excepcional que vivimos y más preciso que nunca un ejercicio responsable de la potestad parental.

En fin, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Alcorcón, número 7, de 16 de marzo de 2020⁸⁸ se indica que, no concurren los presupuestos de riesgo y peligro para la integridad de los menores exigidos por el artículo 158.4 del Código civil considera innecesario efectuar pronunciamiento alguno en relación con la suspensión del régimen de visitas habida cuenta que durante el periodo de vigencia del estado de alarma no es posible el traslado por el progenitor paterno al domicilio del menor para el ejercicio del régimen de visitas al no hallarse incluido en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020.

En virtud del citado Real Decreto Ley se restringe y se limita el derecho fundamental de libertad deambulatoria, es decir, la libertad de movimientos en todo el territorio español que consagra el artículo 19 de la Constitución Española y se acuerda el confinamiento de todas las personas restringiendo su circulación por las vías o espacios públicos, salvo las excepciones que fija el artículo 7 del citado Real Decreto. Esto afecta a todas las personas, incluidos los menores de edad y a todo el territorio nacional. Todo ello con la finalidad de proteger la salud pública, pues, nos encontramos ante una crisis sanitaria motivada por el COVID-19. Ahora bien, en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 7.1 d), e) y h) se podría dar cumplimiento a las resoluciones judiciales en relación a los sistemas de custodia o visitas, o, atendiendo al interés del menor, exigir que, pese a tales circunstancias excepcionales, se suspenda o se restrinja este derecho de relacionarse o, mantener simplemente contacto virtual con el progenitor no custodio ante el avance de la pandemia y sus posibles consecuencias en la salud del menor y de sus familiares. En todo caso, se ha de tener presente a la hora

de tomar decisiones sobre el mantenimiento o no del derecho de vistas, si el progenitor no custodio reside en otra comunidad o en la misma y en este último caso, en un domicilio próximo al del progenitor custodio o no; igualmente, tales criterios han de tenerse en cuenta ante un eventual régimen de visitas de la familia extensa del progenitor custodio como del no custodio.

GONZÁLEZ DEL POZO señala que se mantienen por los distintos juzgados de familia y en diferentes foros (Aefa, sección de familia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, entre otros) posiciones diversas que se concretan fundamentalmente en tres: «1. Negar que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tenga incidencia alguna en el desarrollo y cumplimiento del régimen de custodia y visitas, sosteniendo en consecuencia que los regímenes de custodia y de visitas y estancias con el progenitor no custodio debe cumplirse en los términos establecidos en la sentencia o convenio y por ello, que han de seguir produciéndose los intercambios o entregas de los niños de uno a otro progenitor para el desarrollo de las visitas o estancias, tanto de fines de semana, como de días inter semanales o periodos de alternancia (ordinariamente semanales) en los casos de custodias compartidas; (...) 2. En el otro extremo opuesto al de la posición anterior se sitúan quienes entienden que los menores solo podrán trasladarse desde el domicilio o residencia habitual de un progenitor al del otro en los casos previstos en el artículo 7 apartado d) es decir, para retornar al lugar de residencia habitual. Y ello no impide que, en los casos de custodia monoparental o exclusiva se cumpla el régimen de visitas con el progenitor no custodio, al implicar el mismo un desplazamiento del menor a un lugar que no constituye su residencia habitual; 3. Por último, entre una y otra posición, expone el autor, una variada gama de posturas intermedias que abogan: bien por considerar, analógicamente que, el periodo de vigencia del estado de alarma puede asimilarse a los periodos vacacionales escolares y que, por tanto, los mismos deben repartirse por mitad entre ambos progenitores, siguiendo al efecto lo que la sentencia establezca sobre el particular para vacaciones de verano, por ejemplo; bien estimar que la decisión de cada caso concreto ha de hacerse valorando el riesgo de contagio del menor, en el entorno familiar materno o paterno, en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo permanecer el menor durante la vigencia del estado de alarma bajo la custodia de aquel progenitor con quien el menor corra menos riesgos de contagio del COVID-19». Ante tales posiciones, el citado autor se inclina por considerar que «en el supuesto de custodia monoparentales o exclusivas durante la vigencia del estado de alarma, los regímenes de visitas de fin de semana y de días inter semanales y también, por supuesto, de los días especiales, como el día del padre, por ejemplo, no son susceptibles de cumplimiento, o lo que es lo mismo, quedan en suspenso por imposibilidad legal de hacerlos efectivos» y añade, además que «el cumplimiento del régimen de visitas de fines de semana o días inter semanales con el progenitor no custodio no puede justificar en modo alguno poner en serio riesgo la salud del menor ni de las personas de su entorno, pues es claro que el traslado del menor del domicilio de uno al del otro progenitor no solo expone al menor a sufrir un contagio del COVID-19, sino que convierte al propio menor, en caso de ser portador del virus, en vehículo potencial transmisión del mismo a terceros»⁸⁹.

En base a lo expuesto, está, por un lado, la posición de quienes entiende que, el Real Decreto no puede dejar en suspenso lo establecido en una sentencia y, además tampoco lo dispone expresamente; la de quienes intentan justificar la falta de concreción expresa en una norma de este supuesto, entender que su operatividad puede tener lugar en base a lo establecido bien en el apartado

d), apartado g) o apartado h) del artículo 7; o en fin, la de quienes optan por suspender el régimen de visitas y en su caso, compensar cuando se termine el estado de alarma los días perdidos⁹⁰. Es la opción mayoritaria en las recientes sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, añadiendo además que, ello no prejuzga el deber inexcusable del progenitor custodio de posibilitar el contacto con el menor por teléfono de forma virtual (skype o cualquier otro medio telemático de video conferencia.).

Asimismo, se disponen en las citadas resoluciones que, el progenitor que hubiera estado privado de relacionarse del menor durante la vigencia del estado de alarma, una vez, finalizado este, pueda solicitar judicialmente, la compensación de los días de visitas o estancias perdido durante la pandemia, con días que corresponde disfrutar al otro progenitor; para el supuesto que ambos progenitores no alcancen acuerdos en tal sentido.

A ello se ha referido la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial proponiendo una serie de reformas legislativas a tal fin. Así se ha aprobado el documento «Directrices para la elaboración de un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma» que tiene como principales objetivos evitar el colapso de la Administración de Justicia y agilizar al máximo la resolución de todos aquellos asuntos cuya demora puede incidir negativamente en la recuperación económica y en la atención a los colectivos vulnerables, a la vez que proporcionar a los jueces y magistrados un escenario fiable para la vuelta a la normalidad, con mecanismos que les permitan afrontar con menor dificultad el incremento de cargas de trabajo al que tendrán que hacer frente. Dentro de tales Directrices se han elaborado el Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma aprobado el 8 de abril de 2020 y el Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos vulnerables para plan de choque de la administración de justicia tras el estado de alarma aprobado el 16 de abril de 2020, quedando todo ello integrado en el Plan de Choque que se estructura en cinco bloques: 1. Medidas organizativas y procesales; 2. Medidas para la solución extrajudicial de conflictos; 3. Medidas para la protección de colectivos vulnerables; 4. Medidas tecnológicas; y, 5. Plan de formación específica para la Carrera Judicial.

Respecto del Primer documento, se establecen medidas procesales referidas a los juzgados de familia: una primera medida es la adición en la LEC de un nuevo artículo 709 bis «Incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el COVID-19» dispone que «1. *En los supuestos en que el incumplimiento de la obligación personalísima de dar cumplimiento al régimen de visitas y custodias compartidas hayan tenido lugar por razones de fuerza mayor y se presente solicitud de cumplimiento o petición de compensación por los tiempos de visitas no disfrutados, solicitada dicha compensación por el progenitor no custodio, el tribunal acordará que, se cite a las partes y al Fiscal, si fuera procedente a una vista que, deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes. El día señalado y previamente a la celebración de la vista, se dará audiencia a los hijos menores de manera reservada, si el tribunal lo considera necesario y en todo caso, a los mayores de doce años. La vista comenzará dándose la palabra a la parte demandante y acto seguido al demandado para que alegue lo que a su derecho convenga, pudiéndose solicitar el recibimiento a prueba. Las partes tendrán que asistir al acto con las pruebas de que intenten valerse, que serán las que puedan practicarse en el acto. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. Podrá dictarse*

resolución que por lo que se resuelva el incidente «in voce», de conformidad con lo previsto en esta Ley. 2. Si el tribunal no considerase necesario la celebración de la vista, acordará que se dé traslado a la parte contraria para que en el plazo máximo de cinco días presente escrito de alegaciones y los documentos de prueba de que intente valerse, procediéndose acto seguido al dictado del correspondiente auto por el que se resuelva el incidente. No obstante, si se considera oportuno, podrá oírse a los hijos menores, en un plazo no superior a tres días desde la presentación del escrito de oposición, o desde que trascurra dicho plazo sin que se tenga por presentado escrito alguno. Contra el auto que se dicte podrá interponerse recurso de apelación». Se trata del establecimiento de un trámite de incidente de ejecución rápido para la resolución de las peticiones de compensaciones de régimen de visitas que se pidan tras el alzamiento de la suspensión del estado de la emergencia sanitaria en los casos en que, durante esta, el progenitor no custodio o pariente con derecho a ello no haya podido disfrutar del establecido por resolución judicial. Al tratarse de una cuestión nueva que, no se ha venido planteando hasta ahora, es presumible que se produzca un importante número de peticiones sobre esta cuestión; de ahí que, con esta medida —incidente que se crea *ad hoc*— se pretende no solo dar rápida respuesta a esta cuestión, sino evitar que el tiempo y esfuerzo que requiera su tramitación no impida y dificulte tramitar los demás procedimientos que conozcan los juzgados de familia que son variados y numerosos⁹¹. El objetivo de esta medida es, pues, crear un incidente de especial pronunciamiento en ejecución de sentencia para dar solución rápida a las peticiones que, tras el alzamiento de la suspensión generalizada de la circulación de la población se realicen en aquellos casos en que por tal motivo hayan quedado en suspenso los regímenes de visitas con hijos menores, los periodos de custodia compartida, así como los regímenes de visitas con los abuelos; también aquellos casos en los que las visitas deben materializarse en puntos de encuentro familiar cuya actividad fue suspendida por la Administración. Esta medida tiene como finalidad posibilitar que quienes no han podido disfrutar de la compañía de un menor durante el periodo de confinamiento, bien sea el progenitor no custodio, bien abuelos u otros parientes o allegados, pese a tener reconocido un derecho de vistas y/o estancias con el mismo en resolución judicial dictada al efecto, puedan solicitar que se les compensen los días perdidos y no disfrutados con el menor como consecuencia del estado de alarma, con días futuros correspondientes al progenitor custodio que sí lo ha tenido consigo durante dicho periodo. Se trata de arbitrar a través de este incidente *ad hoc* una compensación de los días pasados «perdidos» con días futuros correspondientes al progenitor que ha disfrutado del hijo durante la vigencia del estado de alarma.

GONZÁLEZ DEL POZO considera que la creación de este incidente de ejecución especial pronunciamiento creado *ad hoc* «es innecesario y carece de sentido porque la cuestión debería resolverse en su cauce procesal ordinario, que no es otro que el de un incidente ordinario de ejecución de sentencia en el que se pidiera la declaración de que hubo un incumplimiento de la sentencia o auto en el extremo concerniente al régimen de custodia o visitas y se pidiera que, caso de estimarse existente un incumplimiento intencional imputable a la parte ejecutada, se reconociera al ejecutante el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, es decir, a la compensación futura de los días perdidos o se impusiera al progenitor incumplidor una multa colectiva por el incumplimiento conforme a las previsiones del artículo 776 en relación con el artículo 709 de la LEC»⁹².

Como segunda medida se propone la adición de un nuevo artículo 87 bis en la Ley de Jurisdicción Voluntaria que tiene por objeto agilizar la tramitación de

las peticiones de medidas cautelares que, al amparo del artículo 158 del Código civil se planteen con respecto a los menores tras alzarse la suspensión acordada del estado de alarma decretado por la crisis sanitaria del COVID-19 en previsión de un notable incremento de dichas peticiones que, por su naturaleza exigen de resolución urgente y preferente. Esta medida de reforma legislativa se entiende que coadyuvará a la rápida tramitación y resolución de las solicitudes de este tipo, lo que además tendrá repercusión en el favorecimiento de la tramitación de otros tipos de procedimientos, al tener que dedicar a estos, menos tiempo y menos recursos⁹³. Dicho precepto establece que *«presentada solicitud de adopción de medidas al amparo del artículo 158 del Código civil, en caso de aportarse por su tramitación por el cauce previsto en esta Ley, una vez admitida la demanda, se dará traslado de ella a la parte demandada, y si el juez lo considera oportuno, el letrado de la Administración de Justicia citará a las partes a una vista incluido el Ministerio Fiscal cuando fuera procedente que, deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes. De no aportarse el poder de representación de procurador o documento que acredite la representación a tenor de lo dispuesto en el artículo 267.1 y 2 de la LEC, procederá la admisión a trámite de la solicitud, pudiéndose apoyar aquellos antes de la celebración de la vista con apercibimiento de archivo del procedimiento si no se hiciese. En el día y hora señalados se celebrará la vista, en la que se concederá la palabra a ambas partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, pudiendo solicitar la práctica de aquellas pruebas que puedan practicarse en el acto. Finalizada su práctica, se dará nuevamente la palabra a las partes para que, por orden, hagan un resumen de las mismas. El juez podrá dictar la resolución que proceda acto seguido «in voce» de conformidad con lo establecido en esta ley. Contra la resolución que se dicte, no cabe interponer recurso alguno, deviniendo firme la misma en el acto. En el mismo día, con carácter separado y antes de la vista, se dará audiencia a los hijos menores, si el juez lo considera necesario y en todo caso, a los mayores de doce años. Para la tramitación de estas medidas podrá acordarse la habilitación de horas de la tarde, así como la habilitación de días del mes de agosto»*.

De todas formas, no se debe olvidar que, durante la vigencia del estado de alarma, la adopción de medidas solicitadas sobre la base del citado artículo 158 ha podido plantearse durante el mismo, al ser un asunto que se califica de esencial, y de inaplazable tramitación. En todo caso, cualquier incumplimiento del régimen de guarda y custodia como del régimen de visitas pueden derivar en la tramitación de un procedimiento de modificación de medidas.

GONZÁLEZ DEL POZO, por su parte, entiende «innecesario, distorsionador y contraproducente introducir en la Ley de Jurisdicción Voluntaria un nuevo artículo 87 bis para establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria específico y distinto del general previsto en el artículo 87 y concordantes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para tramitar los procedimientos de jurisdicción voluntaria a que se refiere el artículo 81.1 a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que no son otras que la adopción de medidas de protección de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente establecido en el artículo 158 del Código civil», pues añade «el nuevo procedimiento que se propone es completamente innecesario porque la propuesta de su introducción parte de un análisis de impacto sobre la situación existente y la situación futura que no se asienta en datos estadísticos fiables y ciertos sobre el número de expedientes de adopción de medidas del artículo 158 del Código civil que, actualmente se tramitan en los juzgados de Primera Instancia ni tampoco un cálculo estimatorio aproximado del número de expedientes de esa clase que, puedan incoarse en el futuro próximo,

tras la terminación del estado de alarma, sino en meras hipótesis, no verificadas como la de calcular de modo estimativo que las medidas del artículo 158 representan el 10% de todas las medidas cautelares del orden jurisdiccional civil que se tramitan en todos los juzgados de primera instancia del país. Por no decir que la previsión del acortamiento de los tiempos de tramitación y resolución en base a que en muchas ocasiones no se considera necesario la celebración de la vista, no ajustada a la realidad en cuanto en muchas ocasiones será necesario, oír al menor y aunque se prescindiera de la vista, el trámite de audiencia del menor, alargará la duración del procedimiento»⁹⁴.

Como tercera medida, está la propuesta de reforma del artículo 770 regla 1 de la LEC relativo al proceso especial matrimonial para introducir la exigencia que en los procedimientos matrimoniales y de fijación de medidas de hijos no matrimoniales tras la ruptura de convivencia de sus progenitores junto con la demanda y contestación a la misma se presenten por las partes: un plan de parentalidad al que se refiere el Libro II del Código civil catalán a aras a delimitar de antemano los términos del debate y cuestiones objeto de controversia, facilitando luego la labor resolutoria por parte del juez, una vez determinados los puntos concretos de divergencia; y una declaración de bienes y derechos. Se pretende agilizar los procesos en el ámbito del derecho de familia, concretamente aquellos en los que se interese la separación o el divorcio del vínculo matrimonial; de ahí la exigencia de aportar los documentos citados que faciliten la tramitación y resolución del procedimiento. El artículo 770 regla 1 dispone que: *«las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título y con sujeción, además, a las siguientes reglas: 1.ª A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, la de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. De haber hijos menores, se acompañará también un documento en el que, de forma detallada y precisa, se propongan las disposiciones que se consideren necesarias o convenientes para el ejercicio futuro de las responsabilidades parentales en orden a cuantos aspectos sean precisos para el ejercicio de la patria potestad por cada uno de los progenitores. Si se solicitasen medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar: a) Declaración responsable en la que se mantiene relacionadamente sus bienes y derechos con expresión de las cargas y gravámenes que pudiesen tener. También comprenderá, en su caso, una relación de los gastos de los hijos menores y mayores no emancipados; b) Cuantos documentos dispongan que permiten evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales»*⁹⁵.

Como cuarta medida, establecer un procedimiento ágil para la tramitación de petición de modificación de medidas económicas o ajuste de las mismas derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19, especialmente como consecuencia de ERTE u otras medidas extraordinarias y temporales adoptadas para hacer frente a la referida crisis. Se plantea como objetivo de la medida «dar respuesta rápida a las peticiones de modificación de medidas de naturaleza económica o ajuste de las mismas, con el fin de evitar que se dilate en el tiempo la deuda derivada de las inicialmente impuestas en caso de dificultad de pago». Se propone como acción legislativa añadir un nuevo artículo 775 bis de la LEC «Solicitud de modificación y ajuste de medidas económicas definitivas, como consecuencia de la crisis sanitaria

ocasionada por el COVID-19» con la siguiente redacción: «1. Si como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 hubieren variado sustancialmente las características económicas del cónyuge obligado a una prestación económica, podrá solicitar la modificación de dicha obligación; 2. A la petición deberá aportar el solicitante un principio de prueba documental que acredite dicha circunstancia y su actual situación laboral y económica; 3. La tramitación de estas peticiones se llevará a cabo conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria previstos para la solicitud de las medidas del artículo 158 del Código civil, en la regulación propuesta en el nuevo artículo 87 bis de la Ley de Jurisdicción voluntaria con las especialidades establecidas en este artículo; 4. Con carácter previo al inicio de la comparecencia, se podrá intentar que las partes lleguen a un acuerdo; 5. Contra la resolución que se dicte en este procedimiento podrá interponerse recurso de apelación, el cual no suspenderá la eficacia de las medidas que se hayan acordado en la resolución recurrida; 6. Si la petición se hiciera de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, y acompañaren convenio regulador, se estará a lo dispuesto en el artículo 777 de la LEC; 7. Si la situación de empeoramiento económico hubiera sido solo provisional, la parte beneficiaria de la prestación económica podrá solicitar que se vuelva a la situación inicial, por medio de una solicitud de la que se dará traslado por escrito al obligado al pago por un plazo de cinco días, debiendo este acreditar su concreta situación laboral y económica documentalmente. Si el juez lo considerara oportuno, citará a las partes a una comparecencia en la que podrán proponer la prueba que consideren oportuna, resolviéndose acto seguido lo procedente, o bien, transcurrido el plazo conferido para alegaciones, se hayan presentado o no, estas»⁹⁶.

Ahora bien, a este documento se dio traslado a los Tribunales Superiores de Justicia, las asociaciones judiciales, de fiscales y a los operadores jurídicos —colegios profesionales de abogados y procuradores y otras entidades— para que hicieran sus aportaciones. Se han remitido los correspondientes informes y las posibles modificaciones a tales procedimientos, y a tal fin el Ministerio de Justicia ha aprobado el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en el que se regula *ex novo* un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas al derecho de familia directamente derivadas de la crisis sanitaria. Como se indica en su Preámbulo «las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias han tenido incidencia en el normal desarrollo del régimen de custodia y de visitas de menores, provocando en ocasiones desequilibrios en los tiempos de disfrute, lo cual es previsible que pueda desembocar en demandas y solicitudes ante los juzgados con competencias en materia de derecho de familia. Por otra parte, las consecuencias económicas que se derivarán de la crisis del COVID-19 pueden conllevar alteraciones en las situaciones económicas de las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias o bien en las situaciones de quienes las reciben, lo que dará lugar a que sean instados procedimientos para la modificación de tales medidas».

Para dar una respuesta rápida y eficaz a tales pretensiones, se regula en este Real Decreto este procedimiento especial pensando en particular en el interés superior de las personas menores afectadas y contribuyendo a su mejor protección. Supone la unificación de los dos procedimientos expuestos en líneas precedentes y concretados en el citado primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, en concreto, el de modificación de medidas económicas consecuencia de la crisis económica derivada del COVID-19 establecida en el

nuevo artículo 775 bis de la LEC «Solicitud de modificación y ajuste de medidas económicas definitivas, como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19»; y, el incidente especial previsto en ejecución para compensar los días de visita y estancias no disfrutados durante el confinamiento contenida en el artículo 709 bis «Incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el COVID-19».

Para GONZÁLEZ DEL POZO resulta innecesario «crear un procedimiento provisional y urgente para tramitar los procesos de modificación de medidas en que se ventilen pretensiones económicas derivadas de la crisis económica producida por la pandemia del COVID-19, como las pretensiones de extinción, suspensión o reducción de obligaciones pecuniarias entre cónyuge o de pensiones alimenticias para los hijos como consecuencia de las alteraciones sustanciales experimentadas por el obligado a su pago a causa de los devastadores efectos producidos en la económica del país por la mencionada crisis ha generado desempleo, destrucción de una parte del tejido productivo, un importante retroceso del sector servicios y en suma, recesión económica». Y añade que «no hay razones solidas justificativas de la creación de un procedimiento especial y urgente, de tramitación preferente, para sustanciar (principal aunque no exclusivamente) las demandas civiles de modificación de obligaciones económicas preexistentes que traigan causa, exclusivamente, de determinados hechos o circunstancias asociados a la pandemia del COVID-19, porque eso supone un trato privilegiado para la resolución judicial de determinados asuntos que no tienen justificación objetiva razonable»⁹⁷.

A tal fin se dedica el capítulo I de este Real Decreto Ley bajo la rúbrica «Medidas procesales urgentes» artículos 3 a 5 a la creación de este procedimiento especial y sumario.

El artículo 3 referido al ámbito del procedimiento especial y sumario en materia de familia, establece que «Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, se decidirán a través del procedimiento especial y sumario regulado en los artículos 3 a 5 del presente Real Decreto Ley las siguientes demandas: a) Las que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos al régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitaria con el objeto de evitar la propagación del COVID-19; b) Las que tengan por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19; c) Las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19».

Centrándonos en la pretensiones de compensación por las visitas inter semanales o de fines de semana no disfrutadas por parte del progenitor no custodio —antes, cuando se proponía la adición del artículo 709 bis se calificaba de «incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancia no disfrutados durante el confinamiento por el COVID-19»—, se tramitarán por este procedimiento sumario y urgente hasta tres meses después de la finalización del estado de alarma (plazo de presentación de la demanda) con preferencia a

las demandas planteadas por incumplimientos del derecho de visita por parte del progenitor no custodio solicitadas con anterioridad al estado de alarma previsto en el Real Decreto Ley 463/2020. Además, se ha suprimido la referencia a que «*el incumplimiento de la obligación personalísima de dar cumplimiento al régimen de visitas y custodias compartidas hayan tenido lugar por razones de fuerza mayor*» por lo que abarca cualquier tipo de incumplimiento.

Respecto a la competencia objetiva para conocer de este procedimiento especial y sumario, el artículo 4 dispone que. «*1. Será competente para conocer de los procedimientos a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo anterior el juzgado que hubiera resuelto sobre el régimen de visitas o custodia compartida cuyo reequilibrio se inste o que hubiera acordado las medidas definitivas cuya revisión se pretenda; 2. Será competente para conocer del procedimiento previsto en el párrafo c) del artículo anterior, el juzgado señalado en el artículo 769.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate del establecimiento de la prestación de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, y el juzgado que resulte competente en aplicación de las reglas generales del artículo 50 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate de prestación de alimentos a favor de cualquier otro alimentista. Cuando la demanda verse sobre la revisión de prestación de alimentos, será competente el juzgado que hubiera resuelto en su día sobre la misma*». Por lo que, la competencia objetiva para conocer de las demandas a las que se refieren los apartados a) y b) corresponde al juzgado de primera instancia ordinario o a los especializados de derecho de familia, allí donde existan y hayan adoptado las medidas sobre custodia y visitas. Ahora bien, si tales medidas han sido establecidas por el Juez de violencia sobre la mujer, también conforme a este precepto, le corresponderá la competencia objetiva y territorial para decidir sobre tales medidas.

En cuanto a la tramitación de este procedimiento especial y sumario, el artículo 5 establece al respecto que. «*1. El procedimiento principiará por demanda con el contenido y forma propios del juicio ordinario. La demanda a que se refieren los párrafos b) y c) del artículo 3 deberá ir acompañada de un principio de prueba documental que consistirá en la aportación de certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios de desempleo, en caso de situación legal de desempleo, o bien el certificado expedido por la Agencia estatal de Administraciones competentes de la Comunidad Foral de Navarra o de los Territorios Históricos del País Vasco, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado que acredite el cese de actividad o disminución de ingresos, en el caso de trabajadores por cuenta propia; 2. El letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, la admitirá por decreto, o cuando estime que puede haber falta de jurisdicción o competencia, dará cuenta al juez para que resuelva en este caso sobre su admisión; 3. Admitida a trámite la demanda, el letrado de la Administración de Justicia acordará que se cite a las partes y al Ministerio Fiscal cuando proceda, a una vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda; 4. Con carácter previo a la celebración de la vista se podrá intentar que las partes lleguen a un acuerdo, que será homologado judicialmente. En caso que haya algún menor interesado en el objeto del procedimiento, este acuerdo solo podrá ser homologado considerando el interés superior del menor. Asimismo, previamente a la celebración de la vista, en los procedimientos iniciados mediante la demanda a que se refiere el párrafo a) del artículo 3, se dará audiencia de manera reservada a los hijos menores si el Tribunal lo considera necesario y en todo caso, a los mayores de doce años; 5. La vista comenzará, dándose la palabra*

a la parte demandante, para que ratifique la demanda o la amplíe sin realizar variaciones sustanciales y acto seguido a la parte demandada para que conteste a la demanda, pudiéndose solicitar el recibimiento del pleito a prueba. Igualmente, podrá formularse reconvencción. Las partes podrán solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en la misma, requieran de citación o requerimiento, o que se soliciten aquellos documentos, que posean instituciones públicas o privadas y que no están a su disposición. Las partes tendrán que asistir al acto con las pruebas de que intenten valerse, así como las que puedan acordar de oficio el juez, en el mismo acto de la vista. Si ello fuera imposible en relación con alguna de las pruebas, estas deberán practicarse en el plazo que señale el juez, que no podrá exceder de quince días; 6. Practicadas las pruebas, se podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones; 7. Finalizada la vista, el órgano judicial podrá dictar resolución, en forma de sentencia o auto según corresponda, oralmente o bien por escrito en el plazo de tres días hábiles. En caso que se dicte resolución oralmente, esta se documentará con expresión del fallo y de una sucinta motivación. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueran parte en el proceso estuvieran presentes en el acto por sí o debidamente representadas y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada; 8. Contra la resolución que ponga fin al procedimiento podrá interponerse recurso de apelación; y, 9. En lo no previsto en este artículo será de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la tramitación del juicio verbal».

La forma de demanda deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 399 de la LEC, a la que, necesariamente, se acompañará principio de prueba documental que «consistirá en la aportación de certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios de desempleo, en caso de situación legal de desempleo, o bien el certificado expedido por la Agencia estatal de Administraciones competentes de la Comunidad Foral de Navarra o de los Territorios Históricos del País Vasco, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado que acredite el cese de actividad o disminución de ingresos, en el caso de trabajadores por cuenta propia». Si las partes no pueden aportar prueba, una vez acrediten que han solicitado la misma a los órganos o entidades públicas o privadas competentes, antes de la admisión a trámite de la demanda, podrá solicitar el juzgado la aportación del documento a tales órganos o entidades. En todo caso, se puede anticipar la prueba, en concreto antes de la celebración de la vista así, «las partes podrán solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en la misma, requieran de citación o requerimiento, o que se soliciten aquellos documentos, que posean instituciones públicas o privadas y que no están a su disposición». Ahora bien, si existe dificultad la práctica de algunas pruebas en el acto de la vista «estas deberán practicarse en el plazo que señale el juez, que no podrá exceder de quince días». Se citará a las partes y al Ministerio Fiscal para la celebración de la vista que, deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda. Al demandado se dará traslado de la copia de la demanda y de los documentos que la acompañan. Ahora bien, con relación a los menores, en cuanto a la audiencia o exploración de los mismos, se les puede dar audiencia reservada que se practicará con carácter previo a la vista. Asimismo, se procurará que las partes alcancen antes de la vista un acuerdo que, será homologado judicialmente —intento de

conciliación de las partes por parte del juez— con el objeto de evitar continuar el procedimiento. Por otra parte, el desarrollo de la vista comenzará ratificando la demanda o en su caso, ampliándola sin realizar variaciones sustanciales y tras conceder la palabra al demandante para tal ratificación o ampliación de la demanda, se concederá la palabra a la parte demandante para que conteste a la demanda o, en su caso, la amplíe. Asimismo, podrá el demandado, tras contestar oralmente a la demanda, formular reconvencción, ejercitando para ello solo alguna de las acciones a las que se refieren el citado artículo 3. En todo caso, una vez practicadas las pruebas, se podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular conclusiones oralmente. Terminada la vista, el órgano judicial dictará la resolución, que podrá ser en forma de sentencia o de auto y, el juez podrá optar por pronunciarla en forma oral —*in voce*— en la misma sala de audiencias del juzgado —grabada por un equipo de videograbación—, o bien presentarla por escrito. Tras documentarse la sentencia o auto se entregará copia de la transcripción a las partes y, en su caso, al Ministerio Fiscal. En fin, contra la resolución que ponga fin al procedimiento podrá interponerse recurso de apelación —siendo de aplicación los artículos 456.2 de la LEC y 524 a 534 según la sentencia sea estimatoria o desestimatoria de la demanda—.

Como hemos señalado en líneas precedentes, este procedimiento tiene carácter preferente. A ello se refiere precisamente el artículo 7 de este Real Decreto Ley cuando establece que: «1. Durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia los siguientes expedientes y procedimientos: a) Los procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se adopten las medidas a las que se refiere el artículo 158 del Código civil, así como el procedimiento especial y sumario previsto en los artículos 3 a 5 del presente Real Decreto Ley (...)». Si relacionamos este artículo 7 con lo previsto en el artículo 3, procede indicar que, este se refiere al plazo de presentación de las demandas en este procedimiento especial y sumario en materia de familia —durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización—; y, el citado artículo 7 al plazo de tramitación —hasta el 31 de diciembre de 2020—. Vuelve este precepto a reiterar la preferencia en la adopción de medidas contenidas en el artículo 158 del Código civil, cuando se trata de una actuación esencial que no ha sido suspendida su tramitación durante la vigencia del estado de alarma⁹⁸.

Pues bien, como hemos indicado, en esta situación de estado de alarma, se espera que en ante la dificultad de cumplir con el derecho de vistas fijado en resoluciones judiciales, los progenitores lleguen a acuerdos, atendiendo al interés de los menores y de su salud y, la de ellos mismos, y las demás personas que puedan convivir con ellos. En todo caso, como han decidido las resoluciones judiciales dictadas al efecto, se opta por la suspensión del derecho de visitas como medida más adecuada y lógica. Asimismo, una vez finalice el estado de alarma la posibilidad de instar la compensación por los días no disfrutados mediante el procedimiento especial y sumario creado a tal efecto en el Real Decreto Ley 16/2020.

No parece que, pueda tener un resultado favorable, si el progenitor no custodio ante el incumplimiento del derecho de visitas insta un procedimiento de ejecución de sentencia, pues, aunque no se niega que las sentencias han de cumplirse en sus propios términos (art. 18.2 de la LOPJ), hay que, tener en cuenta la dificultad de su aplicación en las circunstancias actuales. Recordemos que, no es lo mismo un incumplimiento voluntario por parte del progenitor custo-

dio, que un incumplimiento derivado de una situación de emergencia sanitaria como la derivada del COVID-19. En todo caso, dada la actual suspensión de los plazos procesales, se le dará el trámite ordinario, una vez alzada la declaración del estado de alarma, o, en su caso, su prórroga, salvo que la parte que presente la demanda o escrito manifieste de forma responsable la urgencia del mismo y riesgo para el menor.

Asimismo, procede señalar que, en relación con la limitación de la libertad de circulación de personas establecido en el artículo 7 del Real Decreto Ley 463/2020 no parece que el cumplimiento del derecho de visitas pueda tener aplicación en base a tal precepto que, excepciona la limitación de circulación de personas. Así, en cuanto a que, puede operar tal derecho de visitas sobre exigencia, en primer lugar, de un retorno al lugar de residencia habitual [letra d)], se entiende que, no estamos ante un retorno del menor a un domicilio, sino, precisamente, la salida de un domicilio —el del progenitor custodio— y el traslado a otro —en concreto, el del progenitor no custodio o también custodio en caso de custodia compartida—. Tampoco se trata de asistencia y cuidado de menores [letra e)], pues, aunque uno de los deberes que corresponde a ambos progenitores es velar por los hijos, en principio, este deber se cumple por el progenitor custodio que tiene la guarda y custodia, y no resulta necesario que dicha asistencia obligue al traslado del menor al domicilio del progenitor no custodio para cumplir con tal deber; pues, pese al estado de alarma, sigue obligado a velar por el hijo y cubrir las necesidades de su hijo —pensión de alimentos— no parece que pueda cumplirse mediante la comunicación y estancia del hijo con tal progenitor no custodio. Tampoco resulta operativo el cumplimiento del derecho de visita basado en una causa de fuerza mayor o situación de necesidad [letra g)], pues no existe en este caso, tal causa; no hay fuerza mayor ni necesidad que justifique y obligue a cumplir con una sentencia judicial en el estado de alarma en que nos encontremos; a tal fin, recordemos las diferentes resoluciones dictadas al efecto que, hemos reseñado en líneas precedentes y han incidido en esta línea; y, en fin, que tampoco en el cajón de sastre que supone la letra h) que hace referencia a cualquier otra actividad análoga, pues, no se puede entender que sea una actividad de este tipo la exigencia de traslado del menor al domicilio del progenitor no custodio para cumplir con el derecho de visitas⁹⁹.

De todas formas, no debemos perder de vista que, en esta materia rige con carácter preferente el interés del menor, incluso en el estado de alarma, y debe primar el interés del menor y su salud por encima del interés de sus progenitores. Es cierto que, estamos ante un incumplimiento de una resolución judicial, pero no es lo mismo un incumplimiento involuntario basado en un estado de alarma, que uno voluntario. Asimismo, resulta necesario que, los cónyuges lleguen a acuerdos en aras de un comportamiento responsable y solidario. No obstante, lo expuesto, si existe una situación de peligro o de falta de asistencia del menor, se puede operar por la vía del artículo 158 del Código civil que, resulta una actuación esencial y no suspendida durante el estado de alarma; y, asimismo, que cualquier alteración sustancial de las circunstancias pueda derivar en una modificación de las medidas, no solo en el ámbito de la guarda y custodia y derecho de visitas, sino atendiendo al procedimiento especial y sumario creado *ad hoc*, solicitar una modificación de la medida de pensión de alimentos ante la situación de crisis económica en que estamos inmersos, derivado entre otros causas, por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

Por lo que, la suspensión del derecho de visitas y la posibilidad de poder, una vez finalice el estado de alarma, solicitar la compensación de los días perdidos

y no disfrutados, donde, de nuevo, adquiere carta de naturaleza los acuerdos entre los progenitores y a falta de los mismos, la iniciación del procedimiento creado *ad hoc* y expuesto en líneas precedentes. En todo caso, no solo quedan en suspenso las visitas del progenitor no custodio, sino también el de los abuelos —sobre todo por ser los más vulnerables en esta pandemia— y otros parientes, a los que también se refería el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma cuando en la medida proponía la reforma del artículo 709 bis «Incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el COVID-19» y, aunque no se alude a ellos en la regulación contenida del proceso especial y sumario (arts. 3 a 5 del Real Decreto Ley 16/2020) consideramos que también los abuelos y otros parientes estarían legitimados para solicitar la compensación por los días perdidos.

Ahora bien, el que se suspendan las visitas fijadas en resolución judicial del progenitor no custodio, abuelos, y demás parientes y allegados, ello no prejuzga el deber inexcusable del progenitor custodio de posibilitar el contacto con el menor por teléfono de forma virtual (Skype, whatsapp o cualquier otro medio telemático de videoconferencia) con su otro progenitor y demás parientes y allegados, siempre en la franja horaria que menos perjudique a los menores.

Por otra parte, respecto a los menores en situación de acogimiento, la propia Entidad Pública puede suspender el derecho de visitas de los progenitores, abuelos y demás parientes respecto de los menores acogidos ante la situación del estado de alarma; y se pueden reanudar una vez finalice este.

Ahora bien, es posible que estas visitas de menores acogidos como las de los progenitores no custodios, abuelos y demás parientes respecto de menores que no están en acogimiento se desarrollen en un Punto de Encuentro Familiar, que, como consecuencia del estado de alarma, su desarrollo ha quedado en suspenso, por el cese de la prestación de los servicios públicos durante la pandemia. La operatividad de los mismos comenzará de nuevo cuando finalice el estado de alarma, pero se ha considerado que, en estos casos resultará difícil la compensación ante la ingente carga de trabajo que ya de por sí tienen estos Puntos de Encuentro Familiar, como para resultar nuevamente incrementada como consecuencia de recuperar las visitas programadas y no desarrolladas durante la vigencia del estado de alarma.

En este contexto, con respecto al «Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma» aprobado el 16 de abril de 2020 y del que ha tomado conocimiento la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se proponen medidas dirigidas a agilizar los procedimientos judiciales que afectan a estas personas y, asimismo, minimizar el impacto negativo que la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus COVID-19 tienen para ellas, reforzando la protección judicial de sus derechos. Este documento también se ha presentado para su estudio y análisis por los Tribunales Superiores de Justicia, las asociaciones judiciales, de fiscales y a los operadores jurídicos —colegios profesionales de abogados y procuradores y otras entidades—. Además de un apartado con medidas de carácter general, incluye otras cuatro dedicados respectivamente a la vulnerabilidad en función de la edad, a la vulnerabilidad en función del género, a la vulnerabilidad en función de la discapacidad y a la vulnerabilidad por causas sociales, económicas, étnicas y/o culturales. En cuanto a las medidas de carácter general, se

recomienda la reanudación de forma graduada de los procedimientos seguidos en los Juzgados de Familia y en los Juzgados de Instrucción y Penales con víctimas vulnerables suspendidos durante el estado de alarma, habilitando los plazos de forma consensuada con las partes intervinientes y usando los medios tecnológicos de código abierto. También se recomienda impulsar el funcionamiento de la Oficina de Atención a las víctimas, reforzar los equipos psicosociales y las Unidades de Valoración Forense integral (UVFI) en todo el territorio nacional; habilitar el horario de tarde para la celebración de las vistas suspendidas durante el estado de alarma y de las señaladas actualmente; realizar todas las declaraciones y actuaciones en salas de vistas, evitando llevarlas a cabo en espacios más reducidos; evitar la coincidencia de señalamientos y citaciones con el fin que no se produzcan concentraciones de personas en las dependencias judiciales; o modificar los artículos 156, 158 del Código civil y 85 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a fin de agilizar la tramitación y resoluciones de peticiones urgentes relacionadas con menores. En cuanto a los colectivos vulnerables en función de la edad, se incluyen aquí tanto a las personas mayores —que están sufriendo las peores consecuencias de la pandemia que ha provocado una situación crítica en la residencia de mayores— como a los menores de edad víctimas de violencia de género, en situación de desamparo o infractores. En cuanto a los primeros, se propone una serie de medidas que tienden, en primer lugar, a conocer el estado de las personas respecto de las que se han adoptado medidas de apoyo adoptadas en sede judicial, haciendo uso de la facultad del artículo 763.4 párrafo 1 del Código civil confiere a los jueces, lo que permitirá adoptar medidas complementarias, modificar las existentes o archivar los procedimientos en caso de fallecimiento. Además y con el fin de atenuar las consecuencias que las medidas de confinamiento produzcan en la salud de los mayores, se propone resolver la autorización de salida de los centros residenciales o domicilios particulares al cuidado de familiares, se consideran criterios a tener en cuenta que ni la persona ni nadie en el entorno al que se traslada haya contraído el COVID-19, que haya compromiso de la familia para atender los cuidados, que conste el consentimiento de la persona afectada, si puede prestarlo, y que esta acepte —siempre que puede prestar consentimiento— las condiciones de reingreso.

En relación con los menores, se aconseja que, mientras no se consiga erradicar la pandemia, se evite la imposición de medidas de justicia juvenil grupales o se aplaze su ejecución si no se ha iniciado su cumplimiento material. También se propone regularizar los periodos no disfrutados del régimen de visitas. En caso de que se hubiera acordado realizarlas a través de los Puntos de Encuentro Familiar se sugieren dar continuidad al régimen de visitas sin efectos compensatorios, ya que la saturación de estos centros se agravaría establecerse medidas compensatorias judiciales en contestación a la disminución de contactos familiares durante el periodo de confinamiento.

En cuanto a los colectivos vulnerables en función de género, se incluye aquí tanto a las víctimas de violencia de género como a las de trata, cuya situación se ha visto agravada por las medidas de confinamiento. En materia de violencia de género, se propone actualizar el protocolo de 2011 de valoración forense urgente del riesgo de víctimas de violencia de género, lo que permitirá al órgano judicial adoptar las medidas cautelares e instruir el procedimiento con la máxima celeridad; fomentar los juicios rápidos, permitiendo que todas aquellas diligencias que hayan tenido que incoarse como tales o transformarse en Diligencias Previas como consecuencia de las limitaciones en el funcionamiento de la Administración de Justicia durante el estado de alarma, puedan transformarse en Diligencias Ur-

gentes en el momento en que se reanude la actividad judicial ordinaria; o incluir entre las diligencias a practicar *ad initio* por la Policía Judicial la transcripción o volcado de los mensajes remitidos por redes sociales o correo electrónico y que sean aportados por la víctima como apoyo de su denuncia o declaración¹⁰⁰.

Con respecto a los colectivos vulnerables en función de la discapacidad, las medidas que se incluyen en este apartado tienen como objetivo agilizar los procedimientos de provisión de apoyos a las personas con alguna discapacidad, así como los relativos a internamientos involuntarios. Así, se sugiere que se complementen las demandas de modificación de capacidad facilitando una relación de parientes —con número de teléfono y dirección de correo electrónico—, lo que agilizaría el enjuiciamiento; que en esta materia se introduzca la posibilidad de dictar sentencias «*in voce*», con transcripción posterior del fallo; o que en determinados supuestos —personas encamadas o imposibilitadas por graves patologías orgánicas— la exploración judicial se haga por medios telemáticos, que también deberían potenciarse en el internamientos involuntarios de carácter psiquiátrico. En general, se proponen priorizar los procedimientos de modificación de la capacidad y se sugiere flexibilizar la normativa actual, reduciendo los plazos procesales de 20 a 10 días en materia de discapacidad y tutelas¹⁰¹.

Por otra parte, procede señalar que, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado acuerdan los servicios esenciales en la Administración de Justicia durante la fase de contención de la pandemia del COVID-19 el 13 de marzo de 2020¹⁰². A tal fin se prevé la suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales, garantizando los servicios esenciales de la Administración de Justicia, según lo acordado por tales instituciones y que consisten en las siguientes actuaciones: 1. Cualquier actuación judicial que, de no practicarse, pudiera causar perjuicio irreparable; 2. Internamientos urgentes del artículo 763 del Código civil; 3. La adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables como las medidas de protección de menores del artículo 158 del Código civil —tal como hemos reseñado en líneas precedentes—; 4. Los juzgados de violencia sobre la mujer realizarán servicios de guardia que les corresponda. En particular, deberán asegurar el dictado de las órdenes de protección y cualquier otra medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer y menores; 5. El Registro Civil prestará atención permanente durante las horas de audiencia. En particular deberá asegurarse la expedición de licencias de enterramiento, las inscripciones de nacimiento en plazo perentorio y la celebración de matrimonio del artículo 52 del Código civil; 6. Las actuaciones con detenido y otras que resulten inaplazables, como la adopción de medidas cautelares urgentes, levantamiento de cadáver, entrada, registro etc.; 7. Cualquier actuación en causa con presos y detenidos; 8. Actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria; 9. En orden jurisdiccional contencioso administrativo, las autorizaciones de entrada sanitarias urgentes e inaplazables, derechos fundamentales cuya resolución tenga carácter urgente, medidas cautelares y cautelares que sean urgentes y recursos contencioso electoral; 10. En el orden jurisdiccional social, la celebración de juicios declarados urgentes por la ley y las medidas cautelares urgentes y preferentes, así como los procesos de ERES y ERTES; 11. En general, los procesos que se aleguen vulneración de los derechos fundamentales y que sean urgentes y preferentes (es decir, aquellos cuyo aplazamiento impediría o haría muy gravoso la tutela judicial reclamada); y, 12. El/la presidente/a del Tribunal Superior de Justicia y el/la presidente/a de la Audiencia Provincial y el juez/a decano/a adoptarán las medidas que proceda relativas al cese de la actividad en las dependencias judiciales en que se encuen-

tren sus respectivas sedes y el cierre y/o desalojo de las mismas en caso que procediere, poniéndolo en conocimiento y en coordinación con la comisión de seguimiento competente.

La suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales en todo el territorio nacional garantizando los servicios esenciales se acuerda por la Comisión Permanente en la sesión extraordinaria del Consejo General del Poder Judicial de 14 de marzo de 2020, mientras se mantenga el estado de alarma. A tal fin, de nuevo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ha acordado el día 9 de mayo de 2020 mantener la validez y eficacia de los acuerdos y las medidas adoptadas por este órgano en relación con la pandemia del coronavirus COVID-19 en las sesiones de los días 13, 14, 16, 18, 20, 23, 25, 26, 28, 30 y 31 de marzo y 2, 8, 13, 16, 20 y 29 de abril de 2020 y 7 de mayo de 2020 durante la nueva prórroga del estado de alarma —la cuarta, al igual que, sucedió con las anteriores—, autorizada por el Congreso de los Diputados en la sesión del día 6 de mayo de 2020. Entre los acuerdos cuya validez y eficacia se mantienen figura el aprobado en la reunión extraordinaria mantenida por la Comisión Permanente del pasado 14 de marzo por el que se dispuso la suspensión de todas las actuaciones judiciales programadas y los plazos procesales que tal decisión conlleva, salvo los supuestos de servicios esenciales.

Recientemente, se ha aprobado la Orden SND 370/2020, de 25 de abril sobre las condiciones en las que se deben desarrollar los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹⁰³. Esta Orden tiene por objeto establecer las condiciones en las que los niños/as podrán realizar desplazamientos fuera del domicilio durante la vigencia del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas. Se aplica a los menores de 14 años e implica que, la circulación por las vías o espacios de uso público queda limitada a la realización de un paseo diario, de máximo una hora de duración y a una distancia no superior a un kilómetro con respecto al domicilio del menor. Durante dicho paseo diario debe mantenerse una distancia interpersonal con terceros de al menos dos metros. Dicho paseo será con un adulto responsable y hasta de tres niños/as. El adulto responsable es aquella persona mayor de edad que conviva con el mismo domicilio con el niño/a actualmente, o se trate de un empleado del hogar a cargo del menor.

Aunque no lo establece expresamente la citada Orden, no parece que haya inconveniente en que el progenitor no custodio con derecho de visitas, pueda ser dicho adulto responsable y aprovechar dichas salidas para mantener un contacto con sus hijos, teniendo presente la eventual suspensión de tales visitas consecuencia del COVID-19.

Ahora bien, si el adulto responsable es persona distinta de los progenitores, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, deberán contar con autorización previa para ello. En todo caso, es responsabilidad del adulto acompañante garantizar que se cumpla durante la realización del paseo diario con las medidas de prevención e higiene frente al COVID-19 indicadas por las autoridades sanitarias.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, *Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, julio, 37-49.

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). La guarda y tutela administrativa de menores. El acogimiento familiar y residencial. En: A.I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En: A.I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley.
- CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolasada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FLORIT CANALS, C. (1989). El régimen de visitas en la práctica judicial española, *La Ley*, vol. 4, 1067-1079.
- GARCÍA CANTERO, G. (2004). Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003, Madrid: Civitas.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y adopción. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GÓNZALEZ DEL POZO, J.P. (2020). La incidencia de la declaración del estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores, *Diario La Ley, número 9600, sección Tribuna*, de 24 de marzo, 1-6.
- (2020). Comentarios parciales a las medidas procesales relativas a los juzgados de Familia del Plan de Choque del CJPJ tras el estado de alarma, *Diario La Ley, número 9618, sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna*, 22 de abril, 1-15.
- (2020). Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril, *Diario La Ley, número 9624, sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna* de 4 de mayo, 1-17.
- LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXX*, núm. 2185, enero, 1-89.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia*, 5.^a ed., Madrid: Colex.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2017). El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, directora María Victoria Mayor del Hoyo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género, *El nuevo régimen*

- jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, directora María Victoria Mayor Del Hoyo, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch.
- PANIZA FULLANA, A. (2015). La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, septiembre, 141-152.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I, 2.ª ed.*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- REY GONZÁLEZ, P. (2020). Estado de alarma ¿se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores para con los menores si no se cumplen en sus propios términos?, *Diario La Ley, número 9607, sección Tribuna*, de 3 de abril, 1-3.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997). *El derecho de visitas*, Barcelona: Bosch.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre, 107-153.
- SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género), *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 4, abril, 27 a 37.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 145-148.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 7 de abril de 1994
- STS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 1998
- STS, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 1999
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2005
- STS, Sala de lo Civil, 31 de julio de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 2011
- STS, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2011
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018
- STSJ de Cataluña, de Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 25 de julio de 2013

- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 26 de julio de 2013
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2018
- STJS de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 16 de enero de 2019
- SAP de Las Palmas, secc. 3.^a, 19 de mayo de 1998
- AAP de Sevilla, secc. 6.^a, 23 de noviembre de 1999
- SAP de Alicante, secc. 6.^a, 2 de junio de 2000
- SAP de Sevilla, secc. 6.^a, 7 de mayo de 2001
- SAP de Toledo, secc. 2.^a, 13 de diciembre de 2001
- SAP de Málaga, secc. 4.^a, 4 de abril de 2003
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 17 de julio de 2003
- SAP de Islas, Baleares, 11 de marzo de 2004
- SAP de Granada, secc. 3.^a, 7 de abril de 2005
- SAP de Ávila, secc. 1.^a, 10 de junio de 2005
- SAP de Zaragoza, secc. 2.^a, 25 de julio de 2005
- SAP de Jaén, secc. 3.^a, 28 de abril de 2006
- SAP de Islas Baleares, secc. 4.^a, 18 de enero de 2007
- SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 12 de febrero de 2007
- SAP de Badajoz, secc. 3.^a, 25 de abril de 2007
- SAP de León, secc. 1.^a, 30 de enero de 2008
- SAP de Alicante, secc. 6.^a, 15 de abril de 2008
- SAP de Alicante, secc. 6.^a, 10 de febrero de 2009
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, 19 de mayo de 2010
- SAP de Alicante, secc. 6.^a, 1 de septiembre de 2010
- SAP de Islas Baleares, secc. 4.^a, 8 de marzo de 2013
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 11 de septiembre de 2013
- SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 1 de octubre de 2013
- SAP de Pontevedra, secc. 6.^a, 23 de mayo de 2014
- SAP de La Rioja, secc. 1.^a, 16 de enero de 2015
- SAP de Asturias, secc. 1.^a, 18 de diciembre de 2015
- SAP de La Rioja, secc. 1.^a, 14 de septiembre de 2016
- SAP de Córdoba, secc. 1.^a, 7 de octubre de 2016
- SAP de Málaga, secc. 6.^a, 4 de noviembre de 2016
- SAP de Alicante, secc. 6.^a, 25 de enero de 2017
- SAP de Zamora, secc. 1.^a, 15 de noviembre de 2018
- SAP de Tarragona, secc. 1.^a, 7 de diciembre de 2018
- SAP de Guipúzcoa, secc. 2.^a, 20 de marzo de 2019
- SAP de Córdoba, secc. 1.^a, 3 de abril de 2019
- SAP de Madrid, secc. 22.^a, 9 de abril de 2019
- SAP de Jaén, secc. 1.^a, 9 de mayo de 2019
- SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 16 de mayo de 2019
- SAP de A Coruña, secc. 4.^a, 29 de mayo de 2019
- SAP de Pontevedra, secc. 6.^a, 20 de junio de 2019
- SAP de Huelva, secc. 2.^a, 2 de julio de 2019
- SAP de Guipúzcoa, secc. 2.^a, 8 de julio de 2019
- SAP de Asturias, secc. 7.^a, 12 de septiembre de 2019
- SAP de Granada, secc. 5.^a, 4 de octubre de 2019
- SAP de Tarragona, secc. 1.^a, 10 de octubre de 2019
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 30 de octubre de 2019
- SAP de Segovia, secc. 1.^a, 23 de enero de 2020
- SAP de Madrid, secc. 22.^a, 14 de febrero de 2020
- AJPI de Alorcón, número 7, de 16 de marzo de 2020

- AJPI de Barcelona, número 51, 25 de marzo de 2020
- AJPI de Barcelona, número 51, de 26 de marzo de 2020
- AJPI de Santa Cruz de Tenerife, número 7, 3 de abril de 2020 (dos)
- AJPI de Santa Cruz de Tenerife, número 7, 7 de abril de 2020 (dos)

NOTAS

¹ Vid., el artículo 9.3 de la Convención sobre Derechos de Niño establece que *los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*; el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dispone que *todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su madre y con su padre*, y, en fin, el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño manifiesta que *en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos, viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del hijo*.

² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, de 15 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 10897); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 3 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 219429); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 275983).

³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 136656).

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia*, 5.ª ed., Madrid: Colex, 204, lo califica como derecho-deber o como función del derecho de familia concedido en beneficio del menor; FLORIT CANALS C. (1989). El régimen de visitas en la práctica Judicial española, *La Ley*, vol. 4, 1069; COLÁS ESCANDÓN A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 16; ORDÁS ALONSO M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch, 30 lo considera encuadrable en los derechos de personalidad.

En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6843); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 109285) al indicar que no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber; que se encuentra encaminado fundamentalmente a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 1 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 2487); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 27 de enero de 1999 (*AC* 1999, 387); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. única, de 3 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 1012) constituye un derecho-deber para el padre y un derecho para los hijos; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001, 75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, de 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 168197); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 188568) no es un propio y verdadero derecho sino un complejo derecho-deber; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 25 de julio de 2005 (*AC* 2005, 1314); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336897); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 2.ª, de 5 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 260217).

⁵ En esta línea, CASTILLA BAREA M. y CABEZUELO ARENAS A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 495; ORDÁS ALONSO M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 31 si bien establece estos caracteres para el derecho de visitas del progenitor no custodio.

⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 10 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 143517).

⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4382); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. única, de 30 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 1371); las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 5.ª, de 26 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 26801); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 206354); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 8 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 130962); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 11 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 325522); de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 6.ª, de 23 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 218477); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de junio de 2016 (*AC* 2016, 2314); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 9 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 239105).

⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 19 de mayo de 1998 (*AC* 1998, 5465); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, 28 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 289709); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 12 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 293199).

⁹ UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 145; ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, *Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, julio, 2 (versión digital); LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, núm. 2185, enero, 7; PANIZA FULLANA, A. (2015). La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, septiembre, 2 (versión digital).

¹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 877 quien precisa que es una medida de protección derivada de una situación de suma urgencia y de carácter transitorio; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre, 129 igualmente, precisa que, esta guarda responde a una situación de urgencia, pero que por llevar aparejada una cierta inseguridad jurídica, se limita en el tiempo; GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y adopción. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.º, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 1037.

¹¹ Vid., LOPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, op. cit., 14; MAYOR DEL HOYO M.ª V. (2017). El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir.) María Victoria Mayor del Hoyo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 221-222; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2017). *La guarda y tutela administrativa de menores. El acogimiento familiar y residencial*, Madrid: La Ley, 161; MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir.) María

Victoria Mayor Del Hoyo, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 152. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, 29 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 219331) inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores que se prolonga casi desde su nacimiento; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 5 de junio de 2019 (*AC* 2019, 762) situación de riesgo de la menor durante el embarazo motivado por el problema de salud mental de la madre. Asimismo, se constata el abuso del alcohol por parte del padre.

¹² Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil, *op. cit.*, 877 señala que, en orden al concepto legal de desamparo y a los efectos que conlleva permite afirmar que la tutela *ex* artículo 172.1 del Código civil actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se propicia el amparo de un menor cuando, para su protección no han sido suficientes —por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o debido a un ejercicio deficiente— las instituciones ordinarias —patria potestad, tutela ordinaria o guarda de hecho— prevista por el Código civil, ocasionando la desprotección moral o material del menor. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 25 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 160002).

¹³ Vid., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 26 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8304); las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, de 4 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 238754); de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.^a, de 10 de junio de 2005 (*AC* 2005, 2233); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 19 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 337901); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 1 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1986); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 1 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 374401).

¹⁴ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, de 7 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 199863); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 30 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 245669); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 27 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124166); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 297079); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, de 14 de septiembre de 2016 (*AC* 2016, 2390); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, de 1 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 143988); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 266065); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, de 27 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 305859).

¹⁵ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, de 4 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 41662).

¹⁶ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.^a, de 18 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 142).

¹⁷ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 27 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 700); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, de 14 de septiembre de 2016 (*AC* 2016, 2390) malos tratos físicos y psicológicos; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 20 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 171484); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, de 28 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 173154); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 2 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 55358); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 30 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 2188).

¹⁸ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 4 de julio de 2002 (*AC* 2003, 442) padecimiento por la madre de una patología psiquiátrica crónica y de mal pronóstico; abandono por la madre de los tratamientos médicos prescritos; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 18 de enero de 2007 (*AC* 2007, 308) incapacidad psíquica y social de la madre y para el cuidado de los menores. Carencia de trabajo estable, sin tener unos adecuados hábitos de higiene, situación de retraso a todos los niveles de los niños, falta de higiene, de atención emocional, situación de marginalidad, absentismo escolar y cambios constantes de domicilios; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 15 de abril de 2008 (*AC* 2008, 1371) padres con trastornos psíquicos, siendo crónico el que presenta la madre que, en situaciones de crisis es incapaz de cuidar de sí misma; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 22 de noviembre de 2011 (*AC* 2011, 1625) consumo de sustancias tóxicas por los padres; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de julio de 2015 (*AC* 2015, 1447) trastorno mixto de la

personalidad y bulimia nerviosa con intentos de autolesión por parte de la madre; guarda por los abuelos paternos. Su padre no ha actuado responsablemente y carece de un plan de parentalidad concreto; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 18 de mayo de 2016 (AC 2016, 1120) trastorno mental grave de la madre, e imposibilidad de hacerse cargo del menor, bien de forma personal, bien a través de su familia extensa; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 2 de junio de 2016 (JUR 2016, 224423) familia multiproblemática con disfuncionalidad crónica y múltiples crisis de parejas. Padres consumidores de alcohol y sustancias ilegales. Exposición de los menores a situaciones de violencia y negligencia en las atenciones básicas; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 12 de julio de 2016 (AC 2016, 1382) madre sujeta a curatela con un importante grado de discapacidad física y psíquica; y falta de involucración del padre en el cuidado y atención del hijo; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 238649) enfermedad psiquiátrica de la madre y problemas psíquicos del padre; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 29 de septiembre de 2016 (AC 2016, 2258) incapacidad de la madre de poder atender a los menores derivada de una frágil estructura de la personalidad, de una distorsión de la realidad, así como un funcionamiento infantil del padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 9 de febrero de 2018 (AC 2018, 265) enfermedad mental de la madre, ausencia de conciencia y tratamiento, padecía VIH sin tratamiento; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 26 de abril de 2018 (JUR 2018, 124847) alcoholismo de ambos progenitores; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 11 de octubre de 2018 (JUR 2019, 41441) consumo de sustancias tóxicas y agresión del padre a la madre delante de los menores. Además de una vivienda inadecuada para habitarla dada la falta de higiene, ausencia de fluido eléctrico y agua; y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 11 de febrero de 2019 (AC 2019, 455) ambos progenitores presentan serios problemas de salud mental.

¹⁹ Vid., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 25 de julio de 2013 (RJ 2014, 142); el Auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 138273); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 266266) madre incapacitada por la grave enfermedad mental; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 7 de octubre de 2016 (AC 2016, 1861) privación de libertad de ambos progenitores, situación incompatible con un régimen de relaciones parentales; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 25 de enero de 2017 (JUR 2017, 107552) inestabilidad emocional y psíquica de la madre; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 27 de marzo de 2018 (AC 2018, 828) negligencia hacia las necesidades de los hijos por falta de interacción y afecto, además de los problemas personales del padre, sus problemas emocionales le cuesta salir de su posición egocéntrica y sintonizar con las necesidades de los hijos y de su madre; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 7 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 186) escasos medios económicos de los padres y dejación de sus funciones; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, de 20 de junio de 2019 (AC 2019, 1133) los menores no tienen cubiertas sus necesidades físicas, psíquicas y emocionales, situación que se mantiene en la actualidad. La progenitora no reúne las condiciones necesarias para prestarle a su hijo Ignacio las atenciones física, psíquicas, emocionales y estimuladoras-educativas que se requieren para crecer y desarrollarse como persona de una forma adecuada, viviendo en malas condiciones y drogodependencia a la heroína.

²⁰ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 138407) déficit educativo, desmotivación, rebeldía, irritabilidad, y mal aspecto físico e higiénico de la menor, con escaso control materno que, manifiesta desapego hacia la niña e incompatibilidad laboral para su adecuada atención; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 4 de mayo de 2010 (JUR 2016, 265137); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016, 6976) incumplimiento del plan socio educativo; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 15 de diciembre de 2017 (AC 2018, 244); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019, 2991222).

²¹ Vid., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2019 (RJ 2019, 95) aparece acreditada una situación de constante

descuido en la higiene, salud y educación de los tres menores; el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 23 de noviembre de 1999 (AC 1999, 8672) menor privado de la necesaria asistencial y protección. Permanece en la calle, sucio y sin escolarizar y consume alcohol y tabaco sin el consentimiento de sus padres; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 22 de junio de 2005 (JUR 2005, 217249) falta de responsabilidad de ambos padres para un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Familia desestructurada, ingresos económicos deficitarios y posible enfermedad mental de la madre; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 25 de abril de 2006 (AC 2006, 906) menores no debidamente atendidos por sus padres; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 22 de marzo de 2012 (AC 2012, 904) incapacidad de la madre para dotar al menor de sus necesidades más básicas. Antecedentes de desprotección de sus otros cuatro hijos. No ha superado la situación de cronicidad de desestructuración familiar, inestabilidad emocional, personal, familiar y económica; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 8 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 263785) episodios de violencia en el entorno del menor desamparado; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 25 de enero de 2017 (JUR 2017, 107552) inestabilidad emocional y psíquica de la madre; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, 31 de enero de 2017 (JUR 2017, 76242) déficit de los progenitores en sus habilidades parentales; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, 31 de mayo de 2017 (AC 2018, 1056) inadecuado ejercicio de los deberes de asistencia y protección del menor no solo en la esfera material sino también a la esfera moral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 1 de marzo de 2018 (JUR 2018, 87194) acreditado que los menores se encontraba en una situación de desamparo en la evolución de su desarrollo integral, con manifiestas carencia asistencial en orden a su atención y evolución física, sanitaria y educativa, fruto de la caótica vida de su madre, justificada, en gran medida, por sus inexperiencias personales y carencia de medios económicos y materiales; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 13 de abril de 2018 (JUR 2018, 215604) falta de unas mínimas pautas sobre atenciones o cuidados personales, educativas y materiales, siendo frecuentes los episodios de abandono en la persona de su padre; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2018 (JUR 2018, 219134) escasa aptitud de los padres para velar por sus hijos y no puede decirse que haya mejorado pese a la ayuda y control de los servicios sociales; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 30 de mayo de 2018 (JUR 2018, 217555) incumplimiento de los deberes de protección respecto a su hijo menor privándole del afecto, atención y los cuidados exigidos por su edad y omitiendo las medidas necesarias para evitarle riesgos físicos y las pautas educativas; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 15 de mayo de 2018 (JUR 2018, 217177) vive con su madre en un camping asilado y abandonado, sin suministros de agua, luz o gas, haciendo fuegos en la calle; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 27 de junio de 2018 (JUR 2018, 247171) enfermedad del padre, con necesaria supervisión y tratamiento; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 15 de enero de 2019 (JUR 2019, 158720) acreditadas las malas condiciones higiénicas y poco saludables para los menores de la vivienda que habitan, detectándose serios indicios de abusos sobre las niñas, así como la existencia de malos tratos; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 20 de marzo de 2019 (JUR 2019, 2197171484) estando privada la menor de la necesaria asistencia moral y material; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 16 de mayo de 2019 (JUR 2019, 165364) falta de habilidad de los padres para educar a sus hijas; de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 31 de mayo de 2019 (JUR 2019, 219908) el menor presenta importantes carencias afectivas, un trastorno específico en el aprendizaje y desarrollo del habla que no está siendo atendido por parte de la familia, problemas graves de comportamiento con desobediencia, impulsividad, conductas agresivas verbales y físicas hacia sus compañeros, profesores y cuidadores que han determinado su expulsión del colegio; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 12 de junio de 2019 (JUR 2019, 193032) la madre no ejerce con diligencia las funciones de cuidado de la menor; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 26 de junio de 2019 (JUR 2020, 9383) un cuidado negligente, que afecta a la salud, higiene y evolución de la menor; condición de maltratantes por atemorizar a la niña con internarla en un centro donde la harán daño. Estilo educativo negligente; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 2 de julio de 2019 (JUR 2020, 9270) a pesar que la madre

se ha implicado en el tratamiento, sus dificultades personales y emocionales y sus graves carencias parentales están muy presentes y no hace posible valorar la reintegración definitiva y permanente con su madre. El padre sigue presentando una actitud irresponsable y pasiva ante el cuidado y protección de su hija; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 24 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 251205); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 24 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 236075) la madre presenta una trayectoria familiar compleja con antecedentes de maltrato y violencia, disfunciones educativas, además de carencias afectivas y dificultades emocionales; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 13 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 282544); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 27 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 294683) inadecuado ejercicio de la potestad por una falta de conciencia y responsabilidad sobre las necesidades de la hija y la forma de ejercer su labor educadora; y, de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, 23 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 104915) no disponen de la necesaria asistencia moral y material.

²² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 (*RI* 2016, 6001); los Autos de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 115823); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 13 de diciembre de 2001 (*AC* 2002, 378); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 17 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 269112); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 17 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 173760); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 7 de junio de 2004 (*AC* 2004, 2236); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 10 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 470) madre con vida desordenada y sin domicilio ni trabajo estable. Situación de conflicto continuado con el padre de la menor, manifestando hostilidad incluso en presencia del hijo. Padre inidóneo para el cuidado y educación de la menor; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 21 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 1078); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 22 de enero de 2016 (*AC* 2016, 861); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 143648) desde hace muchos años tiene el menor una situación de absoluta desatención material; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 24 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1622); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, 1 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1406) situaciones graves de posibles abusos y la existencia de una orden de protección frente a uno de los progenitores, así como una situación caótica en cuanto a rutinas de los menores unido a las dificultades de los progenitores en cuanto al ejercicio de los roles parentales; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 16 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 49396); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 14 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1826); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 20 de abril de 2017 (*AC* 2017, 708) situación pernicioso para los menores; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 16 de febrero de 2018 (*AC* 2018, 594) persistencia de la situación de desatención y falta de mínimos deberes y cuidados. Inexistencia de evolución positiva de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 12 de abril de 2018 (*AC* 2018, 753) reiterado cumplimiento por los progenitores de los más elementales obligaciones de atención, cuidado y protección de los menores. Carencia de organización doméstica y familiar por la limitación de la madre, ausencia de trabajo estable, alimentación precaria, hábitos de higiene escasas, agresiones mutuas entre los progenitores; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 15 de noviembre de 2018 (*AC* 2018, 1699) conducta pasiva del padre ante las circunstancias de riesgo graves que rodean al menor; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 11 de enero de 2019 (*JUR* 2020, 46218) persistencia de la situación de desatención y falta de los mínimos deberes y cuidados; y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 11 de enero de 2019 (*AC* 2019, 15) graves carencias de competencias parentales en orden a la debida atención del menor y de sus necesidades básicas.

En todo caso, se coincide en afirmar que, los deberes cuyo incumplimiento grave pueden determinar la apreciación de una situación de desamparo son todos los inherentes a la patria potestad o tutela que, se contienen en los artículos 154 y 269 del Código civil —velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral—, además, como señala ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 429 han de ser valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y supongan una amenaza para la integridad

física o mental del menor y se trata de una medida extraordinaria y de interpretación restrictiva. Sin embargo, como indica GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción, *op. cit.*, 994 el incumplimiento de deberes que afectan a la esfera puramente patrimonial del menor —representarlos y administrar sus bienes— no pueden servir para la declaración de desamparo, únicamente determinan la adopción de las medidas de protección del patrimonio del menor que, en cada caso proceda.

²³ GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción, *op. cit.*, 984-985 destaca la objetivización de la definición de la situación de desamparo, y, además precisa que lo que se pretende con la declaración de desamparo no es sancionar la conducta de los progenitores, sino proteger al menor cuando lo precise.

²⁴ Precisamente, cuando tras la declaración de riesgo, las medidas adoptadas no han surtido efecto.

²⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 7 de marzo de 2017 (AC 2017, 917) conflictividad entre los progenitores con episodios graves de violencia; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 37621) relación conflictiva, violenta y caótica entre los progenitores: nefastas consecuencias en la estabilidad emocional y desatención física y emocional de los menores. Víctimas directas e indirectas de la violencia familiar por parte del padre y de falta de protección de la madre; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 5 de julio de 2019 (JUR 2019, 237393) violencia intrafamiliar habiendo rechazado ayudas institucionales e incluso económicas; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 1 de octubre de 2019 (JUR 2019, 285938) violencia física y psíquica habitual en el ámbito domiciliario.

²⁶ Para ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 433 se deberá proporcionar a la familia apoyo económico y de otra índole que precisen, pero no procede declarar la existencia de desamparo y ello porque no es en modo alguno admisible, como en ocasiones acontece, confundir el interés del menor con el bienestar material del menor. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 28 de abril de 2015 (JUR 2015, 132338).

²⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 17 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 15766) menor con diagnóstico de trastorno TDHA con trastorno negativista desafiante y retraso escolar considerable; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 15 de marzo de 2019 (JUR 2019, 149872) progenitores que padecen discapacidad. Padre con una deficiencia psíquica reconocida con un grado de 66% con diagnóstico de trastorno límite de la personalidad y cociente intelectual límite. Madre con retraso madurativo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 10 de abril de 2019 (JUR 2019, 142274) madre que presenta carencias estructurales en razón de su discapacidad y el padre no suple esta falta.

²⁸ Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de mayo de 2018 (JUR 2018, 150077); las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 15 de julio de 2015 (JUR 2015, 193813); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 28 de febrero de 2018 (JUR 2018, 130549); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 6 de abril de 2018 (AC 2018, 1100) madre biológica desaparecida por completo del programa y manifiesta su voluntad de desatender de sus propios hijos, con esa actitud perdió toda ayuda y auxilio que podría haber dado a los menores; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 9 de abril de 2019 (JUR 2019, 178747); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 17 de junio de 2019 (JUR 2019, 291142); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 10 de octubre de 2019 (JUR 2019, 297737).

Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 15 de julio de 2015 (JUR 2015, 193813) no procede el retorno con la madre biológica por persistencia de su trastorno de la personalidad, dependiente de terceras personas.

²⁹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *op. cit.*, 124.

³⁰ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 21 de enero de 2020 (JUR 2020, 60128).

³¹ En el caso de menores extranjero no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procesamiento

correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (art. 19 bis.5 de la LOPJM).

³² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 30 de noviembre de 2018 (AC 2019, 31) los abuelos tienen legitimación activa para oponerse a la resolución en materia de protección de menores.

³³ El artículo 222 del Código civil señala que: Están sujetos a tutela: 1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; (...) 4. Los menores que se hallen en situación de desamparo. Por lo que estamos ante un supuesto de tutela.

Si bien, GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y adopción, *op. cit.*, 1030-1031 después de señalar que, la tutela de la Entidad Pública debe considerarse como una verdadera y propia tutela, por lo que en principio debe regirse por la normativa del Código civil aplicable a esta institución, matiza que, no todas las disposiciones del Código sobre la tutela le son aplicables. Así, no rige en relación con la tutela legal, las normas sobre la delación judicial de la misma y la investidura del cargo de tutor por el Juez (arts. 231 y 239 CC). Tampoco parece que, le sean aplicables las causas de inhabilidad y excusas del tutor. Las de inhabilidad por tratarse de circunstancias personales que, difícilmente puede darse en una Entidad Pública; y, en cuanto a las excusas, en modo alguno la Entidad Pública puede excusarse de ejercer las funciones de protección de menores que les sean encomendadas, alegando la imposibilidad para hacerlos o la carencia de medios necesarios para ello.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 5 de junio de 2019 (JUR 2019, 252618); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 12 de julio de 2019 (JUR 2019, 276015); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 14 de febrero de 2020 (JUR 2020, 103737).

³⁴ Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil, *op. cit.*, 877 señala que, en orden al concepto legal de desamparo y a los efectos que conlleva permite afirmar que la tutela *ex artículo 172.1* del Código civil actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se propicia el amparo de un menor cuando, para su protección no han sido suficientes —por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o debido a un ejercicio deficiente— las instituciones ordinarias —patria potestad, tutela ordinaria o guarda de hecho— prevista por el Código civil, ocasionando la desprotección moral o material del menor.

³⁵ En esta línea, DIEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 527 la Entidad Pública que asume la tutela de un menor desamparado, se hace cargo, igualmente, de su guarda y cuidado (art. 215). Si bien añade que sin embargo, esa tutela no sólo abarca el cuidado personal del desamparado, sino que comprende y absorbe también las facultades representativas y de administración que antes competían a los padres (art. 154.II.2.º) o al tutor (arts. 215, 267 y 270) que, *ex lege*, son asumidas por la Entidad Pública como tutor (arts. 215, 267 y 270); GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). Las instituciones civiles de protección de menores y adopción, *op. cit.*, 1028 y 1030.

³⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 24 de marzo de 2003 (JUR 2003, 123860).

³⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 7 de febrero de 2019 (AC 2019, 576) no procede el retorno, pues, no parece que el núcleo familiar reúna condiciones que favorezcan el reintegro de los menores con sus progenitores para reanudar la convivencia familiar.

³⁸ DIEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código civil, *op. cit.*, 543 señala que, además de los progenitores y tutores los guardadores —que tuvieran la guarda del menor antes de la declaración de desamparo— y otros interesados como los miembros de la familia extensa del menor están legitimados para instar, durante el plazo de dos años, la revocación de la resolución administrativa de desamparo.

³⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 6001) no se acredita al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpretado al amparo del artículo 172 del Código civil que, ese interés sea distinto en razón

al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo.

⁴⁰ En todo caso, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 177.2.2 apartado tercero del Código civil en sede de adopción que, dispone que: tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada,

⁴¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 74581) señala al respecto que (...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica 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, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para reestablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantengan la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes del tipo psíquico. En esta línea, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2562); de 28 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4217); de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 838); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 14 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 126497); de 5 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 950); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 21 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 383) ya no procede la situación de desamparo por cambio importante en la dinámica familiar y la situación de la madre. Los problemas de salud mental que ha tenido están controlados y los informes médicos son positivos. La madre, además, se ha implicado en su relación con su hijo. El menor ya no se encuentra en riesgo grave. La madre, asimismo, tiene habilidades parentales y la vinculación afectiva se está consolidando.

⁴² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 117) consideración de los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y las circunstancias que rodean la relación; y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1132) desarrollo de vínculos afectivos con la familia de acogida; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 30 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 234165) integración del menor en su nueva familia hasta el punto de identificar a la familia de acogimiento con sus verdaderos padres; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, 23 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 244241) ausencia de vínculo entre el menor y la madre biológica; integración plena en la familia de acogida. La devolución de la tutela de la niña a la madre, provocaría una situación de angustia y ansiedad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 16 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 69807); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, 2 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 188365) lo más conveniente para el interés del menor es la permanencia en la familia de acogida.

⁴³ Vid., en relación con el derecho a relacionarse con los abuelos y otros miembros de la familia, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2728); de 11 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4681); de 23 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8278); de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 8462); de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2444); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 19 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 8174); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 14 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 1736); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 18 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 241240); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 1.^a, 24 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 262149); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 164944); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 11

de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 91245); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 31 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1281) no procede el régimen de visitas. Desinterés real del menor; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 16 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 194517); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 16 de enero de 2015 (*AC* 2015, 375); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 18 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 6494); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 19 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 1759) no procede el derecho de visitas a favor del abuelo materno por falta de vínculo con la niña que, está en acogimiento; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 4 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 629) no procede el derecho de visitas con la madre biológica, pues, informes psicosociales muestran el carácter perjudicial de los contactos con la madre.

⁴⁴ Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2221); y, de 14 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 452); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4499) suspensión de la comunicación de los menores con la abuela materna por falta de vínculo de afectividad o relación estable; el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, 30 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 173653); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 9 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 174117).

⁴⁵ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, 9 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 186497) falta de capacidades parentales y no se ha acreditado que los padres estén en condiciones de atenderlos; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, 15 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 10897) no procede el régimen de vistas, pues, el menor ha mejorado mucho durante los tres años que ha permanecido con los acogedores desde el restablecimiento del acogimiento familiar preadoptivo. Se desaconseja establecer un régimen de visitas, pues, ello desestabiliza emocionalmente al menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 3 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 294711) no procede el derecho de visitas con su abuela, atendiendo al interés del menor; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 20 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 2444) no procede el derecho de visitas a favor de la madre por carecer de apoyos familiares sólidos y de capacidad para resolver e identificar los problemas, así como para solventarlos de manera eficaz.

⁴⁶ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 15 de diciembre de 2016 (*AC* 2017, 169); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 4 de abril de 2017 (*AC* 2018, 1015) por parte de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 15 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 45465) visita de la madre tres horas a la semana.

⁴⁷ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 23 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 159122) no procede la ampliación; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 3 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 219429) no procede la ampliación; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, 24 de septiembre de 2019 (*JUR* 2020, 10015).

⁴⁸ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 4 de noviembre de 2015 (*AC* 2016, 629) oposición de los padres a la limitación del régimen de visitas.

⁴⁹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *op. cit.*, 22.

⁵⁰ ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores*, *op. cit.*, 436.

⁵¹ MARTÍNEZ CALVO, J. (2017). La regulación de visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En: María Victoria Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 253 argumentando al respecto que no tendría sentido que en los casos en los que la Administración asumiera la guarda en virtud del establecimiento de tutela se le concediera potestad para regular las visitas y que, cuando asumiera dicha guarda como consecuencia de la constitución de la guarda administrativa, tuviera que ser el juez el que determinara el régimen de visitas de los menores acogidos. En realidad, concluye parece que el equívoco se debe a una deficiente dición del legislador y que su verdadera intención ha sido establecer el mismo régimen para ambos casos.

⁵² En todo caso, recordemos que el artículo 21 bis.1 g) de la LOPJM establece como derecho del menor acogido poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias del acogimiento. Vid., asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722); y, de 18 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2293); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 30 de junio de 2003 (*AC* 2003, 1995); y el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 2 de julio de 2007 (*AC* 2008, 750).

⁵³ Para ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 440 con esta forma de operar se da un paso en la desjudicialización del régimen de protección del menor y se consagra un trato legislativo desigual entre los menores sometidos a un acogimiento familiar o residencial en función de que estén sometidos a tutela de la entidad pública (art. 161 CC) o solo a su guarda, en la medida en que los primeros van a quedar incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 161 del Código civil, no así los segundos cuyas relaciones con sus familiares y allegados solo podrán ser restringidas en virtud de decisión judicial.

⁵⁴ ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 441 y añade que no es un criterio admisible la drástica restricción de las visitas de los progenitores a sus hijos en base a criterios estrictamente organizativos de los Centros, como en alguna ocasión han detectado las Fiscalías.

⁵⁵ En el apartado III del preámbulo de la Ley 26/2015 se hace constar que, se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En estos casos, está configurada como un acuerdo privado entre las partes, con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser conformado por un juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley; y añade que la oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía del hecho.

⁵⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, op. cit., 72 dispone al respecto que: «De esta fórmula legal resulta, por consiguiente, que la modalidad de adopción abierta por la que opta el legislador español contempla dos posibles niveles de contacto del adoptado, ya sean visitas y/o comunicaciones, con “los miembros de su familia de origen que se considere y, en especial, con sus hermanos”»; por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En: A.I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley, 404 señala que, cabe acordar cualquier modalidad que se considere adecuada al interés del menor que, puede ir desde un régimen de visitas a un mero contacto telefónico o un cruce de cartas, o varios modos de contacto y relación simultáneamente a lo que añade que si fuera necesario, se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditada a tal fin (art. 178.4.3 CC).

⁵⁷ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905).

⁵⁸ En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 188. Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, 26 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 11630); de

la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, 31 de enero de 2008 (*AC* 2008, 2158); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.^a, 11 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 200543); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, 28 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 263825); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 13 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 219901).

⁵⁹ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7734); y de 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2452).

⁶⁰ Vid., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 18 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 8502); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, 7 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 213842) supresión del régimen de visitas por falta de habilidades suficientes y capacidad de los padres para dar estabilidad y seguridad al niño; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 26 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 308425) suspensión del régimen de visitas de los padres biológicos por la persistencia de indicadores de desprotección así como la ausencia de conciencia de las carencias emocionales y físicas de los menores; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 29 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 357430) suspensión del derecho de visitas de la madre por inhabilidad de esta para el cuidado de sus hijos; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 20 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278756); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 9 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 108269) no procede la supresión de los periodos vacacionales de verano, por falta de prueba que esa medida pueda beneficiar a la menor; sino, por el contrario, se considera beneficioso para la menor (dada su corta edad) mantener frecuentes contactos con su progenitor, relación de indiscutible provecho para la misma, en el sentido que permiten mantener vivos y sólidos los vínculos de afectividad; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, 30 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 173653) suspensión de las visitas con su madre por la inseguridad que supone para el futuro de los menores; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 12 de abril de 2018 (*JUR* 2019, 184495) la suspensión de derecho a relacionarse con los hijos es una medida demasiado gravosa que podría perjudicar al menor al considerarse procedente un régimen de visitas restrictivo; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 8 de febrero de 2019 (*JUR* 2020, 46584) suspensión del régimen de visitas por manifiesta carencia de afectividad de los progenitores; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 26 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 144096); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 5 de noviembre de 2019 (La Ley 179196/2019) se acuerda la suspensión del régimen de visitas, pues, el hijo ha expresado su deseo de mantenerse alejado de su padre y de no establecer ningún tipo de relación, al ser un extraño para él. Además, el padre ha desatendido los deberes inherentes a la patria potestad con el hijo menor, tanto en el aspecto emocional como en el económico, habiendo desaparecido de la vida del menor desde hace seis años.

⁶¹ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 18 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 258717).

⁶² RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997). *El derecho de visitas*, Barcelona: Bosch 351; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, op. cit.*, 194-195; SAINZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2018). Régimen de comunicación y estancias, *Memento Práctico Francis Lefebvre*. Familia 2018-2019, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 581. En contra, GARCÍA CANTERO, G. (2004). Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003, Madrid: Civitas, 149.

⁶³ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 14 de septiembre de 2017 (*JUR* 2018, 4179).

⁶⁴ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 18 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 51338); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 28 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 104797); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 7 de octubre de 2016 (*AC* 2016, 1861); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, 21 de julio de 2017 (*JUR* 2018, 1828).

⁶⁵ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3675); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, 8 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1679); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.^a, 16 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 9695); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 3 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 261192).

⁶⁶ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.^a, 19 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 271104) padre internado en un centro penitenciario, visitas controladas acompañado del hermano mayor de edad; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.^a, 7 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 266825) visitas controladas; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 132859) sistema de contactos progresivos, desarrollados inicialmente en un punto de encuentro familiar mientras el padre se encuentre en prisión; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, 13 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 190321); y, de la misma Audiencia Provincial de y secc., 31 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 207660).

⁶⁷ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.^a, 12 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 203564).

⁶⁸ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, 3 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 20313); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 1 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120836); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 4 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98678).

⁶⁹ En esta línea, SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género), *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 4, abril, 32-34. Asimismo, vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 24 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 3015).

⁷⁰ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 135377).

⁷¹ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, 5 de octubre de 2005 (*JUR* 2006, 136958); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 20 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 128898) adicción al alcohol en fase de estabilización. Semanas alternas, sábados y domingo sin pernocta.

⁷² Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, 11 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 113981); de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. única, 9 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 167); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, 31 de julio de 2006 (*JUR* 2007, 62873).

⁷³ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 14 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 181198).

⁷⁴ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 24 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 162607); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 7 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 186718).

⁷⁵ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 8 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 113663); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 6 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 266554).

⁷⁶ El artículo 65 dispone que *el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara 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;* y, el artículo 66 establece: *el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara la suspensión, el juez 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 dependen del mismo, asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.*

⁷⁷ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 23 de junio de 2004 (*AC* 2004, 1371) no procede el derecho de visitas ante la tensión y conflictividad en el seno familiar que, han determinado una orden de alejamiento para el padre respecto de la madre y el menor; y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.^a, 29 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 23552) situación de maltrato y rechazo absoluto del niño a relacionarse con su padre.

⁷⁸ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5624).

⁷⁹ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 18800).

⁸⁰ Se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartados b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminaciones graves; y d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta declaración del estado de alarma afecta a todo el territorio español. El artículo 118.2 de la Constitución española dispone al respecto: «El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en el Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración».

Por su parte, al amparo de la disposición final segunda del Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, resultaba necesario introducir modificaciones orientadas a reforzar la protección de la salud pública y asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales, se aprueba el Real Decreto Ley 465/2020, de 7 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁸¹ Modificado por el Real Decreto Ley 465/2020, de 17 de marzo.

⁸² Roj. AJPI 9/2020; Id Cendoj: 38038420072020200001.

⁸³ Roj. AJPI 12/2020. Id Cendoj: 38038420072020200004.

⁸⁴ Roj. AJPI 10/2020. Id Cendoj: 38038420072020200002.

⁸⁵ Roj. AJPI 11/2020. Id Cendoj: 38038420072020200003.

⁸⁶ Roj. AJPI 6/2020; Id Cendoj: 08019420512020200001.

⁸⁷ Roj. APJI 8/2020; Id Cendoj: 08019420512020200003.

⁸⁸ Roj. AJPI 5/2020; Id Cendoj: 28007420072020200001.

⁸⁹ GÓNZALEZ DEL POZO J.P. (2020). La incidencia de la declaración del estado de alarma del 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visita de los menores, *Diario La Ley*, número 9600, sección Tribuna, de 24 de marzo, 1, 2 y 6.

⁹⁰ En esta línea, REY GONZÁLEZ, P. (2020). Estado de alarma ¿se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores para con los menores si no se cumplen en sus propios términos?, *Diario La Ley*, número 9607, sección Tribuna, de 3 de abril, 2-3 indicando al respecto que queda en suspenso el régimen de visitas o guarda y custodia compartida, salvo mejor acuerdo de los cónyuges y siempre que no pongan en peligro la solicitud de los pequeños ni la ciudadanía española, asimismo, considera que es posible que cuando termine el estado de alarma pueda recuperar el tiempo en cuya compañía no pudo estar. De todas formas, añade que podrá acudir a la vía judicial para ejecutar la resolución incumplida, si bien entiende que dicha acción no prosperará.

⁹¹ Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, 89-90. Precisamente dispone este documento que al no ser un tema de la petición de compensación de visitas una cuestión nueva, que no se había venido planteando hasta ahora, no es posible determinar el número de peticiones que se harán una vezalzada la suspensión, pero es previsible que serán numerosas, dado que no ha sido unánime el criterio a la hora de considerar si el cumplimiento del régimen de visitas era uno de los supuestos de posibilidad de deambulación no prohibido por el artículo 7 del real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y que, en todo caso, se han suspendido las que se cumplían en puntos de encuentro familiar y la mayoría de las intersemanales.

⁹² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2020). Comentarios parciales a las medidas procesales relativas a los juzgados de Familia del Plan de Choque del CJPJ tras el estado de alarma, *Diario La Ley*, número 9618, sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 22 de abril, 10.

⁹³ Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, 58.

⁹⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2020). Comentarios parciales a las medidas procesales relativas a los juzgados de Familia del Plan de Choque del CJPJ tras el estado de alarma, *op. cit.*, 3.

⁹⁵ Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, 97-99 medida número 2.13.

⁹⁶ Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, 100-103, medida número 2.14.

⁹⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2020). Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril, *Diario La Ley, número 9624, sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna* de 4 de mayo, 2.

⁹⁸ La Comisión Permanente del CGPJ ha acordado el día 6 de mayo de 2020 el segundo documento de trabajo relativo a medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma. Conformaba una versión revisada del primer documento, quedando integrado finalmente por un total de 115 propuestas —se han mantenido sin cambios un total de 50 propuestas, se han introducido modificaciones en otras 36, se han eliminado 22, bien por las objeciones recibidas, bien por haber perdido su objeto al haber quedado incorporado este Real Decreto Ley 16/2020—. Este documento recoge propuestas que responden a diversos bloques temáticos, en concreto, el cuarto se centra en el ámbito del derecho de familia, generador de procedimientos de especial sensibilidad y donde órganos judiciales especializados, por lo general se encuentran sobrecargados. La crisis económica afectará a las relaciones económicas existentes entre cónyuges o excónyuges, siendo más previsible el ejercicio de numerosas pretensiones modificativas (afectados por ERTES, despidos, etc.). A ello habrá que añadir las peticiones de compensación de días de visita a los hijos comunes, cuya resolución no puede demorarse por afectar de manera esencial al derecho de los hijos de relacionarse con sus progenitores. En este contexto, se proponen tres tipos de medidas: coyunturales, estructurales y legislativas; así el mantenimiento de los refuerzos acordados hasta el momento en los juzgados de familia, la puesta en marcha de los juzgados pendientes, cuyas fechas previstas eran marzo y junio de 2020 y la modificación del artículo 85 de la LJV que posibilitan acudir a este cauce para dilucidar cuestiones que afecten al derecho de visitas o a la modificación del importe de pensiones como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Asimismo, interesa el establecimiento de la exigencia como requisito de admisibilidad de la demanda en procedimientos de separación y divorcio en el caso de haber hijos menores, de un documento sobre regulación del ejercicio futuro de las responsabilidades parentales y, en caso de solicitud de medidas patrimoniales, la aportación de información económica y patrimonial y de gastos de los hijos menores o mayores emancipados (p. 11).

⁹⁹ En esta línea, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2020). La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores, *op. cit.*, 3-4.

¹⁰⁰ Vid., asimismo, el Real Decreto Ley 12/2020, de 31 de marzo de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género en el que se adoptan una serie de medidas destinadas al mantenimiento y adaptación de los servicios de asistencia integral y protección, estableciendo medidas organizativas para garantizar el adecuado funcionamiento de los servicios destinados a su protección, así como la adaptación de las modalidades de prestación de los mismos a las circunstancias excepcionales a las que se ve sometida la ciudadanía durante estos días.

¹⁰¹ En el Informe presentado por la Asociación Profesional de la Magistratura al primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma dispone que en la revisión de las 25 medidas que se proponen, revelan que en muchos casos no se corresponde con el pausable propósito que, sin duda inspira la iniciativa, ni encuentra encaje en el marco de un plan de choque que pretenda agilizar los procedimientos judiciales en que se ven envueltas las personas (p. 3). Respecto a medidas como la modificación de los artículos 156 y 158 del Código civil y artículo 85 de la LJV a fin de agilizar la tramitación y resolución de peticiones urgentes relacionadas con menores, se indica que, ninguna de estas

medidas es competencia del órgano proponente. Además estas medidas que se proponen deben ser de fácil implantación y previsible eficacia, sin que deban dar lugar a modificaciones normativas que pueden esperar (pp. 5 y 7). Por el contrario se echa en falta medidas que dependen única y exclusivamente del Consejo y que deberían haberse puesto en marcha para estar operativas el día después (p. 7).

¹⁰² Se aprobó Instrucción el 11 de marzo de 2020 mediante el diseño de un nuevo escenario previsto para una situación extrema —Escenario 3— en el que solo se mantienen los servicios esenciales de la Administración de Justicia, garantizando las actuaciones esenciales que han acordado el Consejo General Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado. En reunión del Consejo General del Poder Judicial del 12 de marzo de 2020 se completó la Instrucción aprobada el 11 de marzo mediante el diseño de un nuevo escenario.

¹⁰³ BOE, número 116, de 25 de abril de 2020, 30.361 a 30.364.

1.3. Derechos Reales

Los efectos del COVID-19 en el derecho inmobiliario: especial referencia a las moratorias hipotecarias

The effects of COVID-19 on real estate law: special reference to mortgage moratorium

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: No cabe duda de que el coronavirus COVID-19 va a suponer un punto de inflexión en muy diversos aspectos de la vida social, económica y jurídica de los países afectados. La crisis sanitaria, seguida de la tremenda crisis económica que se avecina, ha hecho que los gobiernos adopten una serie de medidas que van a cambiar las estructuras tradicionales de muchas instituciones. Tal es el caso de lo que está ocurriendo en el sector inmobiliario que, como muchos otros, se ha visto afectado por esta crisis. En este trabajo se pretende analizar y poner de relieve los principales cambios que se han producido con respecto al derecho inmobiliario, que afectan al arrendamiento de viviendas y locales comerciales y, por supuesto, a la hipoteca como instrumento de crédito territorial principal para acceder a aquellas, a la que dedicamos una especial atención en este breve trabajo, analizando las moratorias hipotecarias con mayor detenimiento.

ABSTRACT: *There is no doubt that the COVID-19 coronavirus will represent a turning point in many different aspects of the social, economic and legal life of the affected countries. The health crisis that it has entailed, followed by the tremendous economic crisis that is coming, has caused governments to adopt a series of measures that will change the traditional structures of many institutions. Such is the case of what is happening in the real estate sector that, like many others, has been affected by this crisis. This paper aims to analyse and highlight the main changes that have occurred with respect to real estate law, which affect both the ownership of houses and commercial premises, as well as the tenancy and, of course, the mortgage as an instrument of main territorial credit to access them, paying special attention to the later.*

PALABRAS CLAVE: Derecho inmobiliario. Arrendamiento. Hipoteca. Moratoria. COVID-19.

KEY WORDS: *Real estate law. Tenancy. Mortgage. Moratorium. COVID-19.*

SUMARIO: I. PANORAMA ECONÓMICO INMOBILIARIO TRAS EL COVID-19.—II. MEDIDAS URGENTES LEGISLATIVAS EN MATERIA INMOBILIA-

RIA: MARCO NORMATIVO: 1. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE HIPOTECA. 2. MEDIDAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS.—III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MORATORIAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: 1. SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO CONSECUCENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 2. MORATORIA EN EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PANORAMA ECONÓMICO INMOBILIARIO TRAS EL COVID-19

El sector inmobiliario en España ha tenido y tiene una importancia fundamental en nuestra economía, y las operaciones patrimoniales que en el mismo se desenvuelven desempeñan, asimismo, una función económica, familiar y social de primer orden.

Desde el punto de vista económico, el sector de la construcción ha representado históricamente en España entre el 7 y 10 por ciento del valor añadido bruto (VAB) total, entre el 7 y 13 por ciento del empleo y en torno al 60 por ciento de la formación bruta de capital fijo¹, y los sectores implicados en el mismo representan cerca del 10% de nuestro Producto Interior Bruto (PIB)².

De igual forma, tal y como recoge la Estadística Registral Inmobiliaria (ERI) para 2019, en los últimos 30 años, la evolución del mercado inmobiliario ha llevado «a que los bienes inmuebles representen la mayor parte del patrimonio económico de las familias, así como que la financiación garantizada por el valor de los mismos haya constituido más del 50 por ciento del saldo vivo de los créditos otorgados por las entidades financieras en determinados periodos»³.

En el último cuatrimestre de 2019, tras un año de aumento de las operaciones inmobiliarias y su reflejo en un aumento del Índice de la Actividad Registral (IAR), sin embargo, se inició un descenso que hoy, en mayo de 2020 y como consecuencia del cese de actividad decretado por el estado de alarma, se ha convertido en caída libre. De este modo, el número de compraventas de vivienda ha registrado su tercer descenso trimestral consecutivo en 2020, con una reducción del -4,21%, alcanzando las 117.387 compraventas en el último trimestre. En vivienda nueva se han registrado 21.902 compraventas, con un crecimiento del 3,78%, y en vivienda usada 95.485 compraventas, con una reducción del -5,87%. Con respecto al mismo trimestre de 2018 el descenso interanual ha sido del -2,34%.

El endeudamiento hipotecario se ha mantenido en rangos muy similares al año pasado, creciendo el endeudamiento por vivienda un 1,51% en el último trimestre de 2019, registrando un importe medio de 130.310 euros⁴.

Pero, como hemos adelantado, estos datos que, si bien suponen en algún aspecto un receso en relación con los de los trimestres anteriores, siguen marcando la tónica de la lenta recuperación del sector inmobiliario desde la crisis de 2008, dato que confirma el índice registral de la actividad inmobiliaria (IRAI) que se mantiene estable, con una tasa de crecimiento acumulativa media trimestral de 1,56%, en el periodo comprendido entre el primer trimestre de 2014 y el último de 2019⁵.

Tras esta lenta mejoría experimentada por el sector tras la fuerte crisis financiera de 2008, la incidencia del coronavirus ha supuesto, de nuevo, una ralentización del sector que, en términos globales, ve empeorar de manera súbita y estrepitosa las cifras de operaciones realizadas en estos dos últimos meses, y que se prevé que seguirá descendiendo en los siguientes.

Podemos decir que enero y febrero de 2020 finalizaron con buenos datos para el sector, y que en marzo todavía se han cerrado nuevas operaciones consecuencia de los meses anteriores, pero, sin embargo, abril ha sido un mes negro para el sector de la vivienda usada donde no se han realizado operaciones (este sector representa entre el 75% y el 80% de las compraventas de vivienda en España), y lo será también para la venta de obra nueva por la paralización del sector de la construcción durante el periodo de 15 días en el estado de alerta. Para retornar las cifras normales del sector, los españoles deberían firmar alrededor de 42.000 unidades al mes, y esa recuperación en los meses de abril, mayo e incluso junio parece muy improbable, pues probablemente las transacciones sean prácticamente nulas, sobre todo en la compraventa de viviendas⁶, empezando a recuperarse a partir de junio-julio, considerando los expertos del sector que no se volverá a esa cifra hasta fin de año o 2021⁷.

Además del parón en las transacciones por la falta de actividad, el obligado confinamiento y cese de actividad, en estos meses se produce otro fenómeno que afecta gravemente al sector inmobiliario: la falta de pago de los arrendamientos y de los préstamos hipotecarios que financian las compraventas de inmuebles. El no poder ejercitar las actividades profesionales propias ha hecho que muchos autónomos no tengan ingresos y que muchos asalariados se hayan visto inmersos en un ERTE (Expediente Regulación Temporal de Empleo), lo que les ha impedido hacer frente a sus obligaciones de pago de la renta y del préstamo hipotecarios, produciéndose una situación inusual de mora inesperada que afecta por supuesto al sector, y a la que el derecho debe intentar dar una solución.

De este modo, y ante este panorama inmobiliario tan negativo, consecuencia del COVID-19, el gobierno ha tenido que aprobar una serie de medidas urgentes para tratar de hacerle frente, que son las que examinamos a continuación, así como las consecuencias y problemas jurídicos que suscitan.

II. MEDIDAS URGENTES LEGISLATIVAS EN MATERIA INMOBILIARIA: MARCO NORMATIVO

Dos han sido principalmente las normas que han regulado las cuestiones inmobiliarias a raíz de la emergencia sanitaria del COVID-19, ambas, Decretos Leyes, como era lógico debido al carácter de urgencia propio de esta emergencia. Estas reformas legislativas se han centrado, a su vez, en dos aspectos claves para el sector inmobiliario: las hipotecas, (su moratoria y prolongación de la suspensión de lanzamientos consecuencia de ejecuciones hipotecarias), y arrendamientos (también la moratoria de pago de los mismos y la prórroga de los contratos que llegaban a su fin). Además, en ambos aspectos se han aprobado ayudas económicas para las personas en situación de vulnerabilidad, como consecuencia del COVID-19, para que puedan hacer frente a estos pagos de rentas e hipotecas. Las normas que han regulado estos aspectos han sido, para los arrendamientos, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (parcialmente ampliado por el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril) y en materia de hipotecas el Real Decreto Ley 8/2020, de 31 de marzo; además de otros decretos leyes y órdenes ministeriales que les acompañan concretando ciertos detalles, como veremos a continuación.

1. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE HIPOTECA

A) La primera norma que produce una modificación legal en materia hipotecaria en este periodo ha sido el Real Decreto Ley 6/2020 de 10 de marzo, que

modifica la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario, justo antes incluso de que se decretara el estado de alarma inicial, como medida paliativa a la crisis económica que ya se aventuraba.

El artículo 2 de este Real Decreto Ley⁸ establece una nueva prórroga en la suspensión de los lanzamientos consecuencia de las ejecuciones hipotecarias de las viviendas habituales para las personas que ya la Ley 1/2013 consideraba en el umbral de exclusión. Recordemos que la Ley 1/2013 estableció una suspensión de lanzamientos para estas personas, en principio, de dos años; inmersos en las consecuencias de la crisis financiera del momento, esta suspensión se prorrogó a su vez por la Ley 25/2015 de 28 de julio, que amplió esta moratoria 2 años más, a 4 años (hasta 2017), y volvió a ampliarse a 7 años (2020) por el Decreto Ley 5/2017, añadiendo además que el ejecutado pudiera optar por un alquiler en base al Código de Buenas Prácticas.

Así las cosas, y cuando ya debía terminar la suspensión de los lanzamientos, se presenta la nueva crisis sanitaria —y por ende económica— del coronavirus y el Real Decreto Ley 6/2020 vuelve a prorrogar esta moratoria 4 años más, hasta 11 años desde el inicio de la misma (2024). Por lo tanto, la suspensión de lanzamientos por dos años, que se preveía como una medida transitoria de salida de la crisis de 2008, parece que ha llegado para quedarse, siendo ya un aplazamiento de 11 años.

Hay que decir que el colectivo de personas que pueden utilizar esta medida es muy escaso, pues el umbral de exclusión referido en la inicial Ley 1/2013, era tan bajo, que pocas personas pudieron adherirse al mismo. Hoy, con la situación del COVID-19, como a continuación exponemos, se dan nuevos criterios de personas vulnerables. El propio artículo 2 de este Real Decreto Ley lo amplía a familias monoparentales y modifica los criterios de vulnerabilidad, ampliando el nivel de rentas posibles para acogerse a dicha suspensión. Ahora podrán solicitar la moratoria aquellas familias en las que «el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples»; mínimo que se puede ampliar a cuatro o cinco veces en caso de discapacidad del ejecutado, y también se tendrá en cuenta el número de hijo de cada familia. Son, por tanto, unos criterios un poco más laxos —probablemente más adecuados a la realidad— que los previamente establecidos en la Ley 1/2013, por lo que entendemos que un mayor número de personas se verá beneficiado por ello.

Podemos resumir que, hoy, para la suspensión del lanzamiento se requieren los siguientes requisitos:

- Ejecución de la vivienda habitual, no de otros inmuebles.
- Personas en situación de vulnerabilidad (se amplía este concepto, incrementando límite de ingresos de la unidad familiar, así como teniendo en cuenta las familias monoparentales y número de hijos).
- Afecta también a los adjudicatarios de la vivienda, tanto sean personas físicas como jurídicas, distintas de las entidades de crédito, únicos adjudicatarios a los que afectaba esta suspensión con anterioridad.

B) Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. Este Decreto Ley es el que recoge el grueso de los cambios o modificaciones legislativas en materia de hipoteca, aunque ha sido también modificado y matizado por el Real Decreto Ley 11/2020. Estos cambios, que desgranamos a continuación, se resumen básicamente en que se establece una moratoria en el pago de préstamos hipotecarios para aquellas personas en situación de vulnerabilidad.

De este modo, dedica los artículos 7 al 16 a regular la moratoria, el ámbito de aplicación, los criterios que determinan la vulnerabilidad, y el procedimiento de solicitud y concesión de dicha moratoria, así como sus efectos.

El artículo 7 del Real Decreto Ley 8/2020 establece la moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios⁹ de las viviendas habituales, de los inmuebles afectos a la actividad profesional y empresarial y de viviendas distintas de la habitual en situación de alquiler a personas en situación de vulnerabilidad. El ámbito objetivo por tanto se amplía, trasciende de la vivienda habitual, para afectar a nuevos inmuebles, cuyo pago se puede ver afectado como consecuencia de la paralización de la actividad económica del estado de alarma, bien sea directamente (los inmuebles donde los autónomos o empresas ejercen su actividad, porque dejan de tener ingresos) o indirectamente (los inmuebles que sin ser vivienda habitual, ni estar afectos a una actividad profesional, se dedicaban al alquiler por sus propietarios, y al no recibir la renta de sus inquilinos, no pueden hacer frente al pago de la hipoteca).

De igual forma, se amplía el ámbito subjetivo de la moratoria¹⁰, pues ya no solo se pueden beneficiar de ella los deudores hipotecarios en quienes concurra la situación de vulnerabilidad, si no también sus avalistas o fiadores (art. 8), quienes, además, podrán exigir que la reclamación se dirija en primer lugar frente al patrimonio del deudor, aunque hubieran renunciado al beneficio de excusión (art. 10)¹¹.

Los criterios para determinar que el deudor hipotecario se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, como consecuencia del COVID-19, son los siguientes (art. 9):

- El deudor debe estar en desempleo, y si es empresario o profesional, debe haber sufrido una pérdida sustancial de ingresos, o caída igualmente sustancial de sus ventas. El legislador no define, ni nos da pautas para entender qué debe entenderse por «sustancial»; cuestión que facilitaría mucho las cosas.
- El conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no puede superar, en el mes anterior a la solicitud, los límites establecidos en el Decreto Ley que, con carácter general, no superan el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (IPREM). Este límite se incrementará, al igual que antes, según el número de hijos, si es familia monoparental, mayor de 65 años, o discapacitado o dependiente.
- La cuota hipotecaria más todos los gastos debe ser igual o superior al 35% de los ingresos netos de la unidad familiar.
- Que como consecuencia del COVID-19 se haya producido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, dando a continuación las pautas pertinentes para considerarlo.

Probablemente, una de las cuestiones más interesantes que establece el Real Decreto Ley, una vez aprobada y concedida la moratoria, es la relativa a sus efectos (art. 14)¹²: la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses; no debe pagarse la cuota hipotecaria ni los intereses correspondientes. De igual forma, se impide la posibilidad del vencimiento anticipado, aunque estuviera recogido en la correspondiente cláusula del contrato. Es lógico que si lo que se quiere es «suspender» el pago del préstamo hasta que se llegue a una mejor situación económica, se impida la posibilidad de darlo por vencido anticipadamente por la falta de pago en esos meses en que esta se haya acordado.

Igualmente, es lógico que se suspenda también el pago de intereses moratorios durante el periodo de suspensión; si no hay obligación del pago de la deuda, no puede considerarse técnicamente al deudor en mora (art. 15)¹³.

Dentro del procedimiento para solicitar y obtener la moratoria queremos destacar que es el deudor hipotecario, en quien concurren las características descritas, quien debe solicitarla, y que la entidad acreedora no puede rechazarlo, si no que se verá obligada a implantar la moratoria en un periodo de 15 días desde la solicitud, sin que sea necesario un acuerdo entre las partes, y que esta moratoria no supondrá novación alguna del contrato, pero que, sin embargo, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para su conocimiento y oponibilidad por los terceros afectados por la misma.

2. MEDIDAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS

Probablemente los mayores cambios se han producido en materia de arrendamientos, tanto de la vivienda habitual como en los de uso distinto de vivienda (locales e inmuebles destinados a una actividad profesional y empresarial).

A) El RDL 11/2020, de 31 de marzo recoge en sus artículos 1-10 las medidas que se han tomado con respecto a los arrendamientos de vivienda habitual, como consecuencia del confinamiento debido al coronavirus. Entre ellas, destacamos:

a) Suspensión extraordinaria del lanzamiento en los procedimientos de desahucio por impago de renta de las viviendas habituales de las personas en situación de vulnerabilidad por causa del COVID-19, y que demuestren la imposibilidad de acceso a otra vivienda. Las personas que acrediten esta circunstancia y así lo soliciten podrán obtener la paralización del lanzamiento de su vivienda, y/o de los plazos del procedimiento de desahucio por falta de pago de la renta, desde su solicitud hasta un periodo de 6 meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley (art. 1).

b) Prórroga obligatoria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, regidos por la LAU, que llegarán a su fin¹⁴, desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley y hasta dos meses después de finalización del estado de alarma, por un periodo máximo de 6 meses mas (art. 2). Esta prórroga debe ser aceptada por el arrendador salvo que se haya llegado a un acuerdo distinto entre las partes.

c) Se establecen, asimismo, moratorias arrendaticias, que suponen la suspensión del pago de la renta¹⁵. En este caso, el régimen es distinto si el arrendador es un gran tenedor (más de 10 inmuebles en alquiler) o persona jurídica (empresa o entidad pública), o si no lo es. Si se trata de un gran tenedor o entidad pública o privada, la moratoria en el pago o la condonación es obligatoria (si no se hubiera llegado a un acuerdo anterior distinto), y el arrendador deberá elegir entre una reducción del 50% de la renta o una moratoria, mientras dure el estado de alarma y mensualidades siguientes sin que se superen los 4 meses (art. 4). Si el arrendador es una persona física podrá aceptar, o no, la solicitud de aplazamiento de pago hecha por el arrendatario; solicitud que se podrá hacer a falta de acuerdo previo entre las partes, que pueden proponer, o no, otras medidas paliativas (art. 8). La voluntad del arrendador en este caso es decisiva, al contrario de lo que ocurre para grandes tenedores o entidades. Esto nos plantea que el arrendatario puede verse perjudicado por este distinto régimen, ya que cuando su arrendador sea un particular, puede no aceptar la moratoria. No se entiende bien que una medida en principio protectora del arrendatario le pueda

llegar a perjudicar por tratar de ser demasiado incisivo con el gran arrendador (que, además, son la menor parte en nuestro país).

Los criterios de vulnerabilidad de los arrendatarios son muy parecidos a los establecidos para la moratoria hipotecaria, y al igual que en aquella son concurrentes (art. 5):

a) que el arrendatario esté desempleado, en un ERTE, o haya reducido su jornada laboral por cuidados, lo que implique una «pérdida sustancial» de ingresos —sin especificar qué se entiende por ello—, no alcanzando los ingresos de la unidad familiar a tres veces el IPREM, límite que se incrementa por número de hijos, familia monoparental, mayores de 65 años y discapacidad o dependencia del arrendatario. b) Que el importe de la renta, más gastos y suministros básicos mensual sea al menos el 35% de los ingresos totales de la unidad familiar. c) Se excluyen del concepto de personas vulnerables aquellos arrendatarios que tengan otra vivienda en propiedad o usufructo, salvo que no puedan disponer de ella por causa de separación o divorcio o por otra causa ajena a su voluntad.

Por último, este Real Decreto Ley establece una serie de ayudas para aquellas personas vulnerables que no puedan hacer frente al pago de la renta como consecuencia del COVID-19, ayudas otorgadas mediante avales y en el programa de ayudas a personas vulnerables dentro del Plan estatal de vivienda (arts. 9 y 10)¹⁶.

B) Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril.

Este decreto ley viene a completar las medidas en materia de arrendamiento, ahora para los arrendamientos de uso distinto de vivienda, normalmente inmuebles adscritos a fines empresariales o profesionales, donde PYMES y autónomos desarrollan su actividad. Era lógico que se facilitara también a estos arrendatarios el pago de la renta de sus locales e inmuebles, cuando —probablemente— sean ellos los que han sufrido más duramente las consecuencias del confinamiento, y el cese de actividad consecuente al estado de alarma, que les ha llevado a cerrar sus negocios, y a disminuir «sustancialmente» sus ingresos, como consecuencia de ellos¹⁷.

De nuevo, y como para el arrendamiento de vivienda, se establece un distinto régimen para los grandes tenedores y las personas particulares. Para los grandes tenedores (art. 1), si no se ha llegado a un acuerdo previo, la moratoria es obligatoria y automática durante el periodo que dure el estado de alarma, y como máximo 4 meses más, a devolver en un periodo máximo de dos años desde que cese la situación que lo provocó, siempre que el contrato esté en vigor. Si el arrendador es una persona física (art. 2), y no se ha llegado a un acuerdo con el arrendatario (PYMES o autónomos), este podrá solicitar la moratoria a la que se refiere este Real Decreto Ley, pero aquel no parece obligado a aceptarla. Podrán pactar la utilización de la fianza como pago de la renta arrendaticia, debiendo reponerla el arrendatario en el plazo de 1 año.

Los requisitos de PYMES y autónomos para beneficiarse de estas medidas son (art. 3): a) acreditar su condición de PYMES, conforme al 257.1 LSC, o su alta en el régimen de autónomos, b) que su actividad haya quedado suspendida por el RD 463/2020 que decretó el estado de alarma por COVID-19, o si no lo hubiera sido, que acrediten un 75% de disminución de la facturación con respecto a la del año anterior.

La verdad es que sorprende, como bien apunta CUENA CASAS¹⁸, la exigua solución que da el legislador a los arrendamientos de uso distinto de vivienda,

cuando el arrendatario es una PYME o autónomo y el arrendador no es un gran tenedor (solo son el 4% de ellos). En este caso, la solución propuesta es el acuerdo entre las partes, negociar, que ellos traten de solucionar el tema y, si no hay acuerdo, no hay medida paliativa para el arrendatario. Para decir que las partes pueden llegar a un acuerdo, existiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes en nuestro ordenamiento, creo que no era necesario este Real Decreto Ley. El legislador debía proponer alguna otra medida que compensara el desequilibrio contractual en el que se encuentran las partes como consecuencia del cese de actividad, ya que el arrendador puso en posesión del inmueble al arrendatario, pero ahora no puede usarlo por prohibirlo la ley en el estado de alarma (pero no existe imposibilidad originaria, ni tampoco sobrevenida¹⁹), mientras que el arrendatario tiene que seguir pagando la renta. En estos casos, sin acuerdo, solo quedará acudir a la vía judicial para que el juez aprecie —o no— la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y la modificación de las condiciones, de la renta o del aplazamiento de pago. Otra solución podría ser, la que propone CUENA CASAS, similar a la del 1575 del Código civil, con una reducción del 50% de la renta cuando no puede utilizar el inmueble por obras en él.

El caso de los arrendamientos de vivienda es diferente porque en ellos no se da la imposibilidad de utilización del inmueble, donde siguen residiendo, no existiendo un desequilibrio contractual de las prestaciones como en el caso anterior, si no que, realmente, se necesita un apoyo al arrendatario que se ha visto en una situación de vulnerabilidad económica que le dificulta el pago, una situación de insolvencia temporal que genera una necesidad social de procurarle vivienda. En estos casos, el acuerdo entre las partes es necesario, y si no se llega a él, el arrendatario tendrá ayudas que deberá devolver (por lo cual no es que sea la solución ideal para él); y si no se llega a ese acuerdo, entiendo que, también, podrá aplicarse la cláusula *rebus* por los tribunales, que persigue la modificación o adecuación de los contratos a las circunstancias extraordinarias como esta. Creo que tendría perfecta aplicación, sobre todo tras las STS de 30 de junio de 2014²⁰, en el contexto de la crisis anterior (mejor todavía en este caso que en aquel), y se trataría de adaptar el contrato para mantenerlo²¹. El problema, de nuevo, es que, si hay que esperar a la resolución por los tribunales, a lo mejor es una solución tardía.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MORATORIAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Como hemos explicado en el apartado anterior, dos han sido las medidas principales que el ejecutivo ha tomado con respecto de los préstamos hipotecarios: a) Ampliación de la moratoria en la suspensión de los lanzamientos, consecuencia de la ejecución hipotecaria ya iniciada en la Ley 1/2013 de protección al deudor hipotecario, y b) nueva moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios para personas vulnerables. Analizamos, a continuación, los debates y cuestiones prácticos que suscitan ambas medidas.

1. SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El Real Decreto Ley 6/2020 amplía, una vez más, el plazo de suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual de aquellas personas que

estuvieran en situación de vulnerabilidad como consecuencia del COVID-19. El inicial plazo de 2 años se ha convertido, gracias a las sucesivas prórrogas, en un —más que extenso— plazo de 11 años. Estos 11 años de moratoria traen como consecuencia la posibilidad de dotar de una vivienda a las personas vulnerables, pero, también, supone el impago del préstamo hipotecario, la dificultad de cobro y la imposibilidad de realización de la hipoteca, perdiendo esta totalmente su función de garantía.

Nos planteamos si la función social de la propiedad es causa que justifique plenamente esta limitación en el ejercicio del derecho real de hipoteca, y el alargamiento de esta situación inicialmente «temporal». Como medida de carácter transitorio que era, no vemos aconsejable sus sucesivas prórrogas a través de normas puntuales de carácter temporal; corre el riesgo de convertirse en «normal» y «permanente» algo que en principio no debería serlo. Y si lo fuera, por la verdadera necesidad de impedir el lanzamiento a determinados colectivos vulnerables, a lo mejor, el legislador debería afrontar la situación de otra forma, con una modificación permanente de la ejecución hipotecaria en esos casos.

Por otra parte, el título posesorio de las personas que siguen permaneciendo en la vivienda es discutible: ha habido adjudicación en la subasta hipotecaria, luego se ha producido la transmisión de la propiedad al adjudicatario; ¿cuál es el título que justifica ahora su posesión? ¿precario? (el que habita sin título y sin pagar renta o merced), ¿comodato?

El precario se caracteriza por ser una cesión de uso de un inmueble basada en la mera voluntad del propietario o poseedor, que «deja» vivir en ella al precarista, sin determinar en ningún momento la duración, ni el uso o destino del inmueble, sin título que la justifique y sin pagar renta alguna. Como afirma la STS de 2 de octubre de 2008, estableciendo doctrina jurisprudencial «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista...».

Por su parte, en el comodato se produce la cesión de uso de un inmueble por un plazo y uso determinado, tal y como define el Tribunal Supremo, en la STS 3 de diciembre de 2014, que afirma que «el contrato de comodato se define como un contrato de uso por el que una parte entrega a la otra una cosa para que la use, durante un tiempo o para un uso concreto. Son dos partes, comodante y comodatario, donde solo nacen obligaciones para el comodatario, que debe conservar y servirse de la cosa, y, devolverla cuando llegue el plazo pactado o concluya el uso para el que se prestó, aparte del caso de que el comodante tuviese urgente necesidad de ello, conforme al artículo 1749 del Código civil y, como añade el 1750 del Código civil, si no consta plazo ni el uso, el comodante o su causahabiente puede reclamarla a su voluntad».

El comodato se diferencia sobre todo del precario en que en este la cesión del uso no tiene duración ni uso definido o determinado, mientras que sí lo tiene en el comodato. Por eso, nos inclinamos por pensar que el caso descrito se trata de un comodato legal, obligado por la ley, ya que la cesión del uso se justifica en el mandato legal y además, tiene un uso determinado de vivienda, y por un plazo determinado. Pero claro, si el plazo de cesión se va prorrogando legalmente, cada vez más, podríamos incluso plantearnos si realmente este comodato legal tiene una duración determinada, que es connatural a este.

Y por otra parte, derivado de su situación y título posesorio nos planteamos si, como comodatario durante tanto tiempo, sería adecuado que asumiera alguno de los gastos derivados de su posesión: cuota de la comunidad propietarios,

impuestos sobre la propiedad, tasas de basuras, y por supuesto los gastos de luz, agua, etc... (aunque los decretos del estado de alarma, también impiden el corte de suministros de las personas vulnerables).

Esta suspensión mantenida en el tiempo ocasiona problemas jurídicos a los que también debe hacerse frente.

2. MORATORIA EN EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

También hemos examinado antes que los Reales Decretos Leyes 8 y 11/2020 establecen la moratoria, la suspensión del pago de la cuota del préstamo hipotecario para personas vulnerables (su vivienda habitual o distinta de la habitual en alquiler también en suspenso), PYMES y autónomos (inmueble afecto a la actividad empresarial/profesional).

Se trata de una verdadera suspensión, aplazamiento del pago del préstamo hipotecario y no de una condonación parcial (o total), de forma que esa suspensión tiene como efecto que el deudor no pagará ni la cuota debida por principal, pero tampoco los intereses devengados, porque no se devengan al estar suspendido el pago. Lo mismo cabe decir con respecto a los intereses moratorios, que no se devengan porque el deudor no está en mora; ni habrá, en consecuencia, vencimiento anticipado.

Hay que señalar que las personas vulnerables que pueden solicitar —y obtener— dicha moratoria, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que establece el Real Decreto Ley 8/2020, suponen solo el 10,20% del total de posibles beneficiarios afectados por el COVID-19, y el 74,49% cumple de forma parcial alguno de los requisitos de vulnerabilidad, siendo el que cumple la mayoría (un 82%) el de haber perdido el empleo, o sufrir pérdidas del 40%²². Esto indica que, a pesar, de la importancia de la medida, en la práctica va a ser de poca aplicación, debiendo replantearse la acumulación de todos los requisitos si es que se quiere dar opción a mas afectados y desfavorecidos.

En el caso —poco probable por lo que acabamos de ver— de que se cumplan con los requisitos para solicitar la moratoria, y una vez concedida esta (es obligatoria), deberá formalizarse en escritura publica e inscribirse dicho aplazamiento en el Registro de la Propiedad, tal y como dispone el artículo 13.3 Real Decreto Ley 8/2020²³.

Dicha moratoria no supondrá una novación de las condiciones del préstamo hipotecario, es una suspensión del mismo, y aunque conlleva una ampliación del plazo, no podemos hablar de un acuerdo novatorio del préstamo hipotecario. Esto parece incuestionable habida cuenta de que el acreedor se ve obligado a aceptarlo, es una imposición, una modificación legal del contrato de préstamo, sometida a las condiciones que el decreto desgrana, y que opera de forma automática con la sola solicitud del deudor²⁴. No hay, por tanto, verdadera novación, pues no hay voluntad ni consentimiento del acreedor a aquella.

Esta modificación, no novatoria, debe, sin embargo, formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. ¿Para qué? No cabe duda de que su eficacia no es constitutiva, porque la modificación se produce con la sola petición del deudor. Algunos autores han considerado desmesurada esta medida²⁵, y otros la justifican, primero, como título necesario para la consiguiente ejecución hipotecaria, que requiere de título ejecutivo inscrito y, si la solicitud se hiciera en documento privado, se dificultaría esta, a la hora de «emitir el documento fehaciente de liquidación del 573 LEC»; además, sería necesaria para el conoci-

miento y oponibilidad de todos aquellos acreedores posteriores inscritos, a los que dicho aplazamiento puede afectar, pues no contaban con un aumento del plazo de la hipoteca anterior²⁶. Sin embargo, a pesar de que les afecta, no va a ser necesario su consentimiento, tal y como dispone este artículo.

Pero, más allá de lo dicho, merece una reflexión esta nueva posibilidad de ampliación del plazo del préstamo hipotecario.

¿Podemos llegar a considerar que esa ampliación del préstamo hipotecario impuesta puede suponer una alteración del rango de la hipoteca respecto de la parte aplazada? Hay que tener en cuenta que ese nuevo plazo puede perjudicar a los terceros posteriores que ven relegada su posibilidad de cobro hasta que se termine de pagar el préstamo garantizado con hipoteca, mas allá de lo inicialmente previsto y asumido por ellos, por lo que lo «justo» sería que la parte aplazada se postergara en rango a ellos para no perjudicarles, pues contrataron según lo que constaba en el Registro.

Así lo ha considerado tradicionalmente una parte pequeña de la doctrina²⁷ que ha entendido que cualquier aumento del plazo supone una pérdida de rango de la hipoteca en la parte aplazada, basándose en la consideración de la hipoteca como un derecho de realización de valor de importe y plazo determinado, añadiendo a sus argumentos la aplicación por analogía del artículo 1851 del Código civil en materia de fianza y lo dispuesto en el 241RH que requiere, para la posposición de rango, que se determine «la duración máxima de la hipoteca», convirtiéndose este elemento en esencial de la conservación del plazo.

No parece ser esta la consecuencia más adecuada de la ampliación del plazo en el supuesto descrito en el RDL de la moratoria hipotecaria. En primer lugar, porque en dicha moratoria, la ampliación del plazo es de escasa entidad (únicamente tres meses), lo que probablemente no sea un aplazamiento de entidad suficiente para perjudicar tanto a los acreedores posteriores; y en segundo lugar porque la tesis de que la simple ampliación de plazo supone una pérdida de rango registral, ya ha sido rechazada por la DGRN. El Centro Directivo ha afirmado que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como ya dijo en la RDGRN de 27 de noviembre de 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de este debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior.

Este argumento de que la ampliación de plazo no supone pérdida rango ya que, en términos generales, —y como ya he defendido en otras ocasiones²⁸—, solo la ampliación del plazo unida a la ampliación del principal supondrá una pérdida de rango, postergada en la parte ampliada a los terceros inscritos. Este argumento vino a confirmarse con el RD 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que, en su artículo 5.5, establecía para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios, los efectos del artículo 4.3 LSMPH, que es el mantenimiento del rango; luego, incluso la modificación del plazo del préstamo hipotecario hasta los 40 años, que introdujo ese RD, no suponía una pérdida de rango registral.

De este modo, entiendo que la sola ampliación de plazo es una novación modificativa que no altera el rango registral y que, por tanto, puede llevarse a cabo sin perjuicio ni consentimiento de acreedores posteriores.

El Real Decreto Ley 8/2020 es acorde con lo ya admitido por la legislación y la doctrina anterior; con la salvedad de que esta —corta— ampliación de

plazo no puede entenderse ni siquiera como novación, pues esta supone siempre un acuerdo entre las partes y, en este caso, la ampliación del préstamo es consecuencia de la ley. Por eso, esta modificación legal resulta obligatoria para el acreedor, pero también para los terceros inscritos con posterioridad, y sin necesidad de recabar su consentimiento, tal y como establece el artículo 13.3 RDL. Realmente, casi no les afecta por la brevedad del aplazamiento y, aunque lo hiciera, es una obligación legal a la que no pueden oponerse, y por eso se haría vano su consentimiento.

Así las cosas, podríamos plantearnos que la necesidad de la inscripción de esta ampliación, —obligatoria y que deben asumir los terceros posteriores, no ya para su conocimiento y oponibilidad (ya se la da la ley) tal y como sugiere algún autor ya citado— es conveniente para dar oponibilidad a los futuros terceros hipotecarios, adquirentes, por ejemplo, de la finca en cuestión, o nuevos acreedores hipotecarios, para que conozcan que el gravamen sobre la misma se alarga.

Ahora bien, si además del plazo se modifica por ejemplo el principal del préstamo, u otras condiciones ¿estamos ante una novación? Si, tal y como se deduce del último párrafo del artículo 13, y de lo dispuesto en el artículo 4 LSMPH. En este caso, ¿podría inscribirse también sin necesidad del consentimiento de los terceros posteriores inscritos? Entiendo que no, ya que estaríamos ante un supuesto de alteración del plazo + principal, que llevaría o a la necesidad del consentimiento de estos, o a la pérdida de rango para la parte ampliada con el fin de no perjudicarles. Volveríamos a las reglas normales en este sentido de la inscripción de novaciones y, además, sería, en este caso, obviamente necesario el consentimiento del acreedor, y desde el punto de vista de requisitos formales, el acta previa de comprobación —que en el supuesto previsto en el RDL de la simple moratoria no considero necesario—.

Podemos concluir diciendo que esta modificación legal del plazo tiene unos efectos limitados desde el punto de vista registral, ya que la oponibilidad a los terceros posteriores inscritos se la da la propia ley y que, además, tiene más interés para facilitar la ejecución de la propia hipoteca mas adelante, y solo para terceros adquirentes.

IV. CONCLUSIONES

I. El COVID-19 ha supuesto una alteración brusca e inesperada en las estructuras sociales, sanitarias, económicas y por supuesto jurídicas, que han llevado al ejecutivo a tener que asumir y adoptar una serie de modificaciones legales importantes en muchos y variados sectores que, probablemente, y a partir de ahora, van a sufrir un cambio.

II. Esto mismo se ha producido en el sector inmobiliario (una de las potencias de nuestra economía), desde el punto de vista jurídico. De este modo, se han publicado varios Decretos Leyes, con carácter de urgencia, que han cambiado, transitoriamente, el régimen de algunos de nuestras instituciones relacionadas con la vivienda e inmuebles, sobre todo en el sentido de permitir aplazamientos de pago tanto de las rentas derivadas del alquiler como de las cuotas del préstamo hipotecario, así como la suspensión de lanzamientos tanto derivados de desahucios por impago, como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias por la realización de valor de la misma.

III. Las normas fundamentales que han recogido estos cambios han sido: Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo y Real Decreto Ley 8/2020 en materia

de hipotecas, y los Reales Decretos Leyes de 11/2020 de 31 de mayo y 15/2020 de 21 de abril, que recogen las medidas más importantes en materia de arrendamientos. Estas son: la suspensión de los lanzamientos y desahucios, prórroga de los contratos de arrendamiento de vivienda que terminen durante el estado de alarma y moratoria en el pago de los alquileres de viviendas de personas vulnerables por el COVID-19 y de locales de negocios de PYMES y autónomos, cuya actividad haya cesado y que hubieran sufrido un descenso en la facturación del 75% como consecuencia del coronavirus. Esta suspensión del pago de la renta, prestación debida por el arrendatario, no puede entenderse debida a una imposibilidad sobrevenida de la prestación del arrendador (consecuencia de un supuesto de fuerza mayor), puesto que este ya puso en el goce pacífico de la cosa al arrendatario. Sobre todo, en arrendamientos de locales comerciales o de industria, se trata más bien de un supuesto de mayor onerosidad para el arrendatario que no puede usar del local, y que puede llegar a suponer un desequilibrio económico en el contrato, pudiendo instar, en su caso y con posterioridad la aplicación de la cláusula *rebus*.

IV. Los Reales Decretos Leyes 6/2020, de 10 de marzo y 8/2020, en materia de hipotecas, establecen la suspensión del lanzamiento derivado de la ejecución hipotecaria para personas en situación de vulnerabilidad, y la moratoria del pago del préstamo hipotecario durante el estado de alarma y hasta tres meses después de las personas vulnerables con relación a su vivienda, de PYMES y autónomos en relación a los inmuebles afectos a su actividad empresarial/profesional, cuando hubieran bajado sus ventas al menos en un 40%, y para aquellas hipotecas de viviendas en alquiler; cuando este hubiera cesado su pago, también por causa del Covid.

V. Con respecto a la suspensión del lanzamiento hipotecario, nos planteamos los problemas derivados del extenso carácter «transitorio y excepcional» del mismo, pues ya dura 11 años desde la primera moratoria. No creemos adecuado el «aplazamiento aplazado», que va convirtiendo en estable una moratoria extraordinaria; a lo mejor el legislador debería afrontarlo de otra forma. Esto, además, tiene consecuencias en cuanto al título en virtud del cual posee la persona que no ha sido lanzada, pues ya no es propietario, ya que existe adjudicación. Entendemos que posee en virtud de un comodato legal, pero si el plazo se sigue alargando, puede que debamos hablar de precario, con las diferentes consecuencias que esto supone. Además, se generan otras dudas por esta extraña situación, relativas al estado posesorio, como quién debe pagar los gastos derivados de esa posesión y de la propiedad del inmueble.

VI. En relación con la suspensión de pago del préstamo hipotecario, el aplazamiento del pago, hay que decir que se trata de una modificación legal y obligatoria del contrato de préstamo hipotecario, de eficacia directa, con la sola solicitud del deudor; no se trata de una verdadera novación, que implica el acuerdo entre las partes.

VII. Además, su constancia en escritura pública e inscripción en el Registro no tiene efectos constitutivos, y es necesaria para facilitar la ejecución, pues esta requiere un título ejecutivo inscrito, amén de sus efectos de oponibilidad a terceros adquirentes, sin que sea realmente necesaria para la oponibilidad a los terceros ya inscritos con posterioridad, pues es la propia ley quien la otorga.

VIII. Nos planteamos si ese nuevo aplazamiento supone —o debe suponer— para la parte aplazada, una pérdida de rango hipotecario. Entendemos que no, ya que el simple aumento de plazo que no vaya unido a un aumento de capital o, desde luego, de la responsabilidad hipotecaria, u otras modificaciones, no conlleva pérdida de rango registral.

IX. En definitiva, en un periodo excepcional se establecen medias excepcionales que alteran el devenir de figuras propias de nuestro ordenamiento. Pero, la escasa, confusa y dubitativa regulación que se ha hecho de estas cuestiones de derecho privado inmobiliario en España, nos lleva a advertir de los problemas que las mismas pueden ocasionar por su falta de precisión, o de acierto en su aplicación.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 2 de octubre de 2008
- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 18 de enero de 2013
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 3 de diciembre de 2014

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 27 de noviembre de 1999

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La formalización en escritura pública de las moratorias de préstamos consecuencia del Covid. *Notarios y Registradores*. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/formalizacion-escritura-publica-moratorias-préstamos-covid-19/>
- CARRASCO PERERA, A. (2020). Permítame que le cuente la verdad sobre el COVID-19, y Fuerza Mayor. *Revista Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 17 de abril, 1-11, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf.
- CHAVES RIVAS, A. (2009). Ampliación de plazo y rango. *El Notario del siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto de 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, 1-7.
- CUENA CASAS, M. (2020). Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto..., *Blog Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/moratoria-en-los-arrendamientos-de-locales-de-negocio-y-suspension-de-actividad-economica-a-causa-de-la-pandemia-por-covid-19-legislando-para-la-foto/>.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo de 2020), 15-46.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2014). Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo. *RCDI*, núm. 742, marzo-abril, 662 a 680.

- ORDUÑA MORENO, J. (2020). *La rebus en tiempos de crisis. Webinar Vlex*, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=T-gQP7iEGVo>.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales. *Blog Almacén de Derecho*, disponible: <https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/>

DOCUMENTOS

- ASUFIN. (2020). Moratoria hipotecaria. Disponible en https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_04_GRAFICOS_COVID_MORATORIA_DEF.pdf
- AUCAL BUSINESS SCHOOL. (2020). Disponible en <https://www.noticiasinmobiliaria.com/crisis-en-el-sector-inmobiliario-compraventas-de-viviendas-bajando-debido-al-covid-19/>.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. (2019). Estadística Registral Inmobiliaria (ERI). Disponible en <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>. [Consulta: 10 de abril de 2020].
- (2019). Índice Registral de Actividad Inmobiliaria (IRAI). Disponible en <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/irai/>. [Consulta: 10 de abril de 2020].
- <https://elpais.com/economia/negocio/2020-03-27/el-mercado-de-la-vivienda-se-queda-sin-clientes.html>
- https://www.elespanol.com/invertia/observatorios/vivienda/20200402/sector-inmobiliario-da-perdida-compraventa-viviendas/479203219_0.html
- <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/04/01/781497-sociedad-de-tasacion-la-compraventa-de-viviendas-no-se-recuperara-hasta-finales-de>

NOTAS

¹ Según recoge el Índice Registral de Actividad Inmobiliaria (IRAI), 2019, del Colegio de Registradores de España. <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/irai/>. [Consulta: 10 de abril de 2020].

² El sector inmobiliario, excluyendo la construcción, que en los últimos años (2014-18) ha experimentado una subida del 34%, después de la crisis de 2008. Véase en Instituto Nacional de Estadística. Disponible en <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/listaoperaciones.htm>. [Consulta: 20 de marzo de 2020].

³ Véase Estadística Registral Inmobiliaria (ERI) 2019, del Colegio de Registradores. Disponible en <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>. [Consulta: 10 de abril de 2020].

⁴ Estadística Registral Inmobiliaria (ERI), cuarto trimestre 2019. Disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/148210/ERI_4T_2019.pdf/1399a583-1d16-a1aac29-71847ea17a79?t=1581507823547.

⁵ Véase Índice Registral de Actividad Inmobiliaria (IRAI), Informe cuarto trimestre 2019. Disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/148186/IRAI_2019_4T.PDF/e8525fe1-8a05-391e-ad35-f34d3c63a6c2?t=1585152968532.

⁶ Se estima la bajada en la compraventa de viviendas entre un 20% para los más optimistas y un 60% en todo 2020, y en los meses de abril-mayo, de un 60%.

⁷ Sobre estos datos, véase AUCAL BUSINESS SCHOOL, en <https://www.noticiasinmobiliaria.com/crisis-en-el-sector-inmobiliario-compraventas-de-viviendas-bajan-debido-al-covid-19/>.

Recoge a su vez las opiniones de los expertos expresadas en:
<https://elpais.com/economia/negocio/2020-03-27/el-mercado-de-la-vivienda-se-queda-sin-clientes.html>

https://www.lespanol.com/invertia/observatorios/vivienda/20200402/sector-inmobiliario-da-perdida-compraventa-viviendas/479203219_0.html

<https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/04/01/781497-sociedad-de-tasacion-la-compraventa-de-viviendas-no-se-recuperara-hasta-finales-de>

⁸ Artículo segundo. Modificación 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.

Uno. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactado como sigue: «1. Hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

Dos. La letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada del siguiente modo: «b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo».

Tres. La letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada como sigue: «a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en: i. 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales; ii. 0,10 veces el IPREM para el resto de familias».

⁹ Artículo 7. Moratoria de deuda hipotecaria.

1. Se establecen medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales y de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler, conforme al artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19 desde este artículo y hasta el artículo 16ter de este Real Decreto Ley, ambos incluidos.

2. A los efectos de la moratoria de deuda hipotecaria a la que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de empresarios y profesionales las personas físicas que cumplan las condiciones previstas en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹⁰ Artículo 8. Ámbito de aplicación de la moratoria de deuda hipotecaria.

1. Las medidas previstas en este Real Decreto Ley para la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto Ley cuya finalidad fuera la adquisición de vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales se aplicarán a dichos contratos cuando concurren en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, para entender que está dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica.

2. Estas mismas medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

¹¹ Artículo 10. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores.

Los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

¹² Artículo 14. Efectos de la moratoria.

1. La solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 conllevará la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y la consiguiente inaplicación durante el periodo de vigencia de la moratoria de la cláusula de vencimiento anticipado que, en su caso, constara en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

La duración de la suspensión podrá ser ampliada por Acuerdo del Consejo de Ministros.

2. Durante el periodo de vigencia de la moratoria a la que se refiere el presente capítulo la entidad acreedora no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengarán intereses.

¹³ Artículo 15. Inaplicación de intereses moratorios.

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, no se permitirá la aplicación de interés moratorio por el periodo de vigencia de la moratoria.

2. Esta inaplicabilidad de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto Ley.

¹⁴ Y sus respectivas prórrogas obligatorias del artículo 9.1 y la tática del 10.1 LAU.

¹⁵ El RD 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, amplía el plazo de solicitud de estas moratorias hasta el 30 septiembre 2020 (art. 4.1).

¹⁶ Estas ayudas, han sido desarrolladas por las siguientes órdenes ministeriales: La Orden TMA 336/2020, de 9 de abril, que modifica y sustituye el programa de ayudas del Plan Estatal de vivienda 2018-21 para arrendatarios vulnerables, Covid y violencia de género, que establece beneficios, ayudas de adjudicación directa, para aquellas personas social o económicamente vulnerables que suponen el pago de la renta de sus viviendas habituales. Y la Orden TMA 378/2020, de 30 de abril, que define los requisitos y criterios de los arrendatarios de vivienda habitual para que puedan tener la ayuda de avales del artículo 9 RDL 11/2020.

¹⁷ Como dice la exposición de motivos del Real Decreto Ley 15/2020: «En virtud de lo anterior, la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades».

¹⁸ CUENA CASAS, M. (2020). Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto... *Blog Hay Derecho*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/moratoria-en-los-arrendamientos-de-locales-de-negocio-y-suspension-de-actividad-economica-a-causa-de-la-pandemia-por-covid-19-legislando-para-la-foto/>

¹⁹ En contra, CARRASCO PERERA, A. (2020). Permítame que le cuente la verdad sobre el COVID-19, y Fuerza Mayor. *Revista Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 17 de abril, 1-11. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permítame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf, que sostiene que la prohibición legal del estado de alarma que obligó al cierre de los locales comerciales, es un supuesto de fuerza mayor, que implica la imposibilidad sobrevenida de la prestación del arrendador de poner al arrendatario en el «goce pacífico de la cosa», que podría habilitar al arrendatario a dejar de pagar la renta, como consecuencia de esa imposibilidad sobrevenida. Y rebatiendo la posición de Carrasco, Pantaleón le rebate en el sentido de que no puede entenderse esto como un supuesto de fuerza mayor y de imposibilidad sobrevenida, cuyo riesgo deba asumir el arrendador. PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). Arrendamiento de local

de negocio y suspensión legal de actividades empresariales. *Blog Almacén de Derecho*. Disponible: <https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/>.

²⁰ Esta sentencia supone un cambio jurisprudencial en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que ya venían preconizando las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 que señalaban que «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto de modernización del Código civil en materia de obligaciones o contratos)».

La posterior sentencia de 2014 afirma que la crisis de 2008 puede suponer un cambio extraordinario e inesperado en las condiciones de algunos contratos y conducir a la alteración de las prestaciones y desequilibrio contractual, provocando una excesiva onerosidad relevante para una de las partes, que lleva a la frustración de la conmutatividad del contrato, y por tanto a la aplicación de la cláusula *rebus* por los tribunales; eso sí, deberán apreciarlo caso por caso. Las palabras de esta sentencia son las siguientes: «de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate;. Y a continuación sobre la mayor onerosidad, añade que «cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida».

²¹ ORDUÑA MORENO, J. (2020). *La rebus* en tiempos de crisis. *Webinar Vlex*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=T-gQP7iEGVo>

²² Véase ASUFIN. (2020). Informe *Moratoria hipotecaria*. Disponible en https://www.asu-fin.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_04_GRAFICOS_COVID_MORATORIA_DEF.pdf

²³ Artículo 13 Real Decreto Ley 8/2020. Concesión de la moratoria.

1. Una vez realizada la solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 de este Real Decreto Ley, la entidad acreedora procederá a su implementación en un plazo máximo de 15 días.

2. Una vez concedida la moratoria, la entidad acreedora comunicará al Banco de España su existencia y duración. Los importes que serían exigibles al deudor de no aplicarse la moratoria no se considerarán vencidos. Durante el periodo de suspensión no se devengará interés alguno.

3. La aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna, para que surta efectos, pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos aunque no cuente con el consentimiento de estos.

4. Cuando prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria acuerden una novación como consecuencia de la modificación del clausulado del contrato en términos o condiciones contractuales que vayan más allá de la mera suspensión a la que se refiere el artículo 13,

incorporarán, además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuesta por este Real Decreto Ley y solicitada por el deudor; así como el no devengo de intereses durante la vigencia de la suspensión.

²⁴ El carácter obligatorio, legal y no novatorio (acuerdo) de esta moratoria se extrae directamente de los artículos 13. 1, 3 y sobretodo el apartado 4 Real Decreto Ley 8/2020, y el automatismo de su eficacia del artículo 14 del mismo decreto ley. En el mismo insiste ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La formalización en escritura pública de las moratorias de préstamos consecuencia del Covid. *Notarios y Registradores*. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/formalizacion-escritura-publica-moratorias-préstamos-covid-19/>. 1-4.

²⁵ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo de 2020), 30.

²⁶ Véase ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La formalización en escritura pública de las moratorias de préstamos consecuencia del Covid, *ob. cit.*, 2.

²⁷ Defiende esta postura CHAVES RIVAS, A. (2009). Ampliación de plazo y rango. *El Notario del siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto. Disponible en <http://www.elnotario.com>, 1-7.

²⁸ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2014). Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo. *RCDI*, núm. 742, marzo-abril, 662 a 680.

1.4. Sucesiones

El artículo 1035 del Código civil y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia si concurren herederos forzosos

Article 1035 of the civil law, and the collation as a method of distribution and advance payment of the inheritance if there are forced heirs

Por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora titular de Derecho civil. Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales UNED. Coordinadora del Máster Universitario en Investigación en Derecho de la Cultura por la Universidad Carlos III de Madrid y la UNED

RESUMEN: Los presupuestos básicos de la redacción y contenido del artículo 1035 del Código civil común y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia, desencadenan que si concurren herederos forzosos, dicha colación solo se empleará entre ellos. Por su parte y frente a la computación de la legítima, será imputable si hubiere donaciones que pudieren perjudicar a los legitimarios.

ABSTRACT: *The basic assumptions of the wording of article 1035 of the law spanish common Civil Code and method of distribution, as a rule of distribution and advance payment of the inheritance, mean that if there are forced heirs, snacking can only take place between forced heirs. For its part, and with regard to the computation of the legitimate one, it will be applicable if there are donations that could harm the legitimate ones.*

PALABRAS CLAVE: Imputación. Colación. Donación.

KEY WORDS: *Imputation. Collation. Donation.*

SUMARIO: I. NOCIONES ESENCIALES DE LA COLACIÓN: UNA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL UNÍVOCA SOBRE LAS OPERACIONES PARTICIONALES: 1. LA COLACIÓN COMO NORMA DE REPARTO ENTRE LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE HAYAN RECIBIDO DONACIONES EN VIDA: LA RECONSTRUCCIÓN DEL HABER HEREDITARIO 2. EL ARTÍCULO 1035 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. DOS STS DE 2019 SIENDO PONENTE SEOANE SPIEGELBERG: ENTRE LA IMPUTACIÓN, COLACIÓN Y DONACIÓN: 1. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL) SENTENCIA NÚM. 468/2019 PONENTE: D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019. 2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 578/2019 DE

5 DE NOVIEMBRE DE 2019. PONENTE: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.
—III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.—IV. INDICACIONES CONCLUSIVAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. NOCIONES ESENCIALES DE LA COLACIÓN: UNA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL UNÍVOCA SOBRE LAS OPERACIONES PARTICIONALES

1. LA COLACIÓN COMO NORMA DE REPARTO ENTRE LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE HAYAN RECIBIDO DONACIONES EN VIDA: LA RECONSTRUCCIÓN DEL HABER HEREDITARIO

Habida cuenta de la consolidada jurisprudencia en la materia, así como la doctrina jurídica, podemos afirmar que los presupuestos básicos y funcionamiento de la colación, en materia de Derecho común, son los que a continuación epigrafiaremos.

En suma, gracias a la esencia de la institución y a la vista de la norma civil común, podremos constatar su noción contable, consecuencias en este ámbito y la disponibilidad del sistema hereditario, que autoriza al deponente que en sus últimas voluntades o disposiciones testamentarias o, incluso, con carácter previo, haya hecho donaciones dispensables.

Por tanto, su naturaleza institucional se caracteriza por las siguientes cualidades:

1. Ordenamiento jurídico aplicable: Artículo 1035 del Código civil.
2. Concepto jurídico: Es una norma u operación de reparto.
3. Noción contable: Típica de operaciones particionales: reconstruye el haber del causante para la igualdad de los legitimarios: adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados actualizado al tiempo en que se practique la partición.
4. Requisito: que existan herederos forzosos.
5. Sujetos beneficiarios y decurso vital del sujeto activo: Es lo recibido por un heredero forzoso, a título lucrativo en vida del causante.
6. Consecuencias contables: Es un anticipo de la herencia, caso de concurrir con otros herederos forzosos.
7. Finalidad: Reconstruir el haber hereditario. Solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para restaurar entre ellos el haber del causante, y conseguir, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia.
8. No pretende la garantía de la legítima.
9. Bienes o valor a lo que afecta: Opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado¹
10. Excepción de derecho disponible: Cabe la dispensa de colación.

Nótese que, en materia de colación legal y voluntaria, con su certera pluma, afirmaba ROCA SASTRE: «Fijación de la Legítima: Computación e imputación» (...) En la *determinación del quantum legituario global*, como la legítima es una parte alcuota del patrimonio del causante (*pars bonorum*), es preciso previamente realizar *dos operaciones fundamentales* sobre integración y valor de dicho patrimonio, es decir, *determinar los bienes, derechos, elementos y obligaciones* de tal

patrimonio y luego proceder a su valoración: A) En la *integración del patrimonio* respecto del cual ha de computarse la legítima, como esta debe calcularse sobre los bienes y derechos relictos por el causante al fallecer; deducidas las cargas y deudas hereditarias y agregadas las donaciones por el mismo otorgadas, primeramente hay que tener en cuenta el *activo hereditario*, del que hay que descontar el *pasivo* y después añadir el importe de las *donaciones* efectuadas. (...)»².

GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN con claridad afirmaban:

«4. Colación. —Muchas veces los padres y demás ascendientes hacen donaciones crecidas á sus hijos, en términos de que perjudican la legítima de los demás: para evitarlo se ha introducido la *colación*. Esta consiste en la *agregación al cúmulo de la herencia, que hacen los descendientes legítimos, de los bienes que recibieron de sus padres durante la vida de estos, para que aumentado así el caudal se haga la partición sin perjuicio de las legítimas*.

5. Suele decirse que se hace de tres modos.

- 1.º Por manifestación, que es presentando la misma cosa recibida.
- 2.º Por liberación, que es cuando hubo promesa pero aun no cumplida.
- 3.º Por imputación, que es contar el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida.

6. Para que tenga lugar la colación es necesario, que los que la piden y á quienes se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donación, pues en otro caso no estará obligado á colacionar, aunque sí á restituir lo que excediese aquella de los límites de la legítima, del tercio y del quinto.

7. Todos los bienes que los hijos hubiesen recibido de sus padres son colacionables. Los autores, que presentan las mejoras como excepción de esta regla general, cometen, según creemos, un error notable. Es cierto que no se traen á partición pero preciso es colacionarlas para saber si cabían en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador, pues (de lo contrario serian inoficiosas. Y no por esto queda destruida la igualdad que debe observarse, y que aquí no se toma en un sentido absoluto, sino respectivo.

Los bienes ganados ó adquiridos por los hijos, no son colacionables. Tampoco lo son aquellas sumas que hubiesen recibido para alimentos»³.

De hecho, estas afirmaciones, tendremos ocasión de constatarlas en la jurisprudencia actual. De modo que, corresponde destacar las anteriores aseveraciones, a la vista del propio Código civil común, y de la doctrina y jurisprudencia dictada sobre la materia.

2. EL ARTÍCULO 1035 DEL CÓDIGO CIVIL

En el Código civil, el precepto esencial, a estos efectos es el artículo 1035 que, en su libro III, título III, capítulo VI *De la colación y partición* Sección primera, *De la colación*, sostiene que: «El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición»⁴.

Por tanto y como diferenciaba ROCA SASTRE, fundado en la mejor doctrina del momento, en estas situaciones abordamos tres operaciones de naturaleza contable singular y, que en especial, afectan a distintos sujetos en función de su vínculo con el causante sea como herederos forzosos, legitimario único, legitimarios entre sí o donatarios⁵.

1. La computación legitimaria⁶.
2. La operación particional o colación y, por último,
3. La imputación de liberalidades a la legítima o agregación a la herencia líquida de las donaciones otorgadas, específica y exclusivamente a los legitimarios⁷.

De ahí, que con acierto VALLADARES RASCÓN, advierta que el meritado precepto 1035 mezcla la colación, que es una operación entre herederos forzosos (...) y la computación o reunión ficticia (...) a efectos de determinar si las donaciones lesionan las legítimas⁸.

Como aprecia ROCA JUAN, «De manera que no se ve inconveniente en considerar la colación como un efecto sucesorio peculiar de la pluralidad de herederos forzosos en determinadas circunstancias, que es autónomo, pero en conexión necesaria y en sus efectos con las operaciones particionales propiamente dichas, que implican el reparto y adjudicación de los concretos bienes hereditarios: el artículo 1035 alude expresamente a la finalidad del resultado de la colación, en cuanto establece que los bienes o valores recibidos por el heredero forzoso en vida del causante por título lucrativo se computen («para computarlos», dice el precepto) en «la cuenta de partición», lo que se traduce en que determinada la cuota de haber, que al heredero forzoso corresponde, la adjudicación de bienes concretos en pago de su haber supone sustituir el «haber» o cuota abstracta de valor; previamente determinada, por el equivalente económico-jurídico en bienes de la adjudicación particional (el llamado carácter especificativo de la partición), y la colación significará una deducción en los bienes que se adjudiquen en pago de la cuota, equivalente a lo ya percibido»⁹.

II. DOS STS DE 2019 SIENDO PONENTE SEOANE SPIEGELBERG: ENTRE LA IMPUTACIÓN, COLACIÓN Y DONACIÓN

1. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL) SENTENCIA NÚM. 468/2019 PONENTE: D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Con claridad, la resolución, deslinda la esencia de las legítimas, como limitación ya que, en suma, redundan en pro de los legitimarios. Apréciase, por tanto, que reafirman la legítima y traen siempre a los herederos forzosos. En suma, y de conformidad a la consolidada jurisprudencia, ratifica su sentido al declarar que «el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*»¹⁰.

Dice así la STS, de 17 de septiembre de 2019: «3.1.- Consideraciones previas. Las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. Funcionan como un freno a la libertad de testar; puesto que, como establece el artículo 763 II del Código civil, el que tuviere herederos

forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, es decir la reguladora de las legítimas.

El sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios (art. 819 CC). Las legítimas no constituyen una *pars reservata bonorum* (parte reservada de los bienes), dado que el testador puede disponer *inter vivos* y *mortis causa* de su patrimonio, si bien bajo una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que, de sus legítimas, hagan los legitimarios (STS 695/2005, de 28 de septiembre, que cita a su vez las sentencias de 31 de marzo de 1970 y 20 de noviembre de 1990). (...)

En cuanto a las diferencias entre la computación, imputación y colación, la resolución también recurre a la más que consolidada jurisprudencia al respecto y afirma que:

«El cálculo de la legítima se lleva a efecto a través de su computación. El artículo 818 del Código civil señala que: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes se agregará el de las donaciones colacionables”»¹¹.

Por su parte, y en lo que se refiere a las operaciones a realizar, declara: «mediante la computación se agrega al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida; pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, que se vería lesionado si el causante dispusiera *inter vivos*, por actos gratuitos, de la totalidad de sus bienes, de manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos, o lo hiciera de forma tal que les quedara a sus legitimarios una participación inferior a la que legalmente les corresponde según su grado de parentesco con el causante.

A esta operación de cómputo de la legítima global se refiere la STS de 29/2008, 24 de enero, que señala al respecto: «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las Sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997».

Una vez efectuada tal operación de adición se realiza la imputación; es decir encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas a título gratuito por el causante dentro de las distintas porciones en que se divide la herencia (tercios de legítima estricta o corta, mejora y libre disposición) para averiguar, en definitiva, si lo donado o legado debe ser reducido por exceder de la parte a la que el donatario o legatario tiene derecho.

La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición.

En este sentido, las diferencias entre computación y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario,

puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas, mientras que la colación del artículo 1035 del Código civil, solo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos.

En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que, a través de unas como de otras, se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación-partición del artículo 1035 del Código civil, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia.

Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el de *cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC). A estas operaciones se refiere la STS 748/2012, de 29 de noviembre, que reproduce la doctrina sentada por la STS 29/2008, de 24 de enero, de la manera siguiente: «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las SSTs de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código civil.- La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil.- La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las Sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

No obstante, como ya hemos adelantado, el empleo del término colación del párrafo segundo del artículo 818 del Código civil se debe distinguir, en un plano técnico jurídico, con la colación entre herederos forzosos a la que se refiere el artículo 1035 del Código civil. De esta forma se expresa la STS 738/2014, de 19 de febrero de 2015, en los términos siguientes:

«En este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código civil, en su párrafo segundo: «*Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables*», fiel a su antecedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del «*valor que tenían todas las donaciones del mismo testador*» viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código civil.

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar».

De la misma manera, lo explica la STS 245/1989, de 17 de marzo, cuando al interpretar el artículo 818 del Código civil indica: «[...] pero con la salvedad de que la palabra “colacionables” referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del artículo 1035, y que más bien significa “computables”. Computabilidad que viene referida exclusivamente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que solo puede corresponder “al heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean [...]”. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria».

Igualmente insiste en dicha distinción la STS 142/2001, de 15 de febrero, cuando razona: «Estrictamente la colación es una operación participacional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia». O la STS 360/1982, de 19 de julio, al establecer que: «[...] la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia en tanto el causante no dispone de ella».

2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 578/2019 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019. PONENTE: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Como no podía ser de otra manera, con carácter previo, trae a revisión en sus consideraciones previas, las pretensiones ventiladas por las partes, recapitulando en este sentido que: «Hemos de partir de la base de que la pretensión ejercitada en la demanda no radica en la defensa cuantitativa de las legítimas, a través del ejercicio de una acción de complemento (art. 815 CC), de reducción de legados por excesivos (arts. 817 y 820 CC y STS de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de reducción de donaciones inoficiosas (arts. 634, 651, 819 y 820 CC), sino que *la demanda se interpone, a los únicos efectos de obtener un pronunciamiento judicial que proclame la obligación de colacionar, que corresponde al actor, como heredero forzoso en la herencia de su madre, al concurrir con sus hermanos, que también ostentan tal condición jurídica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1035 del Código civil.*

Apréciese la inmediata reiteración de la STS precedente. Lo hace en los siguientes términos: «Como hemos advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al artículo 1035 del Código civil: “La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concorra con otros herederos de tal condición”»¹².

De modo que prístinamente advierte que «*las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del artículo 1035 del Código civil, solo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos*».

A continuación sigue reiterando idéntica doctrina jurisprudencial, al aseverar que «En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del artículo 1035 del Código civil, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia. Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el *de cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC).

De nuevo se retrotrae a la ya reiterada doctrina, al declarar: «Como señalan las SSTS 29/2008, de 24 de enero, y 2/2010, de 21 de enero: «[...] el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil». En consecuencia, el empleo del término colación del párrafo segundo del artículo 818 del Código civil se debe distinguir, en un plano técnico jurídico, con la colación entre herederos forzosos a la que se refiere el artículo 1035 del Código civil, que es la acción ejercitada en este proceso.

De esta forma se expresa la STS 738/2014, de 19 de febrero de 2015, en los términos siguientes: «En este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código civil, en su párrafo segundo: “Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables”, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del “valor que tenían todas las donaciones del mismo testador” viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas.

En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código civil. “Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar”. Igualmente insisten en dicha distinción las SSTS 360/1982, de 19 de julio, 245/1989, de 17 de marzo, y 142/2001, de 15 de febrero».

A continuación, en su punto 2.2., para mayor claridad, determina que: «La colación opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado».

III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

En este punto, también las nociones podemos sistematizarlas con claridad. Así las donaciones colacionables:

1. Artículo 818
2. Fin: garantía de la legítima
3. Requisito: donaciones efectuadas a terceros o herederos forzosos
4. Siempre ha de realizarse aun cuando solo haya un heredero legitimario
5. Noción contable: es una Computación que agregar al caudal hereditario de todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros
6. Sujeto beneficiario de la donación colacionable: un tercero o un heredero forzoso
7. Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo¹³.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 375/2019, de 27 de junio de 2019, siendo Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, declara:

«No se discute por las partes que debe partirse de la operación puramente contable de sumar al “*relictum*” líquido el valor del “*donatum*”, lo que permite fijar la base del cálculo de la legítima global de los litigantes (art. 818 CC). Lo que discuten las partes es si lo recibido “*inter vivos*” por los legitimarios recurrentes debe reducirse para hacer efectivo el legado del tercio libre hecho a favor del legitimario recurrido (que es lo que hizo el contador partidor y ha sido respaldado por la sentencia recurrida) o si, por el contrario, como argumentan en su primer motivo los recurrentes donatarios, las donaciones se imputan primero a la legítima estricta de cada uno de los legitimarios donatarios y, en el exceso, al tercio libre, sin que proceda la reducción de las donaciones más allá de lo necesario para cubrir la legítima del no donatario, aunque en el testamento se haya dispuesto a su favor de la parte libre a título de legado. Esta segunda es la interpretación correcta a la vista de lo dispuesto en los artículos 819, 820 y 825 del Código civil. Según el artículo 819 del Código civil: “Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”. A continuación, el artículo 820.1.º del Código civil establece que:

“Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”. Y, conforme al artículo 825 del Código civil: “Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar”».

Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da. El orden de imputación de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 819 del Código civil es, primero a su legítima y, en lo que exceda de su cuota legitimaria, como dice la Sentencia 502/2006, de 29 de mayo, los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción. La cuestión es si la reducción de las donaciones debe hacerse solo en la medida en que se lesiona la legítima del hijo no donatario, a quien la causante ha favorecido con un legado del tercio de mejora, o si además deben reducirse para cubrir el legado del pleno dominio del tercio de libre disposición que la causante ordenó a favor del mismo hijo no donatario. Para dar respuesta a esta cuestión debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 820.1.º del Código civil, que ordena respetar las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima. Esta previsión es coherente con la regulación de la reducción de las donaciones inoficiosas contenida en los artículos 636 y 654 a 656 del Código civil. En consecuencia, aunque en el testamento de la causante se dispuso íntegramente de la parte libre mediante un legado a favor del hijo no donatario, de conformidad con el artículo 820.1.º del Código civil las donaciones que no dañen la legítima deben ser respetadas. En el caso, el contador-partidor considera que procede reducir las donaciones más allá de lo que exige el respeto a la legítima lo que, por lo dicho, no es correcto. Por todo ello procede estimar el primer motivo del recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida y estimar la oposición formulada en su día por los ahora recurrentes contra las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor, que deberán corregirse, de acuerdo con lo razonado en el siguiente sentido: imputando primero las donaciones recibidas por los recurrentes a su parte en la legítima estricta y el resto al tercio de libre disposición. Por ello, tales donaciones solo deben reducirse, a prorrata, en lo que lesionen la legítima de D. Gonzalo (integrada por la legítima estricta y el tercio de mejora) pero, en cambio, no deben reducirse para cubrir el legado de la parte libre».

La siguiente resolución que queremos destacar afirma en su Sentencia núm. 473/2018, 20 de julio de 2018, siendo Ponente la misma magistrada y catedrática de Derecho civil. Sentencia que es por sí, lo suficientemente expresiva, como para que no haya que añadir sino el resumen preliminar que acompaña a este epígrafe, habida cuenta de su capacidad expresiva y didáctica:

CUARTO.- Colación de la donación. Donación remuneratoria. Revocación en testamento de la dispensa hecha en la donación:

1. La sentencia recurrida consideró que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 no era colacionable y que, en consecuencia, procedía reconocer el complemento de la legítima solicitado por Luis Miguel-hijo. Las tres recurrentes combaten ambos pronunciamientos. Esta Sala considera que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 es colacionable y que, en consecuencia, Luis Miguel-hijo no tiene derecho a percibir nada en la herencia porque la donación que recibió supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento; por tanto, no procede estimar su acción de complemento de la legítima. Todo ello por las razones que exponemos a continuación.

2. La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante. En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa-madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación. En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir, sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta Sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El Código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir al causante que imponga la colación. El artículo 1041 del Código civil excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El artículo 1042 del Código civil deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva. Luis Miguel-hijo, en su demanda, en contra de la procedencia de la colación citó la Sentencia 613/2005, de 29 de julio. En ese caso, la sentencia de apelación declaró la inexistencia de una compraventa por simulación y la ilicitud de la causa de una donación remuneratoria (ocho años de servicios como secretaria-enfermera ayudante de una persona con parálisis) por haberse realizado en fraude de los derechos de los legitimarios; esta Sala confirmó tal sentencia porque entendió que, aunque era muy digno de reconocimiento lo realizado, no se podía valorar la cuantía de lo que superaría la supuesta remuneración, que la actividad además ya había sido remunerada y que, en cualquier caso, en lo que excediera de la retribución podría reducirse por inoficiosa. En conclusión, la doctrina de esta sentencia poco tiene que ver con lo que ahora se analiza, ni realmente beneficia al demandante ahora recurrido. De hecho, quien cita ahora a su favor esta sentencia es Luisa-hija en su recurso de casación (pp. 29 y 30) para argumentar, subsidiariamente: 1) que en lo que exceda del valor de lo remunerado debería colacionarse y 2) que la causa remuneratoria se sitúa en la órbita de los negocios gratuitos, y no en la de los negocios onerosos (que es otra afirmación que se contiene en la Sentencia 613/2005, de 29 de julio).

Por su parte, en la contestación a la demanda Sagrario citó unas sentencias de esta Sala que, según decía, admitían la colación de la donación remuneratoria. Buscadas y leídas hay que concluir que nada tienen que ver con la colación, sino con la operación de computación y con la inoficiosidad de las donaciones. Su doctrina no es aplicable al caso, donde ninguna de las partes se opone a sumar la donación para el cómputo de la legítima y nadie sostiene que la donación sea inoficiosa. Así, en la Sentencia 463/1984, de 12 de julio, se ejercita una acción de reducción de donaciones en lo que perjudiquen la legítima, en un caso en el que se había realizado una donación con la carga de vivir en el caserío; después de fallecer el padre, la madre da por cumplida la convivencia para la plena efectividad de la donación, y la sentencia dice que en realidad no era una donación (sociedad/mancomunidad uso del país) y que en cualquier caso, si lo fuera, para

reducir la donación habría que probar en qué medida lo donado excede del gravamen. Y en la Sentencia 881/1989, de 29 noviembre, lo que se analiza es la inoficiosidad de una donación remuneratoria simulada.

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del artículo 622 del Código civil, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración. En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del artículo 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta Sala. No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta Sala que, desde la Sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el artículo 622 del Código civil se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, artículo 619 del Código civil, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente, la sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el artículo 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel-hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel-hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) *La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la*

donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del Código de Comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación. La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia. Pero, como se ha dicho, es el Código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el Código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante. *La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación.* Es decir, que, aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 del Código civil exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel-hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él así como en una querrela contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione. La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

3. REVOCACIÓN DE LA DISPENSA DE COLACIÓN HECHA EN EL MOMENTO DE DONAR

Esta Sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante.

La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados (art. 1045 CC), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos (art. 1047 CC). En la medida en que supone traer a la masa (en el Código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el artículo 1036 del Código civil tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable.

Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la Sala sobre este asunto.

i) Las exposiciones doctrinales citan a favor de la irrevocabilidad algunas sentencias de esta Sala: -La Sentencia de 21 de marzo de 1902, núm. 86 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, la testadora impone en el testamento la obligación de colacionar lo recibido por donación o dote por sus hijos y nieta pero, anteriormente, en una donación a una hija había manifestado que la donación de una casa se hacía sin obligación de colacionar. Dice la sentencia que «y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de colación por la misma testadora, *que pudiendo así irrevocablemente disponerla mientras la donación no fuera inoficiosa*, como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto a tal excepción». Realmente esta es la única sentencia que se pronuncia sobre la irrevocabilidad de la dispensa. -La Sentencia de 15 de junio de 1929, núm. 142 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, el suegro ejercita contra el yerno, y después de la muerte de su hija, una acción de resolución o revocación de la donación que hizo a aquella. La STS dice que el que la hija le diera luego el dinero a su marido en concepto de dote no permite al padre ejercer una acción de resolución contra el yerno, que no fue parte en la donación, por lo que no es aplicable el artículo 1124 del Código civil, y añade: «Siendo también evidente la inaplicación del artículo 1036 de aquel Cuerpo legal en atención a que su pertinencia solo puede tener lugar cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este durante su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza; es decir, que aquel artículo concede un derecho *post mortem* en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». En realidad, por tanto, no dice nada de la revocabilidad de la dispensa. -La Sentencia 1149/2000, de 13 de diciembre (la cita Luis Miguel-hijo en su oposición al recurso): en realidad, en el pleito se discute si la finca era o no colacionable y acreditada por prueba documental la dispensa de colación, y no constando su revocación, se declara que no procede la colación. Luego, para rechazar el motivo del recurso que denunciaba infracción del artículo 1036 del Código civil dice: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del

dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 del Código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «solo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». No dice nada de la irrevocabilidad de la dispensa. ii) Por el contrario, se citan a favor de la revocabilidad otras sentencias de la Sala: -La Sentencia 224/1989, de 13 de marzo (la cita Luisa-hija en su recurso de casación y la suele citar la doctrina a favor de la revocabilidad en la solución pero con el comentario de que el argumento es «oscuro»): la demandante pide la declaración de nulidad de una cláusula testamentaria que declaraba que el valor de los bienes donados (donaciones hechas expresamente con el carácter de no colacionable) era superior al que figuraba en la escritura, por lo que cubrían con exceso las legítimas de las hijas donatarias, a las que se imputaban, y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición; la sentencia utiliza como argumento para rechazar la nulidad de la cláusula testamentaria que «las diferencias que el Código civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1035 CC), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código civil». Cabría entender que, al admitir la validez de la cláusula testamentaria la sentencia admite la validez de la revocación de la dispensa de colación, pero desde luego no lo dice. -La Sentencia 29/2008, de 24 de enero (la cita la sentencia de primera instancia y la suele citar la doctrina para decir que la dispensa es revocable): en realidad no contempla un supuesto de revocación, sino un caso de no revocación y dice que porque se le dejara la legítima estricta no se puede interpretar que revocara tácitamente la dispensa de colacionar y añade «lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento». Afirma la revocabilidad en un caso en el que no tuvo lugar tal revocación. -La Sentencia 748/2012, de 29 de noviembre (la cita la sentencia de primera instancia en apoyo de la revocabilidad): en realidad la sentencia se ocupa de un caso de desheredación injusta y se calcula cómo debe computarse las donaciones para calcular la legítima que le corresponde a la demandante. Y para salir al paso de alguna afirmación de la recurrente sobre esa cuestión transcribe la cita de la Sentencia anterior 29/2008, de 24 de enero.

b) Un sector de la doctrina científica ha *argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza*; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, *esta Sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación*. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del cau-

sante. La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. *Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia mortis causa, regido por el principio de la revocabilidad* por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 del Código civil así como de las escasas excepciones en las que el Código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; artículo 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros). Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás.

4. En consecuencia, procede estimar el recurso de Luisa-hija y estimar los motivos de los recursos de Luisa-madre (motivos primero y quinto) y de Sagrario (motivos segundo a quinto) dirigidos a impugnar la eficacia de la dispensa de colación contenida en la donación de 19 de mayo de 2000. La consecuencia de esta estimación es la revocación de los pronunciamientos contenidos en las letras b) y c) del fallo de la sentencia recurrida, puesto que, por todo lo dicho, Luis Miguel-hijo no tiene derecho a percibir cantidad alguna en la partición de la herencia del causante, ni tampoco los intereses a los que se hacía referencia en los autos de aclaración de 23 de septiembre y 13 de octubre de 2015.

IV. INDICACIONES CONCLUSIVAS

I. La doctrina jurisprudencial es unívoca y respecto a las operaciones particionales ratifica que la institución de la colación es una mera norma de reparto particional.

II. El fundamento de la colación trae causa de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso, por lo que debe ser tratado, salvo disposición en contra por parte del causante, como anticipo de la herencia.

III. Resulta requisito básico para las operaciones particionales en la colación, la concurrencia con otros herederos entre los que exista idéntica condición de legitimarios.

IV. En suma y de conformidad a la literatura clásica, no hay identidad de razón entre computación y colación, y que la primera se materializará incluso cuando exista un único legitimario. Téngase en cuenta que la noción actual de legítima, implica que esta podría verse afectada por las donaciones efectuadas por

el causante a terceras personas, frente a la colación del artículo 1035 del Código civil, a la que ha lugar, exclusivamente, si concurriese con herederos forzosos.

V. Por otra parte, si sostenemos que la causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la lógica consecuencia será la sostenida por PARRA LUCÁN en cuanto la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación.

VI. Atendida la última finalidad de las disposiciones testamentarias, en la que habrá de estarse como principio básico a la voluntad del causante, lógico es asimismo que cabrá la revocabilidad de la dispensa de la colación. En suma, dicha declaración de voluntad, no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable si así lo resolviese el testador.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA, Comentario a la sección tercera artículos 774 al 789, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dir.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 1915-1938.
- ALBIEZ DOHRMANN (2014). La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, 213 y sigs.
- BUSTO LAGOS (2009). Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., 963 y sigs.
- CLEMENTE MEORO (2014). El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*.
- ESRICHE (1838). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia.
- GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Tomo segundo, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ (2019). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 14.ª ed.
- LÓPEZ (1844). *Las Siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III, Madrid.
- POUS DE LA FLOR (2004). El valor de los bienes en la colación, *RCDI*, 80, núm. 682, 521-548.
- POUS DE LA FLOR y MORETÓN SANZ (2014). Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *RCDI*, 90, núm. 743, 1418-1443.
- ROCA-SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.ª ed.
- ROCA JUAN, Comentario al artículo 1035, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol. 2.º: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dir.), Edersa, Madrid, 2004.
- TORRES GARCÍA (2017). La necesaria reforma del derecho de sucesiones, *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico*, 11 y sigs.
- VALLADARES RASCÓN (2009). Artículos 1035 a 1050, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., 1215 y sigs.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, Sentencia núm. 196/2020, de 26 de mayo
- STS, Sentencia núm. 578/2019, de 5 de noviembre
- STS, Sentencia núm. 468/2019, de 17 de septiembre
- STS, Sentencia núm. 738/2014, de 19 de febrero de 2015
- STS, Sentencia núm. 355/2011, de 19 de mayo
- STS, Sentencia núm. 2/2010, de 21 de enero
- STS, Sentencia núm. 29/2008, de 24 de enero
- STS, Sentencia núm., 142/2001, de 15 de febrero
- STS, Sentencia núm. 245/1989, de 17 de marzo
- STS, Sentencia núm. 360/1982, de 19 de julio

NOTAS

¹ Vid., CLEMENTE MEORO (2014). El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, 779 y sigs. Sostiene con jurisprudencia: «El artículo 818 del Código civil se refiere a los "bienes que quedaren a la muerte del testador", lo que hay que relacionar con el artículo 659 del Código civil, a cuyo tenor "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con su muerte". Por tanto, integran el activo bruto los bienes y derechos transmisibles *mortis causa* de que fuera titular el causante en el momento de su fallecimiento. Así, no se transmiten, por su carácter vitalicio, el usufructo (art. 513.1 CC), salvo que otra cosa haya establecido el constituyente, el uso (art. 525 CC), la habitación (art. 529 CC), el derecho contractual a alimentos (art. 1794 CC, por remisión al art. 152.1.º CC) y la renta vitalicia (art. 1808 CC); y tampoco se transmiten los derechos de carácter personalísimo (cfr. arts. 150, 1595, 1689 y 1700.3.º, 1732 y 1742 CC, y 280 CCom).».

² ROCA-SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., 43 y sigs.

³ Vid., GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Tomo Primero, Madrid, 1865, 335 y 336.

⁴ Incólume el capítulo desde su redacción preliminar, excepto en cuanto afecta al segundo párrafo del artículo 1041 «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad»; segundo y último párrafo incorporado por el artículo 10.7 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. A su vez, el 1045 «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.- El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario», quedó afectado, en ese caso, por el artículo 4 de la Ley a Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Siendo el texto original de este último precepto «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.- El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

⁵ Vid., ROCA-SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., 43 y sigs.

⁶ Vid., artículo 818 donde se ventilan sobre la herencia líquida o *relictum*, todas las donaciones efectuadas por el causante. «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables» (Según su redacción del párrafo segundo operada por el artículo 5 de la Ley 11/1981, de 13

de mayo). Vid., TORRES GARCÍA, (2017), «La necesaria reforma del derecho de sucesiones, *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico*, 11 y sigs.

⁷ «La reducción de la donación o del legado por su carácter inoficioso es una acción de protección de la legítima. Este es el único y principal fundamento de una acción tan singular», ALBIEZ DOHRMANN, (2014), La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, 213 y sigs.

⁸ (2009). Artículos 1035 a 1050, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord), Cizur Menor, Aranzdi, 3.ª ed., 1215 y sigs.

⁹ ROCA JUAN, (2004). Comentario al artículo 1035, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol 2.ª: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dir.), Edersa, Madrid.

¹⁰ SARMIENTO RAMOS. Comentario al Capítulo IV artículos 1035 y sigs., Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dir.), Comentario del Código civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 2431 y sigs.

¹¹ Vid., Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª, Sentencia núm. 196/2020, de 26 mayo, Ponente: Excmo. Sr. Juan María DÍAZ FRAILE, 2.- La subordinación de los legados al previo pago de las deudas del causante y al principio de intangibilidad de las legítimas. Necesidad de formación de inventario y liquidación de la herencia.

2.1. Lo anterior ha de compatibilizarse, sin embargo, con el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, como se ha dicho, prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, posesión cuya entrega ha de pedir al heredero o albacea autorizado para darla (art. 885 CC).

La razón de esta exigencia legal es doble.

Por un lado, trata de asegurar la transición entre la situación de concurrencia de un propietario no poseedor (el legatario) con un poseedor no propietario (el heredero o herederos), que se produce en la cosa legada desde el momento del fallecimiento del causante, como consecuencia de que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en caso de que llegue a adirse la herencia» (art. 440, párrafo primero, CC), a otra situación en que el citado desdoblamiento entre propiedad y posesión termina mediante la entrega de la posesión al legatario.

Por otro lado, concurre una segunda razón que tiene reflejo en el artículo 1025 del Código civil cuando dispone que «durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados», precepto cuya raíz se encuentra en la afectación del conjunto de la masa hereditaria, durante la pendency de la aceptación y división de la herencia, al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 Código civil, respecto de las deudas del causante, y en la limitación que a la libertad de testar impone el régimen legal de las legítimas en el Derecho civil común español (arts. 817 a 820 CC).

Este fundamento jurídico se traduce en una subordinación del derecho de los legatarios, tanto los de cosa específica y determinada como los de parte alícuota de la herencia (aquí hay coincidencia del régimen jurídico entre una y otra modalidad de legados), al previo pago de las deudas del causante y de la porción legitimaria que corresponda a cada uno de los herederos forzosos. Y como medida de garantía del derecho preferente al cobro de los acreedores y del principio de intangibilidad de las legítimas es preciso que previamente al pago o entrega de los legados se realicen las correspondientes operaciones de inventario y liquidación (de deudas) y, en su caso, partición de la herencia (incluyendo, además del inventario, el avalúo de los bienes y derechos, la colación, imputación, abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios, y en su caso la división y adjudicación de bienes). Como reconoce el recurrente, esta interpretación es la mayoritaria en las Audiencias, y los es también en la doctrina científica, en la oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y ha sido igualmente asumida por este tribunal.

La transmisión de la propiedad de la cosa específica y determinada del testador objeto del legado está subordinada a que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador pueda libremente disponer. Así lo afirmó la antigua Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre

de 1934, al señalar que a pesar de que el legado de cosa determinada propia del testador «tiene como característica especial la de transmitir la propiedad de la cosa directamente del causante al legatario, según se desprende del artículo 882 del mismo Código civil, no lo es menos que ello está subordinado a la circunstancia de que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador pueda disponer libremente».

El legado está subordinado al pago de las legítimas (y en su caso de las deudas) y, por este motivo, la entrega del legado debe ser precedida por la liquidación y partición de herencia, que es la única forma de saber si aquel se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador para no perjudicar la legítima de los herederos forzosos.

¹² Vid., POUS DE LA FLOR, El valor de los bienes en la colación, *RCDI*, 80, núm. 682, 2004, 521-548; también Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial de la misma autora y MORETÓN SANZ, *RCDI*, 90, núm. 743, 2014, 1418-1443.

¹³ Declara el artículo 816. *Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y estos podrán reclamarla cuando muera aquel; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.* Vid., BUSTO LAGOS, (2009) Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord), Cizur Menor, Aranzadi, 3.^a ed., 963 y sigs.

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos

Rebus sic stantibus clause: foundation and jurisprudential doctrine on its application, presuppositions and effects

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: Al igual que sucedió con la crisis económica de 2008, la actual crisis derivada de la pandemia del COVID-19 (fundamentalmente sanitaria pero, no cabe lugar a dudas, que con altas implicaciones económicas a corto, medio y largo plazo) ha vuelto a poner el foco de atención sobre la llamada «cláusula *rebus sic stantibus*» como instrumento que permita fundamentar o justificar ciertos incumplimientos contractuales o la modificación o resolución de contratos existentes ya que, atendidas las circunstancias excepcionales sobrevenidas e imprevistas, las prestaciones a cumplir se tornan más onerosas para el deudor. En este trabajo se concretarán las notas y fundamentos que caracterizan a esta cláusula, así como sus presupuestos de aplicación y sus efectos, con base en el análisis de la doctrina jurisprudencial existente sobre esta figura.

ABSTRACT: As happened with the 2008 economic crisis, the current crisis derived from the COVID-19 pandemic (mainly health but, without a doubt, with high economic implications in the short, medium and long term) has once again put the focus of attention on the so-called “*rebus sic stantibus clause*” as an instrument that allows the justification or justification of certain breaches of contract or the modification or termination of existing contracts since, given the exceptional and unforeseen circumstances, the benefits to be fulfilled become more onerous for the debtor. In this paper the notes and foundations that characterize this clause will be specified, as well as its application assumptions and its effects, based on the analysis of the existing jurisprudential doctrine on this figure.

PALABRAS CLAVE: Cláusula *rebus sic stantibus*. Crisis económica. Desequilibrio prestacional. Imprevisibilidad. Novación contractual. Onerosidad. Riesgo.

KEY WORDS: *Rebus sic stantibus clause*. Economic crisis. Performance imbalance. Unpredictability. Contractual novation. Onerosity. Risk.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CARACTERIZACIÓN, FUNDAMENTO, PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: 1. NOTAS CARACTERÍSTICAS GENERALES Y FUNDAMENTO. 2. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3. CRISIS ECONÓMICA Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: LA EXCESIVA ONEROSIDAD O ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESTACIONAL PREVISTO EN EL CONTRATO. 4. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.—III. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Al igual que sucedió con la crisis económica de 2008, la actual crisis derivada de la pandemia del COVID-19 (fundamentalmente sanitaria pero, no cabe lugar a dudas, que con altas implicaciones económicas a corto, medio y largo plazo, consecuencia principal del confinamiento, ceses o suspensiones de actividades empresariales o profesionales, cierre temporal de establecimientos, despidos o regulaciones de empleo temporales o no...) ha vuelto a poner el foco de atención sobre la llamada «cláusula *rebus sic stantibus*» como instrumento que permita fundamentar o justificar ciertos incumplimientos contractuales o la modificación o resolución de contratos existentes ya que, atendidas las circunstancias excepcionales sobrevenidas e imprevistas, las prestaciones a cumplir se tornan más onerosas para el deudor.

Esta cláusula o doctrina encuentra su configuración no en un texto legal sino en la doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia, que ha ido adoptando distintas posturas en torno a ella: desde una postura altamente restrictiva en sus inicios a una tendencia nueva, desde 2013 y especialmente 2014, que bajo ciertos presupuestos postula su mayor y más flexible aplicación y uso en la solución de las controversias y problemas que se derivan para el cumplimiento de los contratos y su efectiva exigibilidad cuando las circunstancias en las que ese contrato se celebró y firmó se hayan visto alteradas de modo relevante.

En este trabajo se concretarán las notas y fundamentos que caracterizan a esta cláusula, especialmente en su contraposición con el principio esencial en el ámbito de los contratos cual es el principio de *pacta sunt servanda* (es decir, los contratos están para ser cumplidos o se deben cumplir en sus propios términos); todo ello, con el análisis de la doctrina jurisprudencial existente sobre esta figura. Asimismo y bajo este mismo prisma y análisis jurisprudencial, se estudiarán y comentarán tanto sus presupuestos de aplicación como sus efectos.

II. CARACTERIZACIÓN, FUNDAMENTO, PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. NOTAS CARACTERÍSTICAS GENERALES Y FUNDAMENTO

La cláusula *rebus sic stantibus* parte de una regla clave esencial en el ámbito de los contratos cual es que los contratos deben cumplirse en sus propios términos (*pacta sunt servanda*), pero, y he aquí lo que determina esa doctrina *rebus*, eso sería así siempre que las circunstancias fueran las mismas que en las que se firmó el contrato y no se vieran alteradas sustancialmente.

Con esta cláusula o doctrina se trata de solucionar los problemas derivados de los incumplimientos de contratos consecuencia de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan relevante que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones a cargo de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato; pese a que efectivamente los pactos, contratos y acuerdos se celebran para ser cumplidos, hay que reconocer que posteriormente pueden surgir acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar ese contrato y que pueden hacer que el cumplimiento de un determinado aspecto o prestación del mismo sea excesivamente gravoso o imposible para alguna de las partes: en ese contexto es en el que se mueve la posible aplicación de esta regla *rebus sic stantibus*.

Realmente esta cláusula no se regula expresamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo; su construcción y aplicación ha sido fruto de la doctrina y la jurisprudencia, si bien bajo unos criterios estrictos y restrictivos especialmente hasta 2014; cabe pensar que realmente tampoco parece lógico que cualquier alteración de las circunstancias pueda llevar a alterar los deberes de prestación contractuales, pues eso llevaría a dejar en papel casi mojado el principio *pacta sunt servanda* y la regla de que los contratos son ley entre las partes y estas se obligan a su cumplimiento en sus propios términos (art. 1091 CC); pero, como se verá en este trabajo, sin poner en quiebra este principio *pacta sunt servanda*, lo que se ha tratado es de flexibilizar y normalizar su aplicación siendo menos rígidos y estrictos al apreciar la concurrencia de sus presupuestos, en atención al contexto y realidad social en que se esté desarrollando el contrato.

Tal y como advierte la STS núm. 447/2017, de 13 de julio, «en Derecho español no existe una formulación legal de la doctrina de la cláusula *rebus* ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica. Sin embargo, es indiscutida en la doctrina jurisprudencial la existencia de un principio que permitiría a un contratante desligarse del contrato, exonerándose de toda responsabilidad, como consecuencia de la aparición de hechos sobrevenidos imprevisibles»¹.

Por otro lado, la cláusula *rebus sic stantibus* se puede considerar inherente a todos los contratos, sin necesidad de su expresa inclusión en ellos; en algunos contratos puede que se haya incluido alguna previsión expresa en relación a soluciones o cuestiones que deben adoptarse en caso de cambio sobrevenido de circunstancias de cara al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (y a esas previsiones deberá estarse); pero con carácter general no suele ser así y en tales casos esta cláusula podría ser aplicable para buscar soluciones a esa alteración sobrevenida de las circunstancias habidas en el momento de la firma del contrato.

¿Cuál sería su fundamento entonces? Según apunta el Tribunal Supremo en SSTs núm. 333/2014, de 30 de junio y núm. 591/2014, de 15 de octubre, su aplicación normalizada se justificaría en el principio de la buena fe contractual y en la regla de la conmutatividad del negocio o comercio jurídico. Buena fe como principio general de la contratación acogido por nuestro ordenamiento jurídico civil (art. 1258 CC), que apoyaría modular el contenido del contrato en atención a las nuevas circunstancias. Y regla de la conmutatividad del negocio jurídico y el equilibrio de prestaciones entre las partes, que fundamentaría que se busque una solución de flexibilización de las exigencias de cumplimiento de las prestaciones ante el desequilibrio generado por esas circunstancias extraordinarias e imprevisibles surgidas sobrevenidamente con el fin de reequilibrar y

recomponer en todo lo posible esa conmutatividad perdida y la base del negocio pactado, especialmente en contratos sinalagmáticos y de tracto sucesivo (si bien sobre esta última cuestión se volverá a atender posteriormente en este trabajo al comentar la STS núm. 156/2020, de 6 de marzo, que distingue entre contratos de corta y larga duración en el marco de la determinación de la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*).

En la STS de 30 de junio de 2014 se advierte de la necesidad de cambiar la fundamentación de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que existía con anterioridad y así, abandonando las reglas de la «equidad» y la «justicia», buscar una «progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación». Tras advertir que la aplicación de esta cláusula no supone en rigor una ruptura o singularidad del principio *pacta sunt servanda* ni de la estabilidad o mantenimiento de los contratos, señala que su aplicación se fundamenta en criterios o reglas que se derivan de nuestro Derecho codificado y que son clave en él: particularmente la regla de conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe². E incluso encuentra apoyo atendiendo al Derecho europeo y las tendencias armonizadoras, que evidencia cómo nuevos textos (Principios Unidroit o Principios Europeos de la Contratación) contemplan esta cláusula no como una regulación excepcional o singular sino como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual³.

Con respecto a la conmutatividad del comercio o negocio jurídico, esta hace referencia al equilibrio básico entre las prestaciones de las partes (claramente se evidencia su aplicación, por tanto, en relación con los contratos bilaterales o sinalagmáticos). Y según esta STS de 30 de junio de 2014 este equilibrio básico «resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*».

Y conectado con ello, el principio de buena fe al margen de servir como criterio interpretativo e integrador de los contratos (art. 1258 CC), permitiría una clara ponderación de los resultados que se deriven del principio *pacta sunt servanda* (los contratos deben ser cumplidos en sus propios términos). En este sentido, advierte la STS de 30 de junio de 2014, «si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)».

Por último, antes de centrarme en los presupuestos de aplicación de esta cláusula atendiendo a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, cabe advertir de la necesaria distinción entre las figuras de «imposibilidad sobrevenida» y «aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*»; una distinción que no siempre se

pone de manifiesto claramente en los textos jurídicos. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no exige imposibilidad de cumplimiento, sino una alteración de las circunstancias previstas inicialmente en el contrato que determina una mayor onerosidad o carga en la prestación debida por una de las partes, lo que justifica la revisión de las condiciones contractuales, pero ello no siempre lleva consigo la resolución del contrato ni la justifica, admitiéndose solo la modificación contractual.

En este sentido, la STS núm. 333/2014, de 30 de junio indica: «la aplicación de la cláusula *rebus* no se realiza en atención a la perspectiva de la posible liberación del deudor, desde el estricto plano de la posibilidad o no de realización de la prestación tras el acontecimiento sobrevenido, cuestión que por su alcance requiere la naturaleza fortuita del mismo y la rigidez de su imprevisibilidad sino que le basta con que dicho acontecimiento o cambio de las circunstancias, más allá de la posibilidad de realización de la prestación, comporte una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato que determina una injustificada mayor onerosidad para una de las partes. De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara “previsible” en la configuración del *aleas* pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013)».

2. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo en un principio se mostró muy estricto en la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, considerándola muy excepcional, siendo más partidario siempre de atender al principio *pacta sunt servanda* y al artículo 1091 del Código civil, y que los contratos deben ser cumplidos, como pilar y principio esencial en el ámbito de la contratación. Sí que se alude a esta cláusula como posibilidad, pero nuestro Alto Tribunal se mostró muy cauteloso y reticente a su efectiva aplicación. Así, las SSTs de 11 de diciembre de 1940, de 17 de mayo de 1941, de 17 de mayo de 1957, de 6 de junio de 1959, de 31 de marzo de 1960, de 16 de octubre de 1989, de 10 de octubre de 1990, de 23 de abril de 1991, de 6 de noviembre de 1992, de 23 de febrero de 1993, de 29 de mayo de 1996, de 10 de febrero de 1997, de 15 de noviembre de 2000, de 27 de mayo de 2002 y de 21 de marzo de 2003, entre otras, se fijaron en esta doctrina, pero determinaron que era una regla de aplicación excepcional.

Concretamente, según la STS de 16 de octubre de 1989 «su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles».

En similares términos se determinaron los presupuestos de aplicación de esta cláusula *rebus sic stantibus* en la STS de 6 de noviembre de 1992.

Así pues, inicialmente cabe destacar una doctrina jurisprudencial claramente cautelosa y restrictiva de la aplicación de esta figura por el carácter «peligroso» que entendía comportaba la misma, con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: «alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles».

En pronunciamientos posteriores el Tribunal Supremo continuó considerando aplicable con carácter general esos presupuestos indicados en la doctrina jurisprudencial anterior, con igual carácter estricto, entendiendo esta doctrina como de aplicación muy subsidiaria, ante la imposibilidad de acudir a otro remedio, y siempre con efectos modificativos del contrato y no resolutorios ni rescisorios.

En tal sentido, la STS de 27 de abril de 2012 señaló: «Los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala, para llevar a cabo una revisión de un contrato en aplicación del principio general contenido en la cláusula *rebus sic stantibus*, aluden a una alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción que ha de ser exorbitante entre las prestaciones de las partes, que se produjo por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no haber otro remedio (SSTS de 20 de noviembre de 2009 y 21 de febrero de 2012); si tienen lugar todas estas circunstancias, la aplicación de la referida cláusula no producirá la extinción del contrato, sino su modificación [...] la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus* exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que ha de haberse producido por un riesgo imprevisible y la subsidiaridad por no haber otro remedio».

Pero la crisis económica sufrida desde 2008 y que se prolongó durante varios años dio lugar a una relevante litigiosidad en relación con el incumplimiento de diversos contratos (especialmente en contratos de arrendamiento tanto de vivienda como sobre todo de locales comerciales, cuya renta pactada no se podía seguir pagando, y en contratos de compraventa de vivienda cuyo precio no se podía pagar por problemas de obtención financiación), surgiendo de nuevo con fuerza la alegación y pretensión de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Es con base a estas circunstancias que desde 2013 se empieza a gestar un especial análisis de la aplicación de esta doctrina por el Tribunal Supremo, surgiendo lo que se ha venido considerando como un giro o una modernización en la doctrina jurisprudencial sobre esta cláusula; un cambio progresivo de esta postura tradicional tendiéndose a una mayor «normalización» de la aplicación de esta cláusula siendo paradigmas de esta nueva y moderna doctrina la STS núm. 333/2014, de 30 de junio y la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (cuya doctrina se reitera posteriormente también en la STS núm. 64/2015, de 24 de febrero): «En la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para

la parte contractual afectada» (STS de 15 de octubre de 2014); una necesidad de esa aplicación normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus* que también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código civil).

Ahora bien, aunque efectivamente se hable de un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura lo cierto es que sigue configurándose bajo los presupuestos de siempre: excepcionalidad e imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas, y la mayor o excesiva onerosidad de alguna de las prestaciones derivadas del contrato, rompiendo el equilibrio prestacional inicialmente previsto. Es decir, los presupuestos de aplicación son los mismos. Pero con esa «normalización» propugnada a partir de estas resoluciones de 2013 y 2014 lo que se pretende es flexibilizar y no restringir tanto la apreciación de la concurrencia de sus presupuestos en la práctica en el caso concreto; ello con el fin de que la aplicación de esta figura como solución a los problemas de cumplimiento de los contratos (especialmente evidentes en épocas de graves crisis económicas) sea más flexible en atención a la realidad social del momento en que se resuelve el litigio y durante el que se desarrolla la ejecución del contrato, llegando a convertirse en una institución de aplicación o apreciación más habitual y no de carácter tan subsidiario como se asumía por la anterior doctrina jurisprudencial (o, al menos, caracterizando esa subsidiariedad en atención a la existencia e inclusión expresa en el contrato de cláusulas previendo ya las consecuencias de una alteración de las circunstancias, como cláusulas de estabilización o revisión de precios, pues en tal caso la función de la doctrina *rebus sic stantibus* ya vendría cumplida con tales cláusulas, no pudiendo obviar tales pactos: entre otras, STS núm. 333/2014, de 30 de junio).

Una normalización y objetivación que, como se señaló *ut supra* al analizar el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no implica realmente una ruptura del principio *pacta sunt servanda* y encuentra apoyo en reglas clave de nuestro Derecho positivo como son el principio de la buena fe contractual y el principio de la conmutatividad de los negocios jurídicos.

Aun partiendo de esos presupuestos de imprevisibilidad de las circunstancias futuras en el propio contrato⁴ y la mayor onerosidad y desequilibrio de las prestaciones entre las partes consecuencias de esas circunstancias sobrevenidas, con esta nueva doctrina jurisprudencial de «normalización» lo que se pretende es que la apreciación de estos presupuestos no sea excesivamente rigurosa, rígida ni radicalmente estricta, sino que se trate de adaptar a la realidad y contexto social en que se desarrolla el contrato, propugnando, por tanto, una mayor laxitud en la apreciación de la «excepcionalidad», la «radical imprevisibilidad», la «excesiva onerosidad», la «alteración extraordinaria» o la «desproporción desorbitante» en el análisis del supuesto concreto de incumplimiento objeto de litigio, flexibilizando el tipo de circunstancias fácticas que cabría incluir dentro de tales presupuestos⁵.

Y es que, eso sí, la necesaria atención al caso concreto no se evita con este cambio jurisprudencial: se sigue exigiendo, como no puede ser de otro modo, su invocación (no es de aplicación generalizada y automática por los jueces), el análisis del caso concreto y la justificación de la apreciación de la concurrencia de sus presupuestos, así como de los efectos que de ello se derivarían. Debe atenderse a un análisis concreto de las circunstancias en que se celebró el con-

trato y en las que se ha ido desarrollando, sobre cómo se ha visto afectado por las excepcionales nuevas circunstancias y en qué medida eran o no previsibles al perfeccionarse el contrato.

Respecto a esta concreción de la aplicación de la cláusula, la STS núm. 333/2014, de 30 de junio, viene a señalar dos criterios que permitirían objetivar la valoración de la incidencia del cambio de circunstancias en el caso concreto y, con ello, responder a las cuestiones de si ese cambio de circunstancias tiene entidad suficiente (altera o no el estado de las cosas y la causa del contrato de modo relevante) y si dicha alteración de las circunstancias debe tener o no consecuencias para las partes de esa relación contractual. Estos dos criterios son:

- a) En primer lugar, la «doctrina de la base del negocio»⁶. Se trata de comparar o contrastar el alcance del cambio de circunstancias respecto de la finalidad del contrato y del equilibrio prestacional previsto en el mismo. En esa comparación se debe atender tanto a la base objetiva como a la subjetiva del contrato. Según el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de junio de 2014, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando: i) La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable. ii) La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación. Y, por su parte, «complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».
- b) El segundo criterio sería el denominado «riesgo normal del contrato» («el *aleas* o marco de riesgo establecido o derivado del negocio»). En este caso «el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato». Por tanto, al no poder hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, la cláusula *rebus sic stantibus* no sería aplicable (vid. STS núm. 333/2014, de 30 de enero, STS núm. 64/2015, de 24 de febrero, STS núm. 477/2017, de 20 de julio, STS núm. 452/2019, de 18 de julio, y STS núm. 5/2019, de 9 de enero, entre otras).

Esta doctrina expuesta del Tribunal Supremo en relación con los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se fue reiterando en sentencias posteriores, con referencia tanto a la doctrina inicial como a este giro modernizador o flexibilizador atendiendo al contexto social; pero, sin embargo, pese a pretenderse la normalización de la aplicación de esta figura, en pocas ocasiones se apreció realmente su concurrencia, fruto del examen casuístico de la concurrencia de los presupuestos en cada caso.

En sentencias más recientes, al analizar la aplicación de esta cláusula se sigue haciendo hincapié en los presupuestos de la total imprevisibilidad de las nuevas circunstancias y la alteración significativa de las circunstancias, y se vincula ese análisis con el riesgo normal del contrato y con la incidencia de la alteración de las circunstancias en la frustración de la finalidad del contrato (así, entre otras, la STS núm. 455/2019, de 18 de julio y la STS núm. 156/2020, de 6 de marzo).

En el apartado siguiente de este trabajo abordaré esa incidencia del cambio de las circunstancias en la ruptura de la base económica del contrato (frustrando la finalidad del contrato), atendiendo a las circunstancias de una crisis económica.

Con respecto al riesgo y el presupuesto de la imprevisibilidad, cabe poner de manifiesto, asimismo, ciertas conclusiones jurisprudenciales:

- La regla *rebus sic stantibus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o una distribución del riesgo de una determinada manera (STS núm. 5/2019, de 9 de enero).
- Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (STS núm. 5/2019, de 9 de enero).
- De los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el «riesgo normal» inherente o derivado del contrato. Para que sea aplicable esa cláusula *rebus sic stantibus* se exige, entre otras condiciones, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual (STS núm. 626/2013, de 29 de octubre, STS núm. 477/2017, de 20 de julio, y STS núm. 64/2015, de 24 de febrero).
- Se ha descartado la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato (entre otras, STS núm. 240/2012, de 23 de abril, STS núm. 41/2019, de 22 de enero, y STS núm. 214/2019, de 5 de abril). Si en el contrato ya se recogen pactos que prevén las consecuencias de una alteración sobrevenida de las circunstancias, a esos pactos deberá estarse, pues lo que no autoriza esta doctrina *rebus sic stantibus* es a obviar esos acuerdos y aplicar tal doctrina reglamentando un nuevo negocio.
- La STS núm. 591/2014, de 15 de octubre, concluye que «la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí misma, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y comercial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013); todo ello conforme, también, con la aplicación ya normalizada de esta figura que presentan los principales textos de armonización y actualización en materia de Derecho contractual europeo, la «razonabilidad» de su previsión en el momento de la celebración del contrato, y la aplicación de su alcance modificativo conforme al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012)».

Por otro lado, cabe destacar una reciente sentencia del Tribunal Supremo que viene a introducir un nuevo presupuesto, no advertido con anterioridad, en relación con la posible aplicación de esta figura. Se trata de la STS núm. 156/2020, de 6 de marzo, que distingue entre contratos de larga duración y de corta duración para determinar que en estos últimos no resultaría aplicable la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en cuanto que en estos contratos «difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato». Esta sentencia ha sido objeto de muchas críticas por esa innecesaria e inoportuna distinción en el marco de la determinación y configuración de una doctrina cuya aplicación precisamente se trataba de normalizar y flexibilizar y que ahora tras la crisis derivada del COVID-19 ha vuelto a ser centro de atención. Con respecto a la oportunidad de esta resolución, dictada pocos días antes de decretarse la pandemia sanitaria consecuencia del COVID-19 y acordarse el estado de alarma y el confinamiento generalizado de personas y el cese de múltiples actividades empresariales y profesionales en España, cabe advertir que, paradójicamente, no cabe pensar que tal circunstancia fuera previsible para el ponente y la Sala que dictó esta sentencia. Pero, sin embargo, sí que entiendo que ha habido un error de planteamiento que ha derivado en una distinción innecesaria nunca advertida hasta ahora: el Tribunal Supremo distingue entre contratos de corta y larga duración en un planteamiento impreciso (no se sabe cuándo es corta o larga la duración) e injustificado. Tendría más sentido esta STS de 6 de marzo de 2020 si, en lugar de hablar de contratos de corta y larga duración, hubiera diferenciado entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo.

La diferencia razonable de cara a la concreción de los contratos a los que se les puede considerar que les es o no aplicable esta doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* es entre:

i) Contratos de tracto sucesivo, en los que la prestación se realiza en varios actos en una ejecución del contrato prolongada en el tiempo. En estos contratos sí que tiene sentido que se pueda examinar la posible aplicación de esta figura, en cuanto que al demorarse el cumplimiento de la prestación o prestaciones en un período de tiempo más o menos largo sí que podría llegar a entenderse que la alteración de las circunstancias pudiera ser imprevisible y que no pudiera asumirse como dentro del riesgo normal del contrato, y también que ese cambio de las circunstancias pudiera suponer, en relación a las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato, una más clara incidencia sobre la base del negocio jurídico y una alteración del equilibrio prestacional por suponer una mayor onerosidad para una de las partes, con respecto a lo inicialmente pactado tiempo atrás.

ii) Contratos de tracto único pero con prestación o prestaciones aplazadas en el tiempo. En este caso, la ejecución del contrato se agota en un solo acto (sería un acto por cada una de las partes si se trata de contratos bilaterales o sinalagmáticos), pero ese acto tiene lugar con posterioridad a la celebración del contrato, pues se ha aplazado o diferido el cumplimiento de la prestación a un momento posterior. En estos supuestos, aunque no tan claramente como en los contratos de tracto sucesivo (que es el ámbito más claro y natural de aplicación de esta especial doctrina), cabe considerar que, según el caso concreto que se plantee, por el mismo razonamiento y fundamento indicado en el apartado anterior, podría también analizarse la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

iii) Por último, los contratos de tracto único en los que la ejecución del contrato se agota en un solo acto y de modo instantáneo al momento de la celebración y perfección del contrato. Por su propia naturaleza y desarrollo en la práctica, no es un tipo de contrato en el que, *a priori*, quepa apreciar una imprevisibilidad de circunstancias que pudieran afectar a la base, causa y finalidad del contrato; no existe una demora en el tiempo para la ejecución y cumplimiento de las prestaciones que cabe entender necesaria para que se estime factible un cambio de circunstancias entre el momento de celebración del contrato y el momento de ejecución de la prestación o prestaciones debidas de una entidad tal que justifique que, en definitiva, puedan considerarse concurrentes los presupuestos de aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como señala la STS de 6 de marzo de 2020, pero refiriéndose de modo equívoco e impreciso a los contratos de corta duración, en estos contratos «difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato».

Por tanto, esa distinción entre contratos de corta y larga duración no tiene sentido en el marco de esta doctrina, pero sí lo tiene la diferenciación entre estos tres tipos de contratos indicados (distinción esta que, a diferencia de la clasificación entre contratos de corta y larga duración, sí que cuenta con cierto fundamento como categorías precisas ya consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico).

Resulta impreciso hablar de contratos de corta o larga duración sin poder determinar objetivamente cuándo un contrato tiene un duración corta o larga: no se precisan los parámetros o criterios que permitan considerar un contrato de uno u otro tipo de modo que se excluya o no la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En algunos momentos sí que esta STS de 6 de marzo de 2020 identifica los contratos de larga duración con los contratos de tracto sucesivo; pero esa asimilación es inexacta, pues hay contratos de tracto sucesivo cuya duración no se puede considerar larga sino corta (por ejemplo, un año o dos años en un contrato de suministro o de prestación de servicios de mantenimiento o de gestión de publicidad); pero, pese a ser corta, en la medida que la ejecución del contrato y el desarrollo del contrato se demora en distintos momentos en los que se van cumpliendo las distintas prestaciones debidas, es una situación en la que cabría plantearse una eventual aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* si en el caso concreto concurren los presupuestos. Cierto es que cuanto más duración y demora en el desarrollo y ejecución total del contrato exista más posibilidades de poder entender que un cambio de circunstancias pudiera ser más imprevisible para las partes o que pueda entenderse que afecta o frustra la base y finalidad del negocio celebrado; pero, como se ha indicado antes, aun con esa normalización de la aplicación de esta doctrina buscada por el Tribunal Supremo, siempre debe atenderse al caso concreto, y por ello, *a priori*, no puede considerarse sin más que en un contrato de corta duración (dentro de la imprecisión e indeterminación que esta novedosa clasificación contractual supone) se deba descartar automáticamente la aplicabilidad de esta cláusula *rebus sic stantibus*, y, particularmente, el presupuesto de la imprevisibilidad de las nuevas circunstancias sobrevenidas.

Si de alguna forma se quiere introducir un presupuesto más en la aplicación de esta doctrina, a lo sumo cabría distinguir entre contratos de tracto sucesivo y contratos de tracto único y, en este último caso, entre contratos de ejecución instantánea y de ejecución diferida, en los términos antes expuestos.

Por último, siguiendo con el análisis de esta doctrina y sus presupuestos, como ya advertí anteriormente, en cuanto al cambio de las circunstancias y la incidencia de ello en la ruptura de la base económica del contrato determinando una excesiva onerosidad en el cumplimiento de su prestación por la parte afectada (STS núm. 333/2014, de 30 de junio), profundizaré más en la doctrina jurisprudencial existente al respecto en el siguiente apartado, relacionándolo con las especiales circunstancias derivadas de una crisis económica.

3. CRISIS ECONÓMICA Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: LA EXCESIVA ONEROSIDAD O ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESTACIONAL PREVISTO EN EL CONTRATO

Una vez analizada la doctrina jurisprudencial existente en general en relación con los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y particularmente sobre la imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas y atención al «riesgo normal del contrato», cabe analizar la incidencia de la crisis económica en la apreciación de la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, especialmente en el marco de los criterios indicados de afectación a la base del negocio y a la excesiva o especial onerosidad en el cumplimiento del contrato, al haberse alterado el equilibrio prestacional inicialmente previsto al celebrarse el negocio jurídico.

Una primera atención a la crisis económica como contexto para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y como preludio de los posteriores intentos de apreciación normalizada de esta figura, se observa ya en algunas resoluciones de 2012. Ahora bien, en un principio se vino a considerar que el cambio de las condiciones de mercado y de la situación financiera de las partes era un riesgo previsible (entre otras, STS de 8 de octubre de 2012⁷); y que, en todo caso, no cabría apreciar el presupuesto de imprevisibilidad de la crisis económica ni siquiera en contratos de larga duración cuando ya se hubieran previsto para ese contrato ciertas normas o cláusulas que permitieran la actualización de prestaciones, rentas o cantidades dinerarias o su ajuste a ciertas circunstancias económicas posteriores a la celebración del contrato (como es el caso de las reglas de actualización de la renta previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos y/o en el propio contrato de arrendamiento, como advirtió la STS de 27 de abril de 2012⁸).

Pero con la STS núm. 820/2012, de 17 de enero de 2013⁹, y la STS núm. 822/2012, de 18 de enero de 2013, ya se visualizó y materializó esa tendencia hacia la aplicación normalizada y flexible de la figura al declararse como hecho notorio que esa crisis económica surgida a partir de 2008 (con notables, profundos y prolongados efectos de recesión económica) «podía ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias» y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido.

Ahora bien, pese a ello, el Tribunal Supremo advierte de que este hecho notorio no implica la aplicación generalizada ni automática de la cláusula *rebus sic stantibus* ni, por ello, la modificación del contrato ni mucho menos su extinción o resolución; al contrario, pues resulta del todo punto necesario «que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate» (STS núm. 64/2015, de 24 de febrero); es decir, que se compruebe la efectiva incidencia de esa crisis económica en el concreto contrato objeto de litigio.

Insiste, por tanto, nuestro Alto Tribunal en que habrá que atender al caso concreto y revisar el cumplimiento de los presupuestos de esta figura en cada supuesto. Y, a este respecto, la STS núm. 333/2014, de 30 de junio, señala: «resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas sentencias [las de 17 y 18 de enero de 2013] destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las sentencias citadas, cuando confundiéndose la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (1182 a 1184 CC)».

Por tanto, la crisis económica se configura como un elemento que puede resultar relevante en el marco del análisis y apreciación de la concurrencia de los presupuestos de aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, pero no puede ser el fundamento único de ello. De hecho, el Tribunal Supremo previene contra ello y la STS núm. 237/2015, de 30 de abril, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene no obstante «contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas», de modo que, precisamente, aprovechando la crisis económica y buscando el amparo con base en ella de la aplicación de esta doctrina *rebus sic stantibus*, incumplan los contratos sin justificación alguna, no debiendo ser por ello protegidos o beneficiados por la aplicación de esta cláusula especial.

A este respecto, en algunas sentencias posteriores como en la STS núm. 742/2014, de 11 de diciembre, este Alto Tribunal siguió mostrándose reticente con respecto al valor o incidencia de la crisis económica, al señalar «que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse imprevisible o inevitable».

Por otro lado, y particularmente en lo que respecta al presupuesto de la excesiva onerosidad de alguna de las prestaciones rompiendo el equilibrio y conmutatividad inicial del contrato, advierte el Tribunal Supremo que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado determinando su frustración; y en tal sentido, esa apreciación deberá ser apreciada caso por caso. La base económica del contrato es un aspecto clave en la valoración de este presupuesto, es decir, en la valoración de la relevancia de esa excesiva onerosidad. Y para ello debe tenerse en cuenta la actividad económica o empresarial concreta desarrollada por quien debe cumplir con la prestación comprometida. A este respecto, se advierte que este hecho se pone de manifiesto particularmente en aquellos supuestos en los que la actividad económica desarrollada, como consecuencia del cambio de circunstancias: a) genera pérdidas reiteradas o un sustancial incremento de los costes de la prestación y con ello la inviabilidad económica del contrato, frustrando la finalidad de este; o b) implica la total inexistencia de beneficio para una de las partes, faltando el carácter retributivo a su propia prestación y con ello rompiendo la conmutatividad del contrato y la relación de equivalencia de las prestaciones de ambas partes. Para ambos casos, «por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre

de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.»; es decir, el análisis debe hacerse únicamente en relación al propio negocio jurídico afectado, y no atendiendo a otros negocios o actividades de alguna de las partes de aquel contrato (SSTS de 30 de junio de 2014, de 15 de octubre de 2014 y de 24 de febrero de 2015).

4. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Vistos los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, procede determinar el alcance de su apreciación: ¿meramente modificativo o extintivo del contrato?

En general y ya desde el principio con la postura tradicional del Tribunal Supremo (así, STS de 27 de abril de 2012, entre otras) el alcance preferente ha sido el modificativo de la relación contractual; también con la tendencia normalizadora promovida en las SSTS de 30 de junio y 15 de octubre de 2014.

Cabe considerar, además, que esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (criterio que la reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, más allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermenéutico: STS núm. 827/2012, de 15 de enero de 2013); y, además, cabe entender también que el alcance modificativo se corresponde mejor con la naturaleza y características de un contrato de tracto sucesivo o de larga duración, que son los que fundamentalmente se ven afectados por esta doctrina (STS núm. 591/2014, de 15 de octubre).

III. CONCLUSIONES

I. La cláusula o doctrina *rebus sic stantibus* no cuenta con una previsión ni regulación expresa en nuestro Derecho positivo, sino que encuentra su configuración en la doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia, que ha ido adoptando distintas posturas en torno a ella: desde una postura muy restrictiva en sus inicios a una tendencia nueva, normalizadora, desde 2013 y especialmente 2014, que bajo ciertos presupuestos postula su mayor y más flexible aplicación.

II. Esta cláusula determina que el principio *pacta sunt servanda* (los contratos deben cumplirse en sus propios términos: art. 1091 CC) se cumpla siempre que las circunstancias bajo las que se celebró el contrato no cambien, pues si se produce una alteración sobrevenida y sustancial de tales circunstancias, con esta cláusula se podrían amparar o justificar ciertos incumplimientos contractuales; si bien la solución ante el problema derivado de esas dificultades sobrevenidas para cumplir la prestación debida tiene preferentemente un alcance modificativo del contrato (tratando de reequilibrar las prestaciones de las partes) y no extintivo o resolutorio del contrato.

III. Cabe afirmar, según el Tribunal Supremo, que el fundamento actual de esta doctrina de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentra, no tanto en criterios de equidad y justicia, como en el principio de buena fe contractual y la regla de la conmutatividad del comercio o negocio jurídico.

IV. Tradicionalmente los presupuestos de aplicación de esta doctrina o cláusula han sido: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;

b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

V. Sin embargo, desde 2013 y especialmente 2014 el Tribunal Supremo ha ido acogiendo una tendencia doctrinal más flexible o «normalizadora» en cuanto a esos presupuestos que se concreta en pretender que la apreciación de estos presupuestos no sea excesivamente rigurosa, rígida ni radicalmente estricta, sino que se trate de adaptar a la realidad y contexto social en que se desarrolla el contrato, propugnando, por tanto, una mayor laxitud en la apreciación de la «excepcionalidad», la «radical imprevisibilidad», la «excesiva onerosidad», la «alteración extraordinaria» o la «desproporción desorbitante» en el análisis del supuesto concreto de incumplimiento objeto de litigio, flexibilizando el tipo de circunstancias fácticas que cabría incluir dentro de tales presupuestos.

VI. Esa normalización y objetivación pretendidas, según advierte el Tribunal Supremo, no implican en rigor una ruptura del principio *pacta sunt servanda* y encuentran apoyo en reglas clave de nuestro Derecho positivo como son el principio de la buena fe contractual y el principio de la conmutatividad de los negocios jurídicos.

VII. En todo caso, siempre resulta necesario e imprescindible atender al concreto caso afectado por el cambio de circunstancias. Debe atenderse a un análisis concreto de las circunstancias en que se celebró el contrato y en las que se ha ido desarrollando, sobre cómo se ha visto afectado por las excepcionales nuevas circunstancias y en qué medidas estas eran o no previsibles al perfeccionarse el contrato.

VIII. A este respecto, la STS de 30 de junio de 2014 concreta dos criterios que permitirían objetivar la valoración de la incidencia del cambio de circunstancias en el caso concreto y, con ello, responder a las cuestiones de si ese cambio de circunstancias tiene entidad suficiente (altera o no el estado de las cosas y la causa del contrato de modo relevante) y si dicha alteración de las circunstancias debe tener o no consecuencias para las partes de esa relación contractual: a) la doctrina de la base del negocio (tanto desde la perspectiva objetiva como subjetiva); y b) el riesgo normal derivado del contrato.

IX. En cuanto a la crisis económica, finalmente con las SSTs de 17 y 18 de enero de 2013 se consideró como hecho notorio de cara a su consideración como fenómeno capaz de generar un grave cambio de las circunstancias determinante de una alteración de la base económica del contrato y una mayor onerosidad para la parte contractual afectada. Pero una crisis económica no puede implicar generalizada ni automáticamente la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* a ese contrato ni su modificación o extinción, sino que es necesario comprobar en qué medida esa crisis económica incide efectivamente en el concreto contrato objeto del litigio.

X. La crisis económica se configura como un elemento que puede resultar relevante en el marco del análisis y apreciación de la concurrencia de los presupuestos de aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, pero no puede ser el fundamento único de ello.

XI. En lo que respecta al presupuesto de la excesiva onerosidad de alguna de las prestaciones rompiendo el equilibrio y conmutatividad inicial del contrato, advierte el Tribunal Supremo que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado determinando su frustración; y en tal sentido, esa apreciación deberá ser apreciada caso por caso, teniendo en cuenta la actividad económica o empresarial concreta desarrollada por quien debe cumplir con la prestación comprometida.

XII. No tiene sentido, en el marco de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la distinción que la STS de 6 de marzo de 2020 hace entre contratos de corta y larga duración. Por el contrario, sí que tiene mayor fundamento la diferenciación entre contratos de tracto sucesivo y contratos de tracto único y, en este último caso, entre contratos de ejecución instantánea y de ejecución diferida.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 11 de diciembre de 1940
- STS de 17 de mayo de 1941
- STS de 17 de mayo de 1957
- STS de 6 de junio de 1959
- STS de 31 de marzo de 1960
- STS de 16 de octubre de 1989
- STS de 10 de octubre de 1990
- STS de 23 de abril de 1991
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 23 de febrero de 1993
- STS de 29 de mayo de 1996
- STS de 10 de febrero de 1997
- STS de 15 de noviembre de 2000
- STS de 27 de mayo de 2002
- STS de 21 de marzo de 2003
- STS de 20 de noviembre de 2009
- STS de 20 de febrero de 2012
- STS de 21 de febrero de 2012
- STS de 23 de abril de 2012
- STS de 26 de abril de 2012
- STS de 27 de abril de 2012
- STS de 8 de octubre de 2012
- STS de 20 de noviembre de 2012
- STS de 15 de enero de 2013
- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 18 de enero de 2013
- STS de 25 de marzo de 2013
- STS de 26 de abril de 2013
- STS de 29 de octubre de 2013
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 15 de octubre de 2014
- STS de 11 de diciembre de 2014
- STS de 24 de febrero de 2015
- STS de 30 de abril de 2015
- STS de 13 de julio de 2017
- STS de 20 de julio de 2017
- STS de 9 de enero de 2019
- STS de 22 de enero de 2019
- STS de 5 de abril de 2019
- STS de 18 de julio de 2019
- STS de 6 de marzo de 2020

NOTAS

¹ En esta STS de 13 de julio de 2017 (en un litigio sobre la pretendida resolución de una compraventa porque los compradores no habían podido obtener financiación oportuna para proceder al pago dada la crisis económica existente) se concluye: «En definitiva, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor; que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación».

² Conforme señala la STS núm. 64/2015, de 24 de febrero, «la aplicación del principio de buena fe como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, junto con el citado principio de conmutabilidad, constituyen una plasmación de las directrices de orden público económico dirigida a valorar la incidencia de la alteración producida en la base del negocio que informó el contrato, como expresión de la conmutabilidad o razón económica del equilibrio contractual del mismo. De modo que, su función, fuera del estricto plano de la delimitación del alcance prestacional que deba ser observado, se centra en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien, determinando su resolución. No se trata, por tanto, de un enfoque dirigido estrictamente a plantear la interpretación del contrato (artículo 1281 y siguientes CC), ni la integración objetiva del mismo (artículo 1258), sino a ponderar su eficacia resultante tras la alteración sobrevenida de las circunstancias que conformaron la base negocial sobre la que se asentó la iniciación y el mantenimiento de la relación contractual llevada a cabo».

³ Tal y como señala la STS núm. 333/2014, de 30 de junio: «Esta razón de compatibilidad y normalidad en la aplicación de esta figura no puede desconocerse a tenor del desenvolvimiento jurídico experimentado en el contexto del Derecho europeo. En efecto, del mismo modo que la conservación de los contratos constituye un principio informador del Derecho contractual europeo, reconocido por los textos de referencia ya señalados y aplicados por esta Sala en las Sentencias de 15 y 16 de enero de 2013 (núms. 827 y 828/2013, respectivamente) la cláusula *rebus sic stantibus* o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato, ha sido objeto de regulación por estos mismos textos de armonización sin ningún tipo de regulación excepcional o singular al respecto, como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual. En este sentido, no puede desconocerse un cierto valor añadido a las citadas sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 pues fuera de la oportunidad del momento, la referencia a la cláusula se realiza de un modo normalizado, conforme a los textos de armonización citados, y se admite su posible aplicación a casos que traigan causa de la “crisis económica”, supuesto claramente más amplio y complejo que los derivados de la devaluación monetaria que sirvió de base a un cierto renacimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*». *Vid.*, asimismo, la alusión a este contexto europeo y a los textos armonizadores en la STS núm. 5/2019, de 9 de enero.

⁴ Lógicamente, si en el contrato se incluyen previsiones concretas sobre esas hipotéticas circunstancias que pudieran sobrevenir, no tendría sentido ya aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* sino que debiera atenderse a esas concretas previsiones contractuales (por ejemplo, cláusulas de estabilización de precios, actualización de rentas, suspensión temporal de los efectos del contrato...). *Vid.* también a este respecto la STS núm. 214/2019, de 5 de abril.

⁵ Tal y como señala la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre, «en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su

necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada».

⁶ La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos había sido resaltada ya por el Tribunal Supremo anteriormente en, entre otras, SSTs de 20 de febrero de 2012, de 26 de abril de 2012, de 20 de noviembre de 2012, de 25 de marzo de 2013 y de 11 de noviembre de 2013.

⁷ La STS núm. 597/2012, de 8 de octubre, en un caso en el que los compradores pretenden resolver el contrato de compraventa por falta de financiación, alegando que era imprevisible que la entidad les denegara el crédito, la Sala entendió que, al realizar una compra especulativa, los compradores asumieron el riesgo de la operación y sería contrario a la buena fe tratar de repercutir tal riesgo sobre el vendedor, cuando los compradores debieron preverlo; entendió que «concorre culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra».

El mismo criterio mantiene el Tribunal Supremo, también respecto de una compra especulativa, en la STS núm. 227/2015, de 30 de abril: en este caso, la sentencia de instancia, que se confirma, consideró que no había existido un incumplimiento por parte del vendedor de su obligación de garantizar financiación al comprador, puesto que tal obligación no resultaba del contrato, en el que solo se establecía la opción del comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario, y que tampoco podía admitirse la ineficacia del contrato por el cambio sobrevenido de circunstancias económicas, pues ello estaba excluido cuando concurría una falta de previsión sobre las propias capacidades económicas para hacer frente al esfuerzo financiero al que se estaba obligando. Entiende la Sala que, «a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma».

Vid. asimismo, la STS núm. 447/2017, de 13 de julio, que cita y se refiere a las resoluciones anteriores y concluye que: «la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación».

⁸ Según señala la STS de 27 de abril de 2012: «El transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso».

⁹ En un caso en el que el contrato recogía la posibilidad de la parte compradora de «subrogarse al préstamo del promotor», pero también la posibilidad de que la entidad

de crédito denegara la subrogación, la STS núm. 820/2012, de 17 de enero de 2013, advierte que «el que pueda aplicarse la regla rebus a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor; se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento» (*vid.*, asimismo, STS núm. 447/2017, de 13 de julio).

1.6. Responsabilidad Civil

El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?

The compensation of non-material damages for abusive clauses in consumer bank contracts: present and future?

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Sevilla

1.1. DERECHO DE CONTRATOS-CONTRATOS BANCARIOS

RESUMEN: En estos últimos años se han dictado numerosas sentencias relacionadas con productos financieros que contenían cláusulas abusivas, no negociadas y no comunicadas a los clientes con suficiente transparencia. En tales casos se ha declarado la nulidad de las cláusulas y, conforme a su eficacia *ex tunc*, los bancos han tenido que devolver las cantidades indebidamente cobradas, pero nada más. ¿Es posible condenar a la banca a compensar económicamente los daños morales a sus clientes? El Informe de la Comisión europea de 29 de agosto de 2019 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde afirmativamente, abriendo la puerta a futuras reclamaciones de daños que afectan a la esfera anímica del consumidor.

ABSTRACT: *In recent years, many sentences related to financial products containing abusive clauses, not negotiated and not communicated to clients with sufficient transparency, have been issued. In such cases, the nullity of the clauses has been declared and, according to their ex tunc effectiveness, banks have had to return unduly invoiced amounts, but nothing more. Is it possible to convict banks to provide economic compensation for non-material damages suffered by their clients? The Report of the European Commission of August 29, 2019 to the Court of Justice of the European Union responds affirmatively, opening the door to future claims of damages affecting the mood of the consumer.*

PALABRAS CLAVE: Protección de los consumidores. Cláusulas abusivas. Daños morales. Mala praxis bancaria.

KEY WORDS: *Consumers protection. Abusive clauses. Non-material damages. Banking malpractice.*

SUMARIO: I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.—II. EL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE AGOSTO DE 2019 AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA VUELVE A SACAR LOS COLORES A LA JUSTICIA ESPAÑOLA.—III. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL BANCARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El aluvión de litigios sobre abusividad de cláusulas en la contratación de hipotecas en los últimos tiempos con motivo de la jurisprudencia del Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido enorme. Para hacernos una idea, según datos del Consejo General del Poder Judicial¹, en los Juzgados especializados en acciones individuales sobre cláusulas abusivas han ingresado, desde su puesta en marcha el 1 de junio de 2017, 486.078 asuntos, de los que ya se han resuelto algo más de la mitad, en concreto, 243.550 (141.643 durante el ejercicio 2019), fallando en un 69,9% a favor del cliente hipotecario.

Tales pronunciamientos judiciales declaran la nulidad de la cláusula abusiva en cuestión, condenando, en consecuencia, a la entidad financiera a la restitución de las cantidades pagadas de más por el cliente, pero no al resarcimiento de los daños morales. Pues bien, esta posición de nuestros jueces y tribunales podría tener sus días contados. Vayamos por partes.

Hoy día, nuestro Tribunal Supremo admite que el daño moral puede provenir lo mismo de la culpa contractual como de la extracontractual (por todas, STS de 22 de mayo de 1995), si bien fue en el ámbito aquiliano donde inicialmente se reconoció² y en el que, sin duda, ha tenido mayor acogida. Por consiguiente, en Derecho español³, el incumplimiento (total o parcial) de una obligación contractual puede generar tanto daños patrimoniales como morales, aunque se trate de un contrato de contenido puramente económico dirigido a satisfacer un interés patrimonial al contratante. Ahora bien, la indemnización del daño moral «no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual» (STS de 26 de julio de 2000).

Como señala el Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2003, nuestro Código civil no contempla expresamente la indemnización por daños morales⁴, si bien su artículo 1106 no la excluye y su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos»⁵ los daños y perjuicios, siendo la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de diciembre de 1949.

El Alto Tribunal, en el Fundamento jurídico 6.º de su Sentencia de 25 de abril de 2019, afirma que «la jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una “noción dificultosa”, le ha dado una orientación cada vez más amplia⁶, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris*. Ha considerado incluidos en él las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, y ha sentado como situación básica para que pueda existir un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre,

temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares».

Según doctrina reiterada contenida, entre otras, en las SSTs de 27 de julio de 2006, 28 de febrero y 3 de octubre de 2008, 12 de mayo de 2009, 30 de abril de 2010 y 23 de octubre de 2015, «no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica».

Conforme a la Sentencia de 22 de septiembre de 2004, «puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales, materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum” económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. (...) En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales...».

Como establece la STS de 13 de abril de 2012, «es cierto que el daño moral no produce una pérdida económica de carácter material, ni una disminución del patrimonio, ni se identifica con el lucro cesante, aunque puede derivar de un daño patrimonial pero puede significar malestar, zozobra, desasosiego, indignación, perturbación, ansiedad, preocupación susceptible de generar desestabilización e inquietud, inestabilidad emocional personal y/o familiar, del ciudadano/a medio, etc., disfunciones que pueden tener una compensación económica».

La STS de 15 de julio de 2011, en relación a la reparación del daño moral contractual como consecuencia de vicios ruinógenos, establece: «la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral es apreciable en la responsabilidad contractual, si bien no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual (SSTS de 31 de mayo 2000; 10 de marzo de 2009). La obligación de reparación no tiene un alcance universal, sino que su alcance debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. El daño moral debe, además, ser demostrado».

Luego añade: «tratándose de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida

la obligación de responder por daños morales el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento (STS de 10 de marzo de 2009)».

Y continúa afirmando: «la jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código civil⁷, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal (SSTS de 16 de noviembre de 1986: trastorno y angustia ocasionada a una familia que se vio obligada a abandonar la casa; de 10 de noviembre de 2005: pérdida de las vacaciones estivales; de 22 de noviembre de 2007: abandono de vivienda por obras defectuosas graves, entre otras)».

Según la STS de 21 de enero de 2015, «lo que genera la obligación de indemnizar el daño moral es el propio juego de la dinámica de la responsabilidad, esto es, la existencia del incumplimiento, el juicio de imputabilidad y su producción efectiva en la relación de causalidad. Dinámica que guarda una estrecha conexión, en línea de principio, con el carácter integral que informa nuestro deber de resarcir y, por tanto, con su admisión en el ámbito de la responsabilidad contractual; entre otras (STS de 13 de abril de 2012)».

Así las cosas, no toda perturbación anímica derivada de un incumplimiento contractual conlleva automáticamente un daño moral que deba ser compensado pecuniariamente. Téngase en cuenta que la simple frustración del cumplimiento de un contrato genera, por sí misma, disgusto, aflicción, malestar, desazón, indignación, cabreo, angustia o ansiedad. Entonces, ¿cuándo y con arreglo a qué criterios es indemnizable el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato predominantemente económico? Pues cuando exista un incumplimiento relevante, una imputación objetiva al incumplidor o cumplidor negligente y un nexo causal entre acción u omisión y daño moral, el cual debe consistir en sufrimiento, zozobra y padecimiento y no en una mera incomodidad ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato⁸.

Sorprendente resulta el fallo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2016, en relación a una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por prestación de información defectuosa sobre un producto de inversión adquirido a una sociedad de valores, según la cual, «la indemnización de los daños morales exige no solamente que se aprecie una causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los hechos en que tales daños se concretan (angustia, desazón, ansiedad), sino también que pueda establecerse una imputación objetiva.

Por lo general, cuando se exige indemnización de daños morales por incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico como es el caso del asesoramiento de inversiones, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los daños psicológicos que hubiera podido sufrir el demandante, no puede establecerse una imputación objetiva en base al criterio del fin de protección de la norma cuando explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad, la dignidad o la libertad

personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, salvo en el caso de que el incumplimiento contractual sea doloso, pues en tal caso el título de imputación se deriva de la previsión del artículo 1107 del Código civil de que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que coincidentemente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (Sentencia 366/2010, de 15 de junio)».

Nuestra sorpresa reside en que el Alto Tribunal para considerar el daño moral contractual indemnizable exige, sin despegarse un ápice de la letra del párrafo 2.º del artículo 1107 del Código civil, que el incumplimiento sea doloso, que, en el caso de autos, concluyó que no lo fue, añadiendo que «en los contratos relativos al mercado de valores, la regulación de las obligaciones de los intervinientes en tal mercado no toma en consideración la vulneración de bienes de la personalidad, sino simplemente los intereses económicos de los intervinientes, así como de la economía general». No obstante, en más de una ocasión se ha condenado al resarcimiento de daños morales por incumplimientos contractuales negligentes.

En el ámbito de la contratación por parte de consumidores y usuarios, la indemnización de daños morales con base en los artículos 1101 y concordantes del Código civil, viene siendo reconocida por nuestros órganos judiciales en los supuestos de intromisión ilegítima en el derecho al honor (art. 18.1 CE) por indebida inclusión de datos personales en ficheros automatizados de solvencia patrimonial [SSTS de 6 de marzo de 2013, de 22 de diciembre de 2015, de 7 de noviembre de 2018, de 20 de junio de 2019 y 19 de febrero de 2020, así como las SSAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 14 de julio de 2016, de Valencia (Sección 7.ª) de 28 de septiembre de 2016, de Asturias (Sección 7.ª) de 9 de noviembre de 2017, de Salamanca (Sección 1.ª) de 28 de mayo de 2018 y de Cantabria (Sección 2.ª) de 14 y 22 de enero de 2020]⁹, siendo irrelevante la cuantía del débito por el que la persona fuese incluida en él (como precisa la STS de 18 de febrero de 2015, que ventiló un caso de la inclusión en un registro de morosos por una deuda de 135,42 euros), en contratación telefónica por defectuosa prestación de servicios, en concreto, en la tramitación de la portabilidad de línea [SSAP de Navarra (Sección 1.ª) de 10 de febrero de 2010, de Asturias (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2010, de Burgos (Sección 3.ª) de 27 de julio de 2010 y de Zaragoza (Sección 5.ª) de 3 de abril de 2012], en incumplimiento tardío en cuanto a la entrega de una vivienda [SSAP de Asturias (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2005, de Valencia (Sección 7.ª) de 10 de abril de 2007, de Madrid (Sección 19.ª) de 4 de junio de 2010, de Madrid (Sección 21.ª) de 16 de noviembre de 2010 y SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 20 de enero de 2012], en relación a cancelaciones o retrasos de vuelos o de entrega de equipaje [entre las más recientes, SSAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 5 de abril de 2016, de Barcelona (Sección 15.ª) de 9 de julio de 2019, de Pontevedra (Sección 1.ª) de 7 de octubre de 2019 y de Granada (Sección 3.ª) de 27 de noviembre de 2019], materia en la que la STS de 31 de mayo de 2000 advierte que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo», señalando que «pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad

y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna», en incidentes en cruceros [SSAP de Madrid (Sección 14.^a) de 29 de abril de 2014, de Málaga (Sección 5.^a) de 25 de enero de 2018, de Madrid (Sección 11.^a) de 29 de abril de 2019 y de Madrid (Sección 14.^a) de 9 de mayo de 2019], en incumplimiento de prestaciones contratadas para la celebración de bodas y comuniones [SSAP de Madrid (Sección 14.^a) de 7 de febrero de 2000, de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de junio de 2004, de A Coruña (Sección 5.^a) de 16 de noviembre de 2011, de Granada (Sección 5.^a) de 9 de octubre de 2015 y de Jaén (Sección 1.^a) de 4 de octubre de 2017], así como, en el ámbito bancario, sobre el que volveremos más adelante.

Así las cosas, el Supremo, en su Sentencia de 13 de abril de 2012, describe con absoluta claridad su postura prudencial (en ocasiones, cicatera) respecto al daño moral: «la doctrina y la jurisprudencia (SSTS de 22 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2009) admiten su existencia, si bien con cautela para evitar reclamaciones injustificadas o amparadas en incumplimiento de escaso calado».

El daño moral, al igual que el patrimonial, ha de ser probado, si bien la dificultad estriba en la evaluación económica de perjuicios en la esfera subjetiva, incorporal o invisible y, además, el padecimiento humano varía en función de las personas. En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce en su Sentencia de 17 de febrero de 2005 que su valoración económica es difícil.

Como afirma en el Fundamento jurídico 2.º de su Sentencia de 31 de mayo de 2000, «la temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (S. 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (S. 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «*in re ipsa loquitur*», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria».

No existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste (SSTS de 17 de mayo y 3 de septiembre de 2019), de manera que ha de proporcionarse, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (entre otras, SSTS de

2 de diciembre de 1946, 5 de julio de 1972, 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 24 de septiembre de 1999, 9 de diciembre de 2003, 28 de marzo y 28 de abril de 2005, 10 de febrero y 4 de octubre de 2006 y 13 de abril de 2012). En este sentido, el daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* [cuantía] indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas (STS de 27 de julio de 2006)¹⁰.

II. EL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE AGOSTO DE 2019 AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA VUELVE A SACAR LOS COLORES A LA JUSTICIA ESPAÑOLA

No es la primera vez que la justicia europea, con mayor o menor tibieza, emienda la plana a la española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo hizo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) en relación a las cláusulas suelo¹¹ y, de nuevo, en su reciente Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios (IRPH)¹², en la que corrige a nuestro Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (la cual contó con un voto particular y con el que ahora concuerda el tribunal comunitario), había cerrado la puerta a las reclamaciones de casi un millón de consumidores.

En esa línea no tiene desperdicio el Informe que la Comisión europea dirige, con fecha de 29 de agosto de 2019, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual ha sido elaborado por Napoleón Ruiz García y Julio Baquero Ruiz, miembros de su Servicio Jurídico, en contestación a los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Ambos tienen su origen en dos cuestiones prejudiciales elevadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia 17 de Palma de Mallorca y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 6 de Ceuta para aclarar cómo proceder en dos pleitos entre CY y Caixabanc, S.A. (C-224/19) y LG y PK y BBVA, S.A. (C-259/19), en relación a la interpretación 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 dichas cuestiones prejudiciales los respectivos magistrados preguntan, entre otras cosas (trece preguntas formuló el de Palma de Mallorca y dos el de Ceuta), si cabe control de abusividad de la cláusula de comisión de gastos de apertura a la luz del artículo 4.2.º de la citada Directiva 93/2013/CEE y cuando, una vez declarada nula por abusiva la cláusula que impone la totalidad de los gastos de constitución, novación y cancelación al prestatario consumidor, cómo ha de procederse en cuanto a la remoción *ex tunc* de los efectos de la misma.

Según la STS de 23 de enero de 2019, la cláusula de comisión de apertura es, junto al interés remuneratorio, parte integrante y necesaria del precio total del contrato de préstamo, razón por la cual está excluida del control de abusividad del artículo 82.1 del 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 (TRLUCU), es decir, es automáticamente transparente.

Respecto de los gastos, tanto los aranceles notariales y registrales, como el Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y los honorarios de la gestoría, el Alto Tribunal establece que los primeros deben ser sufragados por mitad por el prestatario y el prestamista, los de inscripción de la garantía hipotecaria por el prestamista y los de cancelación por el prestatario, los impuestos por el prestatario y, en cuanto a los de gestión, servicio que aprovecha a ambas partes, han de atribuirse también por mitad (SSTS de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019).

En cuanto a los gastos de tasación del inmueble, el auto de remisión del asunto C-224/19 hace un reproche al criterio mayoritario seguido por las Audiencias provinciales con base en el basado en el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, conforme al cual, pese a la declaración de nulidad de la cláusula, se niega la restitución de dicho gasto a los consumidores al estimar que son los consumidores los beneficiarios del préstamo hipotecario y que, siendo el ofrecimiento de la garantía hipotecaria el requisito legal para la celebración de los mismos, les corresponde a ellos acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y quienes deben correr con los gastos necesarios para su valoración por lo que, según dicho sentir mayoritario, ninguna lesión se produciría por atribuir al consumidor dicho gasto a pesar de anularse la cláusula.

En relación a la comisión de apertura, tras recordar la falta de incorporación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español, la cual es equivalente a la contenida, en general, en el artículo 5, la Comisión considera que «los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales —aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato—, examinar la transparencia formal y material de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma» (Observaciones 103 a 106).

Respecto a la cláusula de gastos, no siendo aplicable *ratione temporis* la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, la Comisión estima correcto el reparto entre la entidad financiera y el consumidor en cuanto a los aranceles notariales y registrales, así como el abono del correspondiente impuesto por el prestatario. Sin embargo, en la Observación 68 del citado Informe se establece: «con el debido respeto, la Comisión discrepa de tal criterio jurisprudencial y considera, en cambio, que el gasto de gestoría (ni siquiera su división por partes iguales), a diferencia de los gastos notariales o del Registro de la Propiedad, NO viene atribuido por ninguna disposición legislativa nacional aplicable en defecto de acuerdo entre las partes».

Dado que del artículo 40 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios se deduce que no existe una disposición legislativa que imponga a las partes la obligación legal de contratación de una gestoría ni que regule, en su caso, quién es el obligado al pago por tales servicios, «la Comisión considera que si fue la entidad financiera quien impuso y designó un gestor profesional y atribuyó íntegramente al consumidor los gastos por dicho servicio, tal obligación proviene exclusivamente del pacto privado contenido en la cláusula controvertida. Por ello, una vez esta ha sido declarada nula por abusiva, deben eliminarse todos sus efectos, debiendo la entidad financiera en tal caso resarcir al consumidor por los gastos ocasionados por dicha cláusula (cuestión distinta sería si fue el consumidor quien decidió recurrir y elegir a dicho profesional) sin que sea posible

su integración, subsanación o moderación por los jueces nacionales, so pena de eliminarse el efecto disuasorio del artículo 6, apartado 1 de la Directiva». Por consiguiente, «la Comisión es de la opinión que habiéndose declarado nula la cláusula en cuestión y en ausencia de disposición legal que regule expresamente el contenido de dicho concepto, deben eliminarse *ex tunc* los efectos de dicha cláusula para el consumidor, procediendo la devolución o el rescarcimiento a este de cualquier importe abonado por dicho concepto» (Observaciones 69 a 73).

En lo que concierne a los gastos derivados de la tasación del inmueble, la Comisión no comparte el criterio mayoritario seguido por nuestra jurisprudencia «menor» y sustentado en el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario¹³: «ese criterio jurisprudencial no hace otra cosa que subsanar o integrar una cláusula abusiva, puesto que el contenido de la norma invocada no constituye una disposición legislativa que “impone” que el gasto de tasación en concreto deba recaer sobre el prestatario consumidor.

Efectivamente, si bien la norma en cuestión establece unos porcentajes máximos del valor de tasación que la garantía real no puede superar, nada dice la misma sobre quién debe correr con los gastos de dicha tasación. Así, en principio, nada impediría, por ejemplo, que fuera el banco quien corriera con dichos gastos, bien como gesto comercial o bien por disponer de servicios propios de tasación, lo que le permitiría ser más competitivo. En cualquier caso, dicha norma no tiene la naturaleza de disposición legal de imperativo cumplimiento, ni de disposición aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes en relación con dicho gasto» (Observaciones 85 y 86).

Y tras contemplar la obligación de que las entidades de crédito acepten que el consumidor pueda aportar una tasación certificada por un tasador homologado que el propio consumidor hubiera contratado (por un coste inferior al que le pretende repercutir la entidad), añade otro argumento: «finalmente, a mayor abundamiento, en opinión de la Comisión, el razonamiento por el cual al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y por lo tanto de correr con los gastos de la tasación también es discutible por incompleto ya que, si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidarnos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa» (Observaciones 87 y 88).

Y concluye: «por tanto, no existiendo una obligación clara dimanante de una disposición legislativa nacional respecto de dicho concepto aplicable en defecto de pacto válido entre las partes, la Comisión opina que un criterio jurisprudencial por el cual el gasto de tasación del bien inmueble se atribuye íntegramente al consumidor a pesar de la nulidad de la cláusula supone, de facto, una subsanación de la misma por los jueces nacionales, lo cual es contrario a lo dispuesto por el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Observación 90).

La Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte europea de 16 de julio de 2020, aunque *prima facie* pudiera parecer que cambia la situación recién descrita, confirma, en relación a los gastos de la hipoteca, la doctrina del Tribunal Supremo. Dada la extensión impuesta, dejamos el detenido análisis del reciente pronunciamiento europeo para otra ocasión.

Esto dicho, la Comisión realiza una observación adicional respecto de los remedios procesales nacionales para garantizar la remoción *ex tunc* de los efectos de una cláusula contractual declarada abusiva y es aquí donde nos llama la

atención una afirmación que ha justificado la elaboración del presente trabajo y que, intuimos, va a dar muchos quebraderos de cabeza.

En la Observación 96 del Informe la Comisión afirma: «no puede excluirse (al menos, en principio) que los consumidores que sufren la imposición de cláusulas como la controvertida en el asunto principal puedan reclamar, aparte de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral».

La posibilidad apuntada en el inciso final y que podría fácilmente pasar desapercibida va más allá de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, lo que es desconocido, por ahora, en España. Sin embargo, tiene un importante valor desde el punto de vista práctico en cuanto a la tutela de los derechos de los consumidores hipotecarios, pudiendo abrir la puerta a futuras reclamaciones a entidades bancarias de cuantías comprensivas no solo de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de cláusulas abusivas declaradas nulas, sino también del resarcimiento de perjuicios de índole no patrimonial, esto es, los que afectan a la esfera anímica del cliente. Ello, a nuestro juicio, no es nada descabellado, a la vista del desgaste que la situación puede provocar en la salud del consumidor afectado.

Para proteger los intereses políticos y económicos en juego en el mercado financiero, no creemos que nuestros órganos judiciales puedan zanjar esta cuestión esgrimiendo, a modo de pretexto, el argumento de que el incumplimiento por parte del banco no es doloso y, en consecuencia, procede únicamente un reintegro patrimonial. En más de una ocasión se ha condenado a una entidad de crédito al pago de una indemnización por daño moral por una actuación negligente, como enseguida veremos.

III. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL BANCARIO

No sería esta la primera vez que los bancos serían condenados por su actuar negligente a resarcir daños morales a sus clientes.

En los últimos tiempos, muchos consumidores han resultado afectados por la mala praxis de las entidades financieras en la comercialización de productos novedosos para el sistema financiero español pero sumamente complejos y arriesgados (participaciones preferentes, subordinadas, swaps, clips, bonos estructurados o convertibles, créditos *revolving*¹⁴, etc.). Numerosas personas (muchas de ellas de edad avanzada y, por tanto, consumidores vulnerables¹⁵) han sufrido un importante deterioro de su salud psíquica como consecuencia de conductas desleales basadas en una asimetría informativa que juega claramente a favor de las entidades financieras y, en ocasiones, han recibido una compensación por el daño moral producido negligentemente por parte de los bancos.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 28 de marzo de 2005 condenaron a una entidad bancaria al pago de una indemnización por daño moral por incumplimiento de un contrato de cambio de moneda¹⁶. El banco entregó billetes de dólares falsos, lo que provocó un cúmulo de molestias a los adquirentes durante sus viajes a países extranjeros (Rusia y EEUU, respectivamente), entre ellas, su detención policial y retirada del pasaporte con la consiguiente humillación, produciéndose, incluso, en uno de los casos, una ruptura sentimental (de la cual, a nuestro juicio, sería excesivo hacer responsable también a la entidad bancaria). Mientras que la Sentencia de 17 de febrero condena al banco al pago de una indemnización de 78.131 euros, la de 28 de marzo cuantifica los daños en 360.000 euros.

La SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 18 de mayo de 2010 condenó a una entidad de crédito, por incumplimiento contractual negligente al cancelar anticipadamente todas las tarjetas de su cliente y aplicar el total dispuesto en la cuenta corriente operativa sin el conocimiento ni consentimiento de su cliente, a indemnizar a la actora en la cantidad de 6000 euros en concepto de daño moral: «la existencia de daño moral y la relación de causalidad con el actuar negligente de la entidad bancaria queda fuera de toda duda al quedar debidamente acreditadas las circunstancias personales y familiares de la actora —mujer separada legalmente con una hija menor a su cuidado, con una limitación funcional con minusvalía del 75% y un trastorno depresivo y de afectividad de etiología psicógena—, así como el hecho de que se enteró de la cancelación de las tarjetas de crédito al inicio de las fiestas de Navidad al acudir a un centro comercial a efectuar las compras propias de las indicadas fechas y para celebrar el cumpleaños de su hija de ocho años, viéndose obligada a desistir de realizarlas al no serle admitidas las tarjetas por no hallarse operativas y haber cargado los adeudos a la única cuenta corriente con la que operaba la cliente dejándola sin fondos, lo que innegablemente le causó un sufrimiento síquico y un estado de zozobra y de angustia que se refleja en el certificado médico en el que se hace constar la agravación de su estado depresivo con ideas de autolisis, todo ello agravado por la negativa de la entidad bancaria de ofrecerle las explicaciones solicitadas sobre la cancelación de las tarjetas y su cargo en la cuenta con la que venía operando, obligándola a acudir a la vía judicial para conseguir ver atendidos sus derechos como cliente del banco.

La cuantificación económica del daño moral, siempre difícil, debe fijarse equitativamente atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión, siendo razonable la determinada por la sentencia de la instancia que reduce a 6000 euros la solicitada por la actora de 30.000 euros, sin que pueda ser tildada de desorbitada, como se afirma por la entidad recurrente».

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Córdoba de 9 de febrero de 2016, citando la STS de 13 de julio de 2015 conforme a la cual el incumplimiento como título jurídico válido para imputar a las entidades financieras responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida del valor de las participaciones preferentes siempre que se justifique su realidad y la relación de causalidad con la contratación del producto financiero, considera que «debe prosperar la pretensión indemnizatoria al justificar suficientemente la actora con la documentación acompañada que D.* padecía un cuadro psicopatológico de trastorno por ansiedad generalizada y que tanto D.* como su cónyuge estaban en tratamiento médico a la fecha de la presentación de la demanda, documentos que no fueron impugnados por la demandada. La incertidumbre generada por la imposibilidad de recuperar de manera inmediata, quedando a resultas de un procedimiento judicial, los ahorros invertidos en las participaciones preferentes se presenta por sí misma como una situación idónea para provocar en cualquier ciudadano un sufrimiento moral de entidad bastante para ser calificado como daño moral. Por tanto, se trata de un daño indemnizable que ante la falta de disconformidad de la demandada con la cuantía reclamada justifica que se valore como adecuada». En consecuencia, condena a una entidad bancaria a abonar a la demandante, una señora de 65 años y con estudios primarios, la cantidad de 6000 euros en concepto de indemnización de daño moral.

La SAP de León (Sección 3.ª) de 13 de abril de 2007 condenó a una entidad bancaria al pago de una indemnización por daño moral por mala praxis o práctica irregular o negligente, al permitir que quien era esposo de la demandada abriera

una cuenta corriente a nombre de esta, solicitara una tarjeta y expidiera más de 80 cheques, todo ello sin el conocimiento ni consentimiento de la actora, sin que por parte de los empleados de la entidad bancaria se realizara gestión alguna para cerciorarse de la identidad de la titular de la cuenta y de su consentimiento, pues el contrato de apertura de cuenta no fue firmado en la oficina, lo que exigía unas comprobaciones que la entidad bancaria omitió. La actora se vio sometida a un proceso penal, permaneciendo imputada durante tres años, conducta delictiva que era atribuible a su exmarido, autor de la trama defraudatoria y de la falsificación de la firma de la actora que utilizó para sus propósitos delictivos, y también a la negligencia de la entidad bancaria demanda que, de haber actuado diligentemente habría impedido la apertura de la cuenta a nombre de la actora y las posteriores actuaciones realizadas con dicha cuenta. Al respecto, la Audiencia provincial concluye: «en nuestro caso entendemos que la conducta negligente de la entidad bancaria coadyuvó en la causación de un daño moral a la actora que ha de ser evaluable, que se concreta en el injusto sometimiento de la actora a un proceso penal en calidad de imputada sin haber cometido ninguna actividad delictiva, lo que originó en ella la natural angustia y ansiedad, constatada por el informe médico sobre la atención recibida por el padecimiento ansioso depresivo, así como, además de consecuentes molestias, el temor e inquietud que resulta de su prolongada imputación durante más de tres años en unos hechos delictivos graves (estafa) en los que no tuvo intervención alguna, padeciendo en suma una perturbación de ánimo y sufrimiento psíquico que constituye el daño moral indemnizable, estimando nosotros prudencialmente que la entidad bancaria demandada como corresponsable de ese daños ha de indemnizar a la actora en 3000 euros, cifra que estimamos adecuada a las circunstancias del caso para compensar, que no resarcir el daño moral causado».

En la SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 20 de diciembre de 2011 se conoció un caso en el que una entidad bancaria resolvió unilateralmente y sin previo aviso los contratos de crédito mediante una tarjeta asociados a una cuenta corriente que los actores habían suscrito con dicha entidad y a la vez se produjo el bloqueo de la cuenta corriente para cobro de los saldos deudores que resultaran. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia concedieron 100 euros como indemnización por daño moral por la práctica bancaria contraria a la buena fe *ex* artículo 7.1 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid, en su Sentencia de 3 de julio de 2018, condenó a un banco que bloqueó una cuenta de la que eran titulares dos cónyuges por la sola voluntad unilateral de la esposa, empleada de la entidad, sin comunicación ni intervención del otro cotitular, por aquel entonces su marido, al iniciarse un procedimiento de divorcio. El demandante tuvo conocimiento de dicha situación cuando quiso realizar una transferencia de 500 euros y el sistema se lo impidió, si bien su esposa sí pudo, en cambio, ordenar movimientos. Si bien el Banco de España considera que es buena práctica que la entidad bancaria proceda al bloqueo de la cuenta en caso de cotitulares en conflicto, el Juzgado considera que «lo que no puede aceptarse es que se haga a instancia de una sola de las partes y sin comunicación ni intervención de la otra», como sucedió en el caso de autos.

El banco también actuó de manera negligente cuando, a petición de la empleada y sin notificárselo al demandante, procedió a cambiar la dirección de envío de correspondencia al domicilio de sus suegros. A la vista de ello, para el JPI, «lo que se entiende evidente y acorde a la lógica del actuar humano es que esa conducta de la demandada ha afectado al actor, generándole la natural

tensión y desasosiego, vivida por D. Arturo con intensidad, pues no solo acude varias veces a las oficinas de la entidad bancaria, sino que formula reclamación al Banco de España. Todo esto va a agudizar y hacer más difícil, angustioso y sufrido el proceso de divorcio, con la natural impresión de desamparo y deslealtad en relación a la entidad, a la vez que preocupación por el devenir del dinero depositado en la entidad». Por ello concluye que la conducta negligente de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones (arts. 1258 y 1101 CC) ha causado un daño moral al demandante, considerando excesiva la cantidad de 9000 euros solicitada por el actor «considerando más equilibrada y acorde a ese daño la cifra de 3000 euros, pues el actor si bien no fue informado de ese cambio de domicilio y bloqueo, rápidamente tuvo conocimiento de ello al operar electrónicamente con las cuentas bancarias».

En el caso enjuiciado por la SAP de León (Sección 2.ª) de 23 de septiembre de 2010, en relación con la demora de varios años por parte de una entidad bancaria en cambiar la titularidad de un fondo inscrito a nombre de una persona fallecida, cuando reiteradamente le fue comunicada la urgencia del cambio por la necesidad de destinar el dinero de dicho fondo a satisfacer el impuesto de sucesiones de la herencia, el Juzgado de Primera Instancia condenó al banco al pago de 18.000 euros en concepto de daño moral. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, al considerar que «no acreditado en el presente caso, ya que ninguna prueba se ha articulado al respecto, que la situación creada haya producido a la actora un sufrimiento psíquico o espiritual, ansiedad o impacto emocional en los términos descritos, las simples molestias o incomodidades que indudablemente aquella le han debido originar, no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral, en los términos en que este es concebido por la doctrina del Tribunal Supremo, y todo sin olvidar, además, que la gestión ante el Banco no fue realizada personalmente por la actora si no por su hijo». En consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto la indemnización fijada por daño moral.

En cambio, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012 desestimó la reclamación de daños morales derivados de una contratación de participaciones preferentes: «ninguna prueba existe en las actuaciones de dicho daño moral, de su aparente intensidad o importancia —dado que no nos encontramos ante un daño “*in re ipsa*” o que hable por sí solo—, distinto del propio daño material constituido por la pérdida económica que se ha tratado de corregir, ni tampoco del nexo causal entre la actuación de la demandada y el supuesto sufrimiento, sin que conste en autos ninguna prueba distinta de la mera manifestación que hace la parte actora, lo que lleva consigo la desestimación de la demanda en cuanto a este punto».

Tampoco estima la reclamación de daños morales la SAP de Islas Baleares (Sección 4.ª) de 28 de febrero de 2013 en relación también a unas preferentes: «Por lo que se refiere a lo solicitado en el apartado e) del suplico de la demanda, indemnización de 18.000 euros en concepto de daño moral, esta Sala considera que no procede su estimación. Y ello por cuanto los informes médicos aportados con la demanda bajo el núm. 25 de los documentos acompañados con la misma para fundamentar tal pretensión, fueron expresamente impugnados por la parte demandada en su contestación a la demanda, en la que se alegó que carecían de la más mínima objetividad e imparcialidad, como lo evidenciaba palmariamente que se entremezclaran consideraciones médicas con exhortaciones expresas para el reintegro de los depósitos que son objeto del procedimiento, lo que permite pensar que han sido confeccionadas “*ad hoc*” para la reclamación judicial que nos ocupa.

Los informes no contienen historia clínica de la paciente que permitiera saber si ya ha tenido otros episodios como el que se describe, ni valora otras circunstancias que puedan haber originado el estado depresivo, sino que directamente lo imputa a la problemática surgida con el banco. Sin embargo, a pesar de tal impugnación, la parte actora en el acto de la audiencia previa no propuso prueba alguna para combatir tal impugnación. Entendiendo esta Sala que dicha prueba era necesaria por cuanto debemos convenir con lo alegado por la parte demandada en su contestación a la demanda en el sentido de que los informes médicos aportados con la demanda no contienen la explicación o información suficiente para poder considerar acreditado el daño moral cuya indemnización pretende en la demanda».

Igualmente sucedió en el caso ventilado por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Peñarroya-Pueblonuevo de 7 de diciembre de 2013: «en cuanto a los daños morales ninguna prueba se ha practicado al respecto, ciertamente a la actora las circunstancias del objeto de este procedimiento le ha debido producir zozobra e intranquilidad, pero salvo suposiciones ninguna prueba ha aportado la actora que acredite que dicha intranquilidad le ha producidos efectos dañinos susceptibles de indemnización, con lo que en este extremo debe ser desestimada la presente demanda».

En cuanto a la falta de transparencia formal, son varios los pronunciamientos judiciales que declaran la abusividad de cláusulas de un contrato de tarjeta de crédito por su falta de legibilidad a causa de la minúscula letra utilizada¹⁷, de forma que no pueden entenderse incorporadas al contrato [entre otros, SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 23 de octubre de 2017 y SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 9 de octubre de 2019]. En consecuencia, se declara la nulidad contractual y nada más.

A la luz de las resoluciones judiciales que hemos examinado (no todas han sido reproducidas), detectamos en la práctica forense muchos prejuicios, recelos o reservas hacia la indemnización por daño moral en el ámbito bancario, eminentemente económico y, por consiguiente, ajeno a menoscabos en la esfera espiritual o anímica de la persona. Sucedió lo mismo en relación a la propiedad intelectual hasta que, cómo no, el TJUE, en su Sentencia de 17 de marzo de 2016 (asunto C-99/15) y con base en el principio de restitución íntegra, se pronunciara a favor de que el perjudicado, un director, guionista y productor de la obra audiovisual fuera indemnizado, además del daño material, del menoscabo moral sufrido¹⁸.

En la práctica forense se vulnera, con frecuencia, el derecho fundamental del consumidor financiero a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Valoramos muy positivamente que algunos jueces y tribunales estimen las reclamaciones de responsabilidad civil planteada contra los bancos condenándolos a compensar económicamente el daño moral de sus clientes, si bien, a la luz de los procedimientos analizados, consideramos que las cuantías son escasas y, por consiguiente, poco disuasorias para que tales entidades dejen de llevar a cabo este tipo de actuaciones generadoras de sufrimientos injustos.

Esto no significa una generalización de la reparación del daño moral. No abogamos por un concepto amplio del perjuicio moral que llevaría a indemnizar, de forma automática, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento de un contrato. Solo debe compensarse el daño moral indemnizable.

En este sentido, el daño moral del consumidor bancario debe ser relevante o de cierta entidad (no, por tanto, el malestar asociado al mero incumplimiento contractual) y su compensación pecuniaria debe servir para compensar el daño sufrido en su estado anímico pero no para castigar al banco negligente. Sin embargo, la práctica forense nos demuestra que el cliente financiero que

acude a la vía judicial no resulta justamente compensado. En clara situación de ventaja e impunidad, las entidades bancarias lo saben y se aprovechan de ello, continuando con sus actuaciones abusivas y dañosas para sus clientes, con una inusitada habilidad para reinventarse y volver a la carga con nuevas estrategias¹⁹ y fórmulas con grandes riesgos de sobreendeudamiento para los consumidores, más aún ante la inminente recesión económica que nos acecha.

¿Es este nuevo escenario otro frente abierto para la banca? Difícil resulta pronosticar qué pasará a partir de ahora, pero nos atrevemos a afirmar que, a la vista de lo acontecido en los últimos tiempos y de la senda marcada por la justicia europea, nuestros jueces y tribunales, hasta ahora bastante indulgentes con las entidades financieras, terminarán por acoger, con fines compensatorios y disuasorios, el que podría denominarse «daño moral bancario» del consumidor financiero.

IV. CONCLUSIONES

I. El aluvión de litigios sobre abusividad de cláusulas en la contratación de hipotecas en los últimos tiempos con motivo de la jurisprudencia del Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido enorme. Los pronunciamientos judiciales vertidos sobre la materia declaran la nulidad de la cláusula abusiva en cuestión, condenando, en consecuencia, a la entidad financiera a la restitución de las cantidades pagadas de más por el cliente, pero no al resarcimiento de daños morales.

II. Hoy día, nuestro Tribunal Supremo admite que el daño moral puede provenir lo mismo de la culpa contractual como de la extracontractual. Ahora bien, la indemnización del daño moral no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, el cual, ya por sí mismo, genera disgusto, aflicción, malestar, desazón, indignación, cabreo, angustia o ansiedad.

III. Para que el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato predominantemente económico sea indemnizable debe ser relevante, debe haber una imputación objetiva al incumplidor o cumplidor negligente y un nexo causal entre acción u omisión y daño moral, el cual debe consistir en sufrimiento, zozobra y padecimiento y no en una mera incomodidad ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

IV. No es la primera vez que la justicia europea, con mayor o menor tibieza, enmienda la plana a la española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo hizo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) en relación a las cláusulas suelo y, de nuevo, en su reciente Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios (IRPH), en la que corrige a nuestro Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, había cerrado la puerta a las reclamaciones de más de un millón de consumidores.

V. El Informe que la Comisión europea dirige, con fecha de 29 de agosto de 2019, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en contestación a los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apunta en su Observación 96 la posibilidad de que los consumidores que sufran la imposición de cláusulas abusivas puedan reclamar, aparte de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral.

VI. ¿Es este nuevo escenario otro frente abierto para la banca? Difícil resulta pronosticar qué pasará a partir de ahora, pero nos atrevemos a afirmar que, a la vista de lo acontecido en los últimos tiempos y la senda marcada por

la justicia europea, nuestros jueces y tribunales, hasta ahora bastante indulgentes con las entidades financieras, terminarán por acoger, con fines compensatorios y disuasorios, el que podría denominarse «daño moral bancario» del consumidor financiero.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 2016 (C-99/15)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 6 de diciembre de 1912
- STS de 19 de diciembre de 1949
- STS de 9 de mayo de 1984
- STS de 13 de diciembre de 1984
- STS de 22 de mayo de 1995
- STS de 31 de mayo de 2000
- STS de 26 de julio de 2000
- STS de 9 de diciembre de 2003
- STS de 22 de septiembre de 2004
- STS de 17 de febrero de 2005
- STS de 28 de marzo de 2005
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 28 de febrero de 2008
- STS de 3 de octubre de 2008
- STS de 12 de mayo de 2009
- STS de 30 de abril de 2010
- STS de 13 de abril de 2012
- STS de 6 de marzo de 2013
- STS de 18 de febrero de 2015
- STS de 23 de octubre de 2015
- STS de 22 de diciembre de 2015
- STS de 30 de septiembre de 2016
- STS de 14 de diciembre de 2017
- STS de 15 de marzo de 2018
- STS de 7 de noviembre de 2018
- STS de 23 de enero de 2019
- STS de 25 de abril de 2019
- STS de 17 de mayo de 2019
- STS de 20 de junio de 2019
- STS de 3 de septiembre de 2019
- STS de 19 de febrero de 2020
- STS de 4 de marzo de 2020

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 7 de febrero de 2000
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de junio de 2004
- SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 9 de marzo de 2005
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 10 de abril de 2007
- SAP de León (Sección 3.^a) de 13 de abril de 2007
- SAP de Navarra (Sección 1.^a) de 10 de febrero de 2010
- SAP de Islas Baleares (Sección 3.^a) de 18 de mayo de 2010
- SAP de Madrid (Sección 19.^a) de 4 de junio de 2010
- SAP de León (Sección 2.^a) de 23 de septiembre de 2010
- SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 16 de noviembre de 2010
- SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 7 de junio de 2010
- SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 27 de julio de 2010
- SAP de A Coruña (Sección 5.^a) de 16 de noviembre de 2011
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 20 de diciembre de 2011
- SAP de Cádiz (Sección 8.^a) de 20 de enero de 2012
- SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 3 de abril de 2012
- SAP de Islas Baleares (Sección 4.^a) de 28 de febrero de 2013
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 29 de abril de 2014
- SAP de Granada (Sección 5.^a) de 9 de octubre de 2015
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 5 de abril de 2016
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 14 de julio de 2016
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 28 de septiembre de 2016
- SAP de Jaén (Sección 1.^a) de 4 de octubre de 2017
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 23 de octubre de 2017
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 9 de noviembre de 2017
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 25 de enero de 2018
- SAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 28 de mayo de 2018
- SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 29 de abril de 2019
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 9 de mayo de 2019
- SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 9 de julio de 2019
- SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 7 de octubre de 2019
- SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 9 de octubre de 2019
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 27 de noviembre de 2019
- SAP de Cantabria (Sección 2.^a) de 14 de enero de 2020
- SAP de Cantabria (Sección 2.^a) de 22 de enero de 2020

JUZGADOS

- SJPI núm. 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012
- SJPI núm. 6 de Córdoba de 9 de febrero de 2016
- SJPI núm. 7 de Valladolid de 3 de julio de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARRANCHO HERRERO, T. (2011 y 2012). Daño al honor derivado de la inclusión en «listas de morosos». *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 91, 6-20 y núm. 100, 18-31.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (2018). El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. *Actualidad Civil*, núm. 6.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Madrid: Cívitas.
- (2022). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, V La responsabilidad extra-contractual*. Madrid: Cívitas-Thomson Reuters.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 430-443.
- NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1115-1198.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2006). *El daño moral por incumplimiento de contrato*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 239-263.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2014). Los ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 22 de enero de 2014). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 293, 459-504.
- SOLÉ FELIÚ, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español, *Indret*, 1.

NOTAS

¹ Según nota de prensa del CGPJ de 27 de febrero de 2002, desde la puesta en marcha de estos órganos especializados el 1 de junio de 2017, el número de asuntos pendientes no había dejado de aumentar de forma consecutiva hasta el segundo trimestre del año pasado, periodo durante el que por primera vez se experimentó una disminución, que fue del 2,25 por ciento. Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, la tendencia se ha mantenido a la baja, gracias en buena medida al aumento del número de asuntos resueltos.

En el último trimestre de 2019, los órganos especializados en cláusulas abusivas resolvieron un total de 38.576 asuntos, lo que supone un 25,76 por ciento más que en el mismo periodo del año anterior, en el que el número de asuntos resueltos fue de 20.673.

El número total de asuntos resueltos durante 2019 ascendió a 141.643, cifra que arroja una media de 11.803 asuntos resueltos al mes. Durante los dos años y medio que llevan en funcionamiento, los juzgados especializados en cláusulas abusivas han resuelto un total de 243.550 asuntos.

Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, se registraron un total de 29.305 nuevos asuntos, un 39 por ciento menos que en el mismo trimestre de 2018.

Dicha nota de prensa puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=1f3c96ad11680710VgnVCM100006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES.

² STS de 6 de diciembre de 1912, mientras que el daño moral contractual no fue admitido hasta las Sentencias de 9 de mayo y 13 de diciembre de 1984.

³ Para un estudio de la materia en Derecho comparado, vid. SOLÉ FELIÚ, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español, *Indret*, 1 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/607_es.pdf).

⁴ Si mencionan el daño moral pero no lo definen, entre otras normas, el artículo 9.3.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelec-

tual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, varios preceptos del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, los artículos 110 y 113 del Código penal, el artículo 128 del 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 y el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

⁵ Para RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 243, «el artículo 1106 se presenta, en principio, como el más adecuado para responder a la cuestión general de si el daño moral está excluido del ámbito de la responsabilidad contractual, ya que este precepto delimita los daños objeto de reparación desde el punto de vista cualitativo, esto es, desde la perspectiva de la naturaleza del daño, mientras que el artículo 1107 los delimita desde el punto de vista cuantitativo».

⁶ Acerca de la extensión de la idea de daño moral experimentada en la jurisprudencia más reciente, vid. Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Madrid: Cívitas.

⁷ En opinión de NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente. *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1131, la cual compartimos «aunque si bien no reconoce expresamente tal indemnización el artículo 1591 del Código civil 34, sí puede intuirse que al admitir in genere la responsabilidad por «daños y perjuicios», sin distinguir ni especificar, luego abarcará el daño emergente, el lucro cesante y, para lo que aquí importa, el daño moral. Sin embargo la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación —en adelante LOE—, a mi juicio, no ha aprovechado la ocasión para ampliar y pergeñar la responsabilidad en un ámbito tan delicado y conflictivo como es el de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación».

⁸ Como señala Díez-Picazo, L. (2022). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, V, *La responsabilidad extracontractual*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 322, «en ningún lugar está dicho que el ordenamiento garantice a todos los miembros de la comunidad jurídica una vida tranquila y sin problemas especiales, de manera que si sufre lo que hemos llamado “contratiempos” tiene derecho a recibir por ello una indemnización».

⁹ Sobre la materia, vid. CARRANCHO HERRERO, T. (2011 y 2012). Daño al honor derivado de la inclusión en «listas de morosos». *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 91, 6-20 y núm. 100, 18-31 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2014). Los ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 22 de enero de 2014). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 293, 459-504.

¹⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación, en *Actualidad Civil*, 2018, núm. 6.

¹¹ Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 430-443.

¹² En este caso la justicia europea ha querido contentar tanto a la banca como a los consumidores pues, de un lado, no declara la nulidad de la cláusula que fija el tipo de interés IRPH en todos los casos y, de otro, contradice al Tribunal Supremo español al afirmar que sí que es susceptible de ser estudiado en cada caso y ser sometido a un control de transparencia.

¹³ Cuyo tenor literal es: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años».

¹⁴ En la reciente STS de 4 de marzo de 2020, el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por Wizink Bank contra una sentencia que había declarado la nulidad de un contrato de crédito “revolving” mediante uso de tarjeta

por considerar usurario el interés remuneratorio, fijado inicialmente en el 26,82% TAE y que se había situado en el 27,24% a la fecha de presentación de la demanda.

¹⁵ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012 sobre una Estrategia de Refuerzo de los Derechos de los Consumidores Vulnerables.

¹⁶ Para NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente. *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1192, «resulta sorprendente, alucinante, que en el lapso de apenas un mes se hayan producido semejantes incumplimientos en el ámbito de los contratos bancarios, en concreto, en relación con un contrato de cambio de moneda. Asombra todavía más que el incumplimiento sea imputable, en las dos ocasiones, a la misma entidad bancaria y de la misma localidad».

¹⁷ Según el artículo 80.1,b) del TRLCU, «1. 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: 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 al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

¹⁸ Según declara el TJUE en la sentencia citada, «el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de este artículo, sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo».

¹⁹ Para evitar el impacto de la ya citada STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el IRPH, los bancos ofrecen a sus clientes acuerdos consistentes en eliminar el IRPH y cambiar a un tipo fijo a cambio de renunciar a acciones legales posteriores, misma táctica empleada respecto de las cláusulas suelo.

Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma

Housing leases, COVID-19 epidemic and alarm status

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora contratada. Doctora de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La situación de parálisis a que se ha abocado al conjunto de la sociedad española (y a su tejido productivo) por las decisiones de confinamiento (consecuencia de la regulación del estado de alarma y sus prórrogas), *han determinado directamente la pérdida o reducción de ingresos de buena parte de la población*, singularmente, trabajadores autónomos, pequeños y medianos empresarios y trabajadores por cuenta ajena. Ello lógicamente repercute en su capacidad para hacer frente a los gastos cotidianos entre los que se encuentra el pago de la renta arrendaticia de su vivienda habitual. El Real Decreto Ley 11/2020 introduce una serie de medidas cuyos beneficiarios son los arrendatarios calificados de vulnerables por el Real Decreto Ley. Dichas medidas son: una moratoria en el pago de la renta o una condonación del 50% de la renta en caso de arrendadores-grandes tenedores; la concesión por entidades de crédito de préstamos avalados y subvencionados por el Estado para el abono de la renta; ayudas directas del Estado para el abono de estos préstamos; soluciones habitacionales en viviendas de titularidad pública o cedidas voluntariamente a la administración; y en su defecto, ayudas de las que son beneficiarias, por cuenta de las personas vulnerables, administraciones, empresas públicas y entes sin ánimo de lucro que tengan por finalidad dotar de soluciones habitacionales a dichas personas. El Real Decreto Ley también prevé la suspensión extraordinaria de los desahucios para el arrendatario vulnerable durante un periodo máximo de 6 meses a contar desde su entrada en vigor (2 de abril de 2020) y una prórroga extraordinaria de *todos* los contratos de arrendamiento de vivienda que finalicen entre el 2 de abril de 2020 y los dos meses posteriores a la finalización del estado de alarma, por un periodo de hasta 6 meses desde la fecha de su vencimiento (siempre que lo solicite el inquilino).

ABSTRACT: *The situation of paralysis to which the whole of Spanish society (and its productive fabric) has been led by confinement decisions (consequence of the regulation of the state of alarm and its extensions), have directly determined the loss or reduction of income of a good part of the population, singularly, self-employed workers, small and medium-sized entrepreneurs and employed workers. This logically affects their ability to meet the daily expenses, among which is the payment of the rent of their habitual residence. The Royal Decree Law 11/2020*

introduces a series of measures whose beneficiaries are the tenants classified as vulnerable by the Royal Decree Law. These measures are: a moratorium on the payment of rent or a remission of 50% of the rent in lessors-large holders; the granting by credit institutions of loans guaranteed and subsidized by the State for the payment of rental income; direct State aid for the payment of these loans; housing solutions in publicly owned housing or voluntarily assigned to the administration; and failing that, aid of which they are beneficiaries, on behalf of vulnerable people, administrations, public companies and non-profit entities whose purpose is to provide housing solutions to such people. The Royal Decree Law also provides for the extraordinary suspension of evictions for the vulnerable tenant for a maximum period of 6 months from its entry into force (April 2, 2020) and an extraordinary extension of all housing lease contracts that end between April 2, 2020 and two months after the end of the alarm status, for a period of up to 6 months from the expiration date (whenever requested by the tenant).

PALABRAS CLAVE: Covid-19. Estado de alarma. Arrendamiento de vivienda. Arrendatario vulnerable.

KEY WORDS: Covid-19. State of alarm. Housing lease. Vulnerable lessee.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA A EFECTOS DE OBTENER UNA MORATORIA, PRÉSTAMOS O AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO.—III. MEDIDAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: 1. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL. 2. MORATORIA DE LA RENTA ARRENDATICIA: A) *En el caso de arrendador-gran tenedor.* B) *En el caso de arrendador que no es gran tenedor.* 3. AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN (PRÉSTAMOS AVALADOS Y SUBVENCIONADOS POR EL ESTADO). 4. AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO A INQUILINOS CON DIFICULTADES PARA DEVOLVER LAS AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN. 5. SOLUCIÓN HABITACIONAL INMEDIATA. 6. SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que entró en vigor en el momento de publicarse en el BOE (14 de marzo de 2020) declaró el estado de alarma para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la expansión en España del COVID-19. El posterior Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (que entró en vigor según su disposición final decimotercera, el 2 de abril de 2020) ha adoptado una serie de medidas en materia arrendaticia que afectan al *arrendamiento de vivienda* (Cap. I, Sección 1.^a)¹.

Hay que tener en cuenta que la situación de parálisis a que se ha abocado al conjunto de la sociedad española (y a su tejido productivo) por las decisiones de confinamiento y verdadera expropiación del derecho al trabajo (consecuencia de la regulación del estado de alarma, sus prórrogas y del Real Decreto Ley 10/2020 de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las

personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, BOE 29 de marzo de 2020), *han determinado directamente la pérdida o reducción de ingresos de buena parte de la población*, singularmente, trabajadores autónomos, pequeños y medianos empresarios y trabajadores por cuenta ajena. Ello lógicamente repercute en su capacidad para hacer frente a los gastos cotidianos entre los que se encuentra el pago de la renta arrendaticia de su vivienda habitual^{2, 3}.

Por su parte, el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE de 22 de abril de 2020) dedica su capítulo I (arts. 1 al 5) a la adopción de otra serie de medidas en materia arrendaticia que afectan al *arrendamiento para uso distinto del de vivienda*. Medidas que pretenden dar respuesta a la problemática del empresario obligado simultáneamente al cierre de su negocio y al pago de la renta del inmueble donde ejercía su actividad económica⁴.

Aunque lo más acertado habría sido asegurar por el Estado las nóminas de los trabajadores por cuenta ajena y los ingresos medios de los autónomos de manera que pudieran haber hecho frente a sus deudas y pagos y reincorporarse con total normalidad a su actividad terminado el estado de alarma y sus prórrogas, lo que habría hecho justicia a todos y cada uno de los españoles (iguales ante la ley), el legislador ha optado por la adopción de medidas en el ámbito del arrendamiento de vivienda, que son las que vamos a comentar, que subsidian a un minoritario sector de la población y utilizando no ya la ayuda o subsidio directo (que es el último remedio en la legislación aprobada) sino la expropiación de sus derechos de crédito (definitiva o temporal, según decidan otorgar reducción de la renta o moratoria) a los arrendadores definidos como grandes tenedores⁵.

II. DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA A EFECTOS DE OBTENER UNA MORATORIA, PRÉSTAMOS O AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO

A efectos de obtener la aplicación de las medidas del Real Decreto Ley 11/2020, es preciso que el arrendatario se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica, la cual se encuentra definida en el artículo 5 del Real Decreto Ley. Es decir, la aplicación de la moratoria en el pago de la renta arrendaticia (art. 4), la solicitud de préstamos avalados y subvencionados por el Estado o ayudas transitorias de financiación (art. 9) o las ayudas directas para el abono de la renta o la devolución de dichos préstamos (art. 10), así como la adjudicación de una solución habitacional inmediata en los términos que explicamos después (art. 11), así como para la suspensión extraordinaria de los procesos de desahucio arrendaticio (art. 1), resulta necesario que el arrendatario de vivienda habitual se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 del Real Decreto Ley. Únicamente, la medida de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual así como la incentivación para que arrendador que no es gran tenedor y arrendatario hagan una novación modificativa del contrato (art. 8), no requieren que el inquilino se encuentre en esa situación de vulnerabilidad económica.

De acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, para que concurra dicha vulnerabilidad económica derivada de la epidemia del COVID-19 han de concurrir los siguientes requisitos:

a) Que el arrendatario haya caído en situación de desempleo o expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), o bien haya sufrido una pérdida sus-

tancial de ingresos al reducir su jornada por motivo de cuidados, por cierre de su negocio consecuencia del estado de alarma u otras circunstancias similares que tengan su origen en la situación derivada de la epidemia del COVID-19, no alcanzando por ello el conjunto de ingresos de la unidad familiar *en el mes anterior a la solicitud de la moratoria* (o de la medida de que se trate) el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual. Este límite de ingresos se incrementará:

- En 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo.
- En 0,15 veces el IPREM por cada hijo a cargo en caso de unidad familiar monoparental.
- En 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

El límite de ingresos será de 4 veces el IPREM mensual si algún miembro de la unidad familiar tiene declarada discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

El límite de ingresos será de 5 veces el IPREM mensual si el arrendatario es persona con parálisis cerebral, enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente al arrendatario o a su cuidador para realizar una actividad laboral.

b) Que la renta arrendaticia y los gastos y suministros básicos que deba abonar el arrendatario, todos ellos de la vivienda habitual (coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil y los gastos de comunidad de propietarios, en su caso) *sean iguales o superiores al 35 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar*.

A los efectos de lo previsto en este artículo el legislador entiende por unidad familiar la compuesta por el arrendatario, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y *los hijos*, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y *su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita que residan en la vivienda*.

No se entenderá que concurre la vulnerabilidad económica aunque los ingresos de la unidad familiar se encuentren dentro de los límites descritos, cuando el arrendatario o cualquiera de los miembros de la unidad familiar sean propietarios o usufructuarios de *alguna vivienda en España*. No importa pues, que se sea propietario o usufructuario de *alguna vivienda en el extranjero*, lo que supone una clara discriminación hacia la población autóctona en beneficio de la población foránea. Se exceptúa el caso de que la vivienda que se ostenta en propiedad en España lo sea en comunidad romana derivada de una partición hereditaria. Esto es, se ostenta solo una cuota de la cotitularidad de *un inmueble*. Si lo que se ostentasen fuesen las cotitularidades de varios inmuebles parece que el supuesto también determinaría la ausencia de vulnerabilidad.

Ahora bien, no impedirá la consideración de la situación de vulnerabilidad económica, el que siendo el arrendatario titular de una vivienda en propiedad o en usufructo, acredite la no disponibilidad de la misma por causa de separación o divorcio, o causa ajena a su voluntad, o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular (el arrendatario) o de alguno de los miembros de la unidad familiar⁶.

La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 se acreditará por el arrendatario presentando los documentos relacionados en el artículo 6. Si el solicitante de la moratoria no pudiese aportar alguno de los documentos requeridos en las letras a) a d) del artículo 6, podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la epidemia, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado (art. 6.2)⁷.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto Ley, si el arrendatario se hubiese beneficiado de una moratoria de la renta o de ayudas públicas directas sin reunir los requisitos prevenidos en el artículo 5, será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de poder incurrir en responsabilidades de otro orden (penal, administrativo...). El importe de los daños, perjuicios y gastos que deba abonar no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido. En la misma responsabilidad se incurrirá si el arrendatario buscarse situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de las medidas del Real Decreto Ley 11/2020 (art. 7.2).

III. MEDIDAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, entró en vigor el 2 de marzo de 2020 (disposición final decimotercera), aplicándose a partir de entonces las medidas reguladas en el mismo. De acuerdo con la disposición final decimosegunda, «con carácter general, las medidas previstas en el presente Real Decreto Ley mantendrán su vigencia *hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este Real Decreto Ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo*». En todo caso la vigencia de unas y otras medidas podrá ser prorrogada por nuevo Real Decreto Ley (disposición final decimosegunda.2).

1. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL

El artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 prevé que aquellos arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que finalicen (bien sea la prórroga legal, la prórroga tácita o el plazo superior fijado por las partes) dentro del periodo comprendido *entre el 2 de abril de 2020 (fecha de entrada en vigor de la norma) y los dos meses posteriores a la finalización del estado de alarma y sus prórrogas, quedarán prorrogados extraordinariamente por un periodo máximo de hasta 6 meses, desde la fecha de su vencimiento*⁸. El posterior 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 transporte y vivienda, disposición final novena, ha establecido que la finalización del contrato podrá tener lugar hasta el 30 de septiembre de 2020.

La prórroga no es automática sino que debe ser solicitada por el inquilino antes del 30 de septiembre de 2020 y antes de que finalice la prórroga legal, la prórroga tácita o el plazo convenido superior fijado por las partes⁹.

Ahora bien, una vez solicitada, debe ser aceptada por el arrendador (parece que también en cuanto al plazo) salvo que las partes por acuerdo fijen otros términos o condiciones más favorables para el inquilino.

La prórroga se establece porque pueden vencer en el señalado periodo contratos de alquiler sujetos a la LAU 1994, en redacción dada por la Ley 4/2013, bien sea su prórroga obligatoria de tres años o la tácita de un año. No pueden, en cambio, vencer en dicho periodo ni los contratos sujetos al Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, ni los sujetos al Real Decreto Ley 6/2019, puesto que su prórroga obligatoria es de cinco años (o siete, siendo el arrendador persona jurídica) y su prórroga tácita, de tres años¹⁰.

Durante el plazo de prórroga extraordinaria del contrato se seguirán aplicando las condiciones establecidas en el contrato que se prorroga (salvo que las partes pacten otras más favorables para el inquilino), sin que pueda procederse al desahucio por expiración del contrato¹¹.

Esto es lo que parece deducirse del mencionado precepto. Y decimos que parece deducirse porque el tratar de legislar con una terminología que adolece de precisión técnico-jurídica no produce sino el efecto de oscurecer el texto al operador jurídico y, consecuentemente, al conjunto de los ciudadanos.

En este caso, la situación de vulnerabilidad del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 no es requisito para la aplicación de la medida. Se trata de la única medida que no exige tal requisito¹².

2. MORATORIA DE LA RENTA ARRENDATICIA

Esta moratoria se establece con carácter forzoso para el arrendador siempre que concurren las dos siguientes circunstancias: que el arrendatario acredite una situación de vulnerabilidad económica en los términos definidos por el propio Real Decreto Ley (art. 5); y que el arrendador sea considerado gran tenedor.

A) *En el caso de arrendador-gran tenedor*

En el caso del arrendador-gran tenedor y de la *empresa pública* o *entidad pública de vivienda*, la aplicación de la moratoria es automática, como veremos.

La primera cuestión es determinar qué arrendador es un gran tenedor. No toda empresa (por el mero hecho de serlo) es un gran tenedor. Para ostentar dicha cualidad el Real Decreto Ley considera que la persona física o jurídica ha de ser titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o bien, de una superficie construida de más de 1500 m². Una empresa (persona jurídica) que no reúna estos requisitos de titularidad inmobiliaria no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 debiendo incardinarse su situación dentro del artículo 8. Cuando el artículo 4 habla en su rúbrica de «empresas», se refiere a *empresas públicas de vivienda* pues la rúbrica tiene dos periodos «aplicación automática de la moratoria de la

deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores [primer periodo] y empresas o entidades *públicas de vivienda* [segundo periodo]».

Dándose estas condiciones en el arrendador, el arrendatario puede solicitar en el plazo de *tres meses* desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 (o sea, desde el día 2 de abril de 2020 al 2 de julio de 2020) un aplazamiento temporal y extraordinario del pago de su renta. Se exceptúa el caso en que arrendador y arrendatario hubieran alcanzado antes un acuerdo sobre condonación total o parcial de la renta o aplazamiento de la misma, caso en que el acuerdo, hecho al amparo de los artículos 1255 y 1203.1.º del Código civil, prevalece conforme al artículo 4.1 y 4.2 del Real Decreto Ley, que en este sentido es norma dispositiva (art. 6.2 CC)^{13, 14}.

El arrendatario debe justificar al arrendador gran tenedor o empresa o entidad pública de vivienda su situación de vulnerabilidad económica, aportando los documentos indicados en el artículo 6 del Real Decreto Ley. Si el solicitante de la moratoria no pudiese aportar dichos documentos, puede sustituirlos por una declaración responsable «que incluya la justificación expresa de los motivos relacionados con la crisis del COVID-19 que le impida tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de dicha documentación»¹⁵.

«Del contenido de la normativa (arts. 4, 6 y 8) parece desprenderse que el arrendatario vulnerable tan solo podrá solicitar la medida de la moratoria y no la reducción de la renta, sin perjuicio de que el gran tenedor esté facultado a otorgar la que considere más oportuna en cada caso»¹⁶.

El arrendador debe comunicar expresamente al arrendatario en el plazo máximo de 7 días laborables su decisión, la cual se circunscribe bien a aceptar la moratoria solicitada, bien a conceder una condonación temporal de la renta arrendaticia de un 50%. En caso de optar el arrendador por la condonación temporal, esta se extenderá durante el estado de alarma, sus prórrogas y *hasta* cuatro meses después de la finalización de aquel, si la situación de vulnerabilidad provocada por el COVID-19 continuara *durante dichos cuatro meses tras la finalización del estado de alarma*. Lo que significa que si solo persistiera durante uno o dos meses después, a solos dichos meses alcanzaría la reducción de la renta en un 50%.

Si el arrendador optara por la aplicación de la moratoria o nada respondiera a la solicitud, *la renta quedaría automáticamente aplazada a partir de la mensualidad siguiente a la formulación de la solicitud*. El aplazamiento se extendería hasta la finalización del estado de alarma, sus prórrogas e incluso *hasta cuatro meses más*, siempre que durante ellos persistiese la situación de vulnerabilidad¹⁷.

Las mensualidades aplazadas *se abonarán de forma fraccionada durante al menos tres años* (la concesión de un plazo de abono mayor, por lo tanto, es opcional) a contar desde que se hubiese superado el estado de alarma o la situación de vulnerabilidad económica tal y como se ha explicado antes. Ahora bien, dicho abono debería producirse en todo caso *dentro de la vigencia del contrato o de su prórroga legal o tácita*. De manera que si el contrato o su prórroga legal concluyeran antes del periodo de tres años, la parte arrendadora puede cargar en la renta de cada mes los fraccionamientos correspondientes para que las mensualidades aplazadas terminen de abonarse en el mes de expiración del contrato. Este prorrateo de las mensualidades aplazadas tendrá que ser comunicado por el arrendador al arrendatario una vez expire la situación de alarma o concluya la situación de vulnerabilidad que sigue justificando el aplazamiento en los términos expuestos. Y deberá desglosarse en los recibos de cada mensualidad. Si el aplazamiento se produjera en el periodo de prórroga tácita, el prorrateo de mensualidades podrá alcanzar hasta la expiración de la prórroga tácita.

También es posible que las rentas aplazadas al arrendatario vulnerable deban abonarse prácticamente al final del periodo de prórroga extraordinaria de 6 meses del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 2 del Real Decreto Ley (art. 2 en relación con art. 4). Así, podría solicitarse tanto prórroga extraordinaria como moratoria a un gran tenedor.

En todo caso, los aplazamientos de renta no devengan intereses a favor del arrendador ni cabe establecer ninguna penalización al arrendatario por el hecho de la moratoria.

Ahora bien, como el arrendatario en situación de vulnerabilidad puede acceder al programa de ayudas de financiación del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición del arrendatario *quedará sin efecto la moratoria y el fraccionamiento de cuotas*, por lo que en dicha mensualidad deberá abonar todas las rentas anteriores aplazadas (mediante la financiación recibida) y abonar en lo sucesivo regularmente su renta (art. 4.4 Real Decreto Ley).

La norma solo se refiere a arrendamientos de vivienda habitual suscritos al amparo de la Ley 29/1994 (lo mismo ocurre en el caso del artículo 8 del Real Decreto Ley 11/2020). Según FUENTES-LOJO RIUS «en este caso, no parece un error del legislador, pues dicha exclusión puede tener su fundamentación en que, por norma general, estamos ante contratos con rentas que están muy por debajo de mercado... Pero tampoco se hace referencia a ello en la exposición de motivos, lo cual nos mantiene en la duda...» de si las medidas de los artículos 4 y 8 se aplican también a los arrendamientos sujetos al Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964¹⁸.

De acuerdo con el artículo 4.3 del Real Decreto Ley 11/2020 «lo dispuesto en los dos apartados anteriores resultará de aplicación a todos los arrendamientos correspondientes al Fondo Social de Vivienda, derivado del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹⁹.

B) En el caso de arrendador que no es gran tenedor

Tratándose de un arrendador no comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020, el arrendatario en situación de vulnerabilidad y con contrato de arrendamiento sujeto a la Ley 29/1994, podrá solicitar de la parte arrendadora en el plazo de *tres meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020*, o sea, desde el 2 de abril de 2020, un aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta, a falta de acuerdo entre las partes que lo hubiera establecido ya o que hubiera previsto una reducción o condonación de la renta²⁰.

Recibida la solicitud (en la que el arrendatario hace una propuesta de novación modificativa del contrato), el arrendador debe comunicar al arrendatario en el plazo de 7 días laborables las condiciones de aplazamiento de la deuda (o sea, las mensualidades aplazadas serán abonadas en conjunto en determinada fecha posterior), o de fraccionamiento aplazado de la deuda (las mensualidades aplazadas se abonarán a partir de determinado momento posterior a su devengo y de forma fraccionada en el tiempo junto con la renta habitual) que habiendo sido propuestas por el inquilino acepta. En su defecto, *deberá ofrecer otras alternativas* de aplazamiento o fraccionamiento aplazado de la renta diversas de las sugeridas por el inquilino (art. 4.2 *in fine* Real Decreto Ley 11/2020). Nada

impide, no obstante, que ofrezca una reducción de la renta o una condonación total de determinadas mensualidades y que por esta vía se obtenga un acuerdo, que es lo que pretende el precepto legal.

Si el arrendador no aceptase ningún acuerdo, la ley no prevé ninguna consecuencia perjudicial para este ya de lo que se trata es de incentivar la adopción de un acuerdo obligando al arrendador a manifestarse al respecto. *Pero el arrendatario, en dicho caso, podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020), siempre que reúna los requisitos del artículo 5.* Esto es, queda habilitado tras el fallido acuerdo para solicitar tales ayudas.

Podría parecer en una lectura inicial que para acceder a estos préstamos avalados y subvencionados por el Estado, que si el arrendador no es un gran tenedor, se debería acreditar, según el artículo 8.3 del Real Decreto Ley 11/2020 que el mecanismo legal para la obtención de la novación modificativa del contrato no tuvo éxito²¹.

Pero no siendo clara la redacción legal, no tiene sentido discriminar al «pequeño arrendador», e imponer un requisito adicional en su contra, cuando este puede necesitar de forma más acuciante que su arrendatario vulnerable pueda abonarle la renta. Por lo que no exigiendo nada al respecto el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 ni la Orden que lo desarrolla no procede que la entidad de crédito imponga exigencia alguna al respecto.

En todo caso, *incluso si se alcanzase el acuerdo con el arrendador, siempre que el arrendatario sea persona vulnerable en los términos del artículo 5, podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación del artículo 9* (art. 8.3 Real Decreto Ley 11/2020). Obtenida la financiación, parece que de acuerdo con el espíritu del artículo 4.4 del Real Decreto Ley 11/2020, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición del arrendatario quedará sin efecto la moratoria y, en su caso, el fraccionamiento de cuotas, por lo que en dicha mensualidad deberá abonar el arrendatario todas las rentas anteriores aplazadas (mediante la financiación recibida) y abonar en lo sucesivo regularmente su renta (*arg. ex art. 4.4 Real Decreto Ley 11/2020*).

3. AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN (PRÉSTAMOS AVALADOS Y SUBVENCIONADOS POR EL ESTADO)

Se encuentran reguladas en el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, desarrollado por la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, por la que se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el artículo 9 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 1 de mayo de 2020). Esta Orden Ministerial entró en vigor el 1 de mayo de 2020 (disposición final de la misma)²².

De acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 y su desarrollo por la citada Orden TMA/378/2020, las ayudas transitorias de financiación, o préstamos avalados y subvencionados por el Estado para arrendatarios de viviendas habituales localizadas en todo el territorio español, serán prestadas por las entidades de crédito adheridas a la «línea de avales arrendamiento COVID-19». Dichas entidades deberán conceder préstamos a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica según el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, o que entren dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 4 de la Orden

TMA/378/2020, que considera *también* vulnerable al arrendatario cuya unidad familiar tenga en el mes anterior a la solicitud, *ingresos inferiores a cinco veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual*.

Para que las entidades financieras otorguen estos créditos, el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 autoriza al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para que, mediante acuerdo con el Instituto de Crédito Oficial, desarrolle una línea de avales por un plazo de 14 años. Es decir, el Estado será avalista o fiador frente a las entidades financieras del abono por los arrendatarios de estos créditos. La fianza es subsidiaria al no establecerse expresamente la solidaridad (arts. 1822, 1830 y 1831 CC y art. 11.5 de la Orden TMA/378/2020). Los créditos recibidos por los arrendatarios deben destinarse al pago de la renta de la vivienda habitual²³.

No todas las entidades de crédito están obligadas a conceder estos préstamos sino solo aquellas entidades de crédito *sometidas a la supervisión del Banco de España* (art. 6.1 de la Orden TMA/378/2020) siempre que estén adheridas a la línea de avales antes mencionada. Los préstamos concedidos serán gestionados con la colaboración del Instituto de Crédito Oficial que, a tal fin, suscribirá un convenio con el Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, al que se adherirán las entidades de crédito que vayan a conceder estos préstamos.

Para constituirse en prestatario no será exigible hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, o con la Seguridad Social, ni al corriente de pago de obligaciones por reintegro de otras subvenciones. Sí que es obligatorio aportar los documentos que se relacionan en el artículo 5 de la Orden TMA/378/2020 y la solicitud de préstamo con arreglo al modelo oficial (Anexo I de la mencionada Orden). En todo caso, incluida en el modelo de solicitud, debe aportarse la declaración responsable del arrendatario relativa al cumplimiento de los requisitos subjetivos señalados en el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020, *con mención expresa de que los ingresos de la unidad familiar son inferiores a 5 veces el IPREM en el mes anterior a la solicitud de la ayuda y de que la renta arrendaticia más los gastos y suministros básicos, correspondientes también al mes anterior a la solicitud del préstamo, resulta superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos de la unidad familiar, así como a las circunstancias sobrevenidas que suponen la reducción de ingresos a que se refiere el apartado a) del artículo 4.1 de la Orden*. Esta declaración podrá sustituir la aportación de algunos de los documentos señalados en el artículo 5, letras a), b), c) y d) de la Orden TMA/378/2020, o sea, no la de todos los documentos, siempre que se incluya la justificación expresa de los motivos que impidan tal aportación, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19 y siempre que los documentos aportados junto con la declaración responsable permitan a la entidad de crédito cumplir con su obligación de comprobar la vulnerabilidad del potencial prestatario (arts. 8.3 y 11.3 de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril). Finalizado el estado de alarma y sus prórrogas, el arrendatario-prestatario dispondrá de un plazo de tres meses para aportar los documentos restantes a la entidad de crédito.

En caso de ser varios los titulares del contrato de alquiler, será obligatorio que todos ellos formalicen el contrato de préstamo asumiendo de forma solidaria las obligaciones derivadas del mismo.

El préstamo será compatible con cualquiera de las ayudas al alquiler reguladas en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 y, específicamente, con las reguladas en el artículo 10 del Real Decreto Ley 11/2020 (sin perjuicio, de que estas últimas hayan de destinarse, en su caso, a la amortización del préstamo).

El préstamo *deberá ser solicitado por el arrendatario a la entidad de crédito antes del 30 de septiembre de 2020 y deberá formalizarse antes del 31 de octubre de 2020*²⁴.

Los préstamos se regirán por el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 y por la Orden TMA/378/2020 que lo desarrolla, así como supletoriamente por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y su reglamento; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 2.2 de la Orden TMA/378/2020).

Desde la formalización del préstamo, este contará con la total cobertura del aval del Estado (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) y con una subvención por todos los gastos e intereses del préstamo con cargo a dicho ministerio²⁵.

Los gastos e intereses del préstamo no podrán superar el importe resultante de aplicar una Tasa Anual Equivalente del 1,5%, comprendiendo los gastos que se devenguen desde la solicitud del préstamo hasta su cancelación (art. 6.2 y 8.4 de la Orden TMA/378/2020). El Instituto de Crédito Oficial adelantará a las entidades de crédito la bonificación de gastos e intereses y posteriormente, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana abonará al Instituto de Crédito Oficial el importe de dicha bonificación.

La cuantía del préstamo, de acuerdo con el artículo 7 de la Orden TMA/378/2020, podrá alcanzar hasta el 100% del importe de seis mensualidades (según lo pactado en el contrato de arrendamiento de vivienda habitual vigente o en la novación modificativa verificada con arreglo a los arts. 4 y 8 del Real Decreto Ley 11/2020), con un máximo de 5.400 euros, a razón de un máximo de 900 euros por mensualidad.

Las seis mensualidades financiadas podrán estar temporalmente comprendidas entre el 1 de abril de 2020 y los 6 meses siguientes a la firma del préstamo. Tampoco pueden ser posteriores al fin de vigencia del contrato de arrendamiento o sus prórrogas (en coherencia con lo dispuesto en el art. 4.2.b) del Real Decreto Ley 11/2020 en relación con su art. 2).

El plazo de amortización inicial podrá ser de hasta 6 años y podrá pactarse un periodo de carencia de principal de seis meses. Una vez transcurridos los tres primeros años desde la concesión del préstamo y con anterioridad a los últimos seis meses del plazo, podrá pactarse entre prestatario y entidad crediticia una única prórroga de 4 años del plazo de amortización inicial hasta completar 10 años, siempre que se acredite ante la entidad de crédito, en el momento de solicitar la prórroga, que persiste la situación de vulnerabilidad según el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020.

El arrendatario podrá amortizar anticipadamente el préstamo (de forma total o parcial) sin que ello le genere gastos o comisiones. El aval otorgado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana se mantendrá hasta el último plazo de amortización pactado y 180 días más.

El arrendatario deberá proceder a la amortización anticipada del préstamo si hubiera incurrido en falsedad, ocultación o inexactitud relevante al presentar los documentos o la declaración responsable a que se refiere el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020.

En el momento de formalizar el préstamo, la entidad de crédito deberá cumplimentar el formulario previsto en el Anexo II de la Orden TMA/378/2020 y remitirlo al Instituto de Crédito Oficial, *verificando con carácter previo a la concesión y formalización del préstamo el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 4 Orden TMA/378/2020*. Con ocasión del otorgamiento del préstamo,

la entidad de crédito no podrá exigir al interesado la contratación de ningún producto o servicio adicional.

La entidad de crédito *abonará las cantidades prestadas directamente al arrendador, previa comunicación al arrendatario-prestatario* (art. 9.1 OM). El abono se realizará con una periodicidad mensual, salvo que se acuerde una periodicidad distinta con el arrendatario prestatario (en función de lo pactado en el contrato de arrendamiento o en la novación modificativa pactada con arreglo al artículo 4 y 8 Real Decreto Ley 11/2020) y, en su caso, de acuerdo con el artículo 9.2 TMA/378/2020, o sea, con un pago inicial que comprenda las mensualidades devengadas y no pagadas desde el 1 de abril de 2020 hasta la firma del contrato de préstamo (lo que impedirá que el arrendador pueda presentar demanda de desahucio).

El Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana podrá verificar en todo momento que los préstamos se han otorgado a arrendatarios que cumplieran los requisitos del artículo 4 de la Orden TMA/378/2020 y que su importe se ha destinado a la finalidad para la que se otorgaron. Si comprobase, de acuerdo con la documentación aportada al formular la solicitud, que el arrendatario no cumplía los requisitos para obtener el préstamo en el momento de su concesión por la entidad de crédito, se exigirá a esta el reintegro al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de los abonos realizados por el Instituto de Crédito Oficial *en concepto de subvención de gastos e intereses, a cuyo importe se aplicará el interés de demora*.

Igualmente, si el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana comprobase que el arrendatario ha destinado el importe del préstamo a una finalidad distinta para la que se otorgó, o ha incurrido en falsedad, ocultación o inexactitud relevante al presentar los documentos o en la declaración responsable, se cancelará por la entidad de crédito el abono de las cantidades del préstamo pendientes y el arrendatario *deberá proceder a la amortización anticipada del mismo frente a la entidad, la cual podrá exigirle el reintegro de los gastos e intereses del préstamo, aplicando a dicho importe el interés de demora* (art. 9 Orden TMA/378/2020).

Si la entidad de crédito, ante el incumplimiento del prestatario en la devolución del mismo y una vez ejercitadas todas las acciones pertinentes (art. 7.1 CC), ejecutara el aval, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana solicitará al arrendatario *el reintegro de los gastos e intereses satisfechos por el préstamo, aplicando a dicho importe el interés de demora*, lo que supone un incentivo para que el prestatario cumpla sus obligaciones con la entidad prestamista (art. 11.5 Orden).

Podrán solicitar estos créditos en las condiciones indicadas los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad sobrevenida de acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020. Y también los arrendatarios que no pudieron alcanzar un acuerdo de modificación de las condiciones contractuales con su arrendador (art. 8.3 RD-Ley), siempre que aun no encontrándose en la situación descrita en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, entren dentro de los criterios fijados por la referida Orden Ministerial (art. 8.3 en relación con el artículo 9.3 del Real Decreto Ley 11/2020 y artículo 4 de la Orden TMA/378/2020).

4. AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO A INQUILINOS CON DIFICULTADES PARA DEVOLVER LAS AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN

El artículo 10 del Real Decreto Ley 11/2020 prevé la incorporación al Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 regulado en el Real Decreto 106/2018, de 9 de

marzo, de un nuevo programa de ayudas al alquiler denominado *Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*. A otros dos Programas modificadores del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 se refieren los artículos 11 y 12 del mismo Real Decreto Ley.

De acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 11/2020, «a los nuevos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 que se relacionan en este Real Decreto Ley, ya sea por incorporación, sustitución o modificación, les serán de aplicación las disposiciones que, con carácter general, se regulan en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo [por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021], salvo las salvedades específicas reguladas en este Real Decreto Ley».

Y de acuerdo con la disposición final décima del Real Decreto Ley 11/2020, se habilita al titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para *modificar parcialmente* y dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

La Orden Ministerial que modifica parcialmente el Plan Estatal de Vivienda y a que se refieren los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto Ley 11/2020, es la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril (BOE, 11 de abril de 2020), vigente desde el día de su publicación en el BOE.

En la exposición de motivos de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, se señala que los préstamos avalados y subvencionados por el Estado podrían resultar insuficientes para resolver las situaciones de vulnerabilidad provocadas por la epidemia del COVID-19. De ahí la incorporación en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 de este *Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*.

El programa pretende conceder ayudas al alquiler, mediante adjudicación directa, a los arrendatarios de vivienda habitual que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica y social sobrevenida derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 y que tengan problemas transitorios para atender al pago total o parcial del alquiler, porque no hayan solicitado el préstamo del artículo 9 Real Decreto Ley 11/2020 (p.e., al prever la dificultad de su devolución), o que habiendo recibido y aplicado al pago de la renta dicho préstamo, se encuentran con dificultades para su devolución (art. 1 Orden TMA/336/2020).

Las ayudas, por lo tanto, tendrán carácter finalista y no podrán aplicarse a otro destino que al pago de la renta del alquiler o a la cancelación total o parcial de los préstamos subvencionados y avalados por el Estado.

Podrán beneficiarse de estas ayudas los arrendatarios personas físicas que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad sobrevenida definidos por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, los cuales incluirán en todo caso los definidos en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 con los límites indicados en su apartado 3 (relativos a la falta de titularidades inmobiliarias en España). Si las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla no determinaran supuestos adicionales de vulnerabilidad, serán de aplicación los definidos en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020. Igualmente, mientras dichas administraciones no determinen la documentación necesaria para acreditar dichos supuestos adicionales, será de aplicación el artículo 6 del Real Decreto Ley 11/2020 (arts. 2 y 3.3 de la Orden TMA/336/2020)²⁶.

Los beneficiarios deberán acreditar además que el arrendatario y las personas que tengan su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada no tienen

parentesco con el arrendador en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad. E igualmente, deberán acreditar que ninguna de dichas personas es socia o partícipe del arrendador (persona física o jurídica).

Si las circunstancias de vulnerabilidad sufriesen modificación, el arrendatario beneficiario estará obligado a comunicarlo al órgano competente de la comunidad autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla, y si este determinase que tal modificación es causa de pérdida de la ayuda, fijará en su resolución el momento en que se entiende producida la pérdida sobrevenida (con los efectos jurídicos consiguientes).

La solicitud de la ayuda deberá verificarse ante la Comunidad Autónoma o Ciudad de Ceuta y Melilla en un plazo que *como máximo* se extenderá hasta el 30 de septiembre de 2020, debiendo aquellas *concretar el plazo* y forma de presentación. La solicitud debe ir acompañada de copia del contrato de arrendamiento, con inclusión expresa del medio y forma de pago al arrendador y *de la acreditación del pago de las tres últimas mensualidades*. Es decir, la ayuda *ha de solicitarse como máximo dentro del mes siguiente a la última mensualidad abonada*, con vistas a que no haya interrupción en la percepción de la renta por el arrendador (*art. 2.3 de la Orden TMA/336/2020*).

La cuantía de esta ayuda será de hasta el 100% de la renta arrendaticia, con un límite de 900 euros. Se podrá conceder por un plazo de *hasta 6 meses*, pudiendo incluirse como primera mensualidad subvencionada la correspondiente al mes de abril de 2020. La presentación de la solicitud debió producirse, en su caso, *dentro del mes de abril de 2020, si ya en aquellas fechas se produjo la dificultad para hacer frente al pago de la renta* (según lo establecido en el artículo 2.4 y 2.3 de la Orden TMA/336/2020).

En el supuesto de haber solicitado el préstamo del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, la ayuda podrá llegar hasta un importe máximo de 5.400 euros (*art. 2.4 Orden TMA/336/2020*).

La cuantía concreta de la ayuda la fijará la comunidad autónoma o las ciudades de Ceuta y Melilla pudiendo ponderar el grado de vulnerabilidad del arrendatario y solicitar para ello el asesoramiento de los servicios sociales autonómicos o locales correspondientes.

La gestión de estas ayudas (que se rigen por el Real Decreto Ley 11/2020, la Orden TMA/336/2020 y el Plan Estatal de Vivienda 2018-2020), o sea, la tramitación, verificación del cumplimiento de los requisitos subjetivos, resolución de los procedimientos de concesión y abono de las ayudas corresponde a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla. El abono se realizará al beneficiario pero podrá acordarse que el pago se realice directamente al arrendador (por cuenta del arrendatario), salvo que el beneficiario hubiera obtenido previamente un préstamo avalado y subvencionado por el Estado, coincidiendo las mensualidades y cuantías cubiertas por la ayuda directa y el préstamo, pues en este caso ya abonó la renta la entidad de crédito al arrendador *y procede ahora que el arrendatario destine la ayuda directa a la amortización del préstamo*.

En todo caso, siempre que se hubiera obtenido un préstamo del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, la ayuda directa deberá destinarse, en primer lugar, a amortizar el préstamo. Cancelado este, podrá destinarse a cubrir el pago de nuevas mensualidades de renta.

La ayuda de este programa, con independencia de que se haya suscrito o no un préstamo avalado y subvencionado por el Estado, es compatible con cualquier otra ayuda al alquiler que viniere percibiendo el arrendatario, incluso si fuera con

cargo al propio Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, *siempre y cuando el total de las ayudas no supere el 100% del importe de la renta arrendaticia en dicho periodo.*

Cabe concluir que la devolución de los préstamos del artículo 9 del Real Decreto Ley podrá verificarse: por el inquilino que superó su situación de vulnerabilidad, de forma voluntaria o forzosa, pues es el obligado ante la entidad financiera a la amortización del préstamo; por el inquilino que no superó su situación de vulnerabilidad, a través de la aplicación de la ayuda directa del artículo 10 del Real Decreto Ley 11/2020 al pago a la entidad financiera; en última instancia, por el Estado como avalista o fiador subsidiario de los inquilinos *que no devuelvan el préstamo y no hayan sido beneficiarios de ayudas para ello.*

5. SOLUCIÓN HABITACIONAL INMEDIATA

El artículo 11 del Real Decreto Ley prevé la sustitución en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, del Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual por un nuevo «Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, *personas objeto de desahucio de su vivienda habitual*, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables». Este programa pretende dotar de una solución habitacional inmediata a dichas personas referidas²⁷.

Para ello, pueden ser beneficiarias de las ayudas de este programa dichas personas y las administraciones públicas, empresas públicas y entidades sin ánimo de lucro (incluso de economía colaborativa o similares) que tengan por objeto dotar de una solución habitacional a dichas personas.

Este Programa aparece regulado por la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, por la que se incorpora, sustituye y modifican sendos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (art. 4).

A los efectos de ser acreedor de estas ayudas, se considerarán personas especialmente vulnerables aquellas que ostenten dicha consideración a juicio de los servicios sociales de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla o de las administraciones locales correspondientes. No podrán ser beneficiarias de este Programa aquellas personas que dispongan de una vivienda en propiedad o en usufructo que puedan ocupar (art. 4.2 Orden TMA/336/2020).

Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria una vivienda de titularidad pública (autonómica) o *cuyo uso haya sido cedido voluntariamente* a una administración pública (autonómica), *bien por empresas públicas, bien por entidades sin ánimo de lucro* (art. 11 del Real Decreto Ley 11/2020 en relación con el artículo 4.3 de la Orden TMA/336/2020), para ser ocupada en régimen de alquiler o cualquier otro régimen de cesión temporal de uso admitido en derecho, más una ayuda económica para sufragar la renta (art. 4.3 en relación con el artículo 4.4 de la Orden TMA/336/2020).

Si no se dispone de una vivienda de las señaladas para ser adjudicada al beneficiario, este recibirá solamente la ayuda económica, la cual en todo caso será de una cuantía de hasta 600 euros y el 100% de la renta, pudiendo, en supuestos debidamente justificados elevarse hasta 900 euros con el límite del 100% de la renta. Y hasta 200 euros al mes para atender los gastos de mantenimiento, comunidad

y suministros básicos, con el límite del 100% de los mismos. La determinación de la cuantía deberá contar con el informe favorable de los servicios sociales de la comunidad autónoma, de la ciudad de Ceuta y Melilla o de la administración local correspondiente.

En el caso de recibir exclusivamente la ayuda, podrán ser beneficiarios de la misma (por cuenta de la persona vulnerable) administraciones públicas (ayuntamientos, p.e.), empresas públicas y entes sin ánimo de lucro que tengan por finalidad dotar de soluciones habitacionales a dichas personas (art. 11 Real Decreto Ley 11/2020 y art. 2 Orden TMA/336/2020). Así hay que entender el inciso final del artículo 4.3 de la Orden TMA/336/2020, según el cual «cuando no se disponga [por la comunidad autónoma o ciudades de Ceuta y Melilla gestionaría] de este tipo de vivienda [de titularidad pública autonómica o cedida voluntariamente en uso a una administración pública autonómica, pero manteniendo la titularidad privada del propietario], la ayuda podrá aplicarse sobre una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias [de titularidad privada o de titularidad de otra administración pública o de empresas públicas]» en régimen de alquiler o cualquier otro de cesión temporal de uso.

Esta interpretación viene confirmada por el artículo 6 de la Orden TMA/336/2020, según el cual «las comunidades autónomas o las ciudades de Ceuta y Melilla podrán conceder estas ayudas de forma inmediata, mediante adjudicación directa, a las personas beneficiarias, o por cuenta de estas a administraciones, empresas o entidades referidas en el punto 2 de este artículo, con la sola acreditación de la condición... del desahucio o lanzamiento, inminente o ya realizado, de la vivienda habitual... A tal efecto se adjuntará un informe de los servicios sociales autonómicos o locales correspondientes, en el que se atiendan y valoren las circunstancias personales que aconsejen la concesión de la ayuda».

Estas ayudas se podrán conceder por un plazo máximo de cinco años, pudiendo añadirse la cuantía necesaria para atender el pago del alquiler o los gastos de mantenimiento, comunidad y suministros básicos de los seis meses anteriores a la concesión de la ayuda (siempre que no hubieran podido ser abonados por el beneficiario).

6. SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS

De acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, que declaró el estado de alarma, con carácter general los términos y plazos previstos en las leyes procesales están en suspenso para todos los órdenes jurisdiccionales, y por lo tanto, para el orden jurisdiccional civil, reanudándose el cómputo de los plazos en el momento en que pierdan vigencia las sucesivas prórrogas del estado de alarma. Es por este motivo que en el momento presente no cabe tramitar un desahucio por falta de pago, hasta que se levante la mencionada suspensión²⁸.

Terminado el estado de alarma, cabrá presentar y tramitar demanda de juicio de desahucio por falta de pago en el caso de contratos de arrendamiento sujetos a la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (o al Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) o continuar la tramitación de los procesos suspendidos, pero en dicha tramitación, si la persona arrendataria acredita ante el Juzgado encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica sobrevenida como consecuencia de la crisis del COVID-19 (arts. 5 y 6 del Real Decreto Ley

11/2020) que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva (una vez producido el desahucio), el letrado de la Administración de Justicia deberá *comunicar* tal circunstancia a los servicios sociales competentes, a efectos de que pueda suspenderse de forma extraordinaria el acto de lanzamiento (o el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la celebración de la vista), hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, y en todo caso, por un periodo máximo de *6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020, o sea, desde el 2 de abril de 2020*. Si la suspensión del lanzamiento afectase a arrendadores que acrediten ante el Juzgado encontrarse igualmente en situación de vulnerabilidad (arts. 5 y 6 del Real Decreto Ley 11/2020), el letrado de la Administración de Justicia deberá *comunicarlo también* a los servicios sociales competentes para su consideración *en la definición de las medidas de protección social a adoptar y en el establecimiento del plazo de suspensión extraordinaria*²⁹.

Una vez que los servicios sociales remitan su informe al Juzgado, el letrado de la Administración de Justicia si entiende que concurre la situación de vulnerabilidad económica alegada, decretará la suspensión extraordinaria con carácter retroactivo a la fecha en que aquella se produjo (fecha de la comunicación a los servicios sociales), *por el tiempo estrictamente necesario, atendido el informe de los servicios sociales, y en todo caso, por un periodo máximo de 6 meses desde el 2 de abril de 2020, para que se adopten las medidas que se hayan entendido oportunas*. El decreto que fije la suspensión señalará expresamente que, transcurrido el plazo fijado, se reanudará el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o se señalará fecha para la vista o se procederá al lanzamiento³⁰.

Como señala FUENTES-LOJO RIUS «*es una suspensión del curso del procedimiento... y no del acto del lanzamiento en sí*, de tal forma que se evita así que pueda continuar todo el procedimiento...»³¹.

También MOLINA ROIG considera que «*se realiza una suspensión del procedimiento y no exclusivamente del acto de lanzamiento*»³².

De acuerdo con el artículo 1.3 Real Decreto Ley 11/2020 y a efectos del artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento del arrendatario para la comunicación a los servicios sociales, *por la mera presentación de la solicitud de suspensión, es decir, aunque no se acredite al Juzgado la situación de vulnerabilidad, lo que resulta chocante y contradictorio con lo señalado en el artículo 1.2 del Real Decreto Ley*. Parece que se *habilita así a suspender el procedimiento cautelarmente, a la espera de que los servicios sociales valoren la situación de vulnerabilidad*. Así entendido el artículo 1.3 Real Decreto Ley 11/2020, podría dar lugar a suspensiones fraudulentas del procedimiento. *Parece más razonable entender que la solicitud suspende cautelarmente el procedimiento, concediéndose plazo al arrendatario para presentar la documentación que justifique su situación de vulnerabilidad*³³.

Igualmente se considera que concurre el consentimiento del arrendador para hacer la comunicación a los servicios sociales (art. 1.5 Real Decreto Ley 11/2020) por el hecho de presentar un escrito alegando la situación de vulnerabilidad (y aunque esta no se pruebe), lo que contradice lo dispuesto en el artículo 1.4 Real Decreto Ley 11 /2020. En este caso, como la consideración de la vulnerabilidad del arrendador está condicionada a la previa vulnerabilidad del arrendatario, la mera solicitud del arrendador de que se comunique su situación a los servicios sociales entiendo que no plantea problema, debiendo en todo caso, cerciorarse los servicios sociales de aquella (art. 1.4 *in fine* Real Decreto Ley 11/2020).

Dada la especialidad del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, para resolver la suspensión de los lanzamientos y procesos de desahucio con fundamento en la vulnerabilidad económica ocasionada por el COVID-19, el artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (introducido por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo), quedaría como norma general (suspensión ordinaria) para resolver supuestos de vulnerabilidad diversos de los directamente ocasionados por la crisis sanitaria^{34, 35}.

IV. CONCLUSIONES

I. La parte más acertada del Real Decreto Ley 11/2020 es la que fomenta el acuerdo entre arrendador que no es gran tenedor, ni empresa o entidad pública de vivienda y el arrendatario. Pues las soluciones pactadas entre las partes y alcanzadas extrajudicialmente son las que mejor pueden responder a los intereses de arrendador e inquilino.

II. No tiene sentido imponer a los propietarios de más de diez inmuebles urbanos (excluidos garajes y trasteros) una expropiación temporal (en caso de moratoria) o una expropiación definitiva (en caso de condonación forzosa del 50% de la renta arrendaticia) de los frutos civiles de su propiedad. La crisis del COVID-19 no tiene por qué hacerse recaer en ciertos sectores de la población con omisión de otros. El valor catastral (que es la base sobre la que podría establecerse la limitación del precio del alquiler de la vivienda en un determinado porcentaje) de diez viviendas puede ser inferior al valor catastral de un número mucho menor. La igualdad ante la ley y el amparo a los derechos reconocidos constitucionalmente habrían exigido medidas que asegurasen los ingresos de todos los ciudadanos para poder estos cumplir regularmente todas las obligaciones exigibles.

III. Cuando la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta y Melilla no disponga de una vivienda de titularidad pública o cedida voluntariamente en uso a la administración pública autonómica, la atribución de una solución habitacional inmediata a la persona vulnerable no consiste en otorgarle el uso (impuesto al propietario) de una vivienda de titularidad privada *sino que consiste en recibir una ayuda económica de la que podrán ser beneficiarios (por cuenta de la persona vulnerable) administraciones públicas, empresas públicas y entes sin ánimo de lucro que tengan por finalidad dotar de soluciones habitacionales a dichas personas. Podría establecerse que fuesen beneficiarios de tal ayuda familiares hasta un cierto grado de la persona vulnerable.*

IV. La suspensión de los desahucios de los inquilinos que incumplen el deber de pago de la renta no parece una solución del todo razonable (aunque sea por un plazo temporal). El propietario singular no tiene por qué soportar lo que es un deber del Estado fijado en el artículo 47 de la Constitución (promover el acceso a la propiedad). El propietario puede necesitar de liquidez en esta situación de crisis (y para ello vender su vivienda). El derecho a la vida privada y familiar de unos no puede garantizarse a costa del derecho a la vida privada y familiar de otros.

VI. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020). (1) Los efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda en *Diario La Ley*, núm. 9599, 23 de marzo de 2020, 1-4.

- (2020). (2). Nuevas medidas legales en arrendamientos de vivienda por la crisis sanitaria del Coronavirus en *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 de abril de 2020, 1-17.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J. (2020). Propuestas ante la afección de la crisis sanitaria en el arrendamiento de vivienda residencial en *Diario La Ley*, núm. 9608, 4 de abril de 2020, 1-6.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. *La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales.*
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2020) (1). El coronavirus y el pago de la renta en los arrendamientos en <https://www.otrosi.net/contenido/coronavirus-pago-la-renta-los-arrendamientos>, 18 de marzo de 2020, 1-2.
- (2020) (2). Nuevas medidas sobre los arrendamientos de viviendas actuales. Análisis del RDL 11/2020 (BOE 31 de marzo) en <https://www.otrosi.net/analisis/nuevas-medidas-los-arrendamientos-viviendas-actuales-analisis-del-rdl-11-2020-boe-31-marzo>, 1-2.
- (2020) (3). Arrendamientos urbanos de vivienda durante el coronavirus en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-viviendas-coronavirus>, 1-3.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2020). La suspensión del proceso de desahucio en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9622, 1-7.
- MOLINA ROIG, E. (2020). Medidas urgentes sobre arrendamientos de vivienda del Real Decreto-ley 11/2020 para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9615, 1-13.
- PALÁ LAGUNA, E. (2020). Breve examen de las medidas adoptadas para los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-8.
- PRIETO, M. (2020). Arrendamientos de local de negocio, Estado de Alarma e impago en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-3.

NOTAS

¹ En el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE 11 de marzo de 2020), que entró en vigor el 12 de marzo de 2020, y en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 *no se adoptó ninguna medida de moratoria en el pago de la renta arrendaticia de vivienda*. Aquella norma ampliaba la suspensión de los lanzamientos en las ejecuciones hipotecarias, mediante modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hasta el 15 de mayo de 2024 y afectando a todo adjudicatario de la vivienda. En cuanto al Real Decreto Ley 8/2020 (modificado posteriormente por el Real Decreto Ley 11/2020, disposición final primera, apartados 2 a 7) establecía una moratoria hipotecaria para colectivos vulnerables (arts. 7 a 16). De ahí que la doctrina se plantease si la cláusula *rebus sic stantibus* era aplicable al contrato de arrendamiento de vivienda, contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas y de tracto sucesivo entre las partes contratantes, dada la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la misma (SSTS de 15 de octubre de 2014; 30 de junio de 2014; 24 de febrero de 2015; 30 de abril de 2015 y 18 de julio de 2019) (FUENTES-LOJO RIUS, 23 de marzo de 2020, 1-2). El autor consideraba que «dado el destino de esta tipología de contratos [arrendamientos de vivienda]-morar de forma

permanente-no se da el presupuesto jurídico habilitante para la invocación por el inquilino de la cláusula o regla *rebus sic stantibus* relativo a la alteración de la causa económica del contrato, pues no se alteran las circunstancias relativas al goce pacífico de la cosa arrendada, pudiendo destinarla el inquilino al uso pactado en idénticas circunstancias que en el momento en que se perfeccionó el contrato» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (1), 3-4). En cambio en relación con los arrendamientos para uso distinto de vivienda (p.e., local comercial, oficina...) siempre que las consecuencias legales de la pandemia hayan causado «la ruptura de la base negocial o la desaparición sobrevenida de la causa negocial (ej. cierre del local de negocio)», el arrendatario estará... facultado para exigir la suspensión, modificación, e incluso, la resolución del contrato conforme a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de febrero y de 30 de abril de 2015 y de 18 de julio de 2019...) (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 15). Autores como LOSCERTALES FUERTES postularon, en tanto se adoptaba una solución por el legislador, la aplicación analógica del artículo 26 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos que «permite una suspensión temporal del arrendamiento y dejar de pagar la renta cuando por «obras» la vivienda o el local [art. 30 LAU] no puede ser explotado». También se señalaba como posible acudir al Código civil, con arreglo al artículo 4 Ley 29/1994, concretamente a los artículos 1555 y 1558, aplicando este último analógicamente (LOSCERTALES FUERTES, 18 de marzo de 2020, 1). GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX proponía soluciones basadas en la autonomía de la voluntad, en concreto, que las partes mediante acuerdo transaccional realizasen una novación modificativa del contrato (arts. 1203 y sigs. CC) «para adaptarlo, por el tiempo que estimen necesario, a las nuevas circunstancias, y, una vez transcurrido ese tiempo, siga el contrato produciendo los efectos en los términos y condiciones inicialmente pactados. Los pactos «coyunturales» pueden ir desde la suspensión de la obligación de pago de renta por el arrendatario, pasando por la rebaja de dicha renta e, incluso, sin rebajarla, realizar aplazamientos a tiempos fijos o mediante distribución de las cantidades aplazadas en mensualidades siguientes al vencimiento del plazo» e incentivar vía fiscalidad al arrendador para que acepte determinadas condiciones, aquellas que la Administración considere más idóneas (GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, 2020, 5). Artículo 26 Ley 29/1994: «Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo sin indemnización alguna. La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta». Artículo 1558 del Código civil: «Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca. Si la reparación dura más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado. Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede este rescindir el contrato».

² Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 28 de marzo de 2020); Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 11 de abril de 2020). Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 25 de abril de 2020). Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 9 de mayo de 2020). Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión

de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma por la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

De acuerdo con esta íntima norma, el estado de alarma quedó prorrogado, finalizando a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Es decir, a las 24 horas del día 20 de junio, comenzando el día 21 de junio con el estado de alarma ya levantado.

³ «Los trabajadores afectados por los ERITE han visto reducidos sus salarios en un 30%» (MOLINA ROIG, 2020, 2). Por otro lado, «el 85% de los arrendadores son pequeños propietarios, que también pueden verse afectados por las consecuencias de la crisis sanitaria del COVID-19, de forma que la adopción de medidas demasiado protectoras para los arrendatarios los [pueden] ... colocar en una situación de vulnerabilidad» (MOLINA ROIG, 2020, 2).

⁴ Como señala PALA LAGUNA, los arrendatarios de local de negocio, afectados por el cierre del establecimiento decretado en el artículo 10 y Anexo del RD 463/2020, de 14 de marzo, «desde el pasado 14 de marzo no pueden realizar la actividad, no están obteniendo ingresos, no están transitoriamente gozando del uso pacífico de la cosa arrendada por causa que no les es imputable ni se está dando satisfacción, por igual imperativo legal, a la finalidad del contrato arrendaticio (dado el cierre decretado, el ejercicio por el arrendatario en el local arrendado de la actividad económica pactada en el mismo y para lo cual el inmueble fue arrendado), y sin embargo en principio, dada la falta de previsión normativa *«ad hoc»*, deberían afrontar en su totalidad — pese a la situación de cierre de su negocio que les ha venido impuesta, inevitable e irresistible— el pago de la renta arrendaticia...» (PALA LAGUNA, 2020, 7).

⁵ *Cfr.*, FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 2. Para el autor esta es la medida más polémica y de dudosa constitucionalidad «por entrar de lleno en el núcleo esencial del derecho de propiedad sin establecer mecanismos de resarcimiento para los propietarios perjudicados», citando el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (Ibidem, pág. 10). Más adelante indica: «la medida prevista en el artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 consiste en una expropiación parcial de la renta de la propiedad por lo que debe, a mi juicio, la administración indemnizar al propietario perjudicado por el daño causado conforme a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa» (Ibidem, pág. 13). Y también: «... toda medida encaminada a la suspensión o exoneración temporal del pago de la renta hubiera comportado un grave perjuicio económico para los propietarios que no tienen el deber de soportar y por tanto debería haberse previsto una gran partida indemnizatoria para ellos. Tan solo se hubiera conseguido trasladar el problema de unos ciudadanos a otros» (Ibidem, pág. 15). En cuanto a LOSCERTALES FUERTES si bien se muestra partidario de beneficiar a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad entiende que ello debe hacerse «con la ayuda del Estado, que es a quien le corresponde y a quien está dirigido el artículo 47 del Constitución, no a los particulares, que, por otra parte, tienen derecho a la propiedad privada, a tenor del artículo 33 de la Carta Magna» (LOSCERTALES FUERTES, 2020 (3), 3). Artículo 3 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio: «1. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes. 2. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». Artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa: «Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que impliquen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

⁶ De acuerdo con el precepto legal, como el cónyuge separado legalmente o divorciado no forma parte de la unidad familiar; los ingresos de este no cuentan a efectos de determinar si el arrendatario con hijos a su cargo (tiene su custodia) alcanza o no el límite de tres veces el IPREM mensual. Igualmente, tampoco se tendría en cuenta la vivienda titularidad del arrendatario que es ocupada por el cónyuge separado o divorciado. De lo cual resulta que los hijos de familias estructuradas (numerosas o no) y cuyos padres superen el límite del IPREM (aunque sea por pequeña diferencia) quedan fuera de las ayudas previstas en el Real Decreto Ley *en clara discriminación negativa respecto de los hijos de familias desestructuradas*. Por otro lado, el cónyuge separado legalmente, arrendatario, que no tiene los hijos a cargo (no tiene su custodia), y en cuya vivienda en propiedad vive su cónyuge con los hijos a cargo (tiene su custodia), al no constituir unidad familiar en los términos del Real Decreto Ley 11/2020, podría quedar fuera de las ayudas previstas, cuando es posible que sea autónomo (obligado al cierre), o sujeto a un ERTE o en situación de desempleo y deudor de pensiones alimenticias y tal vez, de pensión compensatoria.

⁷ Artículo 6 del Real Decreto Ley 11/2020. *Acreditación de las condiciones subjetivas*. «1. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 5 se acreditará por la persona arrendataria ante la persona arrendadora mediante la presentación de los siguientes documentos: a) En caso de situación legal de desempleo, mediante certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. b) En caso de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado. c) Número de personas que habitan en la vivienda habitual: i. Libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho. ii. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. iii. Declaración de discapacidad de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral. d) Titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad familiar. e) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según este Real Decreto Ley. 2. Si el solicitante de la moratoria no pudiese aportar alguno de los documentos requeridos en las letras a) a d) del apartado anterior, podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado».

⁸ Señala FUENTES-LOJO RIUS que «si bien la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma..., declaró la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, no debe confundirse dicha suspensión con los plazos de cumplimiento de las obligaciones contractuales arrendaticias que continúan plenamente en vigor, como puede ser el pago de la renta, o la obligación de desalojar la vivienda al vencimiento del contrato de arrendamiento. Para evitar la problemática derivada del vencimiento de los contratos de arrendamiento de vivienda durante la crisis sanitaria y la frágil situación en la que podrían verse abocadas las familias cuyos contratos venzan en estos momentos tan difíciles ... [se prevé] ... una prórroga legal extraordinaria de hasta 6 meses de duración para aquellos contratos cuya prórroga legal —ya sea la obligatoria del artículo 9 LAU o la tácita del artículo 10— venza entre el periodo comprendido desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley y hasta transcurridos dos meses desde la finalización del estado de alarma, de tal forma que se evita que se puedan incrementar rentas por la formalización de nuevos contratos del alquiler, así como evitar que el ciudadano tenga que buscar una alternativa habitacional por haber vencido el contrato». Aunque nada se dice respecto de los arrendamientos que venzan por finalización del plazo convencional (duración superior a la prórroga legal) o a los arrendamientos que estén en tácita reconducción (arts. 1566 y 1581); ni se menciona a los contratos sujetos al Texto

Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, o a este con las modificaciones introducidas por el Decreto Boyer (Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica), entiende el autor, que «no hay razón jurídica para dicha discriminación legal, por lo que debe interpretarse como una exclusión involuntaria del legislador de todos estos contratos...» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 3-4).

⁹ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2.

¹⁰ MOLINA ROIG, 2020, 7-8.

¹¹ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2. Señala FUENTES-LOJO RIUS que «nada se dice sobre la actualización de la renta, por lo que debemos entender que la renta se podrá continuar actualizando anualmente durante la crisis sanitaria conforme al mecanismo de revisión de valores pactado en el contrato con los límites del artículo 18 LAU, que quedan inalterados» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5).

¹² MOLINA ROIG, 2020, 3.

¹³ De acuerdo con la disposición final cuarta del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29 de abril de 2020), vigente desde el 30 de abril de 2020, el plazo de un mes inicialmente previsto en la redacción originaria del Real Decreto Ley 11/2020 para solicitar la moratoria ha sido modificado, siendo ahora de *tres meses, desde la entrada en vigor del Real-Decreto Ley 11/2020, es decir, concluyendo el 2 de julio de 2020.*

¹⁴ De acuerdo con la disposición final novena.2 del Real Decreto Ley 26/2020, dicho plazo se ha ampliado hasta el 30 de septiembre de 2020.

¹⁵ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 11.

¹⁶ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 12.

¹⁷ Como señala PALÁ LAGUNA «lo que no resuelve expresamente el precepto es la opción aplicable de entre esas dos –moratoria o reducción del 50% de la renta- para el caso de que el arrendador no se pronuncie en plazo por una u otra, pese al imperativo que emplea... y por tanto la obligación que tiene el arrendador de pronunciarse y comunicar al arrendatario qué es lo que decide. Parece sin embargo que, ante el silencio del arrendador, a lo que tendrá derecho el arrendatario será a la moratoria de la deuda arrendaticia en los términos indicados, como se infiere de la rúbrica de este artículo 4... y además es a la moratoria a lo que según el precepto ha de contraerse la solicitud del arrendatario» (PALÁ LAGUNA, 2020, 4).

¹⁸ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 13.

¹⁹ Al Fondo Social de Viviendas se refiere la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. El texto de dicha disposición adicional es el siguiente: «1. Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero *la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito*, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. 2. *El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley.* 3. Un cinco por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrá destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios».

²⁰ Inicialmente, el Real Decreto Ley 11/2020 preveía un plazo de un mes. *Vid.*, disposición final cuarta del Real Decreto Ley 16/2020, que modifica el artículo 8.1 Real Decreto Ley 11/2020 estableciendo el plazo de tres meses.

²¹ «Si bien no está obligado el pequeño propietario a otorgar moratorias o quitas de renta, sí que está obligado legalmente a contestar a dicha solicitud. Si bien la norma no prevé los efectos de dicho incumplimiento, ello no quita que dicho silencio pueda entenderse como un consentimiento tácito por los tribunales,...» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 12).

²² Esta Orden Ministerial «no estará sujeta a la autorización del Consejo de Ministros, prevista en el artículo 10.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvencio-

nes», establece el artículo 9.4 del Real Decreto Ley 11/2020, tras su reforma por la disposición final cuarta del Real Decreto Ley 16/2020. Se trata de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, por la que se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el artículo 9 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 1 de mayo de 2020).

²³ Como señala LOSCERTALES FUERTES, el Real Decreto Ley no indica qué consecuencias tiene la falta de dedicación de estos préstamos al pago de la renta (LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 3). Pero si lo detalla, como explicamos más adelante, la Orden Ministerial que lo desarrolla.

²⁴ De acuerdo con el artículo 8.1 de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, «a propuesta de la comisión de seguimiento prevista en el convenio entre el MITMA y el ICO, mediante orden ministerial, estos plazos podrán prorrogarse hasta el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente».

²⁵ El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia introduce mediante su disposición final cuarta, apartado tres, un párrafo en el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, según el cual «a los efectos de la aplicación de las ayudas transitorias de financiación, se establece que *en el mismo acto de concesión del préstamo por parte de la entidad de crédito de conformidad con la regulación establecida, se entenderá concedida [al arrendatario prestatario] la subvención de gastos e intereses que conlleve dicho préstamo*, por lo que no requerirá resolución de concesión del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Las ayudas en la modalidad de subvención de tipo de interés se financiarán por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana con cargo a la aplicación presupuestaria... «Bonificación de gastos e intereses por concesión de préstamos a arrendatarios en situación de vulnerabilidad por el COVID-19». *Este crédito tendrá la consideración de ampliable. La verificación del cumplimiento de los requisitos de los beneficiarios de la subvención se realizará «ex post» por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, conforme a la normativa de aplicación».*

²⁶ De acuerdo con la disposición adicional quinta del Real Decreto Ley 11/2020, sobre la comprobación de los requisitos para la concesión de ayudas al alquiler del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, «los requisitos que han de cumplir los beneficiarios de cualquier ayuda al alquiler financiada con cargo al Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, incluidos los del programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual, *podrán ser verificados por las Comunidades Autónomas y por las Ciudades de Ceuta y de Melilla con posterioridad a la resolución de concesión de la ayuda, quedando esta condicionada al cumplimiento de los mismos*. Las Comunidades Autónomas o las Ciudades de Ceuta y Melilla que como consecuencia de la comprobación de los requisitos con posterioridad a la resolución de concesión de la ayuda y, en su caso, al pago total o parcial de la misma detecten su incumplimiento, habrán de resolver la anulación o suspensión de la concesión de la ayuda desde la fecha en la que se hubiere producido el incumplimiento y solicitar, en su caso, el reintegro o devolución que procediere conforme a la normativa de aplicación».

²⁷ De acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 11/2020 «las ayudas reconocidas al amparo del programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual mantienen sus efectos por el plazo total y la cuantía total por las que fueron reconocidas. *A partir de la entrada en vigor de la Orden Ministerial que desarrolle el programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables no se admitirán nuevos reconocimientos de ayudas al amparo del programa ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual*, pudiendo las mismas acceder a las ayudas reguladas al amparo del programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables».

²⁸ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 1.

²⁹ En el decreto de suspensión *para comunicación a los Servicios Sociales*, debería señalarse que transcurrido el plazo fijado por el Juzgado para que los Servicios Sociales emitan su informe y determinen las medidas a adoptar, se reanudará el procedimiento (*Cfr.*, FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 6). En cuanto a las medidas a adoptar, el informe de los Servicios Sociales puede señalar medidas como «la tramitación de prestaciones que permitan saldar la deuda pendiente y poder continuar con el arrendamiento vigente o bien,... la búsqueda de otra vivienda que permita ofrecer a la familia una alternativa habitacional» (MOLINA ROIG, 2020, 5). O sea, la aplicación de las medidas del artículo 10 y 11 del Real Decreto Ley 11/2020 (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 4 y 5). «En el caso de que los arrendadores acrediten ante el Juzgado encontrarse también en situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida ... el letrado de la Administración de Justicia deberá comunicarlo a los servicios sociales y *ambos* tenerlo en cuenta al establecer el plazo de suspensión extraordinaria y al definir las medidas de protección social a adoptar» (MOLINA ROIG, 2020, 6).

³⁰ Según FUENTES-LOJO RIUS, el arrendatario podrá pedir la suspensión del desahucio al juzgado por y durante 6 meses, a contar desde el 2 de abril de 2020, en el escrito que dirija al mismo a tal efecto, bien venga motivado el proceso por impago de la renta, o de cualquier otra cantidad debida (IBI, gastos generales, fianza...), pues el impago de cualquier otra cantidad debida por el arrendatario distinta de la renta es causa legal de resolución del contrato (arts. 27.2.a) y b) LAU 1994) (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5).

³¹ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5. Para este autor «en vez de prever una suspensión de procedimientos de desahucio... lo que se debería haber introducido es una modificación del artículo 27.2.a) de la LAU *para que el impago de la renta y de otras cantidades debidas no constituya causa legal de resolución del contrato durante el tiempo de la crisis sanitaria*, de tal forma que el arrendador pueda exigir el pago de la misma pero no resolver el contrato por dicho impago». Según el autor parece excesivo en estas circunstancias que el impago o demora en el pago de una sola mensualidad de renta sea causa legal de resolución del contrato, como tiene declarada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 6). *Vid.*, más extensamente páginas 6 a 10. «La normativa internacional ha fundamentado la exigencia de que el juez realice un juicio de proporcionalidad para poder determinar el desalojo forzoso de una persona que no dispone de alternativa habitacional. Para el cumplimiento del principio de proporcionalidad, y así poder garantizar el respeto al derecho a la vida privada y familiar de las personas afectadas por un desalojo, el TEDH ha acordado en diversas resoluciones [SSTEDH de 9 de octubre de 2007 (*Stankova vs. Eslovaquia*), de 5 de diciembre de 2013 (TEDH 2013/89, *Skrtic vs. Croacia*), 28 de enero de 2014 (TEDH 2014/6, *A.M.B. y otros vs. España*)] la suspensión del lanzamiento previsto, *hasta que las autoridades nacionales ofrezcan soluciones alternativas de alojamiento para las personas afectadas* teniendo en cuenta sus circunstancias sociales y las consecuencias del desahucio» (MOLINA ROIG, 2020, 6 y nota 6). No compartimos la opinión de FUENTES LOJO ni de MOLINA ROIG, en la medida en que *la propiedad privada no debe sufrir las consecuencias de una mala gestión de la crisis del COVID-19*. El propietario puede también necesitar en esta situación de liquidez (y para ello vender su vivienda). Piénsese en trabajadores autónomos o pequeños y medianos empresarios que pueden requerir de dicha liquidez para reflotar sus empresas (y consecuentemente mantener su vida privada y familiar). Constituyendo un obstáculo importante a la venta, el que el inmueble esté poseído por personas que no satisfacen regularmente su renta o que han sido objeto de un desahucio suspendido de forma más o menos indefinida. El derecho a la vida privada y familiar de unos no puede garantizarse a costa del derecho a la vida privada y familiar de otros.

³² MOLINA ROIG, 2020, 5.

³³ Artículo 150.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados». FUENTES-LOJO RIUS considera que «el LAJ *deberá verificar que el demandado solicitante cumpla con los requisitos de vulnerabilidad del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, y en caso de ser así, deberá decretar la suspensión del procedimiento y comunicarlo a los Servicios Sociales* para que adopten las medidas que estimen oportunas por un periodo

máximo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5).

³⁴ Artículo 441.5 LEC: «En los casos del número 1.º del artículo 250.1 [juicios de desahucio arrendaticios] se informará al demandado de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, *a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad*. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante el plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo, se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos identificativos de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano».

³⁵ MOLINA ROIG considera que como la medida de suspensión de los procesos de desahucio se refiere a los derivados de los contratos de arrendamiento de vivienda, quedan incluidos en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 «tanto los derivados del impago de las rentas o cantidades asimiladas como los producidos por la expiración del plazo contractual» (MOLINA ROIG, 2020, 5).

2. DERECHO MERCANTIL

La responsabilidad por folleto de emisión en el «caso Acciones Banco Popular»

The liability for prospectus of the issuer of the securities. «Popular Bank case»

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: La Audiencia Provincial de Asturias y la Audiencia Provincial de Cantabria, incorrectamente, han dictado unos criterios afirmando que en el mercado primario y secundario, la Ley 11/2015 y la Directiva 2014/59 y el Reglamento UE de 15 de julio de 2014 impiden conceder una indemnización a los inversores del mercado secundario por la amortización de las acciones del Banco Popular efectuada por la JUR.

ABSTRACT: *The Provincial Court of Asturias and the Provincial Court of Cantabria, incorrectly, have issued criteria stating that in the primary and secondary market, Law 11/2015 and Directive 2014/59 and Regulation EU of 15-7-14 prevent granting compensation to secondary market investors for the redemption of Banco Popular shares by the JUR.*

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad por folleto de emisión.

KEY WORDS: *Liability for prospectus of the issuer of the securities.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LA RESPONSABILIDAD POR FOLLETO DE EMISIÓN EN EL CASO «ACCIONES BANCO POPULAR» SEGÚN LA MAYORÍA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. LOS CRITERIOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA NEGANDO LA RESPONSABILIDAD POR FOLLETO DE EMISIÓN EN EL CASO «ACCIONES BANCO POPULAR».—IV. UNA DECISIÓN NO AJUSTADA A DERECHO TANTO DESDE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD POR FOLLETO COMO DESDE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESOLUCIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ANTECEDENTES

El 26 de mayo de 2016 Banco Popular publicó como hecho relevante la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. La finalidad del aumento de capital iba dirigido a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad, y si bien se hablaba de la materialización de determinadas incertidumbres con efectos contables se decía que las posibles pérdidas contables quedarían cubiertas con el aumento de capital.

De esta forma, la imagen que transmitía la entidad no era la de una posible quiebra de la misma, sino la de ampliar el capital con la finalidad de compensar las «inciertas» posibles pérdidas de 2016, y con una clara evolución positiva que respecto al ejercicio de 2018 se preveía en términos claramente favorables a los inversores que hubiesen participado en la compra de acciones.

En el documento de conclusiones relativas al aumento de capital se decía que como consecuencia de la misma *«a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestras ratios de capital»*.

El 3 de febrero de 2017 la CNMV hizo pública la nota de prensa de Banco Popular en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital.

El 3 de abril de 2017 Banco Popular comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la «1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros». En las conclusiones se decía que «del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%».

El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros.

El 11 de mayo de 2017 se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de

quiebra del Banco, y que el presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

El 15 de mayo de 2017 se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación.

El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el «6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la «JUR»), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 (LCEur 2014, 1445) por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano» y que «la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público». Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a «la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución» y entre otras medidas se acordó «Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible».

Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander «como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2.º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores», recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

En realidad, la situación financiera reflejada no se correspondía con la que constaba y reflejaban los folletos informativos, no correspondiéndose con la situación económica financiera real de la entidad, sin que el inversor no profe-

sional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, que llevaron a declarar la inviabilidad de la entidad, procediendo a su intervención; acordándose la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro, transmisión a Banco Santander como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015.

II. LA RESPONSABILIDAD POR FOLLETO DE EMISIÓN EN EL CASO «ACCIONES BANCO POPULAR» SEGÚN LA MAYORÍA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Con carácter generalizado las Audiencias Provinciales han venido admitiendo la existencia de responsabilidad del emisor por el folleto de emisión de la ampliación de capital del Banco Popular del año 2016 sobre la base de que el folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Banco Popular (arts. 33 y sigs. de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

Las Audiencias Provinciales han argumentado el que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que se afirman, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

Que lo adquirido por los inversores hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran

que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual artículo 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, artículo 38 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

No obstante, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirmann contra Immofinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene *causa societatis*, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

De conformidad con lo expuesto debe concluirse respecto a que la información proporcionada al inversor minorista, le hizo incurrir en una contratación con falta de información grave, dado que el suscriptor de las acciones pensaba que estaba adquiriendo una parte alícuota de una sociedad solvente susceptible de producirles beneficios, cuando en realidad estaban adquiriendo una parte de una sociedad con unas pérdidas cuantiosas, hasta tal punto que un año después se acordó su resolución, y que indefectiblemente le iba a ocasionar una pérdida importante de su inversión no se adecuaba a la realidad económica de la entidad.

A título de ejemplo, admitiendo la responsabilidad del emisor por el folleto de emisión referido, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 20 de septiembre de 2019 (Id Cendoj: 24089370022019100278); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 317107); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 93401); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 39806); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 19 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 85680); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 30 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 88280) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 96722).

La elección de las fechas de las anteriores sentencias de las Audiencias Provinciales que estiman la responsabilidad del emisor del folleto no son casuales sino que

precisamente todas son posteriores a la reunión de magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias celebrada el 11 de octubre de 2019 donde se adoptó el criterio de que la expresada normativa impide a los accionistas perjudicados solicitar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la amortización de sus títulos, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderles frente a otras personas como responsables de lo sucedido o de la posibilidad de acudir a los mecanismos de salvaguarda que prevé la citada Ley 11/2015.

¿Podría haberse desestimado por estas Audiencias Provinciales la responsabilidad del emisor del folleto de ampliación de capital aunque la entidad de crédito demandada no hubiera alegado en el proceso las supuestas previsiones contrarias de la Ley 11/2015 que más tarde desarrollaremos? En nuestra opinión sí, en función de la teoría procesal de la sustanciación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina de la sustanciación, así podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 918/2006, de 27 septiembre de 2006 —EDJ 2006/275333—, que dice que:

«la doctrina de la sustanciación que sigue esta Sala en la identificación de la causa de pedir permite que, extraída de las alegaciones la esencia de los hechos, se apliquen las reglas da mihi factum, dabo tibi ius y iura novit curia, bien que con el límite referido de que no se altere la causa de pedir. Son, en definitiva, los hechos que integran el supuesto al que la norma vincula la consecuencia jurídica los que permiten individualizar la pretensión».

Pero no solo las Audiencias Provinciales citadas a título de ejemplo obvian por completo la referida decisión desestimatoria de responsabilidad de emisor del folleto, sino que incluso a nivel de los Juzgados de Instancia, también está ocurriendo lo mismo según nuestro conocimiento. En este sentido, citamos a título ejemplificativo, la sentencia n.º 57 del Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Móstoles de 11 de marzo de 2020 (PO 743/2019) y la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n.º 12 de A Coruña de 21 de febrero de 2020 (PO 494/2019), siendo esta última resolución judicial en la que encontramos un explícito rechazo a los referidos criterios de la reunión de magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias celebrada el 11 de octubre de 2019, cuando razona lo siguiente:

«DÉCIMO PRIMERO.— Pero semejante posición de la AP de Asturias absolutamente respetable y fundada, no se conoce que sea la postura general del resto de tribunales. y por lo demás tampoco se comparte, entendiéndose que es una nueva forma de realizar la misma alegación ya resuelta en otras ocasiones por otros tribunales cuando contestaban al argumento de que la nulidad por defectos de folleto, suponía de facto anular para todos los efectos de la ampliación de capital.

La SAP de Pontevedra de 22 de octubre de 2019 respondió con los siguientes argumentos (...).».

III. LOS CRITERIOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA NEGANDO LA RESPONSABILIDAD POR FOLLETO DE EMISIÓN EN EL CASO «ACCIONES BANCO POPULAR»

¿Pero qué es lo que realmente han expresado estos criterios de la Audiencia Provincial de Asturias y de la Audiencia Provincial de Cantabria?

El Acuerdo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de octubre de 2019 prevé expresamente, lo siguiente:

«Acuerdo tomado en reunión de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias sobre unificación de criterios, celebrada el 11 de octubre de 2019, por unanimidad de los presentes, con relación a la incidencia de la Ley 11/15, de 18 de junio, Directiva 2014/59, de 15 de mayo de 2014 y Reglamento UE de 15 de junio de 2014, en las acciones de reclamación de daños y perjuicios interpuestas por los accionistas frente al Banco Popular por incumplimiento de los deberes de información que impone la Ley del Mercado de Valores, tanto para el mercado primario como para el mercado secundario (arts. 38 y 124 de la citada Ley).

La indicada normativa (Ley 11/15, Directiva 2014/59 y Reglamento UE de 15 de junio de 2014) impide a los accionistas perjudicados solicitar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la amortización de sus títulos acordada el 7 de junio de 2017 por la Junta Única de Resolución, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderles frente a otras personas que pudieran ser responsables de lo sucedido, o de la posibilidad de acudir a los mecanismos de salvaguarda que prevé la citada Ley».

Por su parte, los criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, celebrada en el pasado 20 de febrero de 2020, se adoptaron, en relación con la acción de responsabilidad por folleto de emisión, el siguiente acuerdo:

«a) Como consecuencia de la decisión de la Junta Única de Resolución de 7 de junio de 2017 y la resolución del FROB de la misma fecha amparada en la Directiva 2014/59/UE, en el Reglamento (UE) N.º 806/2014 (LCEur 2014, 1445) y en la Ley 11/2015, de 18 de junio, no reconocemos un deber de resarcir a cargo del Banco Santander, S.A. a quienes adquirieron acciones del Banco Popular Español, S.A., tanto en el mercado primario como en el secundario, derivado de una eventual responsabilidad civil por daños (sea por responsabilidad por folleto del artículo 38, por responsabilidad por omisión o información incorrecta del artículo 124, ambos del RDL 4/2015 (RCL 2015, 396, 530), o por cualquier otra causa genérica de responsabilidad civil) fundada en el incumplimiento de los deberes de información».

La razón decisoria de estos Acuerdos, tal y como reconoce la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 141 de 26 de febrero de 2020 (Sección 2ª) (*JUR* 2020, 83337), es el artículo 37.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que expresamente prevé lo siguiente:

«2. En caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes:

a) La reducción del importe principal será permanente, sin perjuicio del mecanismo de compensación que, en su caso, pueda aplicarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.5.

b) En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de una obligación ya devengada o de una obligación resultante de los daños y perjuicios surgidos como consecuencia de la sentencia que resuelva el recurso contra el ejercicio de la competencia de amortización y conversión de los instrumentos de

capital o de la recapitalización interna, todo ello sin perjuicio de la aplicación a dicho titular de lo dispuesto en el artículo 39.3.

c) *No se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados, excepto si se ajusta a lo dispuesto en el artículo 39.3».*

Pues bien, sentado lo anterior, el discutible razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 141 de 26 de febrero de 2020 (Sección 2ª) (*JUR* 2020, 83337), es ahora el siguiente (FJ. N.ª 5):

«5. En atención a los anteriores antecedentes, no considera la Sala que pueda sostenerse una preeminencia entre, en el presente caso, las normas del mercado de valores que reconocen el eventual resarcimiento del daño por infracción de folleto o por defectos en la información periódica y las del nuevo régimen de resolución de las entidades de crédito, en cuanto pretende prescindirse de este último —ley especial para el tratamiento singular de la insolvencia de las entidades de crédito e inversión que por su trascendencia exigen de un tratamiento específico ajeno a la Ley Concursal (RCL 2003, 1748)— para mantener el reconocimiento y eficacia de una deuda de resarcimiento.

A la dificultad de considerar que el daño —el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño, atribuible a un sujeto civilmente responsable mediante alguno de los criterios de imputación previstos en la Ley— se haya producido de forma ajena a la intervención de la JUR y el FROB y que la eventual deuda sea preexistente a su intervención, encontramos el obstáculo que para su definitivo reconocimiento supone que las propias decisiones administrativas han provocado definitivamente la pérdida de valor de las acciones, es decir, de los instrumentos de capital del que la parte actora era titular en su condición de accionista.

Y esta pérdida derivada de la amortización, preferente y permanente, sin derecho a indemnización, que no permite la subsistencia de obligación alguna respecto al importe del instrumento amortizado —salvo que se trate de obligaciones ya devengadas, que han de referirse a las nacidas y no pagadas y, por tanto, ajenas a las ahora pretendidas— y que no permite el reconocimiento de ningún derecho sobre los activos y pasivos transferidos, entendemos que resulta incompatible con el reconocimiento definitivo de una indemnización por daños que pretende la plena recuperación del valor del momento de la adquisición de unas acciones ya amortizadas, pues en tal caso decaería el propósito del legislador el nuevo régimen de resolución de las entidades de crédito. Todo ello, en fin, sin perjuicio de las acciones penales, civiles por responsabilidad de los administradores sociales o administrativas que resulten de aplicación».

Dos afirmaciones, entendemos que son erróneas:

A) El daño no es ajeno a la intervención de la JUR y el FROB, en términos de imputación.

Creemos que esa afirmación no es correcta y para ello entendemos que ha de analizarse la misma desde lo que es la imputación y la causalidad en Derecho de Daños.

A nuestro entender el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad derivada del folleto de emisión es a su vez subjetivo o basado en la culpa, lo que se deduce del artículo 37.1 del Real Decreto 1310/2005 Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a

negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, que sobre «Exenciones de responsabilidad», contiene la defensa de diligencia debida por la información imprudentemente revelada al mercado bursátil, con estas palabras: «Una persona no será responsable de los daños y perjuicios causados por la falsedad en cualquier información contenida en el folleto, o por una omisión de cualquier dato relevante requerido de conformidad con lo dispuesto en este real decreto, si prueba que en el momento en el que el folleto fue publicado actuó con la debida diligencia para asegurarse que: a) La información contenida en el folleto era verdadera. b) Los datos relevantes cuya omisión causó la pérdida fueron correctamente omitidos».

Aunque en realidad lo que consideramos que se pone en tela de juicio en la referida sentencia es la conocida imputación objetiva o causalidad, diciendo que el daño no proviene de las inexactitudes del Folleto.

En este sentido y para apoyo de lo anterior, nos parece sumamente recomendable la atención a los razonamientos de la excelente sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada de 7 de abril de 2015 (Id Cendoj: 28058420012015100001)¹, que sobre el particular nos enseña magistralmente y con carácter genérico desde la legislación y práctica comparada, en cuanto a la relación de causalidad en la responsabilidad del folleto de emisión, lo siguiente:

«Así las cosas, la prueba de la relación causal entre información falsa o engañosa y daño es dificultosa por la necesidad de una doble prueba (singula non probat): causación de la decisión de inversión y causación del daño en la inversión. El análisis bifurcado del nexo causal se ha impuesto en el manejo de estos casos, con la precisión de que la causación de la decisión sigue la teoría de la condición indispensable (condicio sine qua non) y la causación del daño es un juicio normativo de atribución de la responsabilidad entre los distintos factores de un daño. Supongamos que un emisor de acciones informa inadecuadamente sobre las calidades o bases de sus fundamentales, y que si la información hubiera sido verdadera, el demandante no habría comprado ninguna de las acciones. La cotización luego se desploma, no porque la verdad se descubre sino por un colapso del mercado para el producto del emisor, totalmente fuera de control del emisor. Hay "causación de la operación" porque el demandante no habría comprado el valor, y por tanto no habría experimentado la pérdida, si el demandado hubiera sido verdadero, pero no hay "causación de la pérdida" porque la clase de pérdida que ocurrió no era de la clase que la exigencia de revelación que el demandado violó intentaba prevenir. Sostener la responsabilidad del demandado por la pérdida produciría sobredisuación por hacerle asegurador frente a condiciones fuera de su control» (Movitz v First Natl Bank of Chicago, 148 F3d 760 [7th Cir 1998], siguiendo la teoría del fin de protección de la norma)».

Para nuestro sistema legislativo y en relación con la causación de la decisión, la referida sentencia de primera instancia, razona que:

e) Causación de la decisión y de la pérdida.— «De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante» (art. 28.3 I LMV).

La expresión «como consecuencia» está aquejada de ambigüedad del alcance. Sin duda, los daños deben ser consecuencia de las informaciones falsas o de las omisiones. ¿Debe ser también la adquisición de los valores consecuencia de la información incorrecta? En otras palabras, ¿se requiere la causación de la decisión de invertir? Hemos visto que algunos ordenamientos prescinden de la causación de la decisión, al menos en la responsabilidad civil por folleto. En nuestro Derecho, en interpretación auténtica delegada, el artículo 36 del Real Decreto 1310/2005 solo pide causación del daño, luego sub silentio no la causación de la decisión.

Hay otro argumento coadyuvante, de constancia terminológica a contrario: el Legislador no emplea aquí la expresión «informaciones falsas o engañosas» y sí en otros varios artículos, luego parece que el engaño o error del inversor es irrelevante. En suma, es defendible que en la responsabilidad por folleto la causación del daño es suficiente, sin que deba probarse, además, causación de la decisión.

Con todo, en la expresión «titulares de los valores adquiridos», la palabra «adquiridos» es redundante si no fuera para significar la necesaria causación de la decisión de adquirir. En la hipótesis de que el Legislador no se expresa de un modo redundante, la doctrina de la confianza indirecta, en cualquiera de sus variantes, permite entender que el inversor confió en la información incorrecta aunque no leyera el Folleto. Así, la causación de la decisión podrá inferirse de la importancia (materiality) de la inexactitud (*Affiliated Ute Citizens of Utah v US*, 406 US 128 [1972]). O, más refinadamente, resulta razonable la versión más acabada de la teoría del fraude al mercado que, aunque dictada para los supuestos de fraude, es trasladable a las informaciones negligentes.

Esta doctrina se menciona en el escrito de demanda.

La teoría del fraude al mercado (*fraud-on-the-market theory*) parte dos premisas: (1.^ª) en un mercado de valores eficiente el precio incorpora toda la información pública disponible y (2.^ª) el inversor confía en la integridad de los precios del mercado. Siendo así que el precio también incorpora la información incorrecta, estará distorsionado. No obstante, la formulación jurisprudencial (*Basic Inc v Levinson*, 485 US 224 [1988]) se contenta con la premisa más modesta de que una información conocida públicamente normalmente afecta a las cotizaciones. La presunción *Basic* incorpora dos presunciones constituyentes: primero, si el demandante demuestra que la información incorrecta era pública y relevante y que el valor se negociaba en un mercado en general eficiente, estará legitimado para presumir que la información incorrecta afectó a la cotización (*Price impact*). Segundo, si el demandante demuestra también que compró el valor al precio de mercado durante el período relevante, tendrá derecho a la presunción adicional de que compró el valor confiando en la información incorrecta.

En sentido opuesto, la presunción *Basic* es una presunción *iuris tantum* y el demandado podrá contraprobar el desconocimiento de la información por el mercado, la falta de relevancia respecto al conjunto total de información disponible, la ineficiencia del mercado en cuestión, que el demandante operó después de la revelación de la información (*truth-on-the market defence*) o, finalmente, que la información no tuvo impacto en los precios o que el demandante hubiera comprado o vendido, de todos modos, pese a la información incorrecta (*Halliburton Co. v Erica P. John Fund. Inc.*, 573 US ___ [2014] o «*Halliburton II*»).

Este razonamiento se extiende a las nuevas emisiones bajo la variante *fraud-created-the-market doctrine*, asumiendo que la confianza la provoca la mera existencia de un mercado del valor en cuestión y que el valor hubiera resultado innegociable si no es por las declaraciones falsas o engañosas».

La conclusión sobre la causación de la decisión y la pérdida la lleva a cabo la sentencia de instancia precitada para el caso Bankia, de la siguiente forma:

«En el presente caso, la parte demandante cumple el test compuesto por el que debe probar los presupuestos de publicidad-relevancia (materiality)-eficiencia del mercado y temporaneidad (market timing); porque la información del Folleto era pública, las incorrecciones eran relevantes, la Bolsa española es un mercado eficiente, la parte demandante suscribió las acciones entre la fecha de publicación del Folleto y el momento en que la realidad fue revelada. Por su parte, la demandada Bankia no ha desvirtuado las presunciones integradas en el anterior razonamiento pues todo su esfuerzo pericial se concentra en la materia contable y no en las cuestiones características de la securities litigation.

¿Son trasladables las anteriores conclusiones sobre la causación de la decisión de la inversión del caso Bankia al caso Banco Popular para poder afirmar en este último caso la existencia de responsabilidad por folleto de emisión? En nuestra opinión, sin ninguna duda, la información del Folleto era pública, las incorrecciones eran relevantes, la Bolsa española es un mercado eficiente y los inversores que generalmente demandan el resarcimiento del daño con base a la inexactitud del Folleto compraron las acciones entre la fecha de publicación del Folleto y el momento en que la realidad fue relevada sin lugar a dudas, a saber, la fecha de la comunicación de la inviabilidad del Banco por parte del FROB.

Para nuestro sistema legislativo y en relación con la causación del daño, la referida sentencia de primera instancia, razona que:

«c) Atribución del daño a la incorrección.— La atribución del daño a la información incorrecta parte de un conjunto de consideraciones: ca) Deseable desagregación de causas.— “Si el comprador vende más tarde después de que la verdad se abra camino en el mercado, un precio de compra inicialmente inflado puede significar una pérdida posterior. Pero eso está lejos de ser inevitable. Cuando el comprador subsiguientemente revende esas acciones, incluso a un precio más bajo, ese precio más bajo puede reflejar, no la anterior declaración inexacta, sino circunstancias económicas cambiadas, expectativas de los inversores cambiadas, nuevos hechos específicos de la industria o de la compañía, condiciones, u otros eventos, que tomados separadamente o conjuntamente, den cuenta de parte o todo de ese precio más bajo. (Lo mismo es verdad respecto a una pretensión de que el precio más alto de la acción es más bajo de lo que hubiera sido de otro modo—una pretensión que aquí no consideramos). Estando igual todo lo demás, cuanto más largo el tiempo entre la compra y la venta, esto es más probable, i.e., es más probable que otros factores causaran el daño.

Dada la maraña de factores que afecta al precio, la sola lógica nos permite decir como máximo que el precio de compra más alto tendrá un papel a veces en provocar una pérdida futura. Podría probarse que es una condición necesaria de cualquier pérdida como tal y en ese sentido uno podría decir que el precio de compra inflado sugiere que la declaración inexacta (utilizando el lenguaje que el Noveno Circuito utilizó) apunta a (touches upon) una pérdida económica posterior. Apuntar a una pérdida no es causar una pérdida, y es esto último lo que la ley requiere. [...] De hecho, el Restatement of Torts, al describir el consenso judicial, dice que una persona que ‘presenta inadecuadamente la situación financiera de una corporación en orden a vender sus acciones’ se vuelve responsable frente a un comprador confiado ‘por la pérdida’ que el comprador experimenta ‘cuando los hechos... vienen a ser

generalmente conocidos' y 'como resultado' el valor de la acción se 'deprecia' § 548A, Comment b, en 107. Los tratadistas, también han enfatizado la necesidad de probar causalidad próxima" (*Dura Pharmaceuticals Inc v Michael Broudo*, 544 US 336 [2005]). El método idóneo para demostrar la causación del daño es un estudio sobre eventos (*event studies*, habiendo reconocido su valía pericial, *Halliburton II*; ampliamente, *Bricklayers & Trowel Trades Int'l Pension Fund v Credit Suisse Sec. (USA) LLC*, No. 12-1750 [1st Cir 14.5.2014]). Un estudio de eventos es un análisis estadístico de regresión que examina el efecto de un evento (como la revelación de una información incorrecta) sobre una variable dependiente (como la cotización de una acción). No obstante, la parte demandante no acompaña pericial de esta clase. En cualquier caso, en aquellos casos "verdad más caída" (*truth plus drop*), en los que la inflación se disipa por revelación de la incorrección (*corrective disclosure*), tras la que se produce una caída de la cotización no explicable por otros eventos (*confounding events*), puede afirmarse el nexo causal entre revelación y pérdida. Este fenómeno se acentúa en los casos de colapso de la compañía.

No obstante, fuera de este paradigma platónico, si no puede fijarse con una mínima certidumbre el momento de la revelación sino que la verdad se filtra progresivamente al mercado (*leakage*) o la compañía es capaz de manipular la reacción del mercado (p. ej. cocinando los libros), será difícil poder apreciar un daño legalmente relevante en la medida en que la pérdida no sea mayor que la que hubieran experimentado los accionistas de las compañías más asimilables en un contexto de descensos generalizados de las cotizaciones (este es el supuesto más común de evento confusorio).

En el caso Banco Popular, recordamos que el día 6 de junio de 2017 el órgano de administración ya asumía la inviabilidad del Banco lo que se constató jurídicamente mediante la comunicación del FROB del día 7 de junio de 2017 y siguiente venta a un euro de la totalidad de las acciones del Banco Popular al Banco Santander.

Por tanto, resulta palmaria la causación del daño ya que la información incorrecta del folleto de la ampliación de capital del 25 de mayo de 2016 ofrecía un precio inflacionado de las acciones del Banco Popular resultando que el oportuno conocimiento de dicha inflación de valor supuso la venta a un euro de la entidad de crédito disipándose así cualquier duda sobre la inflación valorativa de las acciones tras el inmediato conocimiento de la inviabilidad de la entidad de crédito², cuya causa última hemos de encontrarla en la irrealidad de la situación financiera de la entidad que ya se reflejó en el folleto de emisión de la ampliación de capital de 25 de mayo de 2016 aunque la causa más próxima pudiera atribuirse a la retirada de depósitos bancarios que en realidad fue realmente debida a dicha irrealidad financiera y contable de la entidad de crédito.

Debe en este sentido recordarse, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8862), que «en un evento dañoso pueden concurrir varias causas (predisponentes, desencadenantes, concomitantes; de concurrencia, simultánea o sucesiva), y nada obsta a la existencia de una concausa que, sin ser la propiamente desencadenante, pueda contribuir a hacer más grave el resultado». Y es que, con arreglo a una jurisprudencia inveterada de la que son exponentes las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1993 (*RJ* 1999, 509) y 13 de febrero de 1999 (*RJ* 1999, 1236), «no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo (SS. 18 de octubre de 1964 y 22 de abril y 4 de junio de 1980 [*RJ* 1980, 1529 y 2399])».

Razona al hilo de lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de junio de 1980 (RJ 1980, 2399), lo siguiente:

«CDO.:

Que la doctrina, criterio y solución expresado en el precedente ya ha sido reconocido por esta Sala en Sentencia de 9 de junio de 1969 (RJ 1969, 3353), por lo que estimando aplicable dicho párrafo 1.º del artículo 1104 del Código civil al supuesto de culpa extracontractual o aquiliana, dado el lugar que tal precepto legal ocupa en la sistemática del citado Cuerpo sustantivo, aprecia que si bien el artículo 1902 del mismo ordenamiento jurídico al establecer, desde un aspecto meramente sancionador, la obligación legal de tener presente el «alterum non laedere» de la Instituta de Justiniano, o sea, que nuestras acciones no causen daño a otro, refiriéndose a la culpa, no especifica qué hechos y en qué grado la determinan, ese vacío legal ha de llenarse con relación al aspecto causal y concretamente en orden a la eficiencia de la causa y para que produzca sus normales efectos, entendiéndose que si ontológicamente, para distinguirla del «principio» genéricamente considerado («quod aliquid procedit quodcumque modo») y de la «condición» (aquello que sin ser causante coopera a la producción del efecto) debe definirse como «principium quod reti producit effectum a se distinctum», ello no entraña una intervención unitaria y decisiva, ya que tal causa puede ser total, cuando no necesita del concurso de otra causa para producir íntegramente el efecto, y «parcial» cuando este no se produce sin el concurso de otra causa eficiente, pudiendo tales causas en forma «simultánea» (conurrencia) o «sucesiva» (concatenación) cuando el efecto de una causa aparezca influido por el efecto que produjo una causa anterior, sin que en el terreno jurídico quepa por tanto estimar como no eficiente la causa que de modo indubitado prepare, condiciones o complete la acción de la causa última, actuando tales con causas respectivamente como mediata o inmediatamente originadas del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo, que es precisamente lo ocurrido en el supuesto ahora contemplado desde el momento que, como viene dicho, el siniestro de que se trata si ciertamente tuvo su causa inicial desencadenante en un incendio sin origen precisado, ha tenido su causa desarrolladora para llegar a producir los efectos dañosos que alcanzó en el negligente comportamiento del demandado recurrente don Ignacio S. E. al tener instalado en forma de excesivo almacenamiento mercancía «altamente inflamable» y «de gran combustibilidad» en el local en que el incendio se inició, sin extintores adecuadamente proporcionados al volumen y condiciones de lo almacenado, y cuya causa desarrolladora pasa a ser de hecho y jurídicamente, como primordiales al respecto».

De esta forma, entendemos la concatenación causal existente en el presente caso, calificándose de causa eficiente e inicial la información inexacta del folleto de ampliación de capital que influyó en la causa mediata de la resolución o liquidación de la entidad de crédito, a saber, la fuga de depósitos.

B) La obligación de resarcimiento no es una obligación devengada

Continúa la Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 141 de 26 de febrero de 2020 (Sección 2.ª) (JUR 2020, 83337) en consonancia con su anterior juicio causal entendiéndose por tanto que la obligación de resarcimiento no es una obligación devengada y por tanto reclamable de acuerdo con la normativa de resolución y liquidación bancaria (art. 37.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión).

De nuevo entendemos que lo anterior es erróneo no solo a la luz de las consideraciones causales que hemos efectuado con anterioridad sino al amparo de los razonamientos efectuados en el seno de un proceso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde se dirimió un caso competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil por folleto de emisión.

Nos estamos refiriendo al caso resuelto en la sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2018 (asunto C-304/17), cuyo fallo es el siguiente:

«El artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que en una situación como la que existe en el litigio principal, en la que un inversor ejercita una acción de responsabilidad delictual o cuasidelictual frente a un banco que ha emitido un certificado en el que aquel ha invertido basándose en el folleto correspondiente a dicho certificado, los tribunales del domicilio del inversor en cuestión, en tanto que tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso a efectos de la citada disposición, son competentes para conocer de tal acción de responsabilidad por acto ilícito, cuando el daño alegado consista en un perjuicio económico que se produce directamente en una cuenta bancaria del inversor abierta en un banco establecido en el territorio de los referidos tribunales y cuando las restantes circunstancias particulares de tal situación concurren igualmente a atribuir la competencia a esos mismos tribunales.

En este caso Löber, el órgano jurisdiccional remitente plantea sus cuestiones sobre la competencia internacional en relación con un hecho concreto: la decisión de inversión inducida por un folleto de inversión potencialmente engañoso difundido en Austria. En otras palabras, se trata de la responsabilidad civil derivada de la representación inexacta que supuestamente llevó a la demandante a realizar una inversión que produjo una pérdida financiera en su cuenta bancaria³.

Las conclusiones del Abogado General Sr. MICHAL BOBEK presentadas el 8 de mayo de 2018 fueron las siguientes:

«En lo que respecta a una demanda relativa a la responsabilidad extracontractual por representación inexacta de una información mediante la publicación de un folleto supuestamente defectuoso explicativo de unos certificados de bonos al portador que pueden adquirirse en un mercado secundario nacional concreto y que derivaron en la pérdida de la inversión, el concepto de “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” del artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que se refiere al lugar en el que un inversor en mercados secundarios como la demandante, sobre la base de un folleto supuestamente defectuoso, contrajo una obligación jurídicamente vinculante, y de cumplimiento exigible, de invertir en los certificados, en cualquier punto del territorio del Estado miembro en el que dichos certificados pudieron ser válidamente suscritos».

En lo que ahora nos interesa, para llegar a dichas conclusiones el Abogado General razonó lo siguiente:

«56. En tales circunstancias, se plantea la cuestión relativa a en qué momento (o en qué condiciones) fue legalmente posible que un inversor como la demandante se viese inducido a confiar en una supuesta información incorrecta ofrecida por el demandado ¿Qué hecho fue decisivo para causar el (supuesto) perjuicio de verse inducida a realizar una inversión cuestionable?

57. En el presente caso, cabría admitir tres posibilidades.

58. En primer lugar, cabría considerar que el momento pertinente se produjo cuando la información en cuestión se puso a disposición del público y, por tanto, a disposición en general de cualquier inversor potencialmente objeto de engaño. En el presente asunto, dicho momento sería cuando la demandada publicó por primera vez el folleto, supuestamente en cualquier mercado y en cualquier Estado miembro, incluido el folleto para los inversores en mercados primarios.

59. En segundo lugar, el momento pertinente podría ser aquel a partir del cual el folleto tiene la capacidad legal de influir en las decisiones de inversión del grupo de inversores pertinente. En el presente asunto, y teniendo en cuenta la segmentación nacional de la regulación del mercado de capitales en cuestión, dicho grupo de inversores lo compondrían los inversores en los mercados secundarios de Austria.

60. En tercer lugar, el momento pertinente podría ser aquel en que el folleto en cuestión llevó al inversor individual afectado, como la demandante, a tomar su decisión de inversión.

61. No me parece razonable escoger la primera opción (el momento de la primera publicación del folleto), por la sencilla razón de que ese momento se halla demasiado alejado de cualquier decisión que pudiese haber adoptado razonablemente un inversor individual que operase en un mercado secundario específico. Como cuestión de hecho, no es probable que esta «primera» publicación del folleto tenga incidencia alguna sobre la decisión tomada por cada inversor individual o grupo de inversores. A estos inversores individuales en los mercados secundarios se les suele ofrecer una información distinta, en este caso, además, en una lengua diferente, según parece. Desde el punto de vista jurídico, esos inversores no pueden invertir hasta que se establezca legalmente la posibilidad de hacerlo en los respectivos mercados nacionales. Por otra parte, en la práctica, invocar el momento de la primera publicación para el público en general daría lugar a que la jurisdicción pertinente fuese siempre la sede del emisor, con independencia de los obstáculos jurídicos que la víctima del supuesto ilícito pudiera encontrar para realizar efectivamente la inversión basándose en la «primera» publicación del folleto.

62. Por lo que se refiere a la tercera posibilidad indicada, tampoco ofrece, a mi juicio, una solución razonable, ya que haría depender la regla de competencia de circunstancias individuales extremadamente aleatorias e inciertas, prácticamente imposibles de determinar como cuestión de hecho. Significaría, en la práctica, que un órgano jurisdiccional tendría que depender exclusivamente de una declaración realizada por el demandante sobre la hora y el lugar en que se produjo su decisión de invertir. Por poner un ejemplo: un inversor individual podría perfectamente leer un folleto sobre una nueva oportunidad de inversión disponible en un banco de Viena; a continuación, llevarse dicho folleto para leerlo durante su viaje a Dubrovnik, sopesar la posibilidad de invertir sobre la base de la información del folleto y, por último, decidir invertir en el momento en que desayuna en una terraza de su hotel en Florencia, tras ser animado para ello por teléfono por un amigo que llama desde Praga.

63. Por consiguiente, la única posibilidad razonable de determinar de manera objetiva dónde se ubica el lugar en el que se ha producido el hecho causante de inducir a engaño a un inversor es, a mi juicio, la segunda de las hipótesis antes

planteadas, a saber, el momento a partir del cual el folleto tiene efectivamente la capacidad, de conformidad con la legislación nacional y de la Unión aplicable, de influir en las decisiones de inversión de los inversores del mercado en cuestión. La jurisdicción pertinente se definiría entonces a nivel nacional, y no meramente local, habida cuenta de que la publicación de un folleto respecto de un determinado territorio nacional despliega sus consecuencias simultáneamente en todo el referido territorio. De ello se sigue, lógicamente, que el lugar del tribunal específico dentro de ese territorio nacional dependerá de la elección del demandante.

64. El elemento clave, a mi juicio, reside en que, para que el folleto tuviera siquiera el potencial de inducir a error a la demandante, era preciso que hubiera sido difundido en Austria; de lo contrario, no podrían haberlo suscrito legalmente en dicho país inversores particulares».

Evidentemente, hemos de adecuar el resultado de dichas conclusiones a nuestro caso con el objeto de entender el momento temporal en que el inversor adopta la decisión de invertir y este ha de ser como no podía ser de otro modo en el momento en que el folleto tiene la capacidad legal de influir en las decisiones del inversor (en términos de competencia judicial internacional, dicho momento nos determinaría el lugar del hecho causante) lo que trasladado a nuestro caso, ya que la difusión lo fue en todo nuestro territorio nacional, no puede ser otro que el que se dice en el apartado 1 del artículo 27 del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, bajo la rúbrica de «período de validez del folleto informativo», que: «*Los folletos serán válidos durante un período de doce meses desde su aprobación para realizar ofertas públicas*».

O sea, el hecho decisivo tomado es aquel que supone la capacidad legal del folleto para incidir en la actitud del inversor lo que también conlleva una antelación temporal al fenómeno resolutorio y liquidatorio bancario y por tanto ha de conllevar necesariamente la calificación de «*obligación devengada*» del crédito resarcitorio máxime si como hemos visto la causalidad en la decisión de la inversión se observa en este caso por aplicación de la conocida teoría del fraude al mercado.

Por ello, carece de validez —en nuestra opinión el recurso al artículo 37.2 de la Ley 11/2015 por parte de los criterios de las Audiencias Provinciales de Asturias y Cantabria para eludir la responsabilidad por folleto de emisión en este caso, ya que el criterio temporal generalmente admitido para la determinación del nacimiento del ilícito aquiliano es la fecha en que tiene lugar o se realiza el hecho dañoso, o sea, cuando el folleto de emisión con inexactitudes tiene capacidad legal para influir en la toma de decisiones del inversor hasta el período de validez del mismo (12 meses), lo que supone por tanto concluir que temporalmente sí había una obligación devengada (nacida y no pagada) consistente en la obligación de resarcimiento *ex.* artículo 38 de la Ley del Mercado de Valores al inversor correspondiente, que inaplicable por tanto la regla general del artículo 37 de la Ley 11/2015 que impide cualquier resarcimiento al accionista y haya por tanto de aplicar la meritada excepción a dicha regla general (obligaciones devengadas).

Finalmente, solo nos resta advertir que estas resoluciones que se dicten al amparo de los Acuerdos de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Asturias y de Cantabria son susceptibles de recurso de casación por tratarse de sentencia dictada por una Audiencia Provincial mediante la que se pone fin a la segunda instancia —artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y adecuarse al caso previsto legalmente, ya que la resolución del recurso presenta interés casacional, permitiendo el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil en este caso interponer este recurso aunque la cuantía del pleito no alcance los seiscientos mil euros o este se haya tramitado en atención a la materia, en función de la existencia de otras sentencias de Audiencias Provinciales que sí acogen la acción de responsabilidad civil del folleto de emisión en este caso.

El motivo concreto de la casación que debe indicarse según exige el artículo 477.2.3.ª 3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el de «*interés casacional*», ya que dicho precepto prevé expresamente lo siguiente:

«3.ª Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional».

«3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

IV. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA PITA Y LASTRES. Donde dije digo... [La relación de causalidad en la responsabilidad civil de folleto o prospecto: Una exégesis del artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores]. Newsletter E-Dictum, marzo de 2017.

GRIMALDOS GARCÍA. *La responsabilidad civil del folleto de emisión de valores negociables*. Tirant lo Blanch, 2001.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas*, La Ley, 2008.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ. *Ley aplicable a la responsabilidad derivada del folleto* (tesis doctoral), UAM, 2013.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirrmann contra Immofinanz AG)
- Sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2018 (asunto C-304/17, caso Löber)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1980
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1999
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 20 de septiembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de octubre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 19 de diciembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 30 de diciembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 2020

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de febrero de 2020
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada de 7 de abril de 2015
- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n.º 12 de A Coruña de 21 de febrero de 2020
- Sentencia n.º 57 del Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Móstoles de 11 de marzo de 2020

NOTAS

¹ Esta sentencia fue una de las primeras que se pronunció sobre la responsabilidad del folleto de emisión en el caso Bankia y tuvo un excelente acogimiento en la doctrina. Vid. el comentario sobre la misma de ALFARO ÁGUILA-REAL: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/05/responsabilidad-por-folleto-en-la.html>

² En el Informe emitido por los Inspectores del Banco de España, Sres. Ruiz-Clavijo y Hernández Romeo, de 8 de abril de 2019, incorporado a las actuaciones seguidas en las Diligencias Previa 42/2017, del Juzgado de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional, y a los efectos propios de esta jurisdicción civil, independientemente de la finalidad, objeto y resultado que produzcan en el ámbito de aquella jurisdicción penal, de establecen tres conclusiones principales: 1) La resolución o liquidación del Banco se debió a tres episodios de fugas de depósitos durante el segundo trimestre de 2017, siendo el del 31 de mayo el de especial gravedad; 2) En cuanto al cumplimiento con la normativa contable: Las cuentas anuales que se reflejan en el folleto de la ampliación de capital, no respetaban determinados aspectos de la normativa contable, en especial la clasificación de las operaciones refinanciadas en dudoso, y 3) Sobre la documentación en la que se asentó la ampliación de capital: algunas de las hipótesis para llegar a las estimaciones contenidas en el folleto eran demasiado optimistas, en especial la evolución prevista de dudosos, lo que unido a la baja cobertura planificada para los adjudicados, invalidaba las estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento.

Resulta interesante el razonamiento que efectúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2020 estimando la responsabilidad por folleto de emisión (Sección 13.ª) confirma que la fuga de depósitos no fue la causa final sino la lógica consecuencia del conocimiento de la situación real de la entidad, cuando afirma lo siguiente: *«Alude la parte demandada a que las causas se hallaban en la fuga masiva de depósitos por importe de 5.724 millones de euros, si bien debe entenderse que no fue la causa de la situación final, sino la consecuencia, a medida que se fue conociendo la situación real de esa entidad».*

³ La Sra. HELGA LÖBER realizó una inversión en certificados en forma de bonos al portador emitidos por Barclays Bank Plc. Con el fin de adquirir dichos certificados, los importes correspondientes fueron transferidos desde su cuenta corriente bancaria (personal) en Viena, Austria, a dos cuentas de valores, una en Salzburgo y la otra en Graz. Desde estas cuentas de valores se efectuó, a continuación, el pago de los certificados en cuestión.

Posteriormente, los certificados perdieron su valor. La Sra. LÖBER estimó que su decisión de inversión había sido inducida por un folleto defectuoso (por engañoso) publicado en relación con los certificados. Interpuso una demanda contra Barclays Bank en la que reclamaba el pago de 34 459,06 euros más intereses y gastos. Dicha cantidad corresponde, en su opinión, a los daños que le ocasionó la inexactitud de la información facilitada por Barclays Bank mediante la publicación de un folleto defectuoso (por contener información engañosa).

Presentó su demanda ante un tribunal en Viena, el lugar de su domicilio. Allí también es donde posee su cuenta corriente bancaria, desde la que se realizó la primera transferencia para el pago de la inversión. No obstante, tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia concluyeron que no eran competentes para conocer del asunto. El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) preguntó en su cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esencia, cuál de las cuentas bancarias utilizadas, en su caso, es pertinente para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio.

3. URBANISMO

La nulidad del planeamiento y la inscripción de sus actos aplicativos firmes

The urban plan nullity and the registration of its application acts

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 2018 plantea, reiterando la doctrina sentada en la precedente de 19 de abril del mismo año, la inoponibilidad de una sentencia del Tribunal Supremo por la que se declara la nulidad de pleno derecho de un Plan General frente a la inscripción de una escritura de segregación, parcelación y agrupación con base en una licencia que amparada en dicho Plan no llegó a ser recurrida deviniendo en consecuencia un acto firme.

ABSTRACT: *Analysis on the General Directorate of Registries and Notaries doctrine set by the Resolution of 25 October 2018 about the nullity of urban plan and its effects on the registration of its administrative resolutions.*

PALABRAS CLAVE: Plan general. Nulidad. Efectos. Actos aplicativos. Inscripción segregación.

KEY WORDS: *Urban plan. Nullity. Effects. Application acts. Registration.*

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2018: 1. ANTECEDENTES. 2. LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO ESTIMATORIO.—II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 1. EL FENÓMENO DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO. 2. LAS CAUSAS DETRÁS DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2020 COMO POSIBLE PUNTO DE INFLEXIÓN.—IV. ANOMALÍAS DERIVADAS DE LA INOPONIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE PLANES FRENTE A ACTOS APLICATIVOS FIRMES Y SU CORRECCIÓN: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. POSIBLES CAUTELAS REGISTRALES ANTE LA DEBIDA EXTINCIÓN DE LICENCIAS AMPARADAS EN PLANES ANULADOS.—V. CONCLUSIONES.

I. LA RESOLUCIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2018

1. ANTECEDENTES

La Resolución de 25 de octubre de 2018 se ocupa de la inscripción de una escritura de segregación y agrupación ante la que, entre otros, por el registrador se opuso el defecto consistente en la invalidez de una licencia de 24 de marzo de 2008 concedida al amparo de un Plan General que fue anulado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011, circunstancia en virtud de la cual estimó necesario que por el Ayuntamiento se certificara que dicha licencia se ajustaba a la normativa urbanística vigente en el momento de la inscripción.

El debate de fondo de que se trata consiste, por lo tanto, en los efectos que de la anulación de un instrumento de planeamiento pudieran derivarse en relación con actos aplicativos adoptados a su amparo cuando no hubieran sido objeto de impugnación y se pretendiera su acceso al Registro.

2. LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO ESTIMATORIO

El defecto apuntado es tratado en los Fundamentos tres a cinco de la resolución llegando a un pronunciamiento estimatorio por el que se revoca la nota de calificación del registrador, lo que así tiene lugar con el siguiente alcance:

a) La resolución, que se remite a la anterior de 19 de abril de 2018, comienza con el análisis de si, pese a haberse dictado la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011 por la que se anula el Plan General, es o no admisible una licencia concedida con anterioridad a fin de autorizar e inscribir la segregación y parcelación de fincas documentada en el título.

b) Tras destacar la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, la resolución pasa a recordar que, frente a los actos administrativos, tales planes no son anulables sino nulos de pleno derecho (art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y que la correspondiente declaración de nulidad de un plan se retrotrae al mismo instante de haber sido dictado, *«lo que comporta, a su vez, la nulidad de aquellos planes secundarios que se dicten en su desarrollo, al contravenir el principio de jerarquía normativa y, por tanto, carecer del necesario soporte normativo (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008, 14 de julio de 2010, 7 de febrero de 2011, 19 de junio de 2013 y 2 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo)»*.

c) A su vez, de la aplicación del artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se desprenden ciertas limitaciones por razones de seguridad jurídica sobre los efectos resultantes de la declaración de nulidad de las disposiciones generales y, con ello, de los instrumentos de planeamiento, pues las correspondientes sentencias firmes que recaigan sobre ellos *«no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales (...)»*, lo que se traduce en la consiguiente subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula.

d) Por otro lado y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103.1, 104.1 y 107 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 118 de la Constitución y 17.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de

julio, del Poder Judicial, es a la Administración Pública autora del acto anulado a la que legalmente corresponde la ejecución de la sentencia, afirmando que «la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella».

e) Desde el punto de vista de procedimiento registral la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011 no puede ser tenida en cuenta a los efectos de impedir la inscripción pretendida por aplicación del principio de especialidad pues, según doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «debe exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos judiciales cancelatorios, de acuerdo con el principio de especialidad registral, no siendo suficientes a estos efectos expresiones genéricas o indeterminadas que además de no cumplir los requisitos de claridad y determinación de acuerdo con las exigencias legales y reglamentarias, no permiten conocer exactamente el ámbito, extensión y alcance de la cancelación ordenada (cfr. Resoluciones de 30 de septiembre de 2005, 19 de febrero de 2007, 10 de septiembre de 2009, 15 de junio de 2010 y 21 de julio de 2011, entre otras)».

f) En consecuencia, dice la resolución, «si para la inscripción de actos o sentencias anulatorias de instrumentos de ordenación urbanística es preciso que tal anulación se concrete en fincas concretas, con mayor motivo será necesaria dicha concreción cuando de lo que se trata es de denegar una inscripción por considerar nula una segregación, que, sin embargo, no ha sido expresamente declarada como tal, puesto que el registrador carece por sí mismo de la facultad de decidir el alcance y extensión de la nulidad judicialmente declarada».

Todo lo cual hace concluir a la resolución que la sentencia del Tribunal Supremo no puede determinar por sí misma la nulidad de sus actos aplicativos firmes previos a su fecha.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

1. EL FENÓMENO DE LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

Es un hecho sobradamente conocido el fenómeno que en el ámbito del urbanismo ha sido calificado como la plaga de las anulaciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico¹, fenómeno recurrente que se ha dado con una mayor intensidad durante la última década y que viene ocasionando no pocas disfunciones por el indudable impacto que representa no solo ante la complejísima laboriosidad que implica su redacción sino también por su incidencia en procesos de ejecución avanzados por la pérdida de cobertura normativa que ello representa.

La cuestión se ha planteado con singular virulencia en razón del carácter invalidante de los vicios de forma en el caso de las disposiciones administrativas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), disposiciones de cuya naturaleza jurídica, según es sobradamente conocido, participan los instrumentos de planeamiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En un muestreo directo efectuado por el anterior autor en el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial se comprobó que en el año 2014 la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ocupó de 135 recursos

interpuestos contra instrumentos de planeamiento de los cuales 108 concluyeron mediante Sentencia anulatoria.

Piénsese, a título de mero ejemplo, que en asuntos de la mayor repercusión en la ciudad de Madrid se dictaron sentencias anulatorias como las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2015 sobre la modificación del Plan General referida al Estadio Santiago Bernabéu, la de 30 de mayo de 2016 sucesivamente confirmada por la del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 correspondiente al Plan Parcial de Reforma Interior PPRI Mahou-Calderón, la de 17 de julio de 2018 sobre la modificación también del Plan General de Madrid denominada Wanda-Metropolitano o las del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2013, 1 de abril y 25 de noviembre de 2015 y 27 de enero de 2017 relativas al relevante Plan Parcial de Reforma Interior denominado Prolongación de la Castellana.

Además de Madrid y aunque la lista se haría interminable, cabe también recordar Sentencias igualmente anulatorias sobre los Planes Generales de Alicante, Boadilla del Monte, Castellón de la Plana, Cartagena, Santander, Gijón, Ibiza, Jaén, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, Toledo, Valladolid, Vigo o Zamora.

En fin, solo el número de instrumentos de planeamiento anulados por su falta de sometimiento al procedimiento de evaluación ambiental estratégica excede los noventa como puso de manifiesto José Antonio RAMOS MEDRANO en un trabajo publicado en el año 2017².

2. LAS CAUSAS DETRÁS DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO

Se han apuntado una diversidad de posibles causas, entre las que destacarían las siguientes:

a) Un cierto activismo judicial que muestra cómo la llamada «*deferencia judicial*»³ hacia la presunción de legalidad de los actos administrativos no se ve tan clara en el caso de los planes.

b) La indudable complejidad documental de los instrumentos de planeamiento singularmente acentuada en el caso de expedientes complejos⁴. Como es evidente, no es lo mismo redactar un Estudio de Detalle que un Plan General.

c) La incertidumbre sobre la identificación correcta de los informes que han de ser emitidos a lo largo del procedimiento de tramitación de los instrumentos de planeamiento, tarea que siendo al menos superable en el caso de los de carácter preceptivo aun cuando vengan previstos en una legislación sectorial dispersa, se dificulta notoriamente en el caso de los informes calificados como necesarios al requerir de un juicio previo no siempre fácilmente realizable.

d) La resistencia, aun sorprendentemente perceptible en no pocos casos, sobre la relevancia de los aspectos jurídicos propios de la redacción y tramitación de los instrumentos de planeamiento.

e) La absoluta amplitud de la legitimidad para recurrir en virtud de la cual el análisis sobre el posible ejercicio abusivo de la acción cede completamente ante el reconocimiento de la acción pública y la necesidad de anteponer el control de legalidad del acto, siendo irrelevantes, por ello, los posibles intereses espurios que pudieran impulsar al recurrente en todo caso fácilmente ocultables bajo la no pocas veces artificiosa apariencia de actuar por un deseo de garantizar la legalidad.

f) La circunstancia, ya adelantada, de los efectos invalidantes de los defectos de forma presentes en el procedimiento de tramitación de los instrumentos de

planeamiento en razón de la atribución a los mismos de un carácter indiscriminadamente normativo, defectos determinantes de su nulidad de pleno derecho con efectos *ex tunc* (por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012, 18 de mayo de 2016, 20 de julio de 2016 y 23 de mayo de 2017).

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2020 COMO POSIBLE PUNTO DE INFLEXIÓN

Según lo anterior y sin efectuar una valoración sobre lo que hubiera podido variar la decisión final si el vicio no se hubiera llegado a producir, la realidad es que los planes han venido siendo anulados por la ausencia de un informe, de una justificación suficiente de una particular determinación o de una respuesta a todas las alegaciones presentadas en el trámite de información pública⁵, lo que ha sido denunciado como una «hipervaloración de las formas»⁶ al haber dejado de lado su carácter instrumental en el Derecho Administrativo pues «para valorar en su justa medida los vicios de procedimiento hay que tener muy presente lo que restan, lo que se pierde con ellos, lo que pierde, en definitiva, la decisión final del procedimiento de que se trate»⁷.

Así ha tenido lugar, en efecto, incluso con la frustrada esperanza recientemente abierta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 (RC 2560/2017), en cuyo Auto de admisión del recurso de casación de 17 de enero de 2019 se planteó, en el caso de la impugnación indirecta de los instrumentos de planeamiento, que «la anulación in totum de tales instrumentos de planeamiento puede entrar en conflicto con el principio de seguridad jurídica —art. 9.3 CE— que exige que la anulación se circunscriba a las concretas determinaciones vinculadas con el acto de aplicación que sean consideradas contrarias a la legalidad», lo que, tras reiterar la constante jurisprudencia según la cual la nulidad de los planes es siempre una nulidad de pleno derecho, no impide, pues «no estaría de más, que el Tribunal Supremo se replanteara la cuestión a fin de ratificar su posición tradicional, o, en su caso, modular ese criterio consolidado, respecto de supuestos, como el aquí enjuiciado, en el que se cuestionaban aspectos o determinaciones muy concretas del Plan».

Pues bien, a la vista de ello y tras recordar «la perspectiva nueva acerca de decretarse la nulidad de pleno derecho por la omisión de un informe preceptivo, pero no total, sino afectando exclusivamente (así por ejemplo en la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, artículo 35.2) a las determinaciones referidas al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones», interesa en este punto destacar que la Sentencia de 4 de marzo de 2020 concluye afirmando que «Nada impide, atendida la vigente normativa y la jurisprudencia de esta Sala, concretar la nulidad de pleno derecho del artículo 62.2 Ley 30/92, (hoy 47.2 Ley 39/2015), en relación a un procedimiento de actuación urbanística, a las precisas determinaciones afectadas del vicio de nulidad de pleno derecho, y quedando a salvo aquellas determinaciones concretas del planeamiento que carezcan de las características de infracción relevante de nulidad, y sea posible su existencia escindida de las determinaciones nulas de pleno derecho».

En todo caso, la frustrada experiencia antes señalada a que dio lugar la Sentencia de 4 de marzo de 2020 se ha confirmado, en efecto, a la vista del mantenimiento de la doctrina tradicional por la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2020. Y es que en ésta, en efecto, ha quedado confirmada la nulidad del Plan General de O Boqueixón que fue previamente

declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 19 de diciembre de 2017 por razón de la falta de emisión por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo del correspondiente Informe en materia de telecomunicaciones exigido por el artículo 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones.

A estos efectos, en fin, resulta oportuno recordar que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 15 de octubre de 2018 se publicó la Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística.

Aun no habiendo avanzado su tramitación, de la Proposición ha de destacarse su importancia para reducir las graves consecuencias debidas a la también llamada mortalidad judicial de los planes. Diferenciación, para el artículo 55 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLRURJ), de cuándo los vicios de legalidad del planeamiento determinan su nulidad, total o parcial, y cuándo su anulabilidad atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica de su contenido; modulación en el mismo artículo del efecto invalidante de los vicios de forma o procedimiento a la vista de su gravedad e impacto en el acto recurrido; nuevo régimen de la acción pública en el artículo 62 siguiente a fin de limitar su ejercicio abusivo al amparo de intereses no pocas veces rechazables, e introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa sobre la aplicación de su apartado 1.a) precedente a los instrumentos de ordenación territorial o urbanística, son algunos de sus aspectos más relevantes.

IV. ANOMALÍAS DERIVADAS DE LA INOPONIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE PLANES FRENTE A ACTOS APLICATIVOS FIRMES Y SU CORRECCIÓN

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Aun cuando el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dispone que la anulación de una disposición general produce efectos «*para todas las personas afectadas*» con independencia de que hubieran sido parte, como bien dicen las Resoluciones 19 de abril y 25 de octubre de 2018 tales efectos generales no se extienden en relación con los actos firmes, por lo tanto no impugnados, que se hubieran dictado en aplicación de tal disposición y con anterioridad a la sentencia anulatoria⁸.

Así resulta expresamente por razones de seguridad jurídica de lo dispuesto en el artículo 73 de dicha Ley más atrás citado.

2. POSIBLES CAUTELAS REGISTRALES ANTE LA DEBIDA EXTINCIÓN DE LICENCIAS AMPARADAS EN PLANES ANULADOS

La cuestión, que sin duda se resuelve correctamente por la Dirección General desde la aplicación estricta del referido artículo 73, suscita sin embargo potenciales problemas de carácter práctico precisamente en el orden de la acción administrativa de naturaleza urbanística en la que el proceso de ejecución del planeamiento se compone de una sucesión de actos llamados a culminar con los específicos de autorización de la edificación como punto final del mismo, lo que eventualmente pudiera tener consecuencias en el orden registral si bien no exactamente en la forma en que fue planteado en la nota de calificación.

Nos referimos, en particular, a aquella situación que, como ocurre con el acto contemplado en la resolución de 25 de octubre de 2018, se produce en relación con actos que, aun siendo en efecto firmes con antelación a la anulación de la norma de cobertura, estén llamados a surtir efecto en un momento posterior cuando tal cobertura está ya ausente.

Se trata de una situación que en realidad sería reflejo de lo dispuesto en el artículo 48.c del TRLSRU, el cual califica como supuesto indemnizatorio el consistente en «*la modificación o extinción*» de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades «*determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial*».

Más claro aún venía previsto en el artículo 238 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 y después en el 42.1 de la Ley sobre Régimen de Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, calificando este último como supuesto indemnizatorio aquel que consistía en que a la entrada en vigor de una modificación o revisión del planeamiento «*se hubiera obtenido la licencia de construcción, pero aún no se hubiera iniciado la edificación*», en cuyo caso se decía que «*se declarará extinguida, con audiencia del interesado, la eficacia de la licencia en cuanto sea disconforme con la nueva ordenación*».

Dicho en otras palabras y aun cuando en el vigente TRLSRU no se confiere expresamente un carácter imperativo a la declaración de extinción de la licencia cuando no se hubiera iniciado la edificación, es decir, cuando todavía no se hubiera iniciado la fase de consumación de sus efectos, su regulación cuenta con unos antecedentes inequívocos que sí se decantaron por esa solución, lo que debería valer por igual en el caso de que la nueva ordenación fuera producto de un pronunciamiento judicial. Por ese motivo, el reconocimiento de la presencia efectiva de un supuesto indemnizatorio a favor del titular de la licencia no es más que expresión del presupuesto de su extinción a fin de evitar la consolidación de actos contrarios al planeamiento.

Lo cual, por lo demás, resulta igualmente conforme con lo dispuesto por el artículo 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, el cual dispone que las licencias han de ser revocadas en aquellos casos en los que desaparecieran las circunstancias con arreglo a las cuales se hubieran otorgado o bien cuando sobrevinieran otras nuevas que, de haber existido en el momento de su otorgamiento, habrían determinado su denegación.

Es decir, lo que se pretende por el legislador es evitar actos de ejecución que fueran contrarios al nuevo planeamiento cuando todavía fuera posible hacerlo y ello ya fuera por razón de la alteración del hasta entonces vigente o por su anulación. En este sentido, dada la tolerancia de las edificaciones ya construidas que quedaran en situación de fuera de ordenación no cabe entender que la Administración hubiera de desistir del cumplimiento del planeamiento en cada caso vigente admitiendo la construcción de nuevas edificaciones contrarias a él bajo el argumento de que finalmente quedarían asimiladas a las primeras.

Pues bien, a la vista de lo anterior, resulta oportuno volver sobre la objeción formulada por el registrador en su nota de calificación. En ella se puso de manifiesto, como se dijo al inicio, la necesidad de que por el Ayuntamiento se certificara que la licencia se ajustaba a la normativa urbanística vigente en el momento de la inscripción como condición para practicar la inscripción, lo que ciertamente estaba de más si, según viene diciéndose, no cabe duda que el acto firme previo a la anulación del planeamiento subsiste por aplicación del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo.

Justamente por ello cabría más bien plantearse, pese a la firmeza del acto de concesión de licencia, si la posición del registrador pudo ser otra conocida el deber legal de evitar situaciones contrarias al planeamiento y sabido por su parte, por tratarse de un hecho notorio, que la norma de cobertura del acto autorizado había sido declarada nula.

No parece, sin embargo, que al Registro hubiera de corresponderle no ya presentarse como valladar frente a actos como el considerado sino ni siquiera poner de manifiesto ante el Ayuntamiento una realidad evidentemente conocida por él como autor de la autorización concedida y como titular de la potestad de planeamiento.

Es por ello por lo que a lo sumo cabría entender válido que la información sobre la que hubiera de certificarse fuera aquella que acreditara si el acto en cuestión mantenía intactas tanto su vigencia como su eficacia por no haber sido respectivamente revisado o suspendido pues en la medida en que así fuera no podría verse limitado el acceso al Registro del título por el que hubiera de practicarse la segregación.

V. CONCLUSIONES

I. La Resolución de 25 octubre de 2018, reiterando la doctrina sentada en la de 19 de abril del mismo año, se pronuncia sobre la inscripción de una segregación amparada en la concesión de una licencia que no fue impugnada y cuya cobertura le fue dada por un Plan General que sin embargo sí fue recurrido y anulado mediante sentencia firme.

II. A tal fin, frente a una nota de calificación según la cual la inscripción debió suspenderse por considerar necesario que por el Ayuntamiento había de certificarse que dicha licencia se ajustaba a la normativa urbanística vigente en el momento de la inscripción, la Dirección General estima el recurso por entender, entre otras razones, que la falta de impugnación de la licencia determina la aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo.

III. La resolución, que a su vez se fundamenta en la jurisprudencia relativa al carácter invalidante de los vicios de forma, permite advertir sobre las graves consecuencias que su aplicación ha venido ocasionando en los últimos años por el gran número de instrumentos de planeamiento general que han sido anulados por los Tribunales, así como las vías de corrección que ya cabe apreciar a la luz de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 y la vía abierta por la Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 15 de octubre de 2018.

IV. Finalmente, la subsistencia de los actos aplicativos firmes ante las sentencias igualmente firmes que anulan un instrumento de planeamiento ponen de manifiesto, en el ámbito urbanístico, la anomalía que supone que desde el ordenamiento jurídico se contemple su procedente extinción cuando se trata de licencias y sin embargo se admita que sigan surtiendo efectos en el orden registral, lo que igualmente permite suscitar las posibles cautelas que sin cuestionar la procedencia de la inscripción al menos permitieran confirmar su ejecutividad.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de marzo de 2012
- STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2015
- STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2016
- STSJ de Madrid de 17 de julio de 2018
- ATS de 17 de enero de 2019
- STS de 29 de enero de 1915
- STS de 6 de noviembre de 1963
- STS de 1 de diciembre de 2008
- STS de 14 de julio de 2010
- STS de 4 de enero de 2011
- STS de 7 de febrero de 2011
- STS de 28 de septiembre de 2012
- STS de 19 de junio de 2013
- STS de 8 de noviembre de 2013
- STS de 1 de abril de 2015
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 18 de mayo de 2016
- STS de 2 de junio de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 27 de enero de 2017
- STS de 23 de mayo de 2017
- STS de 20 de julio de 2017
- STS de 4 de marzo de 2020
- STS de 25 de mayo de 2020
- STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2017
- RDGRN de 30 de septiembre de 2005
- RDGRN de 19 de febrero de 2007
- RDGRN de 10 de septiembre de 2009
- RDGRN de 15 de junio de 2010
- RDGRN de 21 de julio de 2011
- RDGRN de 10 de abril de 2018
- RDGRN 25 de octubre de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ, T-R, en El contencioso urbanístico y su necesaria reforma, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, 146, se ha referido a la que llama «hipervaloración de las formas».
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., en *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 694.
- RAMOS MEDRANO, J. A., Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE), *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 73, 2017, 4-25.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 141, 2016, 1-26.

NOTAS

¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 141, 2016, 1-26.

² RAMOS MEDRANO, J. A., Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE), *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 73, 2017, 4-25.

³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Una imprevista disfunción..., *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 141, 2016, 4.

⁴ En la versión digital del diario El Mundo de 25 de marzo de 2020, en la que se da cuenta de la fase final de tramitación de la conocida modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid denominada Madrid Nuevo Norte, se afirma que el expediente administrativo del que forma parte se compone de 54.000 folios y 5.000 documentos digitales.

⁵ A estos efectos ha de referirse la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2015 por la que se estimó el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 23 de marzo de 2012, declarándose la nulidad del Decreto de 18 de julio de 2006 de aprobación del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga por la falta de respuesta suficientemente explícita a las alegaciones formuladas durante la información pública y por la omisión del informe de impacto de género.

⁶ FERNÁNDEZ, T-R, en El contencioso urbanístico y su necesaria reforma, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, 146, se ha referido a la que llama «hipervaloración de las formas».

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., en *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 694, al ocuparse del vicio de forma o de procedimiento dicen lo siguiente: «el vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración». A lo cual añaden, recordando una lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1915, «la necesidad de tener en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar, «sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido» (Sentencia de 6 de noviembre de 1963)».

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., en *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 693.

4. DERECHO BANCARIO

Tratamiento judicial de las hipotecas con índice IRPH: *¿quo vadis?*

Legal approach to mortgages linked to the IRPH index: quo vadis?

por

FEDERICO ADÁN DOMÉNECH

*Profesor agregado de Derecho Procesal, acreditado como Catedrático
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Tarragona*

La propiedad es una trampa; lo que creemos poseer, en realidad nos posee.
ALPHONSE KARR (Novelista y periodista)

RESUMEN: La principal preocupación de la persona que suscribe un contrato de préstamo hipotecario, se concreta en la cantidad final que debe abonar mensualmente. Sin embargo, la experiencia acredita que, en la práctica diaria, los elementos definidores de las obligaciones económicas asumidas por los consumidores, no son comprendidas en su totalidad. Un ejemplo paradigmático de esta realidad, lo constituye la firma de hipotecas sometidas al interés variable del IRPH. La complejidad, en cuanto a su determinación, y su operatividad, dispar a otros índices sometidos también a interés variable, han resultado ser dos cuestiones debatidas a nivel judicial, con la obtención de respuestas judiciales poco homogéneas, resultando, las mismas, de especial importancia, por determinar la suma que el consumidor debe afrontar periódicamente.

El tratamiento judicial del IRPH no se ha caracterizado por su uniformidad, existiendo sentencias contradictorias, que han obligado a pronunciarse las superiores instancias judiciales, tanto a nivel interno, el Tribunal Supremo, como a nivel supranacional, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. En el presente artículo, se analiza la cronología judicial, en cuanto a la interpretación y aplicación del IRPH, con especial atención a la STJUE de 3 de marzo de 2020, que se traducirá en una proliferación de reclamaciones judiciales.

ABSTRACT: *The main concern of anyone who signs a mortgage is exactly how much they have to pay back every month. However, experience reveals that, in everyday practice, the aspects that define the economic obligations taken on by consumers are not fully understood by consumers. The signing of mortgages with variable interest linked to the IRPH index is paradigmatic of this reality. The fact that it is difficult to determine and that it does not operate like other variable interest rates are two questions that have been discussed by jurists. Their responses, however, have been diverse, particularly in terms of how to determine the regular payments that consumers have to make.*

The legal approach to IRPH has by no means been uniform and the discrepancies between resolutions have forced pronouncements from the higher legal authorities in

both Spain (Supreme Court) and the European Union (European Court of Justice). The present article analyses the legal chronology in terms of the interpretation and application of the IRPH and focuses in particular on the Judgement of the Court of Justice of the European Union (3 March 2020), which was to lead to a proliferation of legal claims.

PALABRAS CLAVE: IRPH. Índice variable. Transparencia. Hipoteca. Préstamo. Consumidor.

KEY WORDS: IRPH. Variable index. Transparency. Mortgage. Loan. Consumer.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTUALIZACIÓN Y REGULACIÓN LEGAL DEL IRPH.—III. MODALIDAD DE CONTROL QUE PUEDEN REALIZAR LOS ÓRGANOS JUDICIALES: 1. CONTROL DE ABUSIVIDAD. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA: A) *Evolución de la doctrina judicial del Tribunal Supremo respecto del control de transparencia.* B) *Justificación y contenido del control de transparencia.*—IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA «MENOR» DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE IRPH. STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017.—VI. POSTURA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES TRAS LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017: 1. POSICIÓN MAYORITARIA. 2. DISCREPANCIAS JUDICIALES: A) *SAP de Girona, sección 2.ª, de 11 de enero de 2018.* B) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018.* C) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018.*—VII. STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 2. CONTENIDO DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020: A) *Sometimiento a la normativa comunitaria.* B) *Exigencia del control de transparencia con independencia de la transposición de la Directiva 93/13.* C) *Alcance de la información que debe concederse a los consumidores.* D) *Consecuencias de la nulidad de la cláusula IRPH.*—VIII. APLICACIÓN DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES: 1. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE BURGOS, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2020. 2. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 6 DE LLEIDA, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2020.—IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de la facultad legal que nos concede tanto nuestro ordenamiento jurídico como el de la Unión Europea de acudir a la interpretación de las normas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, a través de la formulación de una cuestión prejudicial, se caracterizaba por su falta de proliferación. Sin embargo, este temor o «prudencia jurídica» se ha perdido, o cuanto menos se ha relativizado, en los últimos años, planteándose, en el ámbito de la contratación bancaria, múltiples consultas jurídicas al TJUE. La última en resolverse, en materia de contratación bancaria, ha sido la relativa a las hipotecas referenciadas con el índice IRPH.

En el presente artículo se pretende analizar el tratamiento judicial que nuestros órganos judiciales han concedido a esta modalidad de hipoteca, pues su interpretación condicionaba el montante económico que debían afrontar miles de ciudadanos. La resolución del TJUE, de fecha 3 de marzo de 2020, abre las puertas a los consumidores a reclamar la abusividad de este índice. Sin embargo, esta será una decisión que, casuísticamente, deberán resolver nuestros órganos judiciales, al encomendarles el TJUE, la responsabilidad de analizar los parámetros de negociación y comprensión adquirida por el consumidor.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y REGULACIÓN LEGAL DEL IRPH

Terminológicamente, las siglas IRPH resumen la nomenclatura: Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios. Operativamente, las siglas IRPH se traducen en un tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años. Sin embargo, el cálculo del tipo medio no resulta fácil, pues el mismo se concreta, una vez obtenida la media de las distintas ofertas del mercado hipotecario que han sido inscritas por las entidades financieras. El Banco de España emitía, mensualmente, este índice, practicada una media de las ofertas inscritas por los Bancos y las Cajas de Ahorro.

Al ser las propias entidades financieras, las que comunicaban los tipos de interés adoptados en sus operaciones hipotecarias, las mismas adquirían un protagonismo activo en la determinación del IRPH, pues el mismo, era el resultado del comportamiento y actuación de los Bancos y Cajas de Ahorro, y es este especial protagonismo, conjuntamente con su adjetivización de condición general de la contratación, el hecho de que, como veremos más adelante, algunas resoluciones judiciales calificasen a este índice de abusivo¹.

Estas resoluciones judiciales, que se postulaban en pro de la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, manifestaban que la configuración de este índice vulneraba la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios².

El primero de los textos normativos, la Orden de 5 de mayo de 1994³, en su precepto 6.2, afirma que *en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*. El segundo de los cuerpos legales, la Orden de 28 de octubre de 2011⁴, en su norma 26.1, establece que *en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*.

Estas obligaciones y criterios de aplicación legal, a la hora de determinar los índices sujetos a interés variable, no son, según determinada jurisprudencia, respetados por el IRPH, por ser el mismo influenciado por las entidades financieras, conforme a los argumentos contenidos en determinadas resoluciones judiciales que analizaremos.

La regulación del IRPH no ha sido estanca, sino que ha sufrido variaciones normativas de gran calado. Inicialmente, no existía una única clase de IRPH, sino

que convivían hasta tres modalidades, esto es, IRPH Cajas⁵, IRPH Bancos⁶ y IRPH Entidades⁷. Los dos primeros tipos de índices fueron suprimidos por la Orden de 28 de octubre de 2011⁸, y, finalmente, por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁹. En base a estas modificaciones, solo el IRPH entidades resultaba de aplicación. Estas modificaciones normativas presentaban consecuencias prácticas de especial importancia, pues al eliminarse la posibilidad de aplicación de determinados índices, los mismos debían ser sustituidos. La solución a su sustitución había de encontrarse en el mismo contrato de préstamo hipotecario, el cual debía determinar el índice sustitutivo, y, en caso de no preverse tal circunstancia, resultaba de aplicación, el único de los índices vigentes, esto es, el IRPH Entidades.

III. MODALIDAD DE CONTROL QUE PUEDEN REALIZAR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Como punto de partida, debemos esclarecer que la doctrina judicial ha calificado el índice IRPH, como una estipulación que determina un elemento esencial del contrato hipotecario. Así, a modo de ejemplo, la SAP de Álava, Sección 1.^a, de 10 de marzo de 2016¹⁰, califica la cláusula del IRPH, como una estipulación que condiciona y decide la remuneración que el contratante debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, y por ello, la misma se configura como cláusula definidora del objeto principal del contrato. Determinada la naturaleza de la cláusula, que establece en el contrato el índice IRPH como elemento definitorio del precio, la siguiente cuestión que debemos analizar se concreta en precisar qué modalidad de control sobre la misma deberá efectuar el órgano judicial, pues, en función de la naturaleza de la estipulación y su operatividad en relación a la globalidad del contrato, dispar será el análisis encomendado al personal judicial.

1. CONTROL DE ABUSIVIDAD

La norma básica, para determinar a qué tipo de cláusulas les resulta de aplicación el control de abusividad, se concreta en la Directiva 93/13. El artículo cuarto, punto segundo de este texto normativo sostiene que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. El precepto transcrito diferencia dos hipótesis. Por un lado, establece que no procede el control de abusividad, en relación a aquellas cláusulas que determinen los elementos esenciales del contrato, exclusión que será de aplicación, bajo el condicionante de que estas cláusulas, hayan sido redactadas de forma clara y comprensibles¹¹. Por otro lado, si las estipulaciones no se han redactado clara y comprensiblemente, a las mismas se les aplicará el control de abusividad¹².

La aplicación judicial de esta norma resultó ser criticada por determinadas resoluciones judiciales, pues, su interpretación taxativa, implicaba que las estipulaciones de mayor importancia del contrato, se encontraban exentas de un análisis judicial. Ante esta omisión de control, resultó necesaria la implantación de controles alternativos, como se recoge en la STS de 9 de mayo de 2013, al aseverar que *el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no*

elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, (de abusividad), ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica 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», y el artículo 4.2 que «[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]»¹³.

De este modo, para salvaguardar la regularidad de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato, el Tribunal Supremo, ya había instaurado una nueva modalidad de control, que se concretaba en el denominado control de transparencia¹⁴. Así, el Alto Tribunal español, en la STS de 18 de junio de 2012, defiende que *aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien resultan excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales y 10.1. a) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios)*¹⁵.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

A) *Evolución de la doctrina judicial del Tribunal Supremo respecto del control de transparencia*

La instauración del control de transparencia, mediante la resolución del Tribunal Supremo, de fecha 18 de junio de 2012, constituye el inicio de una consolidación en cuanto a la exigencia de su práctica por parte de los órganos judiciales¹⁶, en aras a la protección del consumidor, pues como defiende el Tribunal Supremo, en su resolución de 9 de mayo de 2013, era injustificado que *concretas estipulaciones, relativas a elementos esenciales del contrato, y que podían colocar al deudor en una situación de desigualdad respecto de sus derechos y obligaciones, llevándole a asumir una serie de obligaciones económicas desproporcionadas o injustas en relación a la globalidad del contrato, se encontrasen exentas de cualquier análisis judicial*¹⁷.

Asumiendo la literalidad del precepto 4.2 de la Directiva 93/13¹⁸, el Tribunal Supremo pretende dos objetivos. El primero de ellos, eliminar de la exención de cualquier control a las cláusulas que determinan los elementos esenciales del contrato, y, el segundo de ellos, salvaguardar la posición del consumidor, evitando que aquellas estipulaciones redactadas gramaticalmente, de forma correcta, pero de difícil comprensión, obliguen al deudor a asumir una importante carga económica. Es por ello, que la claridad y comprensión de las estipulaciones debe abarcar tanto la dimensión formal —claridad gramatical— como la dimensión material —contenido de las obligaciones económicas y jurídicas—¹⁹.

Para lograr los dos objetivos, anteriormente descritos, el punto de partida necesario para el Tribunal Supremo se concreta en que el análisis de las estipulaciones definidoras de los elementos esenciales del contrato, incluya *el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*²⁰. El control de transparencia adquiere vida autónoma en relación al control de abusividad, sometiéndose al mismo, las estipulaciones que se erijan como ele-

mentos esenciales del contrato²¹. Adoptando esta postura, el Tribunal Supremo, se convierte, a nuestro entender acertadamente, en garante de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, pues de no instaurarse este control, muchos consumidores resultarían desprotegidos en su tutela²².

B) Justificación y contenido del control de transparencia

La instauración del control de transparencia, como hemos manifestado anteriormente, se justifica como medio equilibrador de los derechos de las partes contratantes, pues como sostiene el TJUE, la posición desigualitaria en la que se coloca al consumidor, es fruto del hecho constatable, que no en pocas ocasiones, el consumidor debe *adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas*²³, extremo que requería de la regulación de medidas que relativizasen, cuanto menos, esta situación.

Con independencia de la instauración del control de transparencia, nuestros órganos judiciales califican como esencial, para eliminar la situación de desigualdad contractual, facilitar al consumidor la información necesaria para decidir contratar o no, pues reviste de *una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración*²⁴ (...) *pues en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato*²⁵.

El control de transparencia debe adoptar una doble dimensión. En primer lugar, la comprensión gramatical, que no siempre resulta suficiente, pues tal presupuesto no se traduce, en multitud de ocasiones, en un equilibrio entre las obligaciones contractuales de las partes²⁶, pues, en determinados contractos, *pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, implican subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio*²⁷. De este modo, en el ámbito formal no solo se requiere de la claridad de las cláusulas, sino también de que su ubicación y su relevancia en el contrato sea acorde con la importancia de su operatividad en la vida del contrato. En consecuencia, cuando a cláusulas como la relativa al IRPH, se les da un tratamiento impropio secundario o se encuentran entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que imposibilitan, o cuanto menos dificultan su identificación, se vulnera el derecho a la información precontractual del consumidor.

En este sentido, la SAP de Álava, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2016, declara nula la estipulación IRPH, al considerar que *en el caso de autos la cláusula ni siquiera aparece destacada en la escritura pública, cuando se trata de una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado y si bien no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato, sin embargo, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia*²⁸.

Sin embargo, este control formal, como hemos manifestado, no resulta suficiente y debe ser complementado por un análisis de contenido, pues la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostiene que incluso el análisis que realiza

el notario de las cláusulas al formalizar la escritura pública, no es por sí solo elemento garante suficiente de la protección del consumidor²⁹. De esta forma, en segundo lugar, debe asegurarse la comprensión, por parte del consumidor de las obligaciones económicas asumidas en la contratación, pues, de lo contrario, situaríamos al consumidor en una situación de confianza³⁰, en la que, la aparente claridad de las cláusulas, le impedirían adquirir un verdadero conocimiento de los efectos de la aceptación de la concreta estipulación, produciéndose, lo que podríamos denominar, «una contratación a ciegas», por parte del consumidor³¹. Esta información del contenido requiere que la *información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*³². En definitiva, que el consumidor entienda qué y cómo contrata³³.

IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA «MENOR» DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

El Tribunal Supremo, en su resolución de 9 de mayo de 2013, enuncia una serie de parámetros que permiten calificar a una concreta estipulación de no transparente. No obstante, la aplicación de estos parámetros no se realiza de manera homogénea, siendo necesario que cada órgano judicial, decida casuísticamente, en función del caso concreto, pues los presupuestos enumerados por el Tribunal Supremo, son elementos que deben ser tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otras³⁴. El exigido análisis casuístico es puesto de relieve por la STS de 9 de marzo de 2017, al manifestar que *en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia*³⁵. Ante esta falta de homogeneidad, en cuanto a la aplicación de los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo, podemos encontrar dos tipos de resoluciones judiciales que plantean soluciones diferentes ante un mismo caso. Así, a modo de ejemplo, la falta de explicación de otros índices alternativos al IRPH como puede ser el Euribor, para determinadas resoluciones judiciales no supone la falta de transparencia, mientras que para otras Audiencias Provinciales sí es un motivo que vulneraría la necesaria información precontractual del consumidor.

Un ejemplo del primer grupo de resoluciones judiciales lo constituye la SAP Barcelona, Sección 15.^a, de 4 de octubre de 2016, la cual sostiene que *precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se perca de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. Por último, no podemos aceptar, como sostiene la demandante, que el control de transparencia solo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y*

accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí³⁶.

En contrapartida, un ejemplo del segundo grupo de resoluciones judiciales se plasma en la SAP de Madrid, Sección 13.^a, de 4 de mayo de 2017, la cual afirma que al considerar que: *lo relevante es no solo que la cláusula de interés variable supere el filtro de «incorporación» al contrato, es decir que sea clara su redacción gramatical, que lo es; sino también que supere el segundo filtro de «transparencia», es decir, que permita al consumidor identificarla y comprenderla como definidora del objeto principal del contrato para así conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y en el presente caso, (...) es claro que no reúne los presupuestos de transparencia que exigen el TJUE como la LCGC y el TR de Consumidores, y además si se hubiera explicado a la ejecutada, que dicho índice, en lugar de referenciarse al IRPH, se hubiera referenciado al Euribor, claramente se desprende que ya entonces era más conveniente hacerlo al Euribor que al IRPH, por escasa que fuera la diferencia, y ya entonces, previsiblemente, como luego se demostró, conocía la entidad prestamista que el mismo caería considerablemente, por lo que las consecuencias económicas para la ejecutada hubieran sido más favorables y por tanto muy diferentes*³⁷.

V. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE IRPH. STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

Ante la falta de uniformidad judicial, el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 14 de diciembre de 2017, con el fin de esclarecer las divergencias existentes hasta el momento que creaban inseguridad jurídica. Los elementos fundamentales de la resolución se concretan en los siguientes aspectos:

Primero. Conceptualización de la estipulación IRPH. La resolución judicial califica a esta modalidad de cláusula como cláusula general de contratación, al afirmar que *como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal, esto es (...) Contractualidad, predisposición, imposición y generalidad*³⁸.

Segundo. Eliminación del control de transparencia respecto al índice IRPH: Este es el punto más problemático de la resolución judicial. En base a su importancia, lo dividimos en los siguientes apartados:

A. Índice fijado legalmente: La resolución judicial afirma que *el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos*³⁹.

B. Normativa que concede cobertura legal a la eliminación del control de transparencia: El fundamento para limitar el control de transparencia, en relación al IRPH, se concreta en el artículo 4 LCGC, *el cual excluye de su ámbito de*

aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; a este respecto, la expresión disposiciones legales o reglamentarias imperativas que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo⁴⁰.

C. Exclusión del control de transparencia del análisis judicial: La entidad financiera no predetermina el índice, sino que se limita, según el Tribunal Supremo, a recoger índices oficiales regulados por disposiciones legales. De este modo, en base a la autoría y determinación del índice, se exime de responsabilidad en cuanto al control a la entidad financiera, trasladándose a la administración pública, el deber de controlar que estos índices se ajusten a la normativa. *Ese control queda fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil, considerando que la administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria (...) el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente*⁴¹.

D. Inaplicación de la normativa de consumidores: El Tribunal Supremo considera que a las cláusulas IRPH no le resultan de aplicación las normas relativas a consumidores, al afirmar que *el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores*⁴².

Tercero. Sometimiento únicamente al control de incorporación: Al constituir, el IRPH, un índice prefijado, de no modificación por la entidad financiera, la única responsabilidad que recae sobre esta se concreta en que *esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente*⁴³.

Cuarto. Flexibilización de las obligaciones informativas de la entidad financiera: En cuanto a la obligación precontractual, a la entidad financiera se le exime tanto de proporcionar índices comparativos como de realizar cálculos de la operatividad de cada uno de ellos. En este sentido: A. *No se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.* B. *No es exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España.* C. *Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor*⁴⁴.

VI. POSTURA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES TRAS LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

La aceptación de la doctrina judicial contenida en la STS de 14 de diciembre de 2017, no resultó ser pacífica, dividiéndose, una vez más, la respuesta judicial manifestada por los órganos judiciales.

1. POSICIÓN MAYORITARIA

Es preciso recalcar que la defensa de la postura sostenida por el Tribunal Supremo, resultó ser la tesis mayoritariamente defendida por los órganos judiciales. Sirva como ejemplo, entre otras, las SSAP de Santander, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2018⁴⁵, de Barcelona, Sección 15.^a, de 11 de mayo de 2018⁴⁶, de León, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2018⁴⁷, de Valencia, Sección 9.^a, de 23 de abril de 2018⁴⁸, de Granada, Sección 3.^a, de 10 de abril de 2018⁴⁹, y de Badajoz, Sección 2.^a, de 20 de febrero de 2018⁵⁰.

2. DISCREPANCIAS JUDICIALES

Sin embargo, existieron voces discrepantes con la resolución del Tribunal Supremo, por considerar que sus argumentos y conclusiones se encuentran en contradicción con la doctrina judicial del TJUE, en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios, en concreto, respecto de los niveles de exigencia en relación a los controles de transparencia de las cláusulas generales de la contratación, en este caso, el índice IRPH, insertas en los contratos de préstamo hipotecario.

A) *SAP de Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018*

La primera de las Audiencias Provinciales que ponen en entredicho la doctrina judicial contenida en la STS de 14 de diciembre de 2017, es la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, en concreto, en dos sentencias de fecha 11 de enero de 2018. Las resoluciones dictadas defienden que es tarea del órgano judicial llevar a cabo un control de transparencia respecto de la comprensión del cliente de la variación del índice, de la modificación del mismo y de la comprensión del nuevo por parte del consumidor, eliminándose una transformación automática, exenta de control alguno, pues como establecen las resoluciones enunciadas *nos encontramos ante estipulaciones diferentes que deben examinarse de manera separada respecto de su posible abusividad. (...) La modificación no puede ser considerada ilegal, siempre y cuando el Banco haya informado de un modo claro, comprensible y suficiente a sus clientes de esta posibilidad, de las consecuencias económicas y jurídicas, que comporta así como del supuesto del que depende esta radical modificación. Lo que acabamos de decir implica hacer un estudio de la transparencia de la cláusula puesta en entredicho*⁵¹.

Asimismo, sostiene esta AP que el control de inclusión, en el sentido de ser entendedoras sus palabras y entendibles para el consumidor, no debe eximir del control de transparencia, en casos en que la estipulación conlleva la modificación de un elemento esencial del contrato como es el precio.

Finalmente, las resoluciones comentadas, defienden que la consecuencia de la no superación del control de transparencia de la estipulación, se traduce en su declaración de cláusula abusiva, y *de acuerdo con los artículos 82.1 del TRDCyU debe considerarse nula*⁵², siendo su consecuencia *la restitución al consumidor en los perjuicios sufridos, esto es, el Banco demandado debe devolver a los demandantes las cantidades que ha percibido en concepto de capital remunerado o intereses ordinarios, desde la fecha en que llegó la primera revisión del tipo tras la desaparición del índice IRPH-Cajas, atendiendo a las cantidades que debía haber cobrado de aplicar el interés previsto legalmente*⁵³.

B) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 201854*

La sentencia enunciada toma, como punto de partida, tres extremos para calificar a la estipulación que determina el IRPH de abusiva, y, por *ende* nula. Los tres argumentos que sirven de fundamento a esta resolución para decretar la nulidad de la cláusula se concretan en los siguientes: En primer lugar, la estipulación relativa al IRPH, constituye una condición general de contratación, y, por *ende*, sujeta al control de inclusión y transparencia. En segundo lugar, determina que la redacción de la cláusula supera el control de inclusión por encontrarse la estipulación *redactada gramáticamente clara*. En tercer lugar, no se supera el control de transparencia. Establece el órgano judicial que *la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo*⁵⁵.

C) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 201856*

Otras de las resoluciones que se han pronunciado en contra de la transparencia del índice IRPH, ha sido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018. Esta resolución efectúa un análisis pormenorizado de cómo debe darse cumplimiento a la transparencia de una cláusula.

Así, sostiene como premisa que *el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. (...) Es cierto que el Tribunal Supremo en Sentencia 669/2017 de 17 de diciembre refirió que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, hubiera podido comprender el alcance de dicho índice, pero en el presente caso, realizado el interrogatorio de oficio por la que suscribe, se pudo comprobar, plenamente atendido el principio de intermediación, que*

don XXXXXX XXXXXX confió plenamente en el banco para la realización de todas las operaciones, tanto el préstamo como la novación, que era una persona sin estudios y nada informado acerca de las prácticas bancarias. Sobre la base de lo expuesto dichas cláusulas no superan el filtro de transparencia y por ello procede declarar su nulidad, con la consiguiente exclusión de la misma del contrato y sin que proceda la aplicación del índice sustitutivo IRPH Bancos, fijado en la escritura por tener la misma naturaleza⁵⁷.

VII. STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Después de los antecedentes existentes en materia bancaria, no debería sorprendernos el planteamiento de una nueva consulta ante el TJUE. Así, la falta de aceptación unánime respecto de la doctrina del Tribunal Supremo, se concretó en la presentación de una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, a través del auto de 16 de febrero de 2018.

2. CONTENIDO DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

A) Sometimiento a la normativa comunitaria

La primera de las cuestiones planteadas se concreta en determinar el sometimiento del control de la cláusula IRPH a la normativa comunitaria, o, si por el contrario, resulta exenta la aplicación de la Directiva 93/13 al análisis de la estipulación IRPH⁵⁸. El TJUE para resolver esta primera cuestión parte de dos premisas. En primer lugar, califica al IRPH como uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y, en segundo lugar reconoce que las estipulaciones *que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13*⁵⁹. Sin embargo, aceptando estas premisas, el TJUE considera que el elemento definitorio para decidir si resulta de aplicación la Directiva 93/13, no se concreta en el hecho de que el IRPH sea un índice oficial, determinado por disposiciones legales o reglamentarias, sino que el elemento decisorio recae en el hecho de determinar si su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario resultaba imperativo para las partes, o voluntario, en base a los principios de autonomía contractual, pues, como establece el TJUE, la exclusión de la normativa comunitaria solo se producirá cuando la estipulación en cuestión refleje *una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa*⁶⁰.

De estas dos condiciones que impone el TJUE, solo se cumple la primera, esto es, el índice IRPH refleja una disposición legal, pero no se cumple el segundo de los presupuestos, pues el TJUE argumenta que la normativa nacional, tanto la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 como la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, *no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos*⁶¹.

En consecuencia, la inclusión, por parte de la entidad financiera, del índice IRPH como índice de referencia para definir el interés variable, es una decisión potestativa, sin que su utilización resulte impuesta por ninguna norma legal ni reglamentaria. En base a estas consideraciones, el TJUE responde a la primera de las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial, en el sentido de afirmar que sí están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, los contratos de préstamo hipotecario *que estipulen que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional*⁶².

B) Exigencia del control de transparencia con independencia de la transposición de la Directiva 93/13

El primer apartado de la segunda pregunta de la cuestión prejudicial, se concreta en determinar si resulta correcto que un órgano judicial no proceda al análisis de la abusividad de una cláusula que define los elementos esenciales del contrato, según literalidad del precepto 4.2 de la Directiva, cuando esta no se encuentra transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto de esta pregunta, el TJUE prioriza la protección al consumidor, por considerar que es una materia de orden público, por encima de que la Directiva se encuentre transpuesta o no. Así, el TJUE manifiesta que *los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro*⁶³.

A esta conclusión llega el TJUE, recordando la doctrina judicial comunitaria dictada en este ámbito, la cual se concreta en afirmar que *el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información*⁶⁴. Esta situación de inferioridad, exige a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, con el objetivo de determinar si la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva⁶⁵. Y esta finalidad solo se cumplirá con el control de transparencia de la cláusula, con independencia de que la Directiva comunitaria se haya transpuesto o no.

C) Alcance de la información que debe concederse a los consumidores

Los apartados segundo y tercero de la segunda pregunta de la cuestión prejudicial, parten de un hecho objetivo, esto es, el IRPH es un tipo de interés variable complejo. Ante esta complejidad, el juzgador español se pregunta si es preciso, que la entidad financiera en la información precontractual informe al consumidor de las operaciones que deben llevarse a cabo para la determinación del índice y cuál es su evolución, comparándolo con otros índices de tipo variable como es el Euribor.

En este sentido, constituye obligación de la entidad financiera no solo conceder la información precontractual al consumidor sino también facilitarle la información correspondiente a la operatividad del contrato durante su vigencia.

En definitiva, existiría, a la hora de contratar, una doble obligación respecto a la información desde un punto de vista temporal. En primer lugar, la información pre-contractual, y, en segundo lugar, la información post-contractual. Una vez más, el TJUE partiendo de la situación de desigualdad en la que defiende que se encuentra el consumidor, sostiene que la información y la transparencia exigida a las entidades financieras *deben interpretarse de manera extensiva*⁶⁶.

Así, el TJUE parte de una premisa de máximos, afirmando que *la obligación no incumbe a que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras*⁶⁷. Y estas finalidades se cumplen, siempre y cuando, y con ello se contesta a los apartados segundo y tercero de la pregunta segunda de la cuestión prejudicial, *los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, facilitando la información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés*⁶⁸.

Finalmente, el TJUE recuerda que es el propio juzgador nacional, sobre quién recae la obligación de comprobar que se cumplen estas exigencias respecto a la información, pues es él quien dispone de un conocimiento global de la contratación, y de *los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo*⁶⁹.

D) Consecuencias de la nulidad de la cláusula IRPH

En la tercera de las preguntas de la cuestión prejudicial, se pregunta al TJUE cuál debe ser el proceder ante una estipulación declarada nula. ¿Debe aplicarse un índice sustitutivo del nulo, o debe exigirse solamente la restitución del principal sin abono de intereses?

Para responder a esta pregunta, el TJUE nos efectúa un recordatorio de su doctrina judicial en el ámbito de las cláusulas abusivas. Así, el TJUE sostiene el deber de los órganos judiciales de no aplicar las cláusulas abusivas⁷⁰, prohibiendo la posibilidad de proceder a la integración de la cláusula nula⁷¹, so pena de eliminar el efecto disuasorio de la declaración de nulidad de determinadas estipulaciones⁷². No obstante, después de manifestar su doctrina judicial general, nos recuerda el TJUE alguna excepción ya aplicada, en concreto en el supuesto de la cláusula de vencimiento anticipado⁷³. En este sentido, el TJUE nos recuerda que si el contrato no pudiese subsistir sin la aplicación de la cláusula nula, *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización*⁷⁴.

Para el TJUE, la anulación de la cláusula IRPH supondría para el consumidor un perjuicio, pues se traduciría en *el efecto de hacer inmediatamente exigible el*

*pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca*⁷⁵.

¿La solución? Permitir la aplicación, a falta de acuerdo entre las partes, de un índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio⁷⁶.

VIII. APLICACIÓN DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

La doctrina judicial contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020, discrepa de las argumentaciones defendidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2017.

Ante esta discrepancia surgía el interrogante de si los órganos judiciales patrios esperarían a que el Tribunal Supremo se pronunciase respecto de la resolución del TJUE o, si por el contrario, siguiendo las directrices del precepto 4 bis LOPJ, aplicarían directamente la doctrina judicial comunitaria conforme al principio de prioridad, al manifestar esta norma que *los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. En este sentido, ya son dos los órganos judiciales que se han pronunciado respecto de la transparencia de la cláusula IRPH tras la emisión de la STJUE de 3 de marzo de 2020⁷⁷.

1. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE BURGOS, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2020

El Juzgado de Primera Instancia de Burgos sostiene que la cláusula IRPH del contrato de préstamo hipotecario no supera el control de transparencia por no cumplirse los presupuestos exigidos por el TJUE. Por un lado, *no se acredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que esta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia*, y, por otro lado, no se acredita concesión de la *información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euribor*.

En consecuencia, la entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que estos pudieran comprender el alcance económico y jurídico de la cláusula. Ante esta falta de información, el Juzgado decreta la nulidad del tipo de referencia IRPH-entidades y tipo de referencia sustitutivo IRPH-Bancos, y, en consecuencia, su sustitución por el Euribor.

2. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 6 DE LLEIDA, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2020

El Juzgado de Primera Instancia de Lleida asume como propias las argumentaciones del TJUE en cuanto a la necesidad de realizar un control de transparencia, a pesar de que el índice IRPH *se trate de un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (...) El control de transparencia ha de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido*.

Asimismo, aplica este órgano judicial las sugerencias emitidas por el TJUE, en el ámbito relativo a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula, decretando la sustitución del índice declarado nulo por un sustitutivo, manifestando que procederá *la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia.*

IX. CONCLUSIONES

I. El IRPH es calificado como un tipo de interés variable, influenciable, por la actuación de las entidades financieras, según parte de la doctrina judicial, la cual sostiene que esta influenciabilidad vulneraría las normas de transparencia bancaria y protección de los consumidores.

II. Al definir el IRPH un elemento esencial del contrato, por establecer la remuneración que el contratante debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, se encuentra exento del control de abusividad, conforme a las normas contenidas en el precepto 4.2 de la Directiva 93/13.

III. A efectos de no dejar ausente de análisis, en relación a la estipulación que determina el IRPH, la doctrina judicial instauró el control de transparencia de la cláusula, control que debe englobar dos ámbitos. Por un lado, la dimensión formal, consistente en examinar la claridad gramatical, y, por otro lado, analizar el ámbito material, plasmado en la comprobación de la comprensión del contenido de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas por el consumidor.

IV. El Tribunal Supremo, en su resolución de 14 de diciembre de 2017, flexibiliza el control de transparencia respecto del índice IRPH, determinando su exclusión, por considerar que el IRPH es un índice oficial regulado por disposiciones legales y administrativas. En consecuencia, se excluye su análisis del ámbito judicial y se traspa a las autoridades administrativas. El Alto Tribunal defiende que el único control al que debe someterse el IRPH, es al control de incorporación, esto es, al hecho que la estipulación se encuentre correctamente redactada, formal y gramaticalmente.

V. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de marzo de 2020, establece como doctrina judicial, la obligación de someter a las cláusulas que regulen el índice IPRH a un control de transparencia, por ser su utilización por las entidades financieras voluntaria y no imperativa, con independencia de que la Directiva 93/13 resulte transpuesta o no por el Estado miembro. La nulidad o no de la cláusula IRPH deberá ser analizada, casuísticamente, en función de la globalidad del contrato de préstamo hipotecario, asumiendo esta responsabilidad el órgano judicial, en el momento de proceder al análisis de la admisión o inadmisión de la demanda. La nulidad de la estipulación implicará la sustitución del índice IRPH por otro pactado por las partes, y, ante ausencia de pacto, se substituirá por el Euribor.

VI. Los órganos judiciales españoles, conforme al principio de preferencia de la normativa y jurisprudencia comunitaria, aplican los argumentos y conclusiones contenidos en la STJUE de 3 de marzo de 2020.

NOTAS

¹ En este punto, es especialmente importante citar la resolución del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en la que consta que, solicitado informe al Banco de España, este mismo reconoció la posible influencia de las entidades financieras en la determinación del índice en cuestión, al afirmar que: *todo índice de tipos remuneratorios de carácter —variable— del contrato de préstamo, hace presumir a quien lo pacta o acepta, que el mismo estará sometido a las oscilaciones del mercado en el que opera, pero no a las que determine de forma unilateral la propia entidad que lo ofrece a través de su actuación en el mismo mercado, dejando en manos de la misma la variabilidad de la oscilación que es la esencia misma del índice variable. La referida afirmación deriva de la prueba documental aportada por el actor y consistente en las respuestas que por la vía de informe efectúa el Banco de España (art. 381.1 LEC) a un procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 4 de Bilbao, de entre las que destaca la respuesta a la preguntas 1, 11 y 12 ya que a través de las mismas se afirma por el propio Banco de España que el índice IRPH se calcula a partir de los datos facilitados por las propias cajas cada mes y, que cada caja (de entre las 23 que integran el índice, cada una con una misma capacidad de influir en el índice, con independencia del volumen de sus operaciones) puede influir en el resultado del índice aumentando los intereses aplicados por ellas mismas o, que en los datos facilitados por cada caja de forma mensual para conformar el índice, no solo se incluye los préstamos hipotecarios por las mismas concedidos, sino también los importes de las comisiones que aplican a sus productos, lo que determina que el precio del dinero o índice IRPH esté también conformado no solo por el tipo de interés, sino por el importe de las comisiones aplicadas por cada entidad.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró, de 10 de febrero de 2017, número de Recurso: 1461/2015, núm. de Resolución: 36/2017.

² La vulneración de estos textos normativos es puesta de relieve por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de San Sebastián de 29 de abril de 2014, en la que se plasma el siguiente razonamiento: *dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (...). La citada orden dispone en su artículo 6.2 que «en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades». Es decir, la norma que habilita en su DA. 2.ª que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. (...) La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el artículo 1256 del Código civil, y el artículo 2 de 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, lo que en aplicación del artículo 6.3 del Código civil acarrearía su nulidad como ha reiterado la jurisprudencia.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1, de San Sebastián de 29 de abril de 2014, núm. de Recurso: 950/2013, núm. de Resolución: 156/2014. En términos similares, se expresa la Sentencia del juzgado Mercantil de Barcelona, núm. 7, de 16 de marzo de 2015, núm. de Recurso: 551/2014, núm. de Resolución: 66/2015.

³ BOE, núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

⁴ BOE, núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁵ El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Cajas (IRPH Cajas), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados

por las Cajas de Ahorro a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

⁶ El Índice de Referencia para préstamos Hipotecarios Bancos (IRPH Bancos), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

⁷ El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Entidades (IRPH Entidades), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por las Cajas de Ahorro y los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes, a la manera de una media de los dos índices anteriores.

⁸ BOE, núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁹ BOE, núm. 233 de 28 de Septiembre de 2013.

¹⁰ SAP de Álava, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2016, número de Recurso: 619/2015, número de Resolución: 85/2016.

¹¹ La razón de la exclusión del control de abusividad es establecido en la SAP Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de marzo de 2017, al considerar que *efectivamente afectan al objeto principal del contrato en cuanto determinan el precio que debe percibir la entidad prestamista y como tales no pueden considerarse abusivas de por sí, puesto que en una economía de libre mercado la regla es la libertad para fijar el precio, salvo que no estén redactadas de forma clara y comprensible, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, si cabrá apreciar abusividad*. SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de marzo de 2017, número de Recurso: 386/2016, número de Resolución: 99/2017.

¹² Al respecto, la STS de 9 de marzo de 2017, manifiesta que *cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente*. STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

¹³ STS de 9 de mayo de 2013, núm. de Recurso: 485/2012, núm. de Resolución: 241/2013.

¹⁴ El Tribunal Supremo define, en su resolución de 18 de junio de 2012, el control de transparencia como *parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*. STS de 18 de junio de 2012, número de Recurso: 46/2010, número de Resolución: 406/2012.

¹⁵ STS de 18 de junio de 2012, número de Recurso: 46/2010, número de Resolución: 406/2012.

¹⁶ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

¹⁷ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

¹⁸ Artículo 4.2 Directiva 93/13: *el control de contenido no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*.

¹⁹ La doctrina del Tribunal Supremo, recoge la emitida por el TJUE, la cual sostiene en la Sentencia de 30 de abril de 2014, que *la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega*

del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

²⁰ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

²¹ La posibilidad de efectuar un control de las cláusulas referentes al objeto del contrato, que exceda del ámbito propio del control de inclusión, es reconocido por la STJUE de 3 de junio de 2010, al manifestar que *los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*. STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

²² El hecho de que la configuración del control de transparencia es una creación jurídica del ordenamiento jurídico español, es puesta de manifiesto en la STS de 24 de marzo de 2015, al sostener que *no ha realizado una labor de «creación judicial del Derecho» que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 del Código Civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE*. STS de 24 de marzo de 2015, número de Recurso: 1765/2013, número de Resolución: 138/2015.

²³ Entre otras, vid. STJUE de 14 junio 2012, asunto C-618/10; STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11; STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11; y STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

²⁴ STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

²⁵ STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

²⁶ La falta de reciprocidad entre la claridad y la igualdad de las partes contratantes es resaltada por la STS de 9 de mayo de 2013, al sostener que *una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor*. STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

²⁷ STS de 24 de marzo de 2015, número de Recurso: 1765/2013, número de Resolución: 138/2015.

²⁸ SAP Álava, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2016, número de Recurso: 225/2016, número de Resolución: 188/2016.

²⁹ Sobre este punto, la STS de 8 de septiembre de 2014 defiende que *sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*. STS de 8 de septiembre de 2014, número de Recurso: 1217/2013, número de Resolución: 464/2014.

³⁰ En este sentido, es especialmente clara la STJUE de 30 de abril de 2014, en la que se sostiene que *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical*. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

³¹ La quiebra de la confianza del consumidor se produce cuando *la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor*. STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

³² STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, núm. de Resolución: 241/2013.

³³ *En el caso de autos, con base a la documental aportada y las omisiones documentales de la parte demandada, puede afirmarse que las cantidades exigidas por la entidad bancaria*

en concepto de interés remuneratorio con base al índice IRPH, son abusivas por falta de transparencia en la inserción del significado real del índice en el contrato en cuanto a su variabilidad dependiendo de la actuación unilateral de la propia parte acreedora y, por ausencia de comprensión de la naturaleza del mismo por los deudores. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró, de 10 de febrero de 2017, número de Recurso: 1461/2015, núm. de Resolución: 36/2017.

³⁴ ATS de aclaración de 3 de junio de 2013, número de Recurso: 485/2012.

³⁵ STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

³⁶ SAP Barcelona, Sección 15.^a, de 4 de octubre de 2016, número de Recurso: 532/2015 Núm. de Resolución: 218/2016.

³⁷ SAP Madrid, Sección 13.^a, de 4 de mayo de 2017, número de Recurso: 936/2016 Núm. de Resolución: 214/2017.

³⁸ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

³⁹ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016 Núm. de Resolución: 669/2017.

⁴⁰ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴¹ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴² STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴³ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴⁴ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴⁵ SAP de Santander, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2018, número de Recurso: 710/2017, número de Resolución: 237/2018.

⁴⁶ SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 11 de mayo de 2018, número de Recurso: 371/2017, número de Resolución: 320/2018.

⁴⁷ SAP de León, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2018, número de Recurso: 16/2018, número de Resolución: 188/2018.

⁴⁸ SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 23 de abril de 2018, número de Recurso: 1869/2017, número de Resolución: 326/2018.

⁴⁹ SAP de Granada, Sección 3.^a, de 10 de abril de 2018, número de Recurso: 523/2017, número de Resolución: 109/2018.

⁵⁰ SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 20 de febrero de 2018, número de Recurso: 371/2017, número de Resolución: 67/2018.

⁵¹ SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵² SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵³ SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018, sentencia número 5/2018.

⁵⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018, sentencia número 5/2018.

⁵⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018, sentencia número 24/2018.

⁵⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018, sentencia número 24/2018.

⁵⁸ Primera pregunta: Este índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

⁵⁹ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto, C-34/13 y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

⁶¹ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶² STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶³ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶⁴ STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁶⁵ STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁶⁶ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

⁶⁷ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

⁶⁸ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶⁹ STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C 143/13 y STJUE 20 de septiembre de 2017, asunto C 186/16.

⁷⁰ STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷¹ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷² STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷³ STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷⁴ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

⁷⁵ STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷⁶ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁷⁷ Seguramente cuando el artículo se publique existirá alguna resolución judicial más. En estos momentos, incorporamos las resoluciones judiciales de las que tenemos conocimiento en el instante de la redacción del artículo.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (Dir.): «*Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*», Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 309 páginas.

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ,
*Profesora titular de Derecho civil,
Universidad Carlos III de Madrid*

La obra objeto de esta reseña tiene por objeto el alojamiento colaborativo mediante plataformas electrónicas. Como todos sabemos, uno de los grandes problemas jurídicos que tenemos hoy día son los alojamientos de vivienda para uso turístico. Es un fenómeno que ha surgido, como otras figuras, como consecuencia y reacción a la grave crisis económica sufrida, básicamente a partir de 2008, y que permite a los particulares poder utilizar viviendas ajenas, a cambio de una renta, durante un periodo de tiempo muy corto. En su desarrollo, tiene un papel fundamental la plataforma digital como intermediaria que pone en contacto a tales sujetos y facilita el conocimiento del objeto del contrato.

Siendo una figura de tanta actualidad y muy útil para el consumo turístico, uno de los graves problemas que tiene es su falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Si atendemos a los diversos trabajos contenidos en esta obra, podemos observar como la figura de los alojamientos de vivienda para uso turístico, como uno de los frutos de la economía colaborativa asentada a nivel mundial, tiene un gran uso y ha provocado que las grandes plataformas digitales (ejemplo típico Airbnb) actúen en cualquier país. Por el contrario, plantea graves problemas a nivel jurídico, dada su inexistencia de regulación a pesar de las implicaciones que tiene. Es por ello que todos los estudios de este libro no solo plasman la situación jurídica actual, a nivel económico, social, y jurídico sino que también ofrecen soluciones ante los distintos retos que tiene la figura. Cualquiera de estos estudios permite al lector no solo conocer la situación española, sino también europea y global de la figura, presentándonos datos económicos y jurídicos de los Informes más importantes sobre el tema hoy día como los informes EXCELTUR; de la Comisión Europea; etc.

Para no entrar en más y que cualquiera que lea esta reseña se anime a leer la obra, me pondré directamente a analizar cada uno de los trabajos que se ofrecen. Para ello comenzaré por exponer la estructura del libro y posteriormente, resumiré cada uno de los artículos que lo componen.

La obra, siguiendo su estructura, está compuesta por una introducción y cinco bloques temáticos: 1.- bloque socioeconómico, 2.- bloque de derecho administrativo; 3.- bloque de derecho civil; 4.- bloque de derecho de la competencia; y, 5.- bloque de derecho tributario.

En su Introducción, se informa al lector que el presente libro es el resultado del Proyecto de Investigación de la Convocatoria de la Universidad Francisco de Vitoria (UFV18-13), dirigido por la Prof. María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA para los años 2018 a 2020. Dicho proyecto ha sido valorado positivamente por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España. En la Introducción se justifica el objeto de estudio y se presenta el plan de trabajo.

El primer bloque, de contenido socioeconómico, se compone de dos artículos. El primer artículo, redactado por Nieves CARMONA GONZÁLEZ, titulado «La economía colaborativa a vista de pájaro: panorama socioeconómico del fenómeno colaborativo». En este primer artículo, la autora estudia el origen y desarrollo de la economía colaborativa, no quedándose solo en el ámbito español o europeo sino atendiendo también a su desarrollo a nivel mundial. Por su propia formación, la profesora CARMONA analiza su aparición durante un periodo concreto de la economía con las ideas de KEYNES, frente al liberalismo de Adam SMITH, y como respuesta a la crisis económica por parte de los individuos, anteponiendo el derecho de uso frente a la idea de propiedad de los bienes. Implica un sistema de uso compartido de bienes y servicios a través de plataformas en línea, teniendo un desarrollo imparable a partir de la crisis de 2008. El desarrollo de la Economía colaborativa tiene tres factores determinantes: económicos, sociales y tecnológicos. Ante estos factores, sus pilares son el uso de plataformas digitales; la interacción social; la democratización; y, una mayor interacción social por pertenencia a la comunidad. La economía colaborativa tiene una gran importancia a nivel europeo, al crear nuevas oportunidades para consumidores y emprendedores, como ha señalado la Comisión Europea. La autora, en este punto, analiza la oferta y la demanda con gran precisión y señalando, mediante gráficos, los datos más importantes a destacar. Finalmente, otro dato fundamental a nivel económico y dentro de la economía colaborativa es la vivienda, destacándose la tendencia de los españoles al alquiler frente a la adquisición de la propiedad, y la subida de los precios de alquiler así como el bulo de que la causa principal de la subida sea el alquiler turístico o vacacional, si bien destaca la necesidad de una regulación de estos alquileres y de corregir los fallos del mercado por parte del sector público. Todo el artículo de la profesora CARMONA es fácilmente entendible, a pesar de no tener conocimientos de economía, y nos permite situarnos ante los problemas que la economía colaborativa presenta, especialmente respecto al mercado del alquiler turístico.

El segundo artículo, de este primer bloque, se enfoca en el aspecto social. Su autor, José Luis PARADA RODRÍGUEZ, profesor de Humanidades, bajo el título «Plataformas digitales y cultura colaborativa», toma como punto de partida la transformación de la sociedad de la información por dejar de ser la información unidireccional y estática mediante la denomina web 2.0, con información bidireccional y dinámica. La sociedad de la información se transforma en sociedad del conocimiento, ante la revolución digital que se produce. Esta revolución, a su vez, provoca nuevas formas de consumo con el desarrollo de las plataformas digitales, entre particulares y sin intermediarios. Así, se pasa de una sociedad del consumo a una sociedad del uso, debido a la preocupación por la sostenibilidad, que dan origen a nuevos modelos de consumo como los LETS, *crowdsourcing*, *crowdfunding*, etc. Posteriormente, el autor analiza distintas plataformas digitales importantes hoy atendiendo al modelo económico y en todos analiza su funcionamiento, y los valores de la plataforma. Así, comienza con la *Gig Economy* mediante Feastly (plataforma gastronómica) y Udemy (plataforma de enseñanza y aprendizaje); la *Peer-to-peer* economy (P2P) mediante el Roomgo! (búsqueda de

compañero de piso) y Turo (alquiler de vehículos entre particulares); continúa con la *Crowd economy* analizando Amazon Mechanical Turk (empresa de trabajo con precio unitario) y Mycrowdqa (test de calidad para páginas web); sigue con *On-Demand economy* explicándonos los casos de Spotify (música via streaming) y Netflix (contenido audiovisual) y, finalmente, analiza la *Collaborative economy*, a través de Peerby (Préstamo de productos entre vecinos), ThredUP (Venta de ropa on line de segunda mano) y Helpling (empleo del hogar autónomo). De todo este análisis destaca su autor determinadas características como la libertad, sostenibilidad, cohesión y creatividad. También, realiza un análisis de las plataformas desde el punto de vista de sus usuarios, atendiendo a si son particulares (caso de Food Swap Network); comunidades locales (como community Kitchens; Comoodle y The Tool Library); sector privado sin ánimo de lucro (Sharens, Swapsity; Egocarsharing y Hive) y con ánimo de lucro (Floop2 o Uber); y sector público (Seoul Sharing City y Bolgna Lab). En todas ellas destaca el valor de la comunidad. Y termina con un estudio particular de las plataformas digitales de alojamiento colaborativo como formas de turismo sostenible e inclusivo. De todo esto, se puede resaltar, el gran conocimiento que tiene el autor en torno a las plataformas y la claridad a la hora de exponer sus problemas.

Tras esto, entramos en el bloque de Derecho administrativo, con el estudio «El complejo marco regulatorio de las viviendas turísticas y sus relaciones con el urbanismo», elaborado por Ana María DE LA ENCARNACIÓN. La autora realiza el estudio de la vivienda turística y comienza por conceptualarla como «la cesión temporal del uso de una vivienda residencial o de una parte de la misma, amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato con fines turísticos a cambio de un precio y que se formaliza por una plataforma virtual». Esa conceptualización es analizada por partes para determinar la escasa regulación y la no aplicación de la LAU por expresa exclusión de la Ley tras la última reforma por RDL 7/2019, de 1 de marzo. Este tipo de viviendas no tienen ninguna normativa hasta 2014, por parte de las comunidades autónomas y la regulación administrativa (presentación de declaración responsable, inscripción en el registro, etc.) es insuficiente, pues la mayoría de estas viviendas son ilegales. La autora analiza los problemas planteados por estas viviendas a nivel administrativo, como son la gentrificación turística o turistificación de la ciudad, desplazando el turismo a la ciudad y con ello provocando la desaparición del comercio tradicional; la falta de adecuación de los espacios urbanos a los usos turísticos. Reclama por ello una intervención legal mayor de los Ayuntamientos. Por ello, es importante tener en cuenta los Planes Generales de Ordenación Urbana que determinan el uso del suelo. Las viviendas turísticas están en suelo residencial, pasando urbanísticamente una vivienda residencial a convertirse en un servicio terciario-hospedaje, que no está permitido salvo autorización administrativa, que variará según el Ayuntamiento. El alojamiento turístico debe ser regulado por la alarma social que crea y la sensación de saturación turística ante un uso indiscriminado. Debe usarse la técnica de la zonificación. Pero la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia ha impugnado muchos Planes y muchas ordenanzas municipales lo que impide una regulación. Finalmente, termina su estudio con un análisis de la situación en Barcelona, Baleares y Madrid. En este estudio, podemos comprobar los graves problemas urbanísticos que presenta el alojamiento turístico y las dificultades que presenta el turismo para la vida en las grandes ciudades, no acostumbradas a este tipo de fenómeno.

De esta manera llegamos al bloque de Derecho civil. En él, encontramos primero un estudio de la Profesora María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA,

con el título «Análisis de las relaciones jurídicas entre propietario y huésped en el alojamiento colaborativo: aproximación a su naturaleza jurídica y regulación». La autora comienza analizando el alojamiento colaborativo como cesión de una vivienda (contenido principal) por el propietario a otro sujeto, huésped, con fines turísticos (causa del contrato), por breve espacio de tiempo (1-2 días, máximo 10), con carácter oneroso normalmente (por una renta o a cambio de utilizar otra vivienda del huésped) y todo realizado a través de plataformas electrónicas (otorga carácter propio al contrato distinto del arrendamiento). Tras señalar la relación jurídica compleja de este contrato por los intervinientes: propietario, huésped y plataforma, se estudia el marco legal del alojamiento turístico centrado en la relación propietario-huésped. La autora considera que no es un arrendamiento sin más, sino un contrato complejo o mixto y para determinar su naturaleza estudia la caracterización del contrato. Como elemento objetivo del contrato destaca, junto al precio, la vivienda turística, cedida en su totalidad, amueblada y comercializada mediante canales de oferta turística o por cualquier otro modo. Esta primera característica, que a su vez exige determinados requisitos específicos de cada comunidad autónoma, lo distingue de los alojamientos turísticos de edificios enteros explotados por profesionales de la hostelería y abiertos al público. El elemento subjetivo se forma por las partes del contrato: propietario y huésped. El propietario, puede ser esporádico o habitual. El problema que se plantea es que la habitualidad se conceptúa de forma distinta según la comunidad autónoma correspondiente, lo que plantea un problema importante para conocer la regulación normativa aplicable a estos supuestos. Si el propietario es esporádico habrá una regulación entre iguales P2P, mientras que si es habitual se equiparará con un empresario individual y el huésped como un consumidor. La otra parte del elemento subjetivo es el huésped o usuario de la vivienda que contrata normalmente por la confianza de las opiniones sobre el propietario en las redes. Tras analizar los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de alojamiento turístico, la autora entra de nuevo en la naturaleza jurídica del contrato, analizando con detalle cada una de las posibles calificaciones: arrendamiento; arrendamiento de temporada; hospedaje o alojamiento turístico extrahotelero. Es un problema importante, porque la normativa es diferente en materia de responsabilidad. Con determinados matices la autora considera preferible la última postura: alojamiento turístico extrahotelero si el propietario es habitual; sino un arrendamiento de temporada aunque todo con matizaciones. En conclusión, entiende que ambos son contratos de arrendamiento especial. Acaba señalando propuestas de *lege ferenda* que den claridad al tema. En este artículo, se nos plantean los problemas jurídico-civiles a la hora de determinar el tipo de relación jurídica entre las partes implicadas.

Continúa un segundo estudio de Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, titulado «Intervención de las empresas comercializadoras e intermediarios (plataformas electrónicas) en el alojamiento colaborativo: Relaciones contractuales que se originan». En este artículo se realiza un estudio de la relación jurídica entre el propietario o el huésped y la plataforma digital. La sociedad puede ser un mero intermediario o bien puede participar activamente en la comercialización del servicio. En todo caso, facilita la conexión entre las partes, los pone en contacto a cambio de una prestación. Como intermediarias, se les aplica la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicio de la Sociedad de la Información de Comercio Electrónico, y la empresa responde conforme a lo establecido en el artículo 13,2 de dicha ley, sin que tenga obligación de supervisar los datos de las partes. En el mercado, suele criticarse la economía colaborativa por funcionar sobre mercados

no regulados que incumplen las normativas del sector en el que operan, lo que es cierto salvo cuando la plataforma virtual se considera canal de oferta turística, interviniendo la Comisión Europea para solventar el problema, tras la STJUE del Caso Uber, considerando que organiza y controla el servicio de transporte. Igualmente, la jurisprudencia española en la STS de 16 de enero de 2017 destaca que el ánimo de lucro y la habitualidad de la actividad económica permite calificar al prestador como empresario. Según quien preste el servicio habitualmente la plataforma responderá o no frente al usuario. Un problema fundamental de las plataformas es delimitar su régimen de responsabilidad. Para ello habrá que ver la función sobre la actividad subyacente que gestionan. El Tribunal de Justicia de la UE establece un test de control donde hay que observar: la dependencia en la prestación del servicio; la dependencia del usuario; la gestión del pago y la determinación del precio; y el control de circunstancias vinculadas a la prestación del servicio. Finalmente, la autora analiza la relación jurídica entre plataforma y propietario (con analogía al contrato de mediación o corretaje) y la relación jurídica entre plataforma y usuario (contrato de adhesión, normalmente, contrato a distancia). Tras esto analiza un caso concreto: Airbnb en el Derecho Comparado como plataforma típica de alojamiento colaborativo. Este trabajo, da un paso más respecto del anterior y analiza la función y problemas jurídicos de la plataforma digital como interviniente en la relación jurídica de cesión de alojamiento.

Finalmente, termina este bloque de Derecho civil, con el artículo «Responsabilidad civil por daños derivados del alojamiento colaborativo» de Esther MONTEROSO CASADO. La autora comienza explicando cómo uno de los grandes problemas de estas contrataciones para los usuarios es saber quién responde por daños. Para ello, dada la mezcla jurídica entre la relación de arrendamiento con fines turísticos entre particulares y el contrato de mediación de la plataforma para celebrar un contrato a distancia, es necesario conciliar marcos jurídicos. El problema se plantearía siempre que el contrato lo presta un particular a cambio de una renta o precio no si ambos particulares son consumidores e intercambian una vivienda por otra (prosumidores). No cabe aplicar la LAU, conforme señala su artículo 5 e). Por ello, entre las partes, arrendador del servicio y usuario cabría hablar de relación jurídica contractual (art. 1544 y sigs.) y responsabilidad por incumplimiento del 1101 del Código civil, o resolución por incumplimiento al estar ante una obligación sinalagmática (art. 1124 CC). No obstante, si se cede la vivienda de forma habitual y profesional, el usuario puede calificarse de consumidor y se le aplicaría la normativa de protección del consumidor: artículos 59 bis; derecho de desistimiento (arts. 68-79); cláusulas abusivas (art. 80-91) o contratación a distancia (art. 92 y sigs.). Igualmente, se ve la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual. En todo caso, la responsabilidad depende de la normativa autonómica sobre turismo, que es una regulación totalmente diversa y variada. En un apartado final, se analiza la responsabilidad civil de la plataforma, comenzando por verla como una proveedora de servicios de información. En este caso, se considera que estas plataformas de alojamiento colaborativo son puras intermediarias, ofrecen un servicio electrónico para dar a conocer la oferta y demanda y pone en contacto online a las partes. Por ello, su responsabilidad es la establecida en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (arts. 13-17): por actuación propia negligente causante de un daño; así, como en la normativa autonómica. También cabe responsabilidad civil de la plataforma por culpa propia, contractual o extracontractual.: incumplimiento de recursos necesarios; error en la reserva; etc. No responde de los daños causados por el

usuario o sus invitados en la vivienda; tampoco por los daños producidos a tercero por objetos arrojados desde la misma. Cosa diferente es que se produzcan daños a tercero por el servicio de alojamiento. En cuanto a los daños sufridos por la comunidad de vecinos como consecuencia del alojamiento turístico, el responsable será el propietario de la vivienda, que en determinados supuestos puede repetir frente al usuario que los causó. La indemnización, en muchos casos de daños, suelen cubrirse mediante un seguro por lo que la compañía aseguradora puede cubrir la responsabilidad civil por la acción directa del artículo 76 LCS. Este seguro puede ser contratado voluntariamente por el propietario, bien por sí mismo o por recomendación de la plataforma; pero, en ocasiones es exigido por la Ley autonómica de alojamiento turístico, como es el caso de la Comunidad de Madrid. Acaba este estudio con propuestas de reforma legislativa sobre el tema. En este último trabajo de Derecho civil, se analiza un problema de gran importancia como es la responsabilidad civil de la plataforma digital, sin regulación adecuada hasta hoy.

En cuarto lugar, el bloque de Derecho de la competencia, está formado por un artículo de Fernando Díez Estella, titulado «Viviendas turísticas y Derecho de la competencia». El autor centra su estudio en el funcionamiento de la plataforma norteamericana Airbnb por ser la que mayor desarrollo tiene dentro de la economía colaborativa respecto a viviendas de uso turístico a cambio de una remuneración. El autor estudia el tema desde el punto de vista mercantil y el derecho de la competencia. Para ello, comienza por destacar como la prestación de servicios cambia cuando el ciudadano no busca poseer el bien sino acceder a él. Se pasa así a una economía de acceso, donde el alojamiento es muy propicio para ello, pues se comparte un bien o servicio infrautilizado a cambio de un pago valiéndose de plataformas digitales. La economía colaborativa ha generado un aumento de la competencia en muchos mercados tradicionales que impedían la entrada de nuevos operadores, y ello a su vez, ha provocado la reducción del precio. Igualmente se genera una economía sostenible y protege más al usuario. Sin embargo, hay también aspectos negativos como cogestión, ruido, actividades molestas para el resto de propietarios, etc. Jurídicamente esta nueva forma de negocio tiene problemas de todo tipo. Desde el derecho de la Competencia el autor analiza tanto su faceta pública (antitrust) como privada (competencia desleal) por el presunto intrusismo o competencia desleal por los nuevos operadores. El autor parte de la transformación de un mercado C2C a un mercado B2C donde la plataforma media. La intermediación cambia el contexto en el que se desarrollan estas operaciones: reduce los costes de transacción y aumenta el volumen de intercambios, mejorando la eficiencia del mercado. Estas plataformas surgen por la poca eficiencia de los particulares a la hora de organizar el mercado y son tan eficientes que, en materia de alojamiento turístico, han sobrepasado al sector tradicional hotelero. El autor analiza la insuficiencia de normativa como arrendamiento de vivienda y la falta de una regulación uniforme. Desde el punto de vista de la competencia, tras los informes de EXCELTUR de 2016 y 2018, una parte de la normativa, municipal y autonómica ha sido impugnada por la Comisión Nacional del Mercado de la competencia. ¿Qué hacer? El autor entra en el análisis detallado de Airbnb, analizando el papel de las plataformas de intermediación desde el ámbito de la competencia para ver la supuesta deslealtad concurrencial en sus actuaciones, por no existir igualdad entre la plataforma y el usuario. El reto está en una regulación jurídica de este tipo de cesiones de uso de viviendas para fines turísticos. El autor aquí plasma los problemas a nivel de competencia, desde el punto de vista mercantil, respecto de los agentes

intervenientes. Puede ser el propietario que no tiene porqué ser un comerciante, pero también puede ser la plataforma.

Finalmente llegamos al quinto bloque de Derecho tributario, donde Zulema CALDERÓN CORREDOR analiza el problema en el estudio «Alojamiento colaborativo, cumplimiento tributario y tecnología: limitaciones, oportunidades y propuestas». La autora parte del desajuste entre las categorías tributarias y la realidad de estas cesiones de vivienda de uso turístico, destacando la necesidad de mejorar las estrategias de control y obtención de información. En su estudio diferencia la fiscalidad de la relación entre personas físicas (propietario de la vivienda y usuario) y la fiscalidad de las plataformas que intermedian. En el primer caso, analiza el tipo de tributación según el título del cedente sobre el bien y la existencia o no de un tercero que preste determinados servicios respecto al inmueble. En todo caso, la autora distingue los supuestos de tributación como rendimiento de capital inmobiliario; rendimientos de actividades económicas y rendimiento de capital mobiliario. Igualmente analiza los casos de impuesto sobre la renta de no residentes cuando el arrendador no reside en España y el Impuesto sobre actividades económicas. Posteriormente, entra en el examen de la fiscalidad indirecta, analizando el IVA de estos alquileres plasmando las distintas opiniones sobre el tema según la doctrina; el Impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas aplicable si estas operaciones están exentas de IVA y la existencia de determinados impuestos autonómicos sobre estas operaciones. La autora, destaca como la normativa existente en estos temas deriva básicamente de la interpretación y aclaración legislativa que se desarrolla por las instituciones tributarias ante las consultas planteadas por los contribuyentes; la información dada respecto a las operaciones realizadas por los propios contribuyentes; y el control tributario. Estas medidas, se pueden enriquecer con nuevas estrategias que permite el marco tecnológico, que va a traer un cambio en la forma de realizar sus funciones la propia administración tributaria, lo que implica reexaminar el sistema tributario en cuanto a su gestión, conforme a lo establecido en el Informe PwC para el Banco Mundial de 2019. En este aspecto, se destaca como la Administración Tributaria española está dentro de esta línea mejorando el servicio al contribuyente desde 1999, con la implantación de programas de Internet (PADRE; etc.). Pero, un paso más es incluir programas de cálculo que permitan hablar de servicios tributarios inteligentes (Smart Services). Para ello es fundamental la tecnología del Big Data y la posibilidad de un importante servicio de intercambio automático de información con los sistemas financieros. El desarrollo de estos sistemas debe girar en torno al contribuyente, que debe estar involucrado en su diseño. Todo esto implica desarrollar portales inteligentes que faciliten el cumplimiento tributario. En este punto, la autora destaca como modelo la administración tributaria sueca. Pero el portal tributario debe expandirse y permitir contacto a los contribuyentes por vías no oficiales, mediante redes sociales como los chatbots. En este último artículo, la autora, cierra esta obra con un análisis de los problemas fiscales que presenta el alojamiento colaborativo, destacando las distintas posibilidades en atención a la función que tiene el propietario y la plataforma.

Como el lector puede comprobar, de lo dicho hasta aquí, estamos ante una gran obra que nos permitirá conocer el fenómeno del alojamiento colaborativo y los grandes problemas jurídicos que plantea. Todos los autores, además de utilizar documentos oficiales de las instituciones que han intervenido para intentar regularlo, nos ofrecen gráficos y datos económicos, sociales y de la competencia que tanta importancia tienen en un estudio de este tipo. Lo importante es cono-

cer la realidad y plantear soluciones a problemas jurídicos reales actuales y no problemas ficticios que podrían darse en algún momento.

Junto a la rigurosidad del tratamiento de los problemas, es de destacar la maestría con la que cada uno de los autores utiliza los conceptos y explica no solo la situación actual, sino que identifica los problemas y da soluciones de *lege ferenda*. Ello es debido a que no solo plantean soluciones a los problemas actuales, sino que van un paso más allá y definen los retos a los que se enfrenta el alojamiento colaborativo y, de ahí, ofrecen ya soluciones posibles a esos retos para evitar los problemas actuales.

También es importante, destacar, la gran uniformidad y coherencia de los trabajos. Todos los autores, en su trabajo, hacen referencia a los trabajos de los demás, lo que permite al lector tener una visión clara del problema, atendiendo a las diferentes áreas analizadas. Ello, sin duda, es un logro de su directora, la doctora María GOÑI.

Además de los conocimientos de sus autores, la obra nos ofrece una bibliografía actual, europea y americana que nos permite tener seguridad de que el trabajo que tenemos en las manos es de calidad.

En conclusión, se puede afirmar, que estamos ante una gran obra, que merece ser tenida en cuenta por las autoridades a la hora de realizar la regulación jurídica del alojamiento colaborativo. Pero también por los profesionales que pretendan estudiar o conocer la figura de una forma completa. El alojamiento colaborativo se ha impuesto hoy en día, como forma de poder disfrutar de nuestro tiempo libre ahorrándonos costes y debe conocerse, teniendo en nuestras manos una obra importante que nos deja apuntados todos los problemas, y nos ofrece soluciones claras y precisas que deben ser tomadas en cuenta.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de la renovación del Derecho contractual», Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

por

ARACELI DONADO VARA,
Profesora titular de Derecho civil, UNED

«Actualización de los vicios del consentimiento en el presente Derecho contractual: desequilibrios injustos o injustificados»

1. AZAR, DESTINO Y DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL: REVISITANDO UN ENSAYO DEL PROF. GALGANO

Numerosos acontecimientos que suceden en la vida proceden de casualidades, *colpi di fulmine*, o por el destino, y repasando estos azares «académicos» del destino empieza la Profesora YÁÑEZ VIVERO esta obra, que me complace y tengo el gusto de reseñar y cuya atenta lectura recomiendo para actualizar y profundizar en un tema que ha sido objeto de regulación en algunos ordenamientos jurídicos, aunque ya lo adelanto —en nuestro Código civil común, todavía no—.

Con motivo del quinto aniversario del fallecimiento del Prof. GALGANO, la Università degli Studi di Bologna, organiza un merecido homenaje al gran Profesor, jurista y Maestro de Maestros, en el que se presenta un número de la *Revista Contratto e Impresa*, titulado *Francesco Galgano giurista poliédrico*, que recoge algunos de sus ensayos, los denominados diálogos con la jurisprudencia en materia contractual. Echando un vistazo a la *Rivista*, la Profesora YÁÑEZ VIVERO centra su atención en un tema que le resulta de interés. En concreto, se trata del artículo del Profesor Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, publicado en 1997; y el reto que se propuso la Profesora YÁÑEZ VIVERO tiene como resultado esta Obra, en la que revisita y actualiza el tema desde la perspectiva del Derecho Privado Europeo de los Contratos, ya que se trata de una materia que no ha perdido vigencia ni interés.

A lo largo de su estudio, la autora realiza una comparación entre las distintas regulaciones en las que rige la posible impugnación ante el desequilibrio contractual, así como las propuestas actuales para su regulación. Estudia los distintos vicios del consentimiento, con la intención de encuadrar esta nueva situación en la categoría actual, prestando especial detalle a la intimidación, aunque finalmente y después de su análisis, considera que más bien nos encontramos ante un nuevo y concreto vicio del consentimiento, con su especial regulación y supuesto de hecho debido a sus especiales perfiles que lo diferencian del resto de los vicios del consentimiento.

Igualmente, analizará la solución jurisprudencial adoptada en el *Common Law* así como la influencia que ha tenido en la regulación del *Civil Law*. El Derecho contractual actual ha ido «humanizándose» a pesar del difícil equilibrio entre la libertad o autonomía de las partes con la justicia contractual.

Tal ha sido la influencia de la regulación de la ventaja injusta que ha sobrepasado las fronteras, y así algunos textos legislativos de *Soft Law* europeo, y también otros textos prelegislativos, como algunos en España, se han hecho eco de esta figura, por lo que le presta una especial atención a esta regulación en un capítulo concreto, en el que se centra en analizar ambas cuestiones: la regulación de los textos europeos de *Soft Law* y la recogida en las propuestas de regulación de la figura en España. Interesante es también la ordenación que algunos países de América Latina dan a la ventaja desproporcionada por lo que también serán objeto de estudio en otro capítulo.

La Profesora YÁÑEZ VIVERO estudia la naturaleza jurídica de la figura, planteándose si se encuadra entre los vicios del consentimiento o si se trata más bien como un vicio del contrato, una vez estudiado el contexto de la figura así como su regulación y posible implantación. Para la autora, estamos, más bien, ante un nuevo vicio del consentimiento, diferente de la intimidación y de las amenazas, así como también del dolo incidental.

Sugestivo y sugerente es el capítulo dedicado a los ingredientes de la «receta» de la ventaja injusta o del desequilibrio a causa de un aprovechamiento injusto, y que nos ha resultado realmente interesante. En él considera, una vez estudiados en detalle distintos pronunciamientos judiciales significativos, los diferentes requisitos que desde su punto de vista deben presentarse para calificar esta situación de desequilibrio a causa de esa ventaja o beneficio excesivo, o como considera la autora, «ventaja injustificada», así como del aprovechamiento injustificado de la situación de fragilidad, vulnerabilidad contractual de la otra parte contractual.

Iría analizando a través de la formulación de distintas preguntas o supuestos que se pueden dar en las situaciones contractuales y que la Profesora YÁÑEZ VIVERO se va formulando preguntándose si en esos supuestos de hecho de

situación de dependencia o confianza previa se podría generar una influencia indebida que le pudiera provocar esa situación de desequilibrio; o también una situación de apremiante necesidad o peligro. Igualmente que se aproveche de un modo consciente de la situación de fragilidad o vulnerabilidad de la otra parte; que no exista una alternativa razonable a la realización de ese contrato; qué sucedería si fueran los terceros los que obtuvieran esa ventaja injusta. Cuestiones y preguntas tratadas con detalle en esta Monografía.

Analiza también la posible adaptación o revisión del contrato, y también la regulación existente en algunos ordenamientos en los que se permite que el juez adopte una nueva función de adaptar o revisar el contrato, cuestión esta que ciertamente le suscita algunas dudas. La Profesora YÁÑEZ VIVERO se centra también en los posibles mecanismos de reparación entre los que destacan la anulación, anulabilidad, así como su diferente regulación respecto a la rescisión u otros posibles cauces que serían de aplicación al supuesto de estudio.

Con unas conclusiones personales y críticas a esta situación de desequilibrio contractual en la que a través de la comparativa con otras regulaciones, así como la línea jurisprudencial seguida en otros ordenamientos, y además con unas propuestas de reforma, cierra su estudio la Profesora YÁÑEZ VIVERO.

La autora es plenamente consciente de los retos que esta materia ofrece, además de los detractores con los que cuenta la figura, ya que se amenaza la libertad de las partes ante la posible entrada de la equidad —que protegería a la parte vulnerable— pudiéndose rehacer o anular ciertos contratos en los que no hubiera una cierta justicia conmutativa de las prestaciones. Ahora bien, tal vez la cuestión debería replantearse en el sentido de que la justicia conmutativa se ha alterado más bien por un ejercicio defectuoso de la libertad contractual de una de las partes. El *quid* de la cuestión no sería tanto la lesión o el perjuicio patrimonial sino la causa que origina la lesión económica, que constituye un ataque a la misma libertad contractual. En conclusión, será necesario lograr un justo equilibrio entre la protección de la parte débil que garantice la justicia y libertad contractuales y la seguridad del tráfico jurídico. Habrá que valorar bien cada «ingrediente de la receta» —en palabras de la Profesora YÁÑEZ VIVERO— ya que la justicia requiere ser justo con todos: «con el que contrata sin libertad e independencia de juicio y con el que no ha originado esa falta de libertad o independencia y tal vez ni siquiera conoce».

2. POSIBLE APARICIÓN DE UN NUEVO VICIO DEL CONSENTIMIENTO: SU REGULACIÓN ACTUAL Y LAS PROBABLES REFORMAS EN OTROS ORDENAMIENTOS

Muchos son los ordenamientos que actualmente contemplan la siguiente situación y la regulan. Nos referimos al caso de que uno de los contratantes se aprovecha de una situación de vulnerabilidad del otro, provocando un desequilibrio contractual en perjuicio del «agraviado» o «vulnerado», con un resultado profundamente injusto para una de las partes, y además ese resultado inicuo es consecuencia de la explotación por la contraparte de su situación de desventaja en la contratación. Ahora bien, no todos los ordenamientos regulan esta situación. En este sentido, nuestro Código civil común guarda silencio sobre esta cuestión. Por contra, el *Codice Civile* italiano es uno de esos textos que sí la regulan, y así en su artículo 1448, titulado «*azione generale di rescissione per lesione*», se dispone: «*se vi è sproporzione tra la prestazione (att 166) di una parte e quella*

dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto...». La presión que se origina puede ser humana, aunque igualmente podría derivar de hechos ajenos y que desembocara en la drástica situación o tesitura ante la que se encuentra una parte contratante, enfrentada a dos alternativas: o bien contrata o bien sufre un mal o un perjuicio.

En los distintos ordenamientos se han establecido diversos mecanismos y fórmulas de reparación del desequilibrio contractual. O bien centrandó la atención en el desequilibrio entre prestaciones, o bien en el abuso de determinadas circunstancias en las que se pudiera encontrar la parte «vulnerable», y que pretenden solucionar el conflicto de intereses originado por esta situación. Menciona la Profesora YÁNEZ VIVERO, entre otros, los siguientes ordenamientos que irá desarrollando, comparando y analizando en profundidad a lo largo de su obra; además del Código civil italiano (ya mencionado); el Código civil francés (art. 1143); el Código civil portugués (art. 282); el Código civil griego (arts. 178 y 179); el párrafo 138 del BGB; el párrafo 879 del Código civil austriaco; el Código civil suizo de obligaciones (art. 21); el Código civil de la República de Eslovaquia (párrafos 39 y 49); el Código civil de Luxemburgo (art. 1118), el Código civil de Holanda (art. 3:44); los párrafos 31 y 36 del *Contract Act* de los países nórdicos; el Código civil de Polonia (art. 388); el Código civil de la República Checa (párrafo 49); los párrafos 201 y 202 del Código civil de Hungría. En América Latina también encontramos ejemplos de la regulación de este mecanismo, como sería, a modo de ejemplo, el Código civil y Comercial argentino (art. 954), y el Código civil de Brasil, (regulados en el artículo 156, titulado «*Estado de perigo*», y en el 157 «*Lessao*»).

En los textos de *Soft Law* europeos que han generado una especie de estado de la cuestión y cuyo contenido es tenido en cuenta en los proyectos de reforma de los derechos nacionales, tal y como ha sucedido con el caso francés, español, y dentro de nuestras fronteras, el catalán, también encontramos ejemplos de esta regulación. Este mecanismo en el que existe un desequilibrio injustificado también se recoge en: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante PICC) —artículo 3.2.7 relativo a la excesiva desproporción (*gross disparity*)—; Principios de Derecho Contractual Europeo – *Principles of European Contract Law* (PECL), que regulan en el artículo 4:109 el *excessive benefit or unfair advantage*; también la Parte General del Código Europeo de Contratos (conocido como Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi), dispone en su precepto 30 una disposición complementaria a la «rescisión por lesión»; y en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) en II. 7:207 una disposición sobre *unfair exploitation* en línea parecida a la contenida en los PECL. Recientemente, deberíamos mencionar la propuesta de la Comisión Europea sobre un Reglamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), cuyo artículo 51 regula la «explotación injusta». Centrándonos en España, diversas han sido las propuestas de regulación de la figura, y así en el Libro Sexto del Código civil de Cataluña (Ley 3/2017, de 15 de febrero relativa a las obligaciones), se regula la ventaja injusta, en los contratos de compraventa (artículos 621-45, 621-46, 621-47 y 621-48), añadiendo a la clásica acción rescisoria objetiva (por lesión *ultradimidium*) una figura de nuevo cuño inspirada en la explotación injusta de los textos europeos, eso sí, con alguna particularidad como la calificación de la acción dimanante de la explotación injusta de rescisión, y no de anulación. También se propone esta figura en la Propuesta española de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos que adaptaría el artícu-

lo 1301 del Código civil, y en una propuesta académica de reelaboración del Código civil por parte de la Asociación Española de Profesores de Derecho civil, añadiendo el artículo 527-9 relativo al «ventajismo». Interesante es la propuesta de los Profesores BOSCH CAPDEVILLA, DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY que establecen unas reglas relativas a la «ventaja injusta». En este interesante capítulo ha ido analizando la Profesora YÁÑEZ VIVERO todas estas propuestas mencionadas.

En nuestro ordenamiento estatal no resulta fácil encontrar rastro de la conclusión de los contratos en estado de peligro o de necesidad sin que haya intervenido la conducta amenazante de otra persona, y la Profesora YÁÑEZ VIVERO no es ajena a esta dificultad. Viene a su mente el supuesto histórico de una persona que vende sus bienes a un precio muy bajo con la única intención de huir ante una guerra o revolución, como les ocurrió a los judíos en la Segunda Guerra Mundial. Ha habido autores que han sostenido que si la otra parte es conectora del miedo de la otra parte y se aprovecha para obtener unas condiciones injustas, el contrato podría ser calificado como inmoral y será anulado por este motivo. Situación esta calificada por nuestro Tribunal Supremo como «miedo ambiental», y la clave para la posible impugnación del contrato bajo tal miedo ambiental habría que buscarla en el conocimiento que la parte que no sufre tal presión o miedo tiene de la situación en la que sí se encuentra la otra parte, y que además se aprovecha de esta situación para obtener ventajas injustas del miedo ambiental sufrido. Es necesario diferenciar la amenaza que provoca una intimidación de la presión o influencia indebida que coloca a una parte en un estado de necesidad. En el *Common Law* esta distinción no se regula, por lo que la referencia a *duress*, entendida como «*coercion of the will so as to vitiate consent*», recientemente ha evolucionado hacia el denominado *economic duress*, o en palabras de la autora «la presión fruto de una supremacía en el plano económico». Así mismo, desde el estudio de la *equity*, también se hace referencia a la *undue influence*, o la indebida influencia de una parte sobre la otra pero que tiene lugar en las relaciones de confianza o de dependencia, psicológica y económica. Ejemplos de estas relaciones podrían ser las que se originan entre padres e hijos, tutores y pupilos, bancos y clientes, entre otras. Y es en esta situación en la que se prestará una especial atención en esta obra debido a que en algunas legislaciones del *Civil Law* no existe una regulación específica relativa a esta segunda manifestación de «intimidación» contractual considerada en un sentido amplio, y esto en opinión de la Profesora YÁÑEZ VIVERO es debido a que se trataría de una noción que trasciende o va más allá del estado de necesidad.

Una vez estudiado de un modo exhaustivo el concepto acuñado en el *Common Law* de la *undue influence* —entendida como la situación en la que está una de las partes que no ha sufrido amenazas de la otra pero que resulta influenciada por esta última, ya sea intencionalmente o no—, en el que se analizan los dos tipos de influencia: la real o probada, y la presunta, a través de diversos *leading cases* —muy sugestivos y sugerentes— estudia la autora su influencia en el *Civil Law*. En este sentido, de gran interés nos ha parecido la influencia de la figura de la «violencia económica» en Francia. Y así, el pronunciamiento del caso *Kannas versus Larousse-Bordas*, sentencia de la *Cour de Cassation civil*, de 3 de abril de 2002, influyó de una manera decisiva en la reforma del Derecho de obligaciones francés de 2016, y una de las cuestiones principales de la reforma sería la calificada violencia económica, y además una de las innovaciones principales de la reforma sería la asimilación del abuso de dependencia a la violencia. En

este caso, desde 1972, la Sra. Kannas era una escritora asalariada de la sociedad Larousse-Bordas. En 1984, firmó con la empresa en la que trabajaba, un contrato de cesión de los derechos de explotación de una obra confeccionada por ella, —el diccionario Mini débutants— a cambio de una suma económica muy baja (30.000 francos). Con ocasión de su despido, la Sra. Kannas, en 1996, demandará la nulidad del contrato de cesión por causa de *violenca*, ya que consideraba que había existido una situación de dependencia económica con respecto a la otra parte —la empresa— que hizo que firmara ese contrato con esas cláusulas ante el temor a ser despedida en caso de no hacerlo.

Algunos pronunciamientos de nuestros tribunales también son de particular interés ya que en ellos se trataron, en especial, en las relaciones laborales (por ejemplo, STS 3460/2010, de 24 de junio de 2011 (Sala de lo Social, Sección 1.^a) y STS 495/2013, de 29 de julio (Sala de lo Civil), estas situaciones de «violencia económica» en las que se habrían visto unas situaciones que rozan la intimidación —considerada como vicio del consentimiento contractual— y que sumadas a una situación de temor y además a una dependencia empresarial, aprovechada por una de las partes que se encuentra en una situación de superioridad, ventajismo o prepotencia, y que a su vez se aprovecha de la debilidad o de determinadas circunstancias en las que está la otra parte, y que finalmente conlleva a aceptar unas cláusulas que probablemente en otra situación, con más tiempo para pensar, con cierto asesoramiento, y sin esa presión o temor al despido o a ciertas represalias, no habrían sido aceptadas por una de las partes. Algunos autores han propuesto ampliar el concepto de intimidación del 1267 del Código civil, y así acoger estas situaciones que atacan a la libertad contractual, independientemente de su origen, y de si procede de la otra parte o no. La Profesora YÁÑEZ VIVERO no obstante sostiene que a esta nueva realidad habría que darle verdaderamente un nuevo espacio dentro de nuestra teoría general del contrato, en concreto, de los vicios del consentimiento. El aprovechamiento injustificado de una situación de debilidad contractual se trata de una situación diferente de la intimidación, al no ser la intimidación la cuestión principal de esta situación, como sería el anuncio de un futuro perjuicio para una parte contractual, sino más bien, habría que centrarse en la obtención de una excesiva ventaja resultado de una originaria disparidad contractual. La influencia injustificada o indebida que la parte fuerte ejerce sobre la débil, o la situación de angustia y desesperación, es la que deriva en la contratación con unas condiciones injustas, por lo que no serían tanto la presión, intimidación o amenaza, cuestiones todas importantes, pero que no le añadirían esa específica y especial característica a la figura analizada. Tampoco debemos confundir esta figura con las cláusulas abusivas del Derecho de Consumo ni con la cláusula penal, a pesar de su proximidad, porque podrían afectar a cualquier tipo contractual y al objeto principal del contrato.

Cierto es que el mero desequilibrio económico es consustancial al contrato, y también que alguna de las partes estará más tranquila que la otra, ahora bien si se contrata consiguiendo unas ventajas a costa del perjuicio ajeno, aprovechándose de su situación de confianza, necesidad o vulnerabilidad, nos parece oportuno, siguiendo a la Profesora YÁÑEZ VIVERO, que el Derecho intervenga. En el caso de que la prepotencia o la influencia indebida de una parte impidiendo a la otra realizar una declaración de voluntad libre e independiente, fueran los que provocaron el desequilibrio, nos podríamos plantear que tal vez la libertad contractual no lo fuera tanto, y que pudiera ser que el contrato no fuera todo lo libre que debiera serlo, porque sabemos que justo podría no serlo, ahora bien sí tiene que ser libre.

Cierto es que con la legislación actual, es difícil la construcción de esta categoría contractual en estado de necesidad o bajo presión ambiental, ahora bien, la Profesora YÁÑEZ VIVERO propone que de *lege ferenda*. Ahora bien, se le debería dotar su espacio y que nuestro Derecho contractual futuro le tendría que dar una regulación diferente de la amenaza, la intimidación y la rescisión por lesión. No se trataría de la existencia de un desequilibrio entre las partes negociadoras, que también, sino sobre todo, del uso o mejor, del abuso de ese desequilibrio que limita, modifica, cambia, altera, o, «atrofia» la libertad para decidir si contratar o no, y cómo se hace. Se trata más bien de un defecto en la formación del consentimiento contractual, y debería darse su espacio a esta «nueva» patología contractual entre los «vicios» del consentimiento, pero no a través de respuestas jurisprudenciales que restablecieran esas «asimetrías sociales patológicas», como mencionaría YÁÑEZ VIVERO sino habría que darle una regulación legal concreta. No debería limitarla al consumidor, sino cualquier sujeto débil en un contrato debería ser protegido, incluyendo la regulación en la teoría general del contrato. Los tres «ingredientes» que la Profesora YÁÑEZ VIVERO plantea que existen en la regulación de la figura son: la asimetría de poderes contractuales debida a la situación de dependencia, confianza o necesidad apremiante, ignorancia que limitan la capacidad de crítica de una parte; el aprovechamiento consciente de esta situación que realiza la otra parte; y por último, la ventaja o beneficio excesivo para una de las partes. Eso sí, deberían analizarse con cuidado todos y cada uno de los tres aspectos para prevenir abusos o situaciones injustas.

La autora estudia la naturaleza jurídica de la figura que opta por denominar —mejor que la utilizada en los textos europeos analizados de «gran desequilibrio» o «ventaja o explotación injusta»— de «aprovechamiento injusto de una parte que conectora de la inferioridad o debilidad de la otra parte, genera un contrato desequilibrado», y por tanto reconoce que concurren ambos factores: de formación de la voluntad y de contenido, que conducirán a la causa de ineficacia contractual que analiza en la Monografía, ahora bien, ello no impide como reconoce la Profesora YÁÑEZ VIVERO, que nos encontremos ante un vicio del consentimiento como lo es el error, dolo o la intimidación. Existe un vicio en la formación del consentimiento pero que ha sido provocado o es el resultado de una situación de inferioridad o de debilidad en la que se encontraba una de las partes, y de la que se ha aprovechado la otra parte en la formación del contrato. Ahora bien, lo realmente significativo en esta nueva figura no es la presión, amenaza o intimidación, sino la influencia injustificada que la parte fuerte ejerce sobre la parte débil y que la lleva a contratar en unas condiciones injustas, o en palabras de la autora que sintetizan perfectamente su idea, «el aprovechamiento injustificado de una situación de debilidad contractual es un fenómeno diverso al de la intimidación en la medida en que no es la intimidación —ni la del contratante ni una presión externa— la que lo define sino la *obtención de una ventaja excesiva a consecuencia de una disparidad contractual*». El término «violencia» le parece algo excesivo debido a su carga semántica de empleo de medios para vencer la resistencia de una persona, que no se daría en la explotación injusta. Por eso, lo especial e identificativo de esta nueva figura tendría más que ver con el aprovechamiento de las circunstancias por una de las partes, tratándose más bien de la libertad contractual o de la formación del contrato, que con el contenido del contrato. En este sentido, considera la autora que no habría libertad de criterio suficiente para decidir si se contrata o no, o lo que se contrata ya que debido a las circunstancias, si esta persona no contrata: o pierde las ventajas que sean

u obtiene un perjuicio mayor que el que le reportaría la contratación. En esta cuestión habría una importante diferencia entre el *Civil Law* y el *Common Law*. En los primeros cabría hablar de vicio del consentimiento ya que lo importante es la posición de la víctima y el consentimiento emitido en condiciones de falta de libertad (así lo recoge el Derecho francés, entre otros); mientras que el Derecho inglés presta atención a la conducta de influencias indebidas o inaceptables que es lo que convierte al contrato en anulable.

También son interesantes las distintas soluciones y remedios que se regulan en los textos analizados por la autora ante una explotación injustificada que provoca un desequilibrio contractual, por lo que en una mayoría de textos se trataría de una causa de invalidez que conllevaría la anulación del contrato. Ahora bien, se recoge una novedad importante en las propuestas españolas y en los textos europeos, que tiene que ver con la posible facultad de anulación del contrato pero a través de la vía extrajudicial, configurada como un acto unilateral de ejercicio de un derecho. Dicho esto, no será extraño, sino más bien lo frecuente, que el asunto acabará siendo resuelto por un juez, ya que es posible y probable que una parte no esté de acuerdo con la pretensión anulatoria, y sea el juez el que tenga que tomar la decisión final. Cierto es que existirán supuestos en los que seguramente ambas partes estén interesadas en corregir ese desequilibrio económico y continuar con el contrato, manteniéndose este. Siendo esta opción o posibilidad de adaptación o revisión del contrato la más constructiva, reconoce la Profesora YÁÑEZ VIVERO, ahora bien no se le escapa que dar entrada al juez —un sujeto que es completamente extraño al contrato— que finalmente reescribirá y adaptará el contrato en vez de las partes provocará que se le concedan mayores facultades al juez, teniendo un nuevo rol o posición en el moderno Derecho de contratos. Se le otorgan más facultades a la hora de adaptar el acuerdo, pero se limita su función principal en la nulidad y resolución por incumplimiento, debido a que ahora dependerá de la parte afectada y no la sentencia judicial; aunque no olvidemos que esta facultad de anulación extrajudicial podrá desembocar en que la autoridad judicial se pronuncie finalmente cuando existan problemas en la aplicación de esa facultad de las partes. Conviene recordar que no todo podrá ser considerado «ventaja injustificada», ya que hay que prestar atención a la causa que origina la lesión patrimonial, y además se podrían llevar a cabo comportamientos oportunistas por la parte que se considera «víctima», ello es cierto, pero también, y para concluir nos hacemos eco de las palabras de la Profesora YÁÑEZ VIVERO de que «el éxito de la regulación de la figura dependerá de lograr el justo equilibrio entre la protección de la parte débil que garantice la libertad y la justicia contractuales y la seguridad del tráfico jurídico; hay que condenar los casos flagrantes de explotación injusta sin menoscabar la certeza o seguridad del tráfico; y, para ello, hay que medir mucho las dosis de los ingredientes de la receta». Todos los ingredientes de la receta han sido analizados y desarrollados de un modo minucioso y detallado con multitud de interesantes preguntas y respuestas dadas por la Profesora YÁÑEZ VIVERO en esta Monografía que consideramos esencial y fundamental en el actual Derecho de contratos europeo.

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 CIN-DOC (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.

- 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 Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ 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.



Nº DE CERTIFICADO: **FECYT-177/2020**
FECHA DE CERTIFICACIÓN: **6 de octubre 2014 (4ª convocatoria)**
ESTA CERTIFICACIÓN ES VÁLIDA HASTA EL: **13 de julio 2021**

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002