

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCVI •

Mayo-Junio

• Núm. 779

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 • Mayo-Junio 2020 • Núm. 779

---

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](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto:revista.critica@corpme.es)

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

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

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Presidente

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

- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «Efectos civiles de las determinaciones urbanísticas que afectan al uso del suelo» / *Civil effects of urban determinations affecting the use of real estate*..... 1453
- GARCÍA MAYO, Manuel: «Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico» / *Host responsibility for the effects introduced in tourist dwellings* ..... 1487
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El nuevo derecho a la portabilidad de los datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016» / *The new right to personal data portability in Regulation (EU) 2016/679 of 27 April 2016* ..... 1531

### **ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES**

- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019» / *Legal review of the remedies of the Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019*.... 1591

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

- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución» / *Mortgages on several properties as*



<i>a guarantee for a single credit: distribution of responsibility, partial cancellation and foreclosure .....</i>	1649
--	------

**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...	1685
---	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor» / <i>The right of visits of the grandparents: its refusal for favoring the unstability and development of the minor</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE.....	1729
---	------

1.2. Derecho de familia:

— «El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados» / <i>The interest of the child and the regimen of visits, communications and stay of grandparents, and other relatives and close friends</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT .....	1745
--	------

1.3. Derechos reales:

— «Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios» / <i>The IRPH index in mortgage loans: a jurisprudential review</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	1801
---	------

1.4. Sucesiones:

— «Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria» / <i>About the protection of a family members</i>	
--	--

	<i>Págs.</i>
<i>through the trust replacement</i> , por Tomás NOGUE- RA NEBOT .....	1822
1.5. Obligaciones y Contratos:	
— «Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios» / <i>IRPH clause in mortgage loans</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO .....	1837
1.6. Responsabilidad civil:	
— «Intromisión ilegítima en el derecho a la propia ima- gen y periodismo de investigación: la utilización de cámaras ocultas en reportajes televisivos» / <i>Illegitima interference with the right to one's own image and investigative journalism: the use of hidden cameras in television reporting</i> , por Isabel ESPIN ALBA .....	1856
1.7. Concursal:	
— «El derecho de retracto arrendaticio urbano para arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013, al Real De- creto Ley 21/2018 y al Real Decreto Ley 7/2019» / <i>The preferential acquisition right for lease contracts subject to Law 4/2013, Royal Decree Law 21/2018 and Royal Decree Law 7/2019</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....	1878
2. MERCANTIL:	
— «Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020» / <i>Family protocol, sharehold- ers agreements and contractual succession after a first approximation to the Supreme Court ruling of Februa- ry 20, 2020</i> , por Francisco REDONDO TRIGO .....	1906
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urba- nístico Laso & Asociados.	
— «El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad ho- rizontal ordinaria (2 de 2)» / <i>The administrative con- trol of the building complex, the lying down horizontal property and the regular horizontal property (2, of 2)</i> , por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN .....	1925

#### 4. DERECHO BANCARIO

- «La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas» / *The renunciation of nullity action. Effectiveness of the transaction against possible abusive clauses*, por Carmen MUÑOZ GARCÍA ..... 1947

#### **RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

- «Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», de Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, por Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ..... 1971
- «Derecho romano de obligaciones – Continuidad y modificaciones en la tradición jurídica europea», de Wojciech DAJCZAK, por Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO ..... 1974

## **PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

Se convoca el DÉCIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2021, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al Secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2022. No podrán optar al premio los autores que formen parte del Consejo de Redacción de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros integrados en el Comité Ejecutivo. El Secretario de la RCDI, actuará como Secretario del Jurado. Será Presidente del Jurado el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

## **NOVENO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

Se ha fallado el Noveno Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2018/2019, se otorgó *ex aequo* a Dña. CRISTINA ARGELICH COMELLES, por su trabajo «*Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros*», publicado en el número 771, correspondiente a enero-febrero de 2019, y a D. JUAN PABLO MURGA, por su trabajo «*Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal*», publicado en el número 775, correspondiente a septiembre-octubre de 2019.

Asimismo, se acuerda otorgar un accésit al trabajo «*Hipoteca en mano común, retracto de co-acreedores y conflicto de leyes: un caso práctico*», de D. ANTONIO GARCÍA GARCÍA, publicado en el número 774, correspondiente a julio-agosto de 2019.

El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Dña. M.<sup>a</sup> Emilia ADÁN GARCÍA, Decana del Colegio de Registradores; Presidente: Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; así como por Don Basilio J. AGUIRRE FERNÁNDEZ, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

# ESTUDIOS



# Efectos civiles de las determinaciones urbanísticas que afectan al uso del suelo

## *Civil effects of urban determinations affecting the use of real estate*

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO  
*Profesor titular de Derecho civil  
Universidad de Oviedo*

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es el uso impuesto sobre los inmuebles por las determinaciones urbanísticas. Sus efectos y características como limitación de la propiedad establecida en cumplimiento de su función social y sus efectos jurídico-reales. En especial, su repercusión sobre las cláusulas contractuales que establecen un plazo de obligado cumplimiento para los beneficiarios del interés general que representa la vinculación urbanística.

**ABSTRACT:** *The object of this study is the concept of «usage» imposed on real estate by urban determinations. Its effects and characteristics as a limitation of the property established in compliance with its social function and its legal-real effects. In particular, its repercussion on the contractual clauses that establish a period of mandatory compliance by the beneficiaries of the general interest represented by urban planning.*

**PALABRAS CLAVE:** Determinaciones urbanísticas. Efecto jurídico-real. Uso. Cláusulas contractuales. Derecho real.



*KEY WORDS: Urban determinations. Real legal effects. Usage. Contractual clauses. Rights in rem.*

**SUMARIO:** I. LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS.—II. LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS SOBRE EL USO DEL SUELO.—III. CARACTERÍSTICAS DE LA POSICIÓN ACTIVA QUE GENERA LA DETERMINACIÓN URBANÍSTICA: 1. EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO. 2. LA CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA REAL. 3. EL ORIGEN LEGAL DEL EFECTO REAL SURGIDO DE LA DETERMINACIÓN URBANÍSTICA.—IV. LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS CIVILES DEL INTERÉS LEGÍTIMO QUE NACE DE LAS VINCULACIONES URBANÍSTICAS: 1. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE OBLIGA AL PAGO DEL USO. 2. LA EXTINCIÓN O RESOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL CANON POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO.—V. CONCLUSIONES.

## I. LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS

El urbanismo considera el suelo como un bien sometido a un régimen estatutario de la propiedad justificado por la función social que tiene encomendada en el artículo 33 de la Constitución española<sup>1</sup>. Sobre esta función, se ha establecido legalmente un estatuto especial del derecho de propiedad del suelo (art. 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) que, buscando el interés colectivo, se aparta del concepto y contenido que tradicionalmente se ha atribuido a la propiedad civil como derecho potencialmente ilimitado de usar, disfrutar y abusar del objeto sobre el que recae<sup>2</sup>.

Atendiendo a esta función social, la propiedad ya no garantiza el derecho a la edificabilidad ni al desarrollo urbanístico (art. 8 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). Se habla así, de un sistema de limitaciones y deberes concretos que ha de soportar el propietario si pretende conseguir algún desarrollo urbanístico, pero también de facultades y derechos. Cada una de las diferentes normas, criterios y orientaciones, tanto de carácter escrito como gráfico, que se contienen en los instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.

Se define la determinación urbanística como cada una de las diferentes normas, criterios y orientaciones, tanto de carácter escrito como gráfico, que se contienen en los instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística (en adelante, la «Determinación Urbanística»).

Este régimen de derechos y deberes se sustenta ahora, entre otros, en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, que conciben el suelo desde

un punto de vista del aprovechamiento natural y, por consiguiente, ajeno a cualquier derecho a indemnización derivada de los límites urbanísticos.

Si el suelo está afectado por el interés general que representa el derecho urbanístico, lógicamente todos los derechos existentes sobre el suelo estarán igualmente limitados por su estatuto.

Este régimen especial de propiedad refrendado constitucionalmente, se denomina estatutario porque permite reducir y condicionar discrecionalmente el derecho de aprovechamiento de su propietario, que quedará reducido, en principio, antes de cumplir con los deberes urbanísticos, a sus inherentes características naturales (uso agrícola, forestal, ganadero o cinegético), convirtiendo de igual condición a todos los propietarios. Es la autoridad administrativa quien determina el contenido concreto del derecho de propiedad de cada parcela, su uso y destino. Las facultades edificatorias y de utilización, pasan a integrar el contenido de decisiones públicas, obra del *imperium* y no del *dominium*.

Siguiendo las líneas del Profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ (*Manual de Derecho Urbanístico*, 2011) las Determinaciones Urbanísticas, intentan concretar un punto de equilibrio, constitucionalmente obligado, entre el reconocimiento de la propiedad privada y la necesaria iniciativa pública a favor del hecho urbano.

Como advierte el Tribunal Supremo<sup>3</sup>, la casuística de vinculaciones y facultades es de tal naturaleza, que es difícil establecer una doctrina uniforme sin dejar un amplio espacio a los casos concretos que se plantean.

Las Determinaciones Urbanísticas están contenidas en los instrumentos de planeamiento y están orientadas a satisfacer los intereses colectivos. Tienen la consideración de normas generales a la que deben someterse quienes pretendan urbanizar y obligan a todo el mundo desde que se publica el Planeamiento. Además son de una gran complejidad y de muy distinto grado de previsibilidad, por lo que contienen figuras de naturaleza muy distinta según el desarrollo de la urbanización.

Mediante las Determinaciones Urbanísticas se programa anticipadamente la transformación de la propiedad que habrá de llevarse a efecto para garantizar el interés general, generando limitaciones, pero también facultades a favor de otras fincas o usuarios<sup>4</sup>.

El planeamiento condiciona la utilización del suelo, impidiendo al propietario realizar sobre el inmueble determinados actos, bajo amenaza de sanción y determina el destino de las fincas (dotacional, apertura de una calle en el fundo, dividiéndolo en dos porciones separadas e independientes, con la consecuente expropiación o minoración superficial de terreno comprado, o la desintegración física del predio y desmerecimiento en su aprovechamiento, etc.). Para el control de su cumplimiento, se exigen licencias u otras autorizaciones administrativas en la forma en que se podrá

ir haciendo la ciudad, o la posibilidad de edificar o no, en función de la vinculación de las fincas.

Con la publicación de los instrumentos de planeamiento, se generan las determinaciones urbanísticas y en las fases posteriores de su ejecución, van apareciendo cargas y afecciones, dependiendo de condicionantes muchas veces externos al planeamiento, económicos y de otro tipo, que inevitablemente inciden en el ritmo de ejecución. La jurisprudencia, para referirse a estos deberes utiliza indistintamente, entre otros, los términos de determinaciones urbanísticas, cargas, afecciones, limitaciones o vinculaciones. Tratando de distinguir, se puede poner el elemento diferenciador entre ellas, según el momento que se encuentre el desarrollo del planeamiento y las diferentes acciones a ejecutar, o según la naturaleza del elemento que haya de desarrollarse. En este artículo centraremos la atención en los efectos civiles en las que determinan el uso de los inmuebles.

Como civilistas no solo debemos calificar las Determinaciones Urbanísticas dentro del concepto de obligaciones «*propter rem*», como si solo generaran obligaciones, sino que también crean derechos e intereses a favor de terceros, con efectos o afección similar a la de los derechos reales (servidumbre, uso, superficie, censo, enfiteusis, hipoteca legal tácita), aunque constituidas para satisfacer el interés general.

Los administrativistas califican las determinaciones como limitaciones legales del dominio, para distinguir las de los límites del dominio, en función de su interés público o privado (aunque los términos, en no pocas ocasiones, se usen de forma indistinta y confusa).

Estas limitaciones, en cuanto sirven al interés general, tienen vocación de permanencia y no están a disposición del propietario del inmueble sobre el que recaen, ni de los beneficiarios. Se dice que las vinculaciones urbanísticas se consideran públicas por estar sujetas a una función social, que delimita el régimen de la propiedad de acuerdo con las leyes y el bien común y por lo tanto formarían parte del concepto esencial de dominio o estatuto de facultades en el que se incluye su función social.

Aceptando el interés general como característica de las vinculaciones urbanísticas, procede analizar hasta dónde puede llegar la influencia jurídico-civil de la limitación urbanística sobre los derechos que corresponden al propietario y sobre las facultades de terceros.

Cuando se supedita en el planeamiento el inmueble a un determinado uso, la vinculación urbanística de uso se asemeja en su funcionamiento a una servidumbre legal negativa y continua para el propietario del inmueble que la soporta (fundo sirviente).

Ese destino del inmueble establecido en el planeamiento constituye una carga para su propietario que viene a satisfacer el interés general, representado por el derecho que tal carga otorga para otras personas que se bene-

fician de tal utilidad. Es decir, su finalidad no es la de satisfacer intereses privados. Por eso se trata de vinculaciones que tienen el carácter prioritario e imperativo que tiene el Derecho estatutario urbanístico, a las que se refiere el artículo 550 del Código civil. De este precepto puede deducirse que *«todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente Título»*.

Para distinguirlas de las servidumbres que regula el Código civil, debemos atender a su origen legal que actúa como una limitación que afecta a todas las propiedades por igual (o puede afectar a todos), colocando a todos los propietarios así, en un mismo plano de igualdad, mientras que, en los derechos reales civiles, puede sacrificarse a un propietario en beneficio de otro, rompiendo la igualdad. Esa desigualdad que genera el derecho real privado, vendría a compensarse con la correspondiente indemnización, mientras que la determinación urbanística, no estando garantizado el derecho de propiedad con el derecho a urbanizar, no puede generar indemnización. Como apuntamos, se parte de una condición natural del derecho de propiedad en la que todos los propietarios del suelo tengan igual posición y estén sometidos a las mismas limitaciones antes de la urbanización.

Es la ley que se cumple en el planeamiento, la que respalda el carácter imperativo y prioritario de la vinculación urbanística, lo cual ha de producir efectos distintos a las servidumbres que satisfacen intereses privados. Lo fundamental es que las vinculaciones no pueden someterse al principio de autonomía de la voluntad.

Cualquiera que sea el contenido de la determinación urbanística, vendrá determinado en los planes, que tienen naturaleza normativa y la fuerza obligatoria que comporta el principio de legalidad, que está en la base de todo actuar de la Administración, como se declara en el artículo 103 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El planeamiento territorial y urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico —dada la naturaleza reglamentaria de los planes de urbanismo— y, como tal, tiene la fuerza de obligar propia de las disposiciones generales, vinculando a los poderes públicos y a los particulares, que no pueden dejar de cumplir sus determinaciones<sup>5</sup>.

Esta orientación resuelve muchas de las dudas sobre cuáles son los efectos de las determinaciones, cargas y afecciones urbanísticas; sobre su imperatividad o su prioridad a los derechos reales privados que recaen sobre el suelo. Pero deben resolver otros, como el de si son válidos los pactos privados que someten el uso del inmueble sirviente al pago de una renta durante un tiempo determinado o si caben pactos entre privados de servi-

dumbres constituidas que vayan en contra del interés general que entraña toda determinación urbanística.

## II. LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS SOBRE EL USO DEL SUELO

Dentro de las diversas determinaciones urbanísticas tomamos como objeto de este análisis las del uso que el planeamiento impone a los inmuebles y que viene predeterminado e impuesto en las normas o en los instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística y que delimita el contenido y extensión del derecho de propiedad independientemente de las consecuencias económicas que de él se derive. La determinación programará urbanísticamente el uso establecido en las normas y en los instrumentos de planificación, que han de cumplirse cuando se proceda a la transformación de la propiedad.

Sirvan como ejemplo la calificación y la clasificación del suelo o los estándares urbanísticos que establecen limitaciones determinando la futura transformación de la propiedad y su uso.

Para el mejor entendimiento de los efectos civiles objeto de análisis, que las determinaciones urbanísticas plantean, utilizaré como recurrente el siguiente:

**EJEMPLO PRÁCTICO:** Pensemos en un conjunto inmobiliario compuesto por varios edificios unidos, con distintas zonas o subcomunidades que tienen destinos diferentes (viviendas, locales comerciales, aparcamiento público, aparcamiento privado)

Si en la legislación sectorial<sup>6</sup> o en el Planeamiento y, por ende, en el otorgamiento de la Licencia de apertura y ocupación de las tiendas situadas en el Centro Comercial, se exige que tengan a su disposición un número de plazas de aparcamiento en proporción a los metros que ocupan, será necesario igualmente que la licencia de apertura del Centro Comercial incluya la obligación de que parte del edificio esté dedicado a dar servicio de aparcamiento a los locales comerciales. Los futuros propietarios o usuarios de locales comerciales no podrán prescindir de las plazas de aparcamiento para conseguir la licencia comercial y para ello, pueden adquirir la propiedad de plazas o que aparezca un explotador que se haga con la propiedad del aparcamiento y que obligue a los comerciantes a pactar su uso a cambio de un canon o renta.

Si no se les facilita la compra de las plazas exigidas legalmente, puede suceder que el explotador del aparcamiento pacte un contrato con los usuarios, con una cláusula de DURACIÓN en la que se declare que «el

*contrato permanecerá en vigor durante el plazo de diez años desde la fecha de apertura al público del Centro Comercial».*

A cambio de ese canon o renta, los comerciantes adquieren un derecho de uso de plazas de aparcamiento. A este uso es al que me referiré cuando hable posteriormente de interés legítimo. Es a este interés de uso al que dedicaré este trabajo, nacido de una necesidad legal y de una limitación urbanística. Sin duda, al menos, la naturaleza de esa facultad de uso, coincide con el concepto de interés jurídicamente protegido, que nace, sin embargo, de una limitación legal impuesta al propietario, para el futuro desarrollo primero del suelo, y después de las plantas destinadas a aparcamiento en la licencia urbanística.

Desde el punto de vista pasivo del propietario del inmueble, que soporta la afección del Planeamiento que define el contenido normal y las limitaciones de la propiedad a favor de su función social, el interés público vendrá representado a favor de todos cuantas personas se benefician del mismo, a quienes se les concederá un derecho o un interés que les permita exigir su cumplimiento. Por eso, esas limitaciones que se imponen al propietario del inmueble que soporta la afección, también se convierten en facultades y poderes a favor de otras personas beneficiarias concretas que, como veremos, acaban produciendo efectos civiles «*inter privados*».

### III. CARACTERÍSTICAS DE LA POSICIÓN ACTIVA QUE GENERA LA DETERMINACIÓN URBANÍSTICA

#### 1. EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO

Estas facultades o poderes para desarrollar sobre el inmueble el uso que le atribuye la determinación urbanística, no es de fácil calificación, pero produce efectos jurídicos. En el marco jurídico administrativo, se habla de tener interés, cuando es objeto de controversia jurídica algo que nos puede afectar, bien perjudicándonos o bien beneficiándonos. Y de interés legítimo cuando dicho interés no es ilícito, ni antijurídico<sup>7</sup>.

Se diferencian de los derechos subjetivos porque, el ámbito de poder que otorga el interés se limita a la legitimación en materia de justicia administrativa, para actuar o recurrir incidiendo en el resultado del procedimiento, pero no da lugar a ninguna satisfacción directa frente al sujeto que causa el daño al bien objeto de interés<sup>8</sup>. Mientras que el derecho subjetivo se identifica como un poder de exigir la observancia de una determinada conducta (activa u omisiva) a otra u otras personas, y que puede satisfacerse mediante una indemnización.

En el ámbito del Derecho administrativo español permite a los privados, defender estos intereses mediante la acción popular (art. 125 de la Constitución y en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la acción pública, en el campo del urbanismo [art. 5, apartados c), d) y f)], y artículo 62 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana que dispone:

*«1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.*

*2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística».*

La finalidad prevalente de estos intereses es la observancia, en todo caso, de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico que es lo que puede defender el interesado, porque dichos intereses no son indemnizables a menos que así lo establezca expresamente una disposición legal. En la zona intermedia entre los intereses legítimos y los derechos subjetivos se encuentran los intereses jurídicamente protegidos, que no pueden ser eliminados arbitrariamente, en ocasiones, el Derecho administrativo permite que puedan ser indemnizables<sup>9</sup>. Se reconoce en ellos la existencia de un interés económico directo respecto de uno o varios bienes, aunque se diga que no existe un verdadero y propio derecho subjetivo.

Atendiendo al título de este trabajo, interesa examinar los efectos civiles y las acciones que pueden generar a favor de sus beneficiarios esos intereses legítimos frente a acuerdos o conductas extrañas a la institución urbanística, abusivas o contrarias a su finalidad o causa.

En concreto, serán objeto de análisis la posible nulidad de las cláusulas de los contratos que pretendan contradecir el interés general contenido en la determinación urbanística, la restricción de la autonomía de la voluntad, así como la extinción de la obligación de pagar un canon por la sobrevenida falta de causa del contrato de utilización que propicia la determinación urbanística.

En primer lugar, como ya hemos observado que aunque las determinaciones urbanísticas tienen origen legal y no pueden ser sometidas a la acción de la autonomía de la voluntad, su resultado se parece al que se alcanza con la constitución de las servidumbres reguladas en el Código civil, imponiendo un gravamen sobre un inmueble en beneficio de otros pertenecientes a otras personas que, en mayor o menor número, representan el interés general.

También en las vinculaciones urbanísticas, se refleja una relación entre inmuebles o en favor de personas usuarias, que genera limitaciones para uno y un derecho subjetivo o interés legítimo para otros. Este derecho o interés tiene naturaleza real porque recae y acompaña a los inmuebles, es absoluto u oponible *erga omnes* e inseparable de la finca.

## 2. LA CREACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICO-REAL

El efecto imperativo legal de las vinculaciones urbanísticas se asimila a los efectos reales propios del Derecho civil.

La insistencia de la jurisprudencia de considerar las afecciones urbanísticas como limitaciones internas del derecho de propiedad, ha generado alguna confusión cuando, refiriéndose a su origen, ha sentenciado que no son cargas ni gravámenes desde el punto de vista civil, o a los efectos del artículo 1483 del Código civil<sup>10</sup>. Afirmación que, aún siendo parcialmente cierta porque su publicidad se produce por ley, no debe perjudicar su efecto real.

Si la anterior manifestación jurisprudencial puede provocar alguna confusión al respecto de la naturaleza jurídica de las determinaciones urbanísticas, la misma solo procede de su utilización en un debate distinto al de su efecto real.

Las determinaciones urbanísticas, desde la publicación del planeamiento, producen efectos frente a terceros propios del ámbito civil. Generan relaciones jurídicas para las personas titulares de los inmuebles implicados, así como para los usuarios, que deben conformar su comportamiento a las mismas, pero también derechos que adquieren otras personas. Condicionan el contenido esencial del dominio, igualando en origen a todos los propietarios, distribuyendo beneficios y cargas a costa de unos y a favor de otros que quieran aprovecharlas. Además afectan a los derechos de uso y aprovechamiento de cualquier bien inmueble garantizándolos a favor de cuantos viven en el mundo. En definitiva, esos deberes generan también derechos y facultades que adquieren otras personas a costa de aquellas.

Centramos nuestra atención en las limitaciones urbanísticas que generan un interés de uso a favor de otras personas o inmuebles y que trae causa de esas limitaciones. Son intereses que tienen como título o sinalagma, la limitación o carga urbanística que debe soportar el propietario. Uso que se otorga en favor de otras personas a las que se representa como componentes de un abstracto interés general, pero que será concreto y particular con aquellos que necesiten utilizar el suelo o el inmueble en cada caso.

Y es que, por más que las vinculaciones del Planeamiento Urbanístico sobre los inmuebles se encuentren apartadas de la regulación civil de los



derechos reales, es incuestionable que producen efectos *erga omnes*, persiguen al inmueble, afectan a su realidad jurídica y a su valoración, de la misma forma que sus datos físicos o los derechos reales limitados que los acompañan, si bien con una finalidad distinta que es la satisfacción del interés general.

La naturaleza real de estas limitaciones y derechos, no solo tiene interés teórico sino que, la atribución o no a estas afecciones legales de efectos civiles-reales, atañe directamente a varias cuestiones, como son las consecuencias de su ocultamiento en los actos de transmisión, su implicación en la validez de algunos pactos, en la causa y el objeto de los contratos, sus efectos para terceros, la persecución del bien, su inscripción en el Registro de la Propiedad o la forma de extinguirse.

El Real Decreto 1093/1997, confirma que la manera en que esas limitaciones urbanísticas se plasman en el ámbito del Registro de la Propiedad es cubriéndolas con el disfraz de la inscripción, sin contradecir que los efectos reales se producen anteriormente<sup>11</sup>. Alude para ello en su artículo 2, a los Títulos Inscriptibles como las escrituras públicas, los mandamientos judiciales y las certificaciones de los actos administrativos.

La Ley Hipotecaria, al considerar al Registro de la Propiedad, como un registro de títulos que pretende alcanzar la realidad de la finca, no puede dejar de inscribir los títulos relativos a derechos que, al fin y a la postre, aunque nazcan de la ley y el planeamiento urbanístico, tienen la misma índole que otros que afectan a los bienes inmuebles (art. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento) en cuanto constitutivos, reconocedores, transmisores, modificadores o extintivos de derechos con efectos reales.

### 3. EL ORIGEN LEGAL DEL EFECTO REAL SURGIDO DE LA DETERMINACIÓN URBANÍSTICA

En primer lugar, podría argumentarse que tanto la limitación urbanística sobre el uso impuesta por el planeamiento a un determinado inmueble, como el interés de uso que se deriva de la determinación, adquieren un efecto real, aunque la respuesta que da el ordenamiento jurídico para ellos no sea la misma que se da a los derechos subjetivos reales.

Las vinculaciones urbanísticas son limitaciones legales de la propiedad, y que adquieren efecto real desde la publicación del Planeamiento, la cual hace imposible su ocultamiento o desconocimiento. Razón por la que se las excluye del concepto de carga del artículo 1483 del Código civil. Derechos que pueden recubrir, convertir o adoptar las utilidades de un derecho real (de uso, de privilegio, de garantía, de censo, enfiteusis o servidumbre), con la mera publicación del planeamiento.

Trasladado lo dicho al ejemplo práctico, la citada determinación sobre el uso del aparcamiento tiene efecto real-civil, del que surge y se ofrece una facultad de uso para los titulares o explotadores de los locales comerciales<sup>12</sup>. Vinculación urbanística y facultad del aparcamiento referido en el ejemplo práctico, que se habrá incorporado al título constitutivo de la propiedad horizontal, sin dejar de ser limitación legal. Aunque, puede haber alcanzado la forma de una servidumbre o de otro derecho real, pero que, en realidad tienen origen legal<sup>13</sup>.

Es lógico que dichas vinculaciones urbanísticas se acoplen o revistan civilmente. Ejemplo de ello es el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que incluye en el título constitutivo del inmueble, las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, los servicios e instalaciones con que cuente el mismo, las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio condicionado también por las determinaciones urbanísticas. Esto obliga a que esa determinación urbanística procedente de la normativa sectorial, se haga constar por el promotor de la construcción (incluso aunque se reserve la propiedad del aparcamiento público), en el título constitutivo de la propiedad horizontal inscrito en el Registro de la Propiedad<sup>14</sup>.

De modo que las determinaciones, cargas y afecciones, generan intereses jurídicamente protegidos sobre los usos del suelo<sup>15</sup> que vienen determinados, por su calificación y por su clasificación urbanística<sup>16</sup>. Se trata de un efecto real *erga omnes* producido legalmente y que se refleja en la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos como las certificaciones administrativas, los mandamientos o las escrituras, que serán analizadas en cada caso por el juzgador en caso de controversia sobre su efecto real frente a otros títulos.

De las determinaciones, nacen deberes, derechos subjetivos e intereses. Es decir, vínculos entre personas que ofrecen posiciones diferentes en relación al bien inmueble (activas de exigir, pasivas de sometimiento), generando relaciones jurídico-reales. El efecto real o posibilidad de oponer a terceros las determinaciones urbanísticas se produce por la publicidad del planeamiento, mientras que la posibilidad de oponer los derechos reales privados a terceros depende de su inscripción o de su apariencia<sup>17</sup>.

Si las determinaciones tienen efecto real y los intereses legítimos que analizamos surgen de ellas, también tendrán efecto real, aunque referido y justificado en el interés general. En consecuencia, en las afecciones urbanísticas debemos contemplar una posición pasiva y otra activa: por un lado, los deberes que vinculan al titular de un inmueble y, por otro, las situaciones de poder exigir al titular de dicho inmueble las facultades que se derivan del interés general inherente a la determinación urbanística.

El carácter público y legal de la planificación urbanística, no resta a su consideración civil-real. Precisamente con ánimo de dar garantía al tráfico

jurídico, a partir del TR de 1976, se estableció un sistema de información del ciudadano (arts. 42, 57, 62; después 8, 43 y 45 del TA de 1992) y un deber del vendedor de los terrenos que no sean susceptibles de edificación, de hacer constar las calificaciones urbanísticas, y de los compromisos pendientes por razón de la urbanización<sup>18</sup>.

La inscripción de las afecciones urbanísticas no es constitutiva aunque en ocasiones es obligatoria. El carácter real que otorga la publicación del planeamiento se refleja en varios preceptos de la Ley del Suelo de 2015 (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), aunque también obligue a inscribir en el Registro de la Propiedad en varios preceptos (12 a 17, 19, 27, 28, 65 entre otros). De ellos se deduce que quien adquiera las fincas no se le modifica la situación del anterior titular respecto de los deberes urbanísticos del propietario, quedando subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por este asumidas frente a la Administración competente.

En dichos preceptos se deduce una recomendación o una obligación legislativa de que los compromisos urbanísticos sean objeto de inscripción registral, si se refieren a un posible efecto de mutación jurídico-real. No obstante, el sistema se basa en la publicidad que otorga la publicación del Planeamiento y no en la que otorga el Registro de la Propiedad y por eso, la determinación urbanística no es causa de resolución (rescisión) con la correspondiente indemnización, que pueda alegar el adquirente del inmueble a quien se haya ocultado la determinación urbanística, aunque no esté inscrita en el Registro de la Propiedad en base a lo dispuesto en el artículo 1483 del Código civil<sup>19</sup>.

La incorporación del efecto real, se produce también cuando, con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, se recomienda a los notarios que soliciten de la Administración pública competente, la licencia urbanística, información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas<sup>20</sup>.

Se establecen mecanismos de publicidad de fácil acceso, que impide que las limitaciones urbanísticas puedan ser ignoradas por el comprador, por lo que no alcanza a ellos la responsabilidad del vendedor<sup>21</sup>. Esta publicidad legal es la que les atribuye su carácter real, que no perturba sino que refuerza las limitaciones del dominio reconocidas en el artículo 33.2 de la Constitución basadas en el principio de «función social de la propiedad» delimitado por la Ley (art. 53.1 CE).

Si el efecto real se produce por la publicación del Planeamiento, cuyo contenido no se limita solo al deber urbanístico, debemos preguntarnos si ese efecto se produce igualmente en el interés legítimo de uso que tienen los usuarios y si ese efecto real va a generar alguna facultad a los usuarios

que pueda ir más allá que la mera personación en el procedimiento donde se discutiese sobre la determinación urbanística.

Los administrativistas verán en las determinaciones del Plan obligaciones legales, los civilistas debemos ver más allá y acoger su efecto real, su potencialidad para generar un interés legítimo de uso y preguntarnos hasta qué punto se extienden los efectos de ese interés general.

Estos intereses, especialmente el de uso, son el objeto de este análisis y, aunque de naturaleza administrativa, por perseguir el interés general, tendrán las características de un derecho real o producirán efecto real de ser oponibles a *erga omnes*.

El efecto real se ha visto, como en ningún otro ámbito, en el denominado Derecho Registral a la hora de definir la finca, sus datos físicos, y los derechos o cargas reales que le acompañan, pese a que su efecto real, se produzca antes de la inscripción, una vez que se publica el planeamiento.

Los impedimentos urbanísticos para el inmueble que soporta la carga tienen transcendencia real en cuanto modifican facultades inherentes al dominio. Los Planes configuran el derecho de propiedad de tal manera que hoy se habla de una ruptura de la concepción unitaria de la propiedad<sup>22</sup> o al menos de distintos estatutos jurídicos de la propiedad<sup>23</sup>. Desde esta perspectiva, el hecho de que las limitaciones legales urbanísticas produzcan efectos reales, no se contradice con que las mismas tengan origen administrativo legal e imperativo ni que, por tal razón, deban tener un régimen de oposición frente a terceros, diferente a los límites de la propiedad nacidos de la autonomía de la voluntad, una vez que se ha publicado,

Pocas declaraciones pueden ser tan ilustrativas sobre la cuestión que abordamos como la Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997. Este Real Decreto<sup>24</sup> resuelve el problema sobre los efectos reales de las materias urbanísticas, aunque los mismos se produzcan con la mera publicidad del Planeamiento<sup>25</sup>.

El hecho de que las Determinaciones Urbanísticas se incorporen al Registro de la Propiedad posteriormente, no niega el carácter real que ya produce la publicación del Planeamiento exigida en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana<sup>26</sup>.

La necesidad<sup>27</sup> de que las mutaciones derivadas de las afecciones urbanísticas tengan reflejo en el Registro de la Propiedad, en realidad, no es más que un reconocimiento de su carácter jurídico-real, aunque la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelvan en esferas distintas. La primera, al no constituir materia propiamente registral, ni siquiera civil, no se ha preocupado, hasta fechas bien recientes, de su efecto real, sobre todo porque este, se produce de modo extrarregistral mediante la publicación del planeamiento. No obstante, al provocar la acción urbanística una alteración en las titularidades inmobiliarias, las normas de urbanismo se

han visto obligadas a plasmar sus determinaciones con arreglo a las normas propias del Registro e independientemente de las urbanísticas.

Esta coordinación no es solamente un punto de contacto con el Registro de la Propiedad, sino una necesidad que se desenvuelve en el campo privado por ser quien ofrece y regula el efecto jurídico real.

La jurisprudencia envuelve el efecto jurídico real en lo que ha denominado armonización del mandato legal buscando soluciones que, sin debilitar la acción pública, sean, no obstante, respetuosas y coherentes con la normativa registral. Y lo desarrolla, pese a reconocer que tiene aquel efecto jurídico real, desde la publicación del Planeamiento.

El Tribunal Supremo ha exigido la publicación para todo tipo de planes y licencias<sup>28</sup>. Los planes y normas urbanísticas tienen carácter público, son obligatorios tanto para la Administración, como para los administrados y comportan la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes y la imposición de servidumbres<sup>29</sup>. Aunque en otro tiempo quedaban fuera de los libros registrales, su anotación registral confirma el contenido y los efectos que son consustanciales al Registro de la Propiedad.

En realidad, lo que sucede es que las afecciones legales se plasman de muy distintas formas. Una de ellas es la publicación del planeamiento, otra la de su anotación registral con arreglo a las normas registrales, pero caben otras como su realidad física o el expediente administrativo.

#### IV. LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS CIVILES DEL INTERÉS LEGÍTIMO QUE NACE DE LAS VINCULACIONES URBANÍSTICAS

Como vimos, junto a la carga urbanística sobre el inmueble, nace un interés jurídico que tienen los usuarios beneficiarios.

Pese a que las utilidades que pueden extraerse de las servidumbres reguladas en el Código civil y las que surgen de las determinaciones urbanísticas son iguales y ambas pueden conceder un derecho de uso, la posición jurídica de los usuarios, en uno y otro caso, no son iguales.

Centrados en la determinación urbanística correspondiente al destino del inmueble en el ámbito administrativo de la vinculación urbanística, hemos definido la posición del usuario basada en el interés general, como un interés jurídicamente protegido, mientras que al titular de la servidumbre se le concede un derecho subjetivo real.

Esta diferencia puede colocar en inferioridad al usuario de la determinación urbanística en el ejercicio de acciones judiciales, sin embargo no está exento de consecuencias jurídicas en el ámbito civil frente a los

abusos o incumplimientos que puedan generarse por parte del titular del inmueble gravado. Reconocido el efecto real de las vinculaciones urbanísticas con relación al inmueble que las soporta y volviendo al ejemplo que sirve de guía, es hora de preguntarse por la posición de quien usa el aparcamiento.

Debemos resolver si a la referida acción popular puede añadirse algunos efectos civiles. En este trabajo analizaré si la determinación urbanística condiciona los pactos privados sobre el plazo que acuerde el propietario del aparcamiento con los propietarios de los locales comerciales y los usuarios. Hasta dónde se pueden sobrepasar los límites naturales del interés general que representa la determinación urbanística con los contratos que se pacten para usar el aparcamiento.

La cuestión es resolver hasta qué punto la naturaleza pública de la determinación urbanística, de destinar parte del edificio para aparcamiento y de facilitar su uso a los propietarios de locales comerciales, produce consecuencias sobre posibles pactos. Hasta donde llega la sombra de la eficacia de la determinación urbanística en dichos pactos.

Debemos pensar que ese derecho de uso para los comerciantes del Centro Comercial que hemos puesto como ejemplo, no nace solo del contrato de aparcamiento que haya realizado su propietario con los comerciantes necesitados de aparcamiento, sino que también trae causa de la vinculación que ha de respetarse, consistente en ofrecer plazas de aparcamiento. La ley o el planeamiento contiene un mandato que se cumple en el inmueble, que a la vez constituye un interés que faculta para reclamar su constitución, pero que también debemos preguntarnos si puede justificar un derecho del beneficiario a renunciar a su utilización cuando el aprovechamiento del interés general que representa la vinculación urbanística haya dejado de interesarle.

Para analizar todos los efectos de la determinación urbanística no podemos olvidar el carácter administrativo de la función urbanística, que a la vez provoca un efecto real y que no acompañará a otro tipo de aparcamientos, contruidos voluntariamente para mayor comodidad de los habitantes de un inmueble. Lo que pretendo explicar es cómo, esas vinculaciones legales, alcanzan el concepto de efecto real y que el haz de facultades de carácter imperativo que lo acompañan, condiciona toda su regulación, haciéndola distinta a otros contratos civiles de cesión de uso, que no arrastran una carga urbanística.

La respuesta parece que ha de venir del carácter prioritario e imperativo del Derecho estatutario urbanístico y de lo dispuesto en el artículo 550. De este precepto puede deducirse que *todo lo concerniente* a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título.

Desde este punto de vista analizamos algunos de estos efectos civiles, como la posibilidad de los usuarios beneficiados por la determinación urbanística de declarar la nulidad de las cláusulas que la contradigan.

En especial interesa analizar la cláusula que obligue a los comerciantes a pagar una renta o canon durante el tiempo pactado en el contrato, aunque ya no usen ni quieran usar el aparcamiento.

La cuestión no está exenta de efectos prácticos. Volviendo al ejemplo práctico expuesto, de contrario se puede argumentar, con base en el principio de autonomía de la voluntad, que el pacto de arrendamiento realizado entre el propietario del aparcamiento y los comerciantes, por un precio y una duración determinada, es perfectamente válido.

Sin embargo, siendo los arrendamientos de locales de negocio, contratos en los que normalmente se pacta una larga duración, junto con una revisión de renta, su conmutatividad en la asunción de riesgos, ha sido puesta en entredicho en muy variadas circunstancias.

Sirvan como demostración los incontables arrendatarios de locales de negocio que se han visto obligados a cerrar como consecuencia de la crisis económica iniciada en el año 2007, o los recientes efectos del Covid-19, formalizados con base en las expectativas económicas anteriores a esa fecha.

Las tristes circunstancias del 2007 llevaron a los tribunales muchas controversias entre el arrendador y el arrendatario para determinar la obligatoriedad o no del pago de todas las rentas correspondientes al plazo pactado, generando una jurisprudencia que ofrece soluciones muy heterogéneas sin llegar a sentar una doctrina jurisprudencial unívoca y segura. Los efectos del Corona-Virus han sido abordados legislativamente mediante Decretos gubernamentales urgentes, aplazando el pago de las rentas.

En el ejemplo que nos ocupa, parece razonable que, los comerciantes necesitados de aparcamiento para cumplir una normativa sectorial imperativa, y beneficiarios del interés legítimo que para ellos representa la determinación urbanística, en primer lugar, puedan alegar la nulidad de la cláusula que les obligue a pagar el canon o renta del aparcamiento después de haber abandonado toda actividad en el Centro Comercial.

## 1. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE OBLIGA AL PAGO DEL USO

Para comprender la nulidad de la cláusula que obligue a seguir pagando el canon por uso de aparcamiento cuando ya se ha abandonado el Centro Comercial, es muy importante resaltar el carácter perpetuo de la vinculación urbanística sobre el destino del aparcamiento. Carácter perpetuo que va a acompañar a las plantas de aparcamiento, y que no puede ser modificado por el propietario del arrendamiento, sin contradecir el interés general que representa.

Resulta que, cuando el usuario del aparcamiento se ve obligado a pactar en un contrato, una duración determinada durante la que podrá utilizar el aparcamiento y se vea obligado a retribuirlo, por dos razones, está pactando en contra de la naturaleza de la determinación urbanística. En primer lugar, porque el propietario sabe que su obligación es perpetua, de modo que siempre tendrá el deber de prestar el servicio de aparcamiento, aunque haya pactado un plazo de diez años. Por tanto, cuando pacta el plazo de diez años de obligado cumplimiento, está modificando el carácter permanente de la determinación urbanística. Aunque se hayan agotado los diez años, el propietario está obligado urbanísticamente a seguir dando ese servicio, por lo que está pactando en contra de la cláusula.

Los locales que configuran el aparcamiento del Complejo, vienen a soportar una especie de *iura in re aliena*, servidumbre o derecho real sobre el inmueble, pero que viene impuesto por la legislación sectorial de obligado cumplimiento para obtener la licencia<sup>30</sup>, del que no puede prescindir quien lo adquiera posteriormente, por lo que creo que no puede someterse a plazo, ni puede quedar afectado por ningún acto dispositivo, nacido de la autonomía de la voluntad, que contraría su finalidad. La afección sujeta directamente un determinado espacio físico de un inmueble, a la posesión exclusiva de quien lo necesite, que es oponible frente a todos e indisponible para la propietaria del aparcamiento, si es que contradice el interés general. La propietaria no puede destinar las plantas de aparcamiento a otra actividad, ni puede negar el aparcamiento después de los diez años. Sí podrá exigir un canon mientras se utilice o constituir derechos reales a favor de los titulares del Centro Comercial que les garanticen el uso de dichas plazas, mientras exploten locales comerciales, pero entiendo que no podrá contradecir la lógica de la determinación urbanística sobre las plantas de aparcamiento que vincula a su propietario, pero que, en modo alguno puede exigir algo ajeno al interés general como que, quien no usa las plantas de aparcamiento vinculado urbanísticamente por necesidad comercial, tenga que seguir pagando como si lo usara, aunque lo hayan pactado mediante contrato. Por ello el interés colectivo y público que subyace en la ejecución de todo planeamiento, si ya no es aprovechado por quien ya no tiene intereses en el Centro Comercial, podrá desvincularse del pago.

Un arrendamiento de esas características no solo depende de la voluntad del propietario del aparcamiento que le permita establecer el tiempo en virtud de unos pagos periódicos, sino, de un derecho de utilización con efectos urbanísticos reales sobre las fincas, que solo debe obligar a quien explote locales comerciales en el Centro, pero precisamente por su configuración urbanística no puede obligar a quien no utiliza el suelo vinculado.

Se trata de un interés jurídicamente protegido de naturaleza urbanística oponible a su propietario que persigue al aparcamiento, que acarrea una



limitación para el propietario privado del aparcamiento consistente en no poder disponer libremente de todas las plazas de garaje, sin dicha carga.

Podrá interpretarse que la cláusula es nula por contradecir normas imperativas (art. 6 CC).

## 2. LA EXTINCIÓN O RESOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL CANON POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO

Lo mismo que el Tribunal Supremo ha aplicado ideas de causa y fin del contrato, como soporte básico para analizar las alteraciones que se puedan producir en la etapa de su cumplimiento, también han de servir para resolver a favor de que el usuario pueda desligarse de pagar el canon de uso si ha abandonado el aparcamiento.

El Tribunal Supremo ha manejado un sinfín de criterios para justificar, moderar o denegar la obligatoriedad de pagar la renta si se abandona el arrendamiento antes de que termine el plazo pactado. Últimamente se recurre a la interpretación literal de cada contrato, pero también, en no pocas ocasiones, se sitúa el marco valorativo con base en las circunstancias fácticas del caso.

No procede ahora reproducir las doctrinas y jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, la del equilibrio o economía contractual, la teoría de la imprevisión que posibilita la liberación de la vinculación contractual en aquellos casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias que han sido para los contratantes imprevisibles; la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, cuando se trata de eventos o sucesos que provocan una excesiva onerosidad sobrevenida de las prestaciones contractuales, contraria a toda equidad; o la excesiva onerosidad de la desaparición de la base del negocio, en las que el Tribunal Supremo ha justificado la extinción o la moderación de las rentas pendientes cuando observa un comportamiento de la arrendadora del que se pretende extraer un provecho poco equitativo (arts. 1103, 1154 CC)<sup>31</sup>, en las que se trata de evitar situaciones desproporcionadas, arbitrarias e injustas que el arrendatario no tiene la obligación de tolerar, problema que no puede ser resuelto sino a través del expediente de la equidad, de la ponderación de los hechos y circunstancia concurrentes en cada caso<sup>32</sup>.

En esta falta de homogeneidad es preciso preguntarse por otras posibles causas de extinción de la obligación del arrendatario del pago de la renta en el caso de cierre del local antes de la terminación del arrendamiento.

En el marco de las relaciones contractuales de tracto sucesivo como es el arrendamiento, la alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes en el momento de suscribir el contrato puede conllevar una ruptura del equilibrio entre las partes contratantes que convierta en excesivamente gravosa

la prestación de una de las partes con respecto a la otra<sup>33</sup>. La existencia o la subsistencia de un determinado estado de cosas como básico o como esencial para el desarrollo de la relación obligatoria, y su modificación posterior deroga el principio de *pacta sunt servanda* cuando una incondicionada fidelidad al contrato puede conducir a unas consecuencias que claramente aparecen como injustas. A este respecto se articula la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, que entiende que existe una voluntad implícita de las partes en todos los contratos que tienen tracto sucesivo o que dependen de un hecho futuro que subordina la continuación del contrato al mantenimiento del *statu quo*. El contrato obliga mientras las cosas continúen así y determina la posibilidad de resolver la relación obligatoria si esta resulta sobrevenidamente falta de sentido, de fin o de objeto, de acuerdo con dicha voluntad lógica inmanente<sup>34</sup>.

En el caso que nos ocupa la aplicación del concepto de causa en el pacto sobre el uso del inmueble del aparcamiento del Centro Comercial, coincide con el cumplimiento de la determinación urbanística, que exige a los propietarios disponer de plazas de aparcamiento.

La causa de estos pactos que se realicen es distinta a la causa de los contratos que se realicen sobre el uso de un inmueble que su propietario destina voluntariamente a aparcamiento, sin que venga determinada por el planeamiento.

Esta conclusión puede resolver la cuestión de la validez de las cláusulas que pretendan someter a los usuarios del aparcamiento a la obligatoriedad de pagar el canon cuando ya han abandonado el Centro Comercial y dejado de usar el aparcamiento. Debido a tener por fin el cumplimiento de un interés general exigido legalmente, con carácter real, entiendo que los usuarios podrán alegar que abandonado el Centro Comercial la obligación de pagar un canon se extinguirá por falta de causa.

Los usuarios podrán renunciar a aprovechar el interés general que representa el aparcamiento que constituye y es causa de la determinación urbanística.

Debemos distinguir pues los efectos jurídicos de las determinaciones urbanísticas, para el propietario del inmueble que las soporta y que no puede negociar su contenido fuera del interés general, de los efectos jurídicos de las determinaciones urbanísticas para los usuarios y beneficiarios del interés general, pero para defender que tampoco a estos se les puede someter a un plazo de cumplimiento, utilicen o no el aparcamiento, sino que el interés general debe justificar que podrán hacer uso cuando lo necesiten y dejar de usarlo y de pagar el canon cuando lo deseen.

Las facultades del usuario del servicio que representa la determinación urbanística de dedicar el inmueble al aparcamiento, no pueden ser sometido a los límites de interés privado que representan los derechos subjetivos reales, dirigidos a conciliar los derechos de terceros con las cargas y gra-

vámenes que el propietario del inmueble ha constituido voluntariamente<sup>35</sup>, y que pueden nacer y extinguirse, entre otras cosas, por la autonomía de la voluntad. Y ello es debido a que el interés general que representa la vinculación no puede desvirtuarse sometiéndola a un plazo, sino que debe ofrecer un servicio para aquel que lo necesite en cada momento, sin obligar a su permanencia.

De lo expuesto parece lógico que los contratantes del uso del aparcamiento tengan presente dicho interés general y no puedan pactar nada que vaya en contra de dicho interés, ínsito en la determinación urbanística dirigida a cumplir una legislación sectorial de comercio que obliga a disponer de plazas de aparcamiento en proporción a los metros cuadrados de superficie comercial.

Parece lógico que no pueda tratarse de la misma forma a dichos usuarios que a quien alquila una plaza de un garaje que no está sometido a una determinación urbanística.

El pacto por el que se obliga a un usuario a seguir pagando el aparcamiento aunque no lo utilice no es conforme con los conceptos de interés general y buena fe. Jurídicamente parece más adecuado que esas normas urbanísticas, integren y condicionen las facultades dispositivas del propietario y las obligaciones del usuario del aparcamiento, no pudiendo exigir la continuidad de pagar el canon cuando ya no necesita el aparcamiento, ni lo usa.

Lo lógico es que esos pactos privados de arrendamiento sean dependientes de la determinación urbanística; y si desaparece la necesidad de uso, desaparece la causa del pacto. La razón es que no puede haber pactos que traten de contradecir el interés general.

Por tal motivo, así como para el propietario la determinación urbanística es permanente, para el titular del derecho al uso no puede permanecer la obligación de continuar con el uso que le ha sido impuesto por la legislación sectorial de comercio.

Como cualquier otra dotación urbanística (un parque, unas instalaciones deportivas), el usuario del aparcamiento satisface su interés general si lo desea, pero no puede obligársele a estar vinculado a su uso eternamente, ni por consiguiente a su pago.

Interviene además en el contrato descrito una característica especial consistente en que los comerciantes no tienen más remedio que contratar ese aparcamiento situado en el conjunto inmobiliario, restringiéndose absolutamente la autonomía de la voluntad. Si el contrato de arrendamiento analizado es impuesto o es el resultado de la situación fáctica en la que el arrendador ha colocado al arrendatario, por la que no puede evitar pactar el arrendamiento, el arrendador no puede pactar abusivamente un tiempo obligatorio.

Si como apuntamos el citado interés legítimo de usar el aparcamiento que nace de la determinación urbanística no tuviese más efecto que el de ejercitar la acción pública del derecho urbanístico, el usuario vendría obligado a pagar el aparcamiento durante los años de obligado cumplimiento pactados en el contrato de arrendamiento, aunque ya no lo use. Mientras que si caben otros efectos derivados del cumplimiento del interés general que representan las normas y el planeamiento urbanístico, podremos argumentar que quien se ha visto obligado a pactar un uso del aparcamiento para cumplir la legislación sectorial de comercio, si ha cerrado su negocio y ha dejado de utilizar el aparcamiento, entiendo que debe ser merecedor de liberarse del pago.

Esta interpretación coincide con los más elementales principios de la equidad y de la lógica, pero también con el papel que ha de jugar la causa de aquel pacto de obligado cumplimiento para el usuario del inmueble sometido a la determinación urbanística.

A través del concepto de «justa causa» pueden encontrarse efectos para los intereses legítimos que nacen de la determinación urbanística y denunciar unilateralmente el contrato de arrendamiento. En este caso, el abandono del uso del aparcamiento no puede suponer una resolución unilateral de un contrato sino el ejercicio de una facultad de carácter legal, real y urbanística, que le permite al usuario renunciar.

Si por causa entendemos la finalidad hacia la cual la prestación se dirige, esta viene expresada con la idea de interés que tienen los comerciantes por cumplir con la vinculación sectorial de disponer de plazas de aparcamiento que merece ser tutelado como elemento estructural de la prestación.

En el caso que nos ocupa la única razón o finalidad del contrato de utilización del aparcamiento es la necesidad que por imperativo legal tienen los comerciantes del Centro Comercial de disponer de plazas de aparcamiento. La reconstrucción tipológica de la realidad que se pretende con la formalización del contrato, que no es más que poder cumplir la vinculación urbanística, interpretada con buena fe, no puede llevarnos más que al resultado de la ineficacia de la obligación que obligue al propietario de los locales comerciales a permanecer pagando el uso del aparcamiento, aunque ya no lo usen ni mantengan comercios en el Centro. El cumplimiento después del abandono, contradiría la causa, razón de ser o finalidad de la determinación urbanística, no solo por su vinculación real, sino por su vinculación imperativa, por lo que podría considerarse contraria al orden público. Lo cual podría traducirse igualmente en una ilicitud de la causa de aquel contrato de arrendamiento que contenga la cláusula de pago obligatorio de la renta más allá del momento en que se abandona el Centro Comercial.

Los locales que configuran el aparcamiento del comercio, vienen a soportar una especie de *iura in re aliena*, servidumbre o derecho real sobre el

inmueble, pero que viene impuesto por la legislación sectorial de obligado cumplimiento para obtener la licencia<sup>36</sup>, del que no puede prescindir quien lo adquiera posteriormente, por lo que creo que no puede someterse a plazo, ni puede quedar afectado por ningún acto dispositivo, nacido de la autonomía de la voluntad, que contraría su finalidad. La afección sujeta directamente un determinado espacio físico de un inmueble, a la posesión de quien lo necesite, que es oponible frente a todos e indisponible para la propietaria del aparcamiento, si es que contradice el interés general. La propietaria no puede destinar las plantas de aparcamiento a otra actividad. Sí podrá constituir derechos reales a favor de los titulares del Centro Comercial que les garanticen el uso de dichas plazas, mientras exploten locales comerciales, pero entiendo que no podrá contradecir la lógica de la determinación urbanística sobre las plantas de aparcamiento que vincula a su propietario, pero que, en modo alguno puede exigir algo ajeno al interés general como que, quien no usa las plantas de aparcamiento vinculado urbanísticamente por necesidad comercial, tenga que seguir pagando como si lo usara, aunque lo hayan pactado mediante contrato. Por ello el interés colectivo y público que subyace en la ejecución de todo planeamiento, ya no es aprovechado por quien ya no tiene intereses en el Centro Comercial.

Un arrendamiento de esas características no solo depende de la voluntad del propietario del aparcamiento que le permita establecer el tiempo en virtud de unos pagos periódicos, sino, de un derecho de utilización con efectos urbanísticos reales sobre las fincas, que solo debe obligar a quien explote locales comerciales en el Centro, pero precisamente por su configuración urbanística no puede obligar a quien no utiliza el suelo vinculado.

Se trata de un interés jurídicamente protegido de naturaleza urbanística oponible a su propietario que persigue al aparcamiento, reconocido que acarrea una limitación para el propietario privado del aparcamiento consistente en no poder disponer libremente de todas las plazas de garaje, sin dicha carga.

La buena fe objetiva conecta con la idea de realización del fin contractual y está al servicio del interés de la prestación<sup>37</sup>. Los intereses en juego interpretados con buena fe hacen inviable una exigencia de pago cuando ya no se precisa cumplir la vinculación a plazas de aparcamiento. Por eso la necesidad legal de uso, atendiendo a la vinculación urbanística, debe poder renunciarse cuando ya no se tengan propiedades en el Conjunto, ni exploten superficies comerciales, porque todo aprovechamiento urbanístico puede renunciarse.

Tanto la causa interpretada como función, como la causa entendida como motivo desaparecen cuando deja de necesitarse el uso que garantiza el interés general que representa la determinación urbanística, debiendo entenderse que el usuario puede resolver unilateralmente el contrato (1258 CC).

Una cláusula como la examinada, podría considerarse contraria al orden público. Lo cual podría traducirse igualmente en una ilicitud de la causa de aquel contrato de arrendamiento que contenga la cláusula de pago obligatorio de la renta más allá del momento en que se abandona el Centro Comercial.

A efectos de extinción, conviene volver a la distinción entre el deber urbanístico (*obligatio propter rem*) que representa la afección del planeamiento, de los derechos subjetivos que proporciona (*ius in re aliena*). Y así como el primero, no es renunciable persigue al bien y permanecerá mientras no desaparezca, el segundo que se deriva de aquel deber, su renuncia no contraría el interés o el orden público, ni perjudica a tercero (art. 6.2 CC).

## V. CONCLUSIONES

I. La doctrina administrativista ha considerado las determinaciones del Planeamiento como obligaciones o limitaciones legales derivadas de la función social de la propiedad sin consideración a su efecto jurídico-privado-real.

II. Las determinaciones urbanísticas tienen efecto real, *erga omnes* desde la publicidad del Planeamiento.

III. La inscripción de las afecciones urbanísticas no es constitutiva aunque en ocasiones es obligatoria.

IV. Las determinaciones urbanísticas por su publicidad no pueden considerarse incluidas dentro de los términos «carga» o «gravamen» del artículo 1483 del Código civil.

V. Las obligaciones o limitaciones legales derivadas de la función social de la propiedad pueden atribuir recíprocamente derechos subjetivos privados de naturaleza real a favor de privados.

VI. Una cláusula que obligara al que fuera titular de un derecho urbanístico de uso a continuar en el uso o en las obligaciones de pagar por el uso pese a su renuncia o abandono del bien sería contraria al orden público y no tendría causa en qué justificarse.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid, Marcial Pons.
- CHINCHILLA, C. (1995). «Ciudadano» (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, I.
- DÍAZ ROMERO, M. R., *El Derecho de Propiedad: concepto y modos de adquisición*, (2009). Isabel Sierra Pérez, coordinadora, Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuters.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALONSO, L. (1979). *Lecciones de derecho urbanístico*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA, J. M. (1999). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V (Urbanismo y Registro), Madrid, Civitas.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1985). *Las relaciones de vecindad en el Código civil, Tratado técnico-jurídico de la edificación y del Urbanismo*, tomo III, Madrid, 16-17.
- MARTÍN MATEO, R. (1996). El estatuto de la propiedad inmobiliaria, *RAP* núm. 52.
- MONTES, V. (1980). *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid, Civitas.
- O'CALLAGHAN XAVIER (2012). *Compendio de Derecho civil*, tomo III, 71, Madrid, Editorial Ramón Areces.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2016). *Manual de Derecho Urbanístico*, Vigésimocuarta edición, Pamplona, Civitas, Thomson Reuters.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNIL, L. y BERNA I XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, tomo II vol. 2, 9.º, Barcelona, ed. Bosch.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995). *Intereses legítimos* (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II. Madrid, Civitas.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho administrativo*, I. Madrid,
- SERRANO ALBERICA, J.M. (1995). *El Derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Pamplona, Aranzadi.
- ZANNONI, E. A. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, 2.ª ed.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 7 de enero de 1906
- Sentencia de 27 de enero de 1906
- Sentencia de 5 de enero de 1916
- Sentencia de 7 de diciembre de 1944
- Sentencia de 8 de octubre de 1949
- Sentencia de 7 de diciembre de 1956
- Sentencia de 19 de mayo de 1958
- Sentencia de 8 de enero de 1962
- Sentencia de 20 de enero de 1964.
- Sentencia de 3 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 347)
- Sentencia de 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 2001, 5346)
- Sentencia de 25 de abril de 1983 (*RJ* 1983, 2125)
- Sentencia de 20 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4906)
- Sentencia de 12 de marzo de 1985 (*RJ* 1985, 1154)

- Sentencia de 10 de enero de 1990
- Sentencia de 19 de enero de 1990 (*RJ* 1990, 16)
- Sentencia de 28 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 726)
- Sentencia de 15 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10494)
- Sentencia de 24 de febrero de 1993
- Sentencia de 8 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4905)
- Sentencia de 15 de febrero de 1995
- Sentencia de 28 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3860)
- Sentencia de 30 de mayo de 1997
- Sentencia núm. 934/1997 de 23 de octubre (*RJ* 1997, 7181)
- Sentencia de 17 de diciembre de 1997
- Sentencia de 3 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 1308)
- Sentencia de 10 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2027)
- Sentencia de 29 de julio de 2002
- Sentencia de 26 diciembre 2002 (*RJ* 2003, 1275)
- Sentencia de 29 de junio de 2005 (*RJ* 2005, 5921)
- Sentencia núm. 1139/2006 de 17 de noviembre (*RJ* 2006, 8932)
- Sentencia de 8 de noviembre de 2007
- Sentencia de 29 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 6295), rec. 3861 de 2001
- Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 538) rec. 2259/2002
- Sentencia de 8 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6027)
- Sentencia núm. 596/2010 de 30 de septiembre (*RJ* 2010, 8006)
- Sentencia núm. 463/2012 de 18 de diciembre
- Sentencia núm. 421/2012 de 4 de julio (*RJ* 2013, 2258)
- Sentencia de 11 de julio de 2014 (*RC* 2012, 1589)
- Sentencia núm. 117/2018 de 6 de marzo (*RJ* 2018, 943)
- Sentencia núm. 325/2018 de 30 de mayo
- Sentencia núm. 330/2018 de 30 de mayo (*RJ* 2018, 2355)
- Sentencia núm. 392/2018 de 21 de junio (*RJ* 2018, 2925)
- Sentencia núm. 327/2018 de 30 de mayo (*RJ* 2018, 2348)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, (SECCIÓN 5.<sup>a</sup>), TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3581)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, (SECCIÓN 2.<sup>a</sup>) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE PAÍS VASCO

- Sentencia núm. 463/2012 de 18 de diciembre
- Sentencia núm. 456/2016 de 25 de octubre (*JUR* 2016, 271865)



## AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la AP de Valencia de 19 de octubre de 1996
- Sentencia de la AP de Valencia de 19 de octubre de 1996
- Sentencia de la AP de Pontevedra de 15 de abril de 1998
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 163/2005 de 15 de marzo (*JUR* 2005, 115872)
- Sentencia de la AP de Murcia de 18 de diciembre de 2012, núm. 463/2012 (*JUR* 2013, 34605)
- Sentencia de la AP de Madrid n.º 123/2009, de 11 de marzo de 2009 (*JUR* 2010, 270678)
- Sentencia AP Barcelona (Secc. 13.<sup>a</sup>) de 31 de julio de 2010
- Sentencia de la AP Segovia de 23 de marzo de 2011
- Sentencia de la AP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2012
- Sentencia de la AP de Tarragona (1.<sup>a</sup>) de 3 de septiembre de 2012
- Sentencia de la AP de Murcia (Sección 5.<sup>a</sup>) núm. 463/2012, de 18 de diciembre (*JUR* 2013, 34605)

## DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 3 de septiembre de 1982
- Resolución de 4 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1524)
- Resolución de 14 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10611)
- Resolución de 2 de junio de 2006

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 33.2. *La función social del derecho de propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*

<sup>2</sup> Los artículos 15, 16 y 17 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, señalan el contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes, cargas, prohibiciones, según el tipo de suelo: El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende los deberes de usarlos del modo que establece la ordenación territorial y urbanística. Conservarlos en determinadas condiciones que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos. Realizar las obras, garantizar los deberes y el pago de cargas de urbanización con la afectación real del inmueble, que se hará constar, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad, mantenimiento de la masa vegetal, el medioambiente.

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 421/2012 de 4 de julio (*RJ* 2013, 2258); 29 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 6295), rec. 3861 de 2001, Sentencias de 22 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 538), rec. 2259/2002 y 30 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 8006), rec. 2108 de 2006.

<sup>4</sup> Se utiliza el término facultad, como ámbito de poder de menos extensión objetiva que el derecho subjetivo en el que se integran y generalmente, se han de considerar

dependientes de la vida o dinámica del propio derecho subjetivo matriz LASARTE, C. Parte General y derechos de la persona, Marcial Pons, Madrid, 2018. P. 101.

<sup>5</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), Sentencia de 29 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 5049). Tales determinaciones se mantuvieron en el artículo 57 del TR76 (*RCL* 1976, 1192), en el artículo 134 del TRLS 92 (*RCL* 1992, 1468 y *RCL* 1993, 485) —precepto que no fue afectado por la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo (*RTC* 1997, 61)—, y que se mantuvo en vigor en la posterior Ley 6/1998, de 13 de abril (*RCL* 1998, 959), de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV [*RCL* 1998, 959]). Finalmente, si bien el vigente TRLS08, carece de precepto específico que así lo explicita como en las leyes anteriores, tal silencio no cabe interpretarlo como ausencia de obligatoriedad, pues la obligación de cumplimiento es un efecto indefectible de las normas jurídicas, que se produce por su publicación en el Diario Oficial que corresponda (*ex art.* 52.1 de la LRJPA) y tal efecto y su carácter vinculante para las Administraciones es consecuencia del principio de legalidad (*ex art.* 103.1 de la CE [*RCL* 1978, 2836]) pues el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho comprende, obviamente, sus propias disposiciones generales, de lo que resulta la ilegalidad de las resoluciones que vulneren una disposición de carácter general (*ex art.* 52.2 de la LRJPA [*RCL* 1992, 2512, 2775 y *RCL* 1993, 246])» será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística». Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2010 (*RJ* 2011, 997).

En fin, el carácter vinculante de los Planes de Urbanismo para las Administraciones determina la obligación, para estas, de cumplir sus determinaciones, pues como ha declarado esta Sala en su STS de 29 de octubre de 2010 (*RJ* 2011, 997), RC 1381/2006, «*el mentado artículo 134.1, (del TRLS92) referido a la obligatoriedad de los planes, impone a los particulares y a la Administración la sujeción a las determinaciones contenidas en los mismos, porque son verdaderas normas jurídicas, de rango reglamentario.*»

<sup>6</sup> Es habitual en las legislaciones autonómicas sobre Directrices Comerciales un imperativo dotacional pormenorizado para obtener licencia, exigiendo el Planeamiento, para obtener licencia de Centros Comerciales mantener una previsión de aparcamiento exclusivo *para la clientela* en el Complejo para asegurar su servicio a los comercios, de un número de plazas por *metros cuadrados de superficie comercial*.

<sup>7</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988), Fundamentos de Derecho administrativo, I. Madrid, 874 y sigs.; CHINCHILLA, C. (1995) «*Ciudadano*» (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica, I*, Civitas, Madrid, 1043-1045; SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995) «*Intereses legítimos*» (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica, II*. Madrid, Civitas, 3662-3663.

<sup>8</sup> ZANNONI, E.A. *El daño en la responsabilidad civil* (1987). Buenos Aires, 2.ª ed., 30. Califica este autor de simples intereses aquellos «que no han logrado trascender como presupuestos de un derecho subjetivo, y que, además, carecen de un medio de protección (legítimo) para asegurar su protección. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al derecho. O sea, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible».

<sup>9</sup> Sentencias de 5 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 1623), 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4981) y 16 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6411), por un lado, y la Sentencia de 12 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 3976).

<sup>10</sup> Saneamiento por vicios (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 934/1997 de 23 de octubre (*RJ* 1997, 7181), *trascendencia resolutoria, ocultamiento del vendedor su ocultación es acreditativa de actuación de mala fe, que determina incumplimiento al generar error en el consentimiento de los compradores que resultó de esta manera viciado e inválido, al afectar con intensidad a la sustancia, en este caso configuración topográfica, superficial de explotación y aprovechamiento de la finca, conforme dispone el artículo 1266 del Código civil, pues como consecuencia de la maniobra de ocultación y habiendo quedado probado el desconocimiento por los adquirentes de la situación urbanística que pesaba sobre la*

*finca, estos no tuvieron oportunidad de haber llevado a cabo la compra estando enterados debida y previamente de los condicionamientos que la afectaban y de su conformación en el futuro, para poder expresar así su consentimiento en adquirirla con toda libertad, con lo que su actuación ha sido en todo momento regido por la buena fe, que no observaron los recurrentes, en atención a lo que se deja dicho... El error de referencia se presenta en este caso como una falsa representación de la realidad y resulta invalidante por ser influyente, trascendental, reconocible y excusable y referirse a la identidad total del objeto, es decir lo que constituyó materia de la relación contractual creada, y haber sido inducido por engaño de las partes recurrentes, como vendedoras, generando un concepto equivocado y un juicio falso sobre el objeto en que recayó el consentimiento prestado al comprar y actúa en este caso como plus que refuerza la resolución instada por los compradores, toda vez que no se propuso ni se debatió la posible ineficacia de la compraventa llevada a cabo... En este sentido, esta resolución, y la postura que la sustenta, parte de una clara diferenciación de un concepto puramente administrativo como es el de afección o afectación con relación a un concepto puramente civil como es el de carga o gravamen.*

Esta postura queda claramente recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de diciembre de 2012 (Sentencia n.º 463/2012, jura/2013/34605), (supra) y en la Sentencia n.º 123/2009, jura/2010/270678 de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo de 2009: *la afección de la parcela se produce en tanto se encuentre vigente la nota marginal, mas, cancelada esta, sea cual fuere la causa de la cancelación se pierde la garantía. Por tanto y en síntesis esta resolución no hace sino recoger la posición jurisprudencial a este respecto y que trata las consecuencias de la afección urbanística desde un punto de vista estrictamente civil y que se puede resumir en: 1.- La afección urbanística nunca puede equipararse a una carga; 2.- Caducada la afección, la finca pierde la condición de garantía real respecto de los gastos de urbanización, y por tanto; 3.- Los adquirentes que adquieren la finca una vez caducada la afección no responden por este concepto, ya que únicamente se trata de una deuda personal entre el anterior propietario y la entidad urbanística. En línea con esta postura se pueden mencionar otros debates doctrinales y jurisprudenciales sobre los efectos y la naturaleza de las afecciones y cargas urbanísticas que les han restado de gran parte de su efectividad. Así pues algún sector doctrinal ha defendido la equiparación de las afecciones urbanísticas con la hipoteca legal tácita, pero tanto la práctica como un análisis profundo de las consecuencias de las afecciones han desvirtuado estas afirmaciones. Pero estas interpretaciones, lejos de aportar claridad, dan lugar a que se generen una serie de interrogantes, que si bien en ciertos momentos podían considerarse teóricos, en la actual coyuntura económica, y sobre todo la más que previsible falta de gestión de suelo dan lugar a serios problemas prácticos...* Desde esta perspectiva la jurisprudencia ha analizado este concepto y ha llegado a la conclusión ya anunciada, esto es, que las afecciones urbanísticas no son cargas ni gravámenes desde un punto de vista civil.

La Sentencia de 8 de enero de 1962 no estimó la alegación de dolo invocada por los compradores en un supuesto en el que la finca vendida estaba incluida en la zona acotada por un Decreto de 1946 para un Plan de Colonización que todavía no se había ejecutado en 1954, fecha de la venta, pero se publicó en 1955 y afectó a la finca. Otras decisiones han buscado en la acción ex estipulante la sanción de comportamientos dolosos o reticentes a la información que la buena fe impone ofrecer al comprador. Tales, entre otras, las Sentencias de 5 de enero de 1916, 7 de diciembre de 1944, 8 de octubre de 1949 y, 19 de mayo de 1958.

<sup>11</sup> Sobre los efectos de la inscripción de las cargas urbanísticas Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 1139/2006 de 17 de noviembre (*RJ* 2006, 8932).

<sup>12</sup> El derecho de uso de plazas de aparcamiento, como derecho real autónomo y comercializable, está reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 392/2018 de 21 de junio (*RJ* 2018, 2925); sentencia núm. 325/2018 de 30 de mayo. Sentencia núm. 117/2018 de 6 de marzo (*RJ* 2018, 943);

sentencia núm. 330/2018 de 30 de mayo (*RJ* 2018, 2355); sentencia núm. 327/2018 de 30 de mayo (*RJ* 2018, 2348) que valoran el citado uso en un concurso como activo. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3581). El derecho de uso se contempla en los Reglamentos de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno Valenciano, referentes a «reserva mínima de aparcamiento en sectores terciarios» y a «reserva mínima de aparcamiento en sectores residenciales» ya que, según alega, de acuerdo con dichas normas y a falta de norma específica aprobada por la Conselleria competente, debía preverse una plaza por cada 100 m<sup>2</sup> construidos en parcela privada más el 50% en suelo dotacional público resultante de aplicar un estándar de aparcamiento de 1 plaza/100m<sup>2</sup> de techo en las Áreas A11-Área Docente, A12-Área Técnica y A13-Área Hospitalaria y un estándar de 1 plaza/74 m<sup>2</sup> de techo en las Áreas A14-Área Este de Reserva Hospitalaria y A15-Área Sureste de reserva hospitalaria y de la previsión de 334 plazas correspondientes a la red viaria pública.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia de 15 de febrero de 1995, que vuelve a la doctrina tradicional del Tribunal Supremo acerca de la importancia de los datos físicos descriptivos del Registro a efectos probatorios: *la remota parcelación originaria (efectuada en la primera o segunda década de este siglo) de la finca rústica, la voluntad del causante de los actores (que la llevó a cabo) fue la de destinar un trozo de terreno a servicios comunes, pero no reservarse la propiedad del terreno preciso para tal fin porque entonces hubiera tenido que imponer unas complejas servidumbres, de contenido amplísimo, sobre su propiedad para dar servicios a los 43 solares que en la demanda se dice que quedó dividida la finca, y ninguna huella, mención o traza de tales servidumbres existe en la documentación obrante en autos, ni a ellas se ha aludido en los escritos de las partes litigantes».*

<sup>14</sup> Como explica la STS de 30 de mayo de 1997, relativa a un centro comercial, «la propiedad horizontal no es un tipo común de comunidad de bienes —copropiedad romana “pro indiviso” regulada en los artículos 392 y sigs. del Código civil— sino un supuesto de coexistencia de propiedad privada de los elementos privativos y comunidad inseparable de la anterior sobre los elementos comunes... Es decir, ante la realidad de un edificio, o de un complejo urbanístico, o de un centro comercial u otros casos de igual o mayor complejidad, en que coexistan elementos privativos y comunes, tan solo es posible acogerse a la Ley de Propiedad Horizontal para sancionar tal coexistencia y regular sus complejas relaciones de derechos y deberes, toma de acuerdos y participación en los gastos...». Esta fuerza de la LPH se constata en la variedad de supuestos en los que, por diversos motivos, acaba aplicándose: la SAP de Valencia de 19 de octubre de 1996 la aplica a un «camping», y la SAP de Pontevedra de 15 de abril de 1998 la aplica a un polígono industrial.

<sup>15</sup> Sobre la naturaleza del derecho de uso. Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 163/2005 de 15 de marzo (*JUR* 2005, 115872). En este sentido, la función calificadora, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del ordenamiento jurídico, de forma que la validez del acto jurídico de que se trate no ha de limitarse a la concurrencia de los requisitos propios y exclusivos del derecho civil sino también a las normas de carácter urbanístico que inciden, condicionan e incluso en ocasiones delimitan, el contenido iusprivatista del derecho de propiedad, pues no pueden admitirse contradicciones en el seno de un mismo ordenamiento jurídico sino que ha de ser contemplado y aplicado como un todo armónico. En concordancia con lo expuesto, resulta evidente que el registrador de la propiedad actuó acertadamente al acudir a las normas del derecho urbanístico para calificar el acto sometido a su consideración, puesto que las mismas son de obligado cumplimiento tal y como razona en el informe remitido a la Dirección General de los Registros y del Notariado, con cita del artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/90, de 12 de julio y artículo 100 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Catalunya, y resulta además de lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones,

según el cual las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, y a lo establecido en el artículo 19 del mismo texto legal, en el que establece que los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico. Por consiguiente, cuando se cita por el registrador el artículo 53 a) del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripciones en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, no significa que la calificación se fundamente de modo exclusivo en el citado precepto sino tan solo que tal precepto exterioriza de forma clara y concretada al supuesto discutido, lo que constituye un principio general del ordenamiento jurídico administrativo, cual es la búsqueda de plena armonía entre el Registro de la Propiedad y la normativa urbanística, o dicho en otros términos, la total sujeción de la actuación registral al principio de legalidad a que antes nos hemos referido. Por tanto, los argumentos de la apelante que pretenden una interpretación restrictiva del indicado precepto con base a su naturaleza reglamentaria, no son de recibo porque no tienen en cuenta la existencia de normas con rango de Ley que obligan a respetar las reglas del planeamiento urbano, entre las que se encuentran el uso que los particulares puedan dar a una edificación y que no resulta indiferente al Derecho Urbanístico, por elementales razones de organización urbana, atendida la incidencia que tal uso puede tener en el desarrollo y necesidades de una ciudad y de quienes la habitan. Sin embargo, y aún refiriéndonos a una época anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley, parece fuera de duda, que el acceso al Registro de la Propiedad de una división en propiedad horizontal que modifique su uso exige del registrador la determinación de si la misma se ajusta a la legislación administrativa, y así se recoge en las Resoluciones de la DGRN de 4/2/1992 (*RJ* 1992, 1524) y 14/12/1992 (*RJ* 1992, 10611).

<sup>16</sup> En cada una de las categorías, el instrumento de planeamiento determina usos globales o pormenorizados. El uso global es aquel que el Plan General asigna con carácter dominante o mayoritario a una zona o sector y que es susceptible de ser desarrollado en usos pormenorizados por el propio Plan General o por alguna otra figura de planeamiento.

El uso pormenorizado es aquel que el Plan General o los instrumentos de planeamiento que lo desarrollan asignan a una zona concreta.

Un cambio en los usos globales o pormenorizados requiere la modificación del planeamiento correspondiente.

La asignación de usos globales admite la implantación de usos distintos del dominante, bien sea como usos complementarios, accesorios o compatibles.

Son usos complementarios aquellos que por exigencia de la legislación urbanística o del propio Plan General, su implantación es obligatoria en cualquier caso como demanda del uso dominante y en una proporcionada relación con este.

Es uso accesorio aquel que complementa funcionalmente al dominante pero cuya implantación no es obligatoria.

Uso compatible es aquel cuya implantación puede coexistir con el uso dominante sin perder este ninguna de las características que le son propias dentro del ámbito o sector delimitado.

<sup>17</sup> En el artículo 532 del Código civil, se distinguen las servidumbres aparentes y no aparentes, dependiendo de si pueden reconocerse por signos exteriores que revelen el uso y aprovechamiento, o no.

<sup>18</sup> La jurisprudencia entiende que no cabe aplicar los efectos del artículo 1483 en los casos de error en el comprador de las condiciones urbanísticas, (Sentencias de 10 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2027), 3 de febrero (*RJ* 1981, 347) y 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 2001, 5346), por no poder ser equiparadas, a las cargas o servidumbres no aparentes que no

se mencionan en la escritura. En primer lugar, porque la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público de Planeamiento, y lo estuvo en el caso, como es de ver en la certificación del Excmo. Ayuntamiento sobre la finca que es la que fue objeto de compraventa. En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente; lo que no ocurre, desde luego, cuando se trate de circunstancias o de condiciones que estén en contradicción o supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos (Por ejemplo, se encuentre pendiente una modificación del Plan, o una decisión sobre su validez y/o eficacia que conozca ya la parte vendedora pero no haya trascendido al Registro o al Archivo), y es en supuestos como los apuntados cuando puede y debe tener relevancia el deber de información, así como en los casos en que la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición. A lo que ha de añadirse que el carácter institucional y la necesaria aplicación automática de la delimitación y de la conformación acordadas en los Planes.

<sup>19</sup> La vigencia de este precepto suscitó el problema de la conexión entre esta disposición y la del artículo 1483 del Código civil. La Sentencia de 11 de mayo de 1966 aproximó el régimen de ambos preceptos, fundamentó la acción del comprador en el error sufrido por el comprador, pero estimó que se trata de una acción de rescisión incardinable en el artículo 1291.5.º del Código civil.

<sup>20</sup> En las enajenaciones de terrenos, obliga a los fedatarios públicos a hacer constar en el correspondiente título: a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda. b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 7. Se refleja igualmente la relación jurídica real en el artículo 27. 3 al determinar que *la infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil.*

<sup>21</sup> La Sentencia de 28 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 726) hacía hincapié en que el comprador conocía las «limitaciones» urbanísticas. Se había discutido la aplicación del artículo 62 de la entonces vigente Ley del Suelo, en cuanto obligaba a expresar las cualidades urbanísticas, facultando para resolución en plazo de un año, con indemnización de los daños y perjuicios que se hubieren irrogado al comprador, así como la aplicabilidad del artículo 1483 del Código civil.

<sup>22</sup> *Vid.* SERRANO ALBERICA, J.M., *El Derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, 64 y sigs., 85 y sigs.; *Vid.*, MARTÍN MATEO R.: El estatuto de la propiedad inmobiliaria, *RAP* núm. 52. *Cfr.* Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Civitas, Thomson Reuters, Vigésimocuarta edición, Pamplona, 2016. 91.

<sup>23</sup> *Vid.* MONTES, V., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 185 y sigs. DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, Madrid, 2001, 139-141; HERNÁNDEZ GIL, A., Las relaciones de vecindad en el Código civil, Madrid, 1985, 16-17, *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del Urbanismo*, tomo III, DÍAZ ROMERO, M.R. *El Derecho de Propiedad: concepto y modos de adquisición*, 373, Isabel Sierra Pérez, coordinadora, Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

<sup>24</sup> En su Artículo 1 declara actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto, los siguientes: 1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización. 2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico. 3. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso como cuando den lugar a un derecho separado del suelo, mediante la apertura de folio independiente. 4. Las condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos por las leyes. 5. La incoación de expedientes que tengan por objeto la declaración del incumplimiento del deber de urbanizar o edificar o que se instruyan en materia de disciplina urbanística sobre fincas determinadas, así como la iniciación del procedimiento que tenga por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas. 6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de las licencias, así como de la demanda formulada en dicho recurso. 7. Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el apartado anterior, cuando se refieran a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento. 8. Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas.

<sup>25</sup> Sobre todos estos procedimientos urbanísticos en relación con el Registro de la Propiedad, puede verse, GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. V, Urbanismo y Registro, Madrid, 1999, 57 a 374.

<sup>26</sup> Publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística: 1. Todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común, y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen las leyes.

<sup>27</sup> ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNIL, L. y BERNA I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, tomo II vol. 2, 9.º ed. Bosch, Barcelona, 2008. Es precisamente la Ley 19/1975 de reforma de la Ley sobre el régimen del Suelo y ordenación urbana de 1956 la que insiste en la necesidad de acomodar la legislación hipotecaria a la legislación urbanística a fin de asegurar que las limitaciones y deberes impuestos por esta última y en los planes, programas, proyectos, normas ordenanzas y catálogos se relejen con toda exactitud en el —registro de la Propiedad (Disposición— final decimotercera de la misma; ARNAIZ EGUREN R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, Madrid, 1999; GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V (Urbanismo y Registro) Civitas, Madrid, 1999.

<sup>28</sup> Cfr. Sentencias de 17 de diciembre de 1997 y 27 de octubre y 18 de noviembre de 2011.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALONSO, L., *Lecciones de derecho urbanístico*, Madrid, Civitas 1979, 405 y sigs.

<sup>30</sup> Cfr. Como ejemplo el Decreto 119/2010, de 15 de septiembre, por el que se aprueba definitivamente la Revisión de las Directrices Sectoriales de Equipamiento Comercial del Principado de Asturias. 53.3. El gran equipamiento comercial deberá contar, al menos, con una dotación de aparcamientos exclusivos para la clientela de:

• 4 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos comerciales individuales con una superficie edificada total  $\geq 7.500$  m<sup>2</sup> y  $\leq 30.300$  m<sup>2</sup>.

- 5 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos comerciales colectivos con una superficie edificada total  $\geq 7.500$  m<sup>2</sup> y  $\leq 30.300$  m<sup>2</sup>.

- 7 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos colectivos con una superficie edificada total  $\geq 30.300$  m<sup>2</sup>.

53.4. El gran equipamiento comercial tendrá que disponer dentro del espacio de uso exclusivo del establecimiento de una zona específica para la carga y descarga, actividad que se tendrá que adecuar a lo establecido, si procede, en las ordenanzas municipales. En ningún caso, las zonas de carga y descarga podrán interferir en la circulación general de la zona ni en la de los vehículos de los clientes. Las operaciones de carga y descarga deberán llevarse a cabo de un modo sostenible que permita reducir la contaminación atmosférica y acústica, racionalizar el uso del espacio viario, así como permitir a los ciudadanos gozar de una buena calidad de vida.

<sup>31</sup> De este modo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 5 de julio de 2006, SP/SENT/943Cm establece:

«... Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que la facultad que permite al Juez, a tenor del artículo 1154 del Código civil, moderar equitativamente la pena cuando (a obligación principal arrendaticia hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es una facultad que en los juzgadores de instancia es ilimitada y no sujeta a las reglas del recurso de casación —Sentencias de 12 de febrero de 1998 y 9 de octubre de 2000, que recogen otras anteriores—,

También es cierto, como dicen las Sentencias de 23 de julio de 1995 y 30 de marzo de 1999, que el artículo 1154 del Código civil no autoriza a condicionar su aplicación a los supuestos en que la obligación principal hubiere quedado totalmente incumplida, ya que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando aquella obligación hubiera sido en parte e irregularmente cumplida. Incluso dicha discrecionalidad se puede apreciar de oficio —Sentencia de 12 de diciembre de 1996.

Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1964. No son equivalentes el derecho al cumplimiento ya la resolución como lo demuestra el párrafo tercero del artículo 1124 al decir que el Tribunal decretará la resolución que se reclama, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo, precepto que está en armonía con la facultad que tienen los Tribunales de moderar las responsabilidades dimanantes de una obligación, a tenor de los artículos 1103 y 1154.

<sup>32</sup> El Tribunal Supremo señala que aunque la resolución del arrendamiento fuese unilateral no cabe imponer la indemnización por la cuantía de todas las rentas dejadas de percibir por ser excesiva, Sentencia de 12 de junio de 2008 (SP/SENT/175921). Al igual que la Sentencia de 3 de febrero de 2006 (SP/SENT/82379), que indica que procede la moderación judicial para mantener la igualdad y equilibrio entre las partes.

<sup>33</sup> Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (1990), *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula «rebus sic stantibus»*, Tecnos, Madrid, 9.

<sup>34</sup> Estas teorías se han aplicado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de junio de 1948, 23 de noviembre de 1962, 17 de mayo de 1957 y 6 de junio de 1959).

Se ha pasado a un criterio de prudente moderación de la obligación de indemnizar. Un buen ejemplo de esta tesis, es la STS de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006, 82330) para la que la determinación de la existencia de la realidad de las circunstancias del caso cuya valoración posterior es posible realizar por el Tribunal, permite moderar la indemnización al tratarse de una «cuestión de hecho» cuya estimación puede valorar libremente el Juez.

Precisamente, esta misma línea de interpretación ha tenido continuidad en las SSTs de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3529) y de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 560).

<sup>35</sup> Aunque también se dice que «Los límites son las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del propietario, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder. Las limitaciones, por el contrario, procedentes de diversas causas, reducen, en casos singulares, el poder que normalmente (dentro de los límites), tiene el propietario sobre la cosa».



<sup>36</sup> Cfr. Como ejemplo el Decreto 119/2010, de 15 de septiembre, por el que se aprueba definitivamente la Revisión de las Directrices Sectoriales de Equipamiento Comercial del Principado de Asturias. 53.3. El gran equipamiento comercial deberá contar, al menos, con una dotación de aparcamientos exclusivos para la clientela de:

- 4 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos comerciales individuales con una superficie edificada total  $\geq 7.500$  m<sup>2</sup> y  $\leq 30.300$  m<sup>2</sup>.
- 5 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos comerciales colectivos con una superficie edificada total  $\geq 7.500$  m<sup>2</sup> y  $\leq 30.300$  m<sup>2</sup>.
- 7 plazas por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie edificada en el caso de establecimientos colectivos con una superficie edificada total  $\geq 30.300$  m<sup>2</sup>.

53.4. El gran equipamiento comercial tendrá que disponer dentro del espacio de uso exclusivo del establecimiento de una zona específica para la carga y descarga, actividad que se tendrá que adecuar a lo establecido, si procede, en las ordenanzas municipales. En ningún caso, las zonas de carga y descarga podrán interferir en la circulación general de la zona ni en la de los vehículos de los clientes. Las operaciones de carga y descarga deberán llevarse a cabo de un modo sostenible que permita reducir la contaminación atmosférica y acústica, racionalizar el uso del espacio viario, así como permitir a los ciudadanos gozar de una buena calidad de vida.

<sup>37</sup> SSTs de 3 de diciembre de 2011; 9 de diciembre de 2011; 9 de diciembre de 1987; 7 de febrero de 1996.

*(Trabajo recibido el 12-6-2019 y aceptado  
para su publicación el 16-9-2019)*

# Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico

## *Host responsibility for the effects introduced in tourist dwellings*

por

MANUEL GARCÍA MAYO  
*Profesor Doctor. Universidad de Sevilla*

*RESUMEN:* La falta de una legislación estatal que regule las viviendas de uso turístico ha conllevado una discusión sobre la naturaleza jurídica y, con ella, sobre el régimen jurídico aplicable al contrato por el que se cede el uso de este tipo de viviendas. Pese a su consideración mayoritaria como contrato de hospedaje, hay una obligación esencial del hospedero que no le es aplicable al anfitrión de una vivienda de uso turístico: la custodia de los efectos introducidos por los huéspedes.

*ABSTRACT:* The lack of state legislation that regulates tourist dwellings has led to discussion about the legal nature and, with it, the legal regime applicable to the contract by which the use of this type of housing is transferred. Despite its majority consideration as a accommodation contract, there's an essential obligation of accommodation that isn't applicable to the host of a tourist dwellings: the custody of the effects introduced by the guests.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda de uso turístico. Economía colaborativa. Contrato de hospedaje. Depósito. Responsabilidad objetiva. Alojamiento turístico. Custodia.

**KEY WORDS:** *Tourist dwellings. Collaborative economy. Accommodation contract. Deposit. Strict liability. Tourist accommodation. Custody.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA».—II. LA «ECONOMÍA COLABORATIVA» EN EL SECTOR DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (VUT): 1. CONCEPTO DE VUT. 2. REGULACIÓN DE LAS VUT.—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE VUT: 1. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE HOSPEDAJE. 2. LA CONSIDERACIÓN DE LA CESIÓN DE VUT COMO CONTRATO DE HOSPEDAJE.—IV. LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS POR EL HUÉSPED: 1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO. 2. CRÍTICA A LA CALIFICACIÓN COMO DEPÓSITO NECESARIO: SU CONSIDERACIÓN COMO DEBER LEGAL DE PROTECCIÓN. 3. LA CUSTODIA INDIRECTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE.—V. LA RESPONSABILIDAD DEL ANFITRIÓN POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN LA VUT: 1. LA *RATIO* DE LA NORMA. 2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA BASADA EN EL RIESGO PROFESIONAL: A) *La existencia de un establecimiento abierto al público.* B) *La posición del sujeto responsable:* a) Suceso interno al ámbito de control del deudor. b) La labor de conservación y vigilancia.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES. —VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA»

De un tiempo a esta parte vienen apareciendo nuevas formas de contratación y organización de la actividad económica, fruto de lo cual es que en los últimos años hayamos asistido en nuestro país a un resurgir de la conocida como «economía colaborativa» o «consumo colaborativo», donde tienen cabida actividades de diversa naturaleza<sup>1</sup>.

Hablamos de resurgir de este «consumo colaborativo» en tanto que, como mantiene el Comité Económico y Social Europeo, con tales términos no nos estamos refiriendo a otra cosa que a «la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar a través de la tecnología moderna y las comunidades», razón por la que «no es ninguna idea nueva, sino más bien el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que

el servicio sea mucho más eficiente y escalable»<sup>2</sup>. La causa principal de este resurgir —de este auge— de la «economía colaborativa» no es otra, pues, que el gran avance en las tecnologías de la comunicación que, unido a la crisis económica que se ha venido produciendo, ha impulsado a los consumidores a la búsqueda de alternativas más económicas que las tradicionales<sup>3</sup>.

Estas fórmulas de negocios, si bien contaban con una serie de aspectos que lo identificaban (relación entre particulares, existencia de bienes infrautilizados, idea de compartir o colaborar o utilización de medios de comunicación electrónicos), se han ido, en cierta medida, desdibujando. Nótese, por un lado, que, actualmente, dentro de la «economía colaborativa» tienen cabida, no solo operaciones basadas en el intercambio o cooperación sin ánimo de lucro alguno, sino también otras actividades consistentes en la prestación de servicios o cesión de bienes a cambio de una remuneración, lo que hace que, al fin y al cabo, no se esté cooperando, sino vendiendo un servicio, perdiéndose, así, la filosofía —la esencia— de la economía colaborativa. También comenzó siendo un mercado entre particulares (*peer-to-peer* [P2P]), pero han terminado apareciendo prestadores de servicios profesionales. Siendo precisos, es —cuanto menos— cuestionable que se pueda extender la noción de cesión colaborativa de alojamientos a contratos en los que existe un ánimo de lucro o interviene un profesional. Tal idea está más bien referida a las cesiones de alojamientos que tradicionalmente se han venido realizando, por ejemplo, entre personas de colectivos con aficiones determinadas, estudiantes, etc.<sup>4</sup>. Lo contrario se trataría, más bien, de un contrato oneroso ordinario.

Sea como fuere, esta economía colaborativa es una realidad que cuenta con una serie de ventajas (aumento de la competencia, reducción de márgenes, mayor eficiencia productiva, desarrollo de una economía sostenible...), pero también con algunos inconvenientes, como la competencia desleal con los operadores tradicionales, la protección de datos, o la ilegalidad ante la ausencia de normas que regulen estas nuevas actividades que traen causa de la economía colaborativa, conduciendo, así, a una alta litigiosidad y a una incuestionable inseguridad jurídica. Esta ilegalidad es el origen del problema que abordamos en este trabajo.

## II. LA «ECONOMÍA COLABORATIVA» EN EL SECTOR DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (VUT)

### 1. CONCEPTO DE VUT

Entre los sectores en los que ha tenido especial incidencia la «economía colaborativa» se encuentra el sector del alojamiento turístico.

Tradicionalmente, los diversos tipos de alojamiento turístico se han venido clasificando, con carácter general, en dos grandes grupos de establecimientos: hoteleros y extrahoteleros. En la primera categoría cabría incluir hoteles, hostales o pensiones. En la segunda, estarían incluidos los apartamentos turísticos, campamentos de turismo o campings, casas rurales, albergues, etc.

Concretamente dentro del alojamiento extrahotelero, y en el marco —al menos aparente— de la «economía colaborativa», cabe situar el objeto de este trabajo: el alojamiento realizado entre particulares, configurado como actividad en virtud de la cual estos arriendan sus viviendas —o parte de ellas— a terceros a cambio de una remuneración económica y a través de una plataforma web que opera como intermediario, sirviendo de conexión entre arrendador e inquilino y obteniendo, a su vez, por ello, una comisión. Es lo que se conoce como «viviendas de uso turístico» (en adelante, VUT).

Ya la Comisión, al definir la economía colaborativa, advirtió que la misma implica a tres categorías de agentes: prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, pudiendo tratarse de particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o prestadores de servicios que actúen a título profesional; usuarios de dichos servicios; e intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»)<sup>5</sup>. Esto, trasladado al alojamiento colaborativo, se traduce, pues, en la intervención de varias partes: el arrendador (conocido como «anfitrión»), quien solicita el alojamiento (conocido como «huésped») y la plataforma digital.

La vivienda particular de uso turístico ha de diferenciarse, ante todo, de otra figura similar que ha estado presente en la normativa turística desde hace años: el apartamento turístico<sup>6</sup>. La diferencia estriba, en primer lugar, en el número de unidades de alojamiento que componen una y otro: la VUT puede ser explotada independientemente, mientras que, para el caso de los apartamentos turísticos, la normativa turística suele exigir un mínimo<sup>7</sup> de viviendas susceptibles de uso independiente, debiendo explotarse en régimen de bloques (todas las unidades de alojamiento se ubican en un mismo inmueble) o conjuntos (las viviendas se reparten entre varios inmuebles), sometidas en cualquier caso al principio de unidad de explotación (ROMÁN MÁRQUEZ, 2017, 577)<sup>8</sup>. En segundo lugar, la diferencia se encuentra en que, en el caso de los apartamentos turísticos, se exigen determinados servicios en función de su categoría, como puede ser el servicio de recepción (*vid.* art. 23 del Decreto andaluz 194/2010)<sup>9</sup>.

Este alquiler de viviendas privadas entre particulares con un fin turístico —al que nos venimos refiriendo— no es algo nuevo. El surgimiento, en los últimos años, de gran número de páginas webs especializadas en poner en contacto a propietarios con potenciales usuarios, unido al aumento en el uso de las nuevas tecnologías, es lo que ha incrementado de una forma

estrepitosa el número de arrendamientos de este tipo<sup>10</sup>. El preámbulo del Decreto andaluz 28/2016 se refiere, en este sentido, «a las nuevas formas de viajar, el deseo de las personas turistas de tener una relación más directa con las personas residentes del destino que eligen, la irrupción de las nuevas y rápidas formas de comercialización, directas y sin intermediarios, en especial numerosos portales de Internet».

Entre las ventajas de este tipo de alojamientos destaca su mayor comodidad para familias, la experiencia de vivir como un local, o los precios más reducidos que suelen tener<sup>11</sup>. Sin embargo, paralelamente a este auge del alquiler de VUT entre particulares, se ha originado una importante competencia para el sector hotelero tradicional, que se ha afanado en criticar este tipo de alojamiento basándose, fundamentalmente, en la ausencia de controles, el aumento de la economía sumergida, la violación de derechos de los consumidores en materia de seguridad y calidad, los problemas de convivencia en las comunidades de vecinos, la degradación de la imagen de las ciudades o el encarecimiento de los precios de los alquileres en determinadas zonas causado por la decisión de gran número de propietarios de destinar sus propiedades al alojamiento turístico y no al alquiler residencial<sup>12</sup>.

En lo que a nosotros interesa en este trabajo, uno de los problemas más importantes que presenta el alquiler de VUT es el de determinar qué normas han de regularlo.

## 2. REGULACIÓN DE LAS VUT

El problema anunciado de la regulación de las VUT trae causa, en gran parte, de la sustitución —al menos aparente— que se ha venido produciendo de la regulación estatal por una regulación autonómica.

Si nos retrotraemos en el tiempo, con carácter preconstitucional, la Orden de 17 de enero de 1967, por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, bungalows y otros alojamientos similares de carácter turístico, se refería, en su preámbulo, a la distinción entre alojamiento turístico y el simple arrendamiento de vivienda amueblada<sup>13</sup>. Fue ya el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales, el que se refirió a la vivienda turística vacacional, básicamente para diferenciarla de los apartamentos turísticos, definiéndola como «*unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos*».

La promulgación de la Constitución Española de 1978 supuso, no obstante, un hito esencial en el desarrollo legislativo de las VUT. El ar-

título 148.1.18 de la Constitución Española reserva a las comunidades autónomas (en adelante, CCAA) la competencia exclusiva en materia de «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*», mediante la atribución expresa de la misma a través de los Estatutos de autonomía, al mismo tiempo que el Estado no se reserva ninguna competencia directa en materia de turismo. Precisamente, esta previsión es el motivo que lleva al legislador, a través del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, a derogar tanto la Orden como el Real Decreto anteriormente referidos, poniendo fin, así, a un bloqueo normativo estatal que carecía de sentido a la vista de la antedicha previsión constitucional.

Si bien en la década de los noventa, haciendo uso de tal previsión constitucional, algunas CCAA empiezan a regular sobre las viviendas vacacionales<sup>14</sup>, el punto de inflexión se produce con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (en adelante, Ley 4/2013), que, a los efectos que interesan en este trabajo, introduce una importante modificación en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU).

Hasta el año 2013, es decir, hasta que tiene lugar la anunciada modificación, la cesión de uso de viviendas privada con fines turísticos era encuadrada en la modalidad de arrendamiento para uso distinto de vivienda, concretamente como arrendamiento de temporada, previsto en el artículo 3.2 LAU, en virtud del cual «*tendrán esta consideración [arrendamiento para uso distinto del de vivienda] los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, [...]*», siendo, pues, la nota esencial —el criterio definidor— la finalidad del alquiler, y no su duración<sup>15</sup>. Estos arrendamientos, según establece el artículo 4.3 LAU, se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el título III de la LAU y, supletoriamente, por lo establecido en el Código civil; ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero del precepto, según el cual, los arrendamientos regulados en la LAU «*se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo*».

Sin embargo, la Ley 4/2013, según hemos anunciado, modifica la LAU e introduce una nueva letra (letra e) en el artículo 5, que contiene la lista de exclusiones del ámbito de aplicación de la ley. El tenor del artículo 5.e) LAU, tras la reciente modificación operada por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, conserva la siguiente redacción: «*e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda<sup>16</sup> amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de*

*su normativa sectorial turística*»<sup>17</sup>. Se excluyen, así, de la LAU, las cesiones de uso de viviendas que cumplan los requisitos referidos, entre los que cabe destacar la necesidad de que exista una normativa sectorial<sup>18</sup> y que la misma sea aplicable a la cesión de que se trate. En lo no dispuesto por la norma sectorial se regirá por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento contenidas en el Código civil, lo cual supone la aplicación de la teoría general del contrato del Código civil en muchos extremos (fundamentalmente, en lo que se refiere a dinámica y régimen de eficacia del contrato).

Tal exclusión<sup>19</sup> se debe, según puede observarse en el preámbulo de la Ley 4/2013, a que *«en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica»*<sup>20</sup>, a lo que se añaden otras causas reflejadas en los preámbulos de las normas autonómicas.

A aquellas otras cesiones que, por el contrario, no cumplan tales requisitos, se les aplicará el régimen que las venía rigiendo hasta la modificación de la LAU operada en el año 2013, es decir, el de los arrendamientos de temporada —según hemos advertido más arriba—, pues así lo contempla el propio Preámbulo de la Ley 4/2013: *«la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación»*. No obstante, muchas de las previsiones del régimen contenido en la LAU para el arrendamiento de temporada casan mal con las cesiones de VUT, que, en muchas ocasiones, son de pocos días (v. gr. la previsión del artículo 36 LAU, en virtud del cual a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a dos mensualidades).

En la actualidad, en el marco de sus competencias de ordenación de la actividad turística, las diecisiete comunidades autónomas cuentan con legislación sobre el sector turístico, a lo que se suma que gran parte de ellas cuentan además con normativa relativa a la cesión de uso de VUT, configurándolo como una nueva tipología de arrendamiento<sup>21</sup>.

Estas normas autonómicas utilizan diferentes denominaciones (viviendas de uso turístico, viviendas con fines turísticos, viviendas turísticas o viviendas vacacionales) para referirse a una misma cosa: viviendas particulares que, con determinadas dotaciones, instalaciones y servicios, de forma habitual y mediante precio, son destinadas a servir de alojamiento turístico a través de la cesión de su uso. Entre la doctrina, MORENO-TORRES, partiendo del artículo 5.e) LAU, define el alojamiento en VUT



como «aquel contrato mediante el cual se cede temporalmente mediante precio el uso de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato» y precisa que el hecho de que se comercialice mediante canales de oferta turística no es un elemento definitorio, sino una circunstancia indicativa de la existencia de una actividad turística (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 208).

El problema no es que se utilicen diferentes denominaciones, sino que esta dispersión normativa lleva consigo la falta de una mínima uniformidad entre las diferentes CCAA en algo tan básico como es el propio concepto de VUT y el ámbito de aplicación de la norma. En esa conceptualización, las CCAA, aun partiendo de lo dispuesto en el artículo 5.e) LAU, utilizan distintos criterios<sup>22</sup> para delimitar aspectos tan básicos como: la habitualidad<sup>23</sup>, la comercialización, el precio, la temporalidad, el régimen de cesión<sup>24</sup> y las exclusiones<sup>25</sup>. También es notablemente dispar la normativa autonómica al regular, con gran minuciosidad, el mobiliario, equipamiento, características y servicios con que han de contar las viviendas, o la capacidad habitativa de las mismas.

Ha sido discutido si el contenido jurídico-obligacional del contrato que vincula a las partes es competencia exclusiva del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución Española (*vid.* STC 71/1982, de 30 de noviembre)<sup>26</sup>, en cuyo caso, como mantiene GARCÍA GARCÍA, las disposiciones de CCAA sin derecho civil foral o especial propio, sobre perfección, contenido contractual, consumación o régimen de extinción, entre otras, limitarían su eficacia a la esfera administrativa (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 158); o si, por el contrario, las CCAA, además de ser competentes respecto al régimen jurídico aplicable a la actividad turística, lo son, también, respecto a la relación contractual, por entenderse la exclusión del artículo 5.e) LAU como una delegación —o dejación— a tal efecto<sup>27</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que las normas autonómicas están centradas, fundamentalmente, en buscar una homologación con la regulación turística de los establecimientos hoteleros tradicionales, fijando una serie de requerimientos en cuanto a equipamiento, obligaciones de información o inscripciones en registros (NOGUEIRA LÓPEZ, 2018, 239). Quedan, así, resueltas, las cuestiones administrativas, pero no se determina el régimen jurídico aplicable al contrato de cesión de VUT (LÓPEZ BARBA, 2018, 570), lo cual pasa, ante todo, por determinar la naturaleza jurídica de la referida cesión. Como defiende FERNÁNDEZ PÉREZ, la cuestión es determinar qué tipo de contrato es el que están regulando las normativas autonómicas; de concluirse que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, se regularía por la voluntad de las partes y, en su defecto, por lo establecido en el Código civil —dada la exclusión de la LAU— (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 155).

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE VUT

#### 1. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE HOSPEDAJE

A pesar del fuerte impacto que el turismo tiene en España, lo cierto es que el contrato de hospedaje no cuenta en nuestro país con una definición legal ni con una regulación propia en el Derecho privado —con un régimen jurídico—, razón por la cual es calificado como contrato atípico<sup>28</sup>, y así debe de ser según algunos autores<sup>29</sup>. Únicamente el artículo 26 de la derogada LAU de 1946, se acercaba al concepto de hospedaje para diferenciarlo del subarriendo: «*Cuando el inquilino tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda, el contrato se considerará hospedaje y sometido a las disposiciones que regulen la materia*». En la actualidad, únicamente existen algunas referencias al hospedaje en el Código civil a la hora de tratar la responsabilidad de fondistas y mesoneros por los efectos introducidos en sus instalaciones (arts. 1783 y 1784 CC), el carácter preferente de los créditos de hospedaje sobre los muebles del deudor existente en la posada (art. 1922.5º CC), o la prescripción de tres años de las acciones para el abono a los posaderos de la comida y habitación (art. 1967.4º CC).

Esta situación contrasta con el ámbito del Derecho público, donde sí existe una serie de disposiciones administrativas, de carácter estatal y autonómico, que concretan distintos aspectos del turismo (*v. gr.* clasificación, características y requisitos de los establecimientos hosteleros) y de la actividad hotelera, y que acaban influyendo en el hospedaje, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes al formalizar el contrato hasta tal punto que se ha venido hablando de la «publicación del Derecho Privado» y, con él, del contrato de hospedaje (BLANQUER CRIADO, 1999, 300).

Así pues, ante la ausencia de una regulación propia del contrato de hospedaje, han sido los usos, las costumbres, las normas reglamentarias y los pactos entre las partes los que han configurado en gran medida el contenido del contrato, creando una especie de tipicidad «social» (BADENAS CARPIO, 2000, 286; GARCÍA LUENGO, 2001, 61). Se aplicarán, así, en primer lugar, los acuerdos de las partes siempre que sean conformes con los límites del artículo 1255 del Código civil y, en su caso, de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación; en segundo lugar, las normas previstas en el Código civil para el hospedaje, así como las normas generales del Código civil sobre obligaciones y contratos y las previstas para los contratos que guarden relación con las prestaciones integrantes del hospedaje (depósito, arrendamiento, compraventa), además de los usos que se han ido consolidando en la práctica y, finalmente, las consecuencias derivadas de la buena fe y los usos (art. 1258 CC) (REPRESA POLO, 2004, 40).

En la doctrina, el hospedaje es definido como un «contrato *sui generis*, de carácter complejo, consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes (el titular del albergue u hotel) se obliga con respecto a la otra (huésped o viajero) a cederle el uso de una o más habitaciones, a prestarle ciertos servicios, a la custodia de su equipaje y a la reventa de ciertos objetos o energías industriales, a cambio de una contraprestación en dinero» (BADENAS CARPIO, 2000, 285)<sup>30</sup>. Su independencia y naturaleza *sui generis* viene otorgada porque su causa —su función económico-social— es diferente de la de cualquier otro contrato: «mediante el hospedaje, cuya causa es onerosa (art. 1274 CC), una de las partes (huésped) lo que trata de procurarse es un alojamiento acompañado de ciertos servicios por un tiempo determinado; mientras que la otra lo que busca es una remuneración en contraprestación al alojamiento y servicios prestados a la otra parte» (BADENAS CARPIO, 2000, 296).

ORTIZ DE MENDÍVIL, refiriéndose a la diferencia entre el contrato de hospedaje y el de arriendo o subarriendo, llegó a considerar que únicamente la matización en torno al criterio de los servicios podía despejar las dudas en los casos límites: «este criterio es definitivo para la fijación del concepto». En tanto que el subarrendamiento, al igual que el hospedaje, puede incluir prestaciones de servicios, el autor intenta distinguir, entre estos últimos, aquellos servicios personales, considerando por tales tanto los que el dador de servicios preste directa y personalmente a través de su personal capacidad de trabajo, como los que preste a través de personas interpuestas a él ligadas por vínculos laborales; entre los servicios no personales refiere los suministros de electricidad, agua, etc. Partiendo de tal distinción, considera que en todo contrato de hospedaje el alojamiento coexiste con la prestación de otros servicios, algunos de los cuales son de naturaleza «personal», mientras que, en aquellos contratos que no son de hospedaje, los servicios que se incluyen no merecen la calificación de «personales» (ORTIZ DE MENDÍVIL, 1970, 63 y sigs.).

En nuestra jurisprudencia el contrato de hospedaje también es definido como un contrato atípico de tracto sucesivo y de naturaleza compleja «en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales) de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen» (STS de 20 de junio de 1995); la STS de 15 de marzo de 1990 dice, por su parte, que el depósito necesario «deriva del contrato de hospedaje, del que forma parte [...] no constituyendo (el depósito hotelero) un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje».

Tradicionalmente, se ha defendido el carácter complejo o mixto del contrato de hospedaje, entendiéndose por tal «aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más

negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca coordinación, tendremos un negocio mixto» (JORDANO BAREA, 1951, 328). En el caso del hospedaje, tal calificación se ha justificado en la habitual combinación de prestaciones propias de varias figuras contractuales: arrendamiento de cosas (para la habitación); arrendamiento de servicios (para los servicios personales); el de obra (para la comida) o el de depósito (para los efectos introducidos en el hotel) (PÉREZ SERRANO, 1930, 110)<sup>31</sup>. Servicios o prestaciones que, por otra parte, podrán variar de un contrato de hospedaje a otro e irán cambiando de una época a otra (v. gr. la contratación de la manutención con quien ofrece el alojamiento no es tan habitual en la actualidad). No obstante, hay incluso quien, como REPRESA POLO, defiende que el hospedaje no tiene por qué ser un contrato complejo, pudiendo ser simple cuando la única prestación que se pacte sea el alojamiento, en tanto que aquellas otras prestaciones de carácter esencial que acompañan al alojamiento (el depósito necesario de los efectos introducidos por el huésped, la limpieza, el mantenimiento de la instalación...), son, simplemente, deberes que surgen de la relación jurídica (deberes de protección y obligaciones accesorias), sin que tengan entidad suficiente para calificar el contrato como complejo: son deberes accesorios —aunque necesarios— que se derivan de la ley, la buena fe y los usos por aplicación del artículo 1258 del Código civil (REPRESA POLO, 2004, 47)<sup>32</sup>.

## 2. LA CONSIDERACIÓN DE LA CESIÓN DE VUT COMO CONTRATO DE HOSPEDAJE

Más allá de las discrepancias apuntadas, según se ha constatado, la doctrina dominante considera que el contrato de hospedaje se caracteriza porque, en cuanto a contenido, es fruto de la suma de un arrendamiento de cosa y de servicios. Partiendo de esta idea, cabe preguntarse: ¿podría calificarse de hospedaje el contrato por el que se cede temporalmente el uso de una vivienda o de una habitación con fines turísticos a cambio de un precio?

Hemos de partir de que una cosa es el deber de todo arrendador de entregar al arrendatario la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, establecido con carácter general en el artículo 1554.1º y 2º del Código civil, según lo establecido por la norma autonómica, y otra distinta el deber del cedente de prestar determinados servicios al turista (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 211). Teniendo en cuenta tal distinción, algunas normativas sectoriales de CCAA, más allá de exigir que las viviendas estén en condiciones de uso inmediato, imponen, por sí

mismas, la prestación de determinados servicios accesorios, configurando, así, un contrato complejo. Es el caso, entre otras, de: Islas Baleares, cuyo artículo 51 de la Ley de Turismo, hace referencia a la limpieza periódica de la vivienda durante la estancia de los clientes o a un servicio de asistencia telefónica al turista durante las veinticuatro horas del día; Murcia, cuyo artículo 33.d) del Decreto 75/2005, de 24 de junio, incluye, entre los servicios mínimos que habrán de estar incluidos en el precio del alojamiento, el cambio de lencería una vez por semana; o Madrid, cuyo artículo 19 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, considera incluido en el precio el servicio de limpieza de habitaciones, además de la atención telefónica permanente (art. 18)<sup>33</sup>. Prestaciones, por tanto, algunas de ellas, que parecen bastante clarificadoras a fin de considerar el contrato como de hospedaje.

Ahora bien, ¿todos los servicios o prestaciones adicionales que acompañan a la cesión de uso de la vivienda son aptos para otorgar la calificación de hospedaje al contrato? Evidentemente, no. No lo serán aquellos servicios que ORTIZ DE MENDÍVIL calificaba como de «no personales»: básicamente, los suministros (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 179). Tampoco aquellos que no se presten directamente a los huéspedes durante su estancia, sino más bien a su propietario (ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, 608): es el caso, por ejemplo, de Andalucía, donde los artículos 6.h) y 8.1 del Decreto andaluz 28/2016, obligan a la limpieza de la vivienda, pero no durante la estancia del huésped, sino a la entrada y salida de nuevos clientes.

Es interesante, al respecto, lo mantenido por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), aun siendo conscientes de que, tratándose de un órgano tributario, sus declaraciones se efectúan a efectos de responder cuestiones formuladas sobre el régimen fiscal aplicable a una actividad. En este sentido, en la consulta vinculante número V575-15, de 13 de febrero<sup>34</sup>, sobre la sujeción a IVA del arrendamiento de VUT, la DGT dice que «*La actividad consistente en el arrendamiento por periodos de tiempo de viviendas o parte de las mismas, sin prestar ningún servicio propio de la industria hotelera y limitándose a poner a disposición del arrendatario la vivienda, se considera exenta del Impuesto*» (cfr. art. 20.Uno.23º.e' de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido [en adelante, LIVA])<sup>35</sup>.

No obstante, quizás lo más interesante es que la DGT, en la referida consulta, al igual que reitera posteriormente, entre otras, en la consulta número V636/17, de 13 marzo, considera que no son servicios complementarios propios de la industria hotelera los siguientes: «*servicio de limpieza y servicios de cambio de ropa del apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario*»; «*servicio de limpieza de las zonas comunes del edificio (portal, escaleras y ascensores) así como de la urbanización en que está situado (zonas verdes, puertas de acceso, aceras y calles)*»; «*servicio de asistencia técnica y mantenimiento para eventuales reparaciones de fontanería,*

*electricidad, cristalería, persianas, cerrajería y electrodomésticos»*<sup>36</sup>. Es decir, se hace depender de que se presten, junto con el uso de la vivienda, servicios complementarios de la industria hotelera, incluyendo como tales, entre otros, los siguientes: recepción y atención permanente y continuada al cliente en un espacio destinado al efecto, limpieza periódica del inmueble y el alojamiento, cambio periódico de ropa de cama y baño, puesta a disposición del cliente de otros servicios (lavandería, custodia de maletas, prensa, reservas, etc.), y, a veces, prestación de servicios de alimentación y restauración.

En definitiva, *a priori*, nada parece obstar a que, en aquellos casos en los que el alojamiento en VUT vaya acompañado de otros servicios propios de la industria hotelera, pueda considerarse la existencia de un contrato de hospedaje, pues es este el criterio definidor del hospedaje (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 184).

En aquellos otros casos en que no sea así, se tratará de un contrato de arrendamiento de cosa (art. 1543 CC); en tales supuestos, los aspectos administrativos se regirán por lo dispuesto en la norma sectorial de la comunidad autónoma correspondiente, mientras que los aspectos civiles, al haber sido excluidos expresamente de la LAU, quedarán sometidos a las previsiones del Código civil sobre arrendamiento de cosas, lo que conlleva la aplicación de la teoría general del contrato del Código civil, dando juego a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

En la doctrina, más allá de quienes, simplemente, apuntan la posibilidad de considerar como hospedaje el contrato de alojamiento extrahotelero y, en particular el de cesión de VUT<sup>37</sup>, hay quienes, como defendemos en este trabajo, se refieren expresamente a la doble posibilidad apuntada: la de la consideración como contrato de arrendamiento de cosas o como contrato de hospedaje<sup>38</sup>.

Ahora bien, pese a la similitud defendida entre el contrato de hospedaje tradicional y la cesión de VUT cuando, junto al alojamiento, se ofrecen otra serie de servicios o prestaciones, no es menos cierto que entre uno y otro contrato existe también alguna que otra diferencia, cuya entidad habrá que analizar en cada caso concreto. Nosotros, en este trabajo, vamos a referirnos, concretamente, a si el anfitrión que cede el uso de la VUT es responsable, como lo es el hotelero en el contrato de hospedaje tradicional, de los efectos introducidos por el huésped en sus instalaciones.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS POR EL HUÉSPED

En el contrato de hospedaje y en el de uso de VUT en que se presten servicios propios del hospedaje, las obligaciones del hospedero y del anfitrión,

respectivamente, relacionadas tanto con el uso y disfrute de la habitación y del resto dependencias como con los otros servicios que se hubiesen podido contratar entre uno y otro, son, por lo general, coincidentes. Sin embargo, cabe plantearse si también son coincidentes las obligaciones del hospedero y del anfitrión en lo que a seguridad se refiere y, más concretamente, a la seguridad de los bienes del huésped durante su estancia: la custodia de sus efectos.

El hospedero está obligado, tanto a custodiar las cosas consignadas como a proteger las cosas introducidas en sus instalaciones, pero no consignadas. Si nos centramos en estas últimas, se ha de partir de que, con el fin de proteger los efectos del cliente durante su estancia, los artículos 1783 y 1784 del Código civil consideran depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones y que no son entregados en depósito<sup>39</sup>.

## 1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO

La responsabilidad que se prevé en los artículos 1783 y 1784 del Código civil para los fondistas y mesoneros<sup>40</sup> cuenta con antecedentes ya en el Derecho Romano, justificándose su existencia en la mala reputación que tenían los posaderos y en las dificultades de probar la culpa de estos últimos<sup>41</sup>. Los romanos imponían a los *nautae*, *caupones stabularii* severas obligaciones respecto a las cosas introducidas por los viajeros o huéspedes en los establecimientos a su cuidado: «Dice el pretor: “Daré acción contra los navieros, mesoneros y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia» (Ulpiano, libro XIV, sobre el Edicto; D. 4.9.1)<sup>42</sup>.

Se configura como una responsabilidad objetiva (D. 4.9.1.1), por custodia<sup>43</sup>, por el hurto y daños sufridos en los efectos<sup>44</sup>, que excede los límites ordinarios de la responsabilidad contractual, basándose en la profesionalidad de los navieros o posaderos<sup>45</sup>, quienes quedan obligados por la simple introducción<sup>46</sup>, exonerándose de responsabilidad únicamente en los casos de fuerza mayor<sup>47</sup>.

Esencialmente, esta responsabilidad se mantiene en las Leyes de Partida que, como defiende GARCÍA GOYENA, copió de los romanos esta responsabilidad (GARCÍA GOYENA, 1852, 102): «todas las cosas que los hombres que van camino por tierra o por mar metieren en las casas de los hosteleros [...] que las guarden de guisa que se no pierdan ni se menoscaben. E si se perdiesen por negligencia; o por engaño que ellos hiciesen; o por otra su culpa; o si la hurtasen algunos de los hombres que vienen con ellos, entonces ellos serían tenidos de les pechar todo cuanto perdiesen o menoscabasen, pues guisada cosa es que pues que fian en ellos los cuerpos e los habares, que lo guarden lealmente a todo su poder, de guisa que no reciban mal ni daño»; y

dice, en cuanto al motivo de esta responsabilidad: «*caballeros; o mercaderes u otros hombres que van camino, acaece muchas veces que han de posar en casa de los hosteleros e en las tabernas, de manera que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que ahí hallaren, fiándose en ellos sin testigos e sin otro recaudo ninguno [...]. E porque en cada una de estas maneras de hombres acaece muchas vegadas que hay algunos que son muy desleales e hacen muy grandes daños e maldades en aquellos que se en fian en solos. E por esto conviene que la su maldad sea refrenada con miedo de pena*» [sic] (Ley XXVI, Título VIII, V Partida)<sup>48</sup>.

Según lo dispuesto en la Ley de Partida, al igual que en la configuración actual, los bienes habían de ser introducidos con conocimiento del posadero, siendo, por otro lado, indiferente, si se recibía o no precio por el hospedaje. Sí eran más numerosos los supuestos de exoneración de responsabilidad: actos extraños, entrega al huésped de arca o caja con llave para introducir sus pertenencias, pacto de limitación de responsabilidad, casos de fuerza mayor o desatención del huésped a las advertencias realizadas.

## 2. CRÍTICA A LA CALIFICACIÓN COMO DEPÓSITO NECESARIO: SU CONSIDERACIÓN COMO DEBER LEGAL DE PROTECCIÓN

Como mantiene GARCÍA GOYENA, «ni en el Derecho Romano, ni en el Patrio, se consideraba precisamente este caso como depósito, sino como un cuasi contrato o arriendo» (GARCÍA GOYENA, 1852, 102). En la era de la codificación, fue el Código de Napoleón el primero en codificar la responsabilidad de los hospederos como depósito necesario<sup>49</sup>: «*Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux: le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire*» (art. 1952 en su redacción de 1804)<sup>50</sup>. El legislador consideró, pues, como contrato de depósito, un supuesto que no tiene naturaleza contractual y que únicamente comparte con el depósito la idea de custodia<sup>51</sup>: para que exista contrato de depósito, es necesario que haya un acuerdo de voluntades (consentimiento) sobre la entrega de unos bienes (objeto) para su guarda (causa) y posterior restitución; ninguno de estos elementos concurre en el supuesto del que nos ocupamos<sup>52</sup>. Con la calificación como depósito necesario se le reconocían los beneficios probatorios atribuidos a dicho depósito. Concretamente, se le beneficiaba de la prueba testifical de la introducción del equipaje (BORSARI, 1881, 217) y de la pérdida del mismo (*cfr.* art. 1950 Código civil francés)<sup>53</sup>, así como de la posibilidad de emplear el apremio personal<sup>54</sup>.

Los Códigos que, como el español, se inspiraron en el mismo, contemplaron aquella responsabilidad objetiva. Así lo contempla GARCÍA GO-



YENA, que, al comentar el proyectado artículo 1689 (actual art. 1783 CC) hace referencia al artículo 1952 del Código francés. Considera GOYENA que, si bien esta responsabilidad parece a primera vista rigurosa, es de orden público y necesaria para la seguridad de los viajeros, y la llega incluso a considerar como la base más sólida para la prosperidad de los propios responsables, en tanto que la confianza que ellos inspiran o la buena fe y vigilancia a que los sujeta la ley es lo que facilita y multiplica los viajes y atrae a sus establecimientos mayor número de viajeros (GARCÍA GOYENA, 1852, 102).

No obstante, es criticable el sentido de haber introducido la asimilación de esta forma de depósito al depósito necesario, pues, a la entrada en vigor de nuestro Código civil, ya habían desaparecido los límites de cuantía puestos para la admisión de la prueba por testigos en el depósito voluntario, es decir, los beneficios probatorios de que gozaba el depósito necesario, y tampoco existía en nuestro ordenamiento jurídico el apremio personal por deudas (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 163).

Lo contemplado en los artículos 1783 y 1784 del Código civil se ha venido denominando por algunos autores como «custodia indirecta», para diferenciarla de la directa, del depósito celebrado con ocasión del hospedaje entre el cliente y el hospedero para la custodia de los efectos de aquel y que conformaría, junto con el hospedaje, una unión de contratos (REPRESA POLO, 2014, 55 y sigs.). Es una responsabilidad «ex lege», «un “deber legal” de custodia, accesorio al contrato de hospedaje» (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 163)<sup>55</sup>. Este deber legal se identifica, a su vez, con los denominados deberes de protección u obligaciones de seguridad (REPRESA POLO, 2014, 68 y sigs.)<sup>56</sup>. Para DÍEZ-PICAZO, estos deberes de protección, que o bien aparecen regulados en la ley o bien encuentran su fundamento en el principio de buena fe, son «todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y que tienen por objeto prevenir o evitar lesiones en la vida y en la integridad física del acreedor» (DÍEZ-PICAZO, 1988, 18) o, dicho de otra forma, «se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que se les pueda derivar del cumplimiento de la obligación» (JORDANO FRAGA, 1987, 141). La relación obligatoria tiene, pues, un carácter complejo, ya que, junto con los deberes de prestación principales y accesorios, existen una serie de deberes de protección a fin de evitar que del vínculo obligatorio se deriven daños a otros intereses como la persona y el patrimonio de los contratantes (JORDANO FRAGA, 1987, 141).

Dice YZQUIERDO TOLSADA: «el contenido del contrato [...] va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes [...] el hostelero, además de suministrar alojamiento a su cliente, proporciona un deber de custodia sobre su persona y bienes» (YZQUIERDO TOLSADA, 1993, 108). Es decir, la custodia se integra en el hospedaje de forma accesorio, a fin de

proteger intereses distintos a los perseguidos con el contrato de hospedaje: «*La responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los arts. 1783 y 1784 del Código civil [...] trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo, por tanto, un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el Hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje*» (STS de 11 de julio de 1989)<sup>57</sup>.

### 3. LA CUSTODIA INDIRECTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE

Según lo expuesto, esta custodia indirecta es una obligación de origen legal, implícita en el contrato de hospedaje sin necesidad de acuerdo explícito al respecto. Cabe preguntarse si se trata o no de un elemento —de un servicio— esencial del contrato de hospedaje. De ello dependerá que, si concluimos que la custodia indirecta no tiene cabida en la cesión de VUT, esta pueda considerarse un hospedaje, aunque singular.

Relacionado con este particular, se ha discutido si se trata de una norma imperativa o dispositiva: parte de la doctrina coincide en admitir la posibilidad de pacto previo por las partes excluyendo esta responsabilidad del hospedero<sup>58</sup>; en cambio, otra parte de la doctrina —en la que nos posicionamos— excluye esta posibilidad<sup>59</sup>. En esta última postura cabe destacar a REPRESA POLO, quien entiende que las limitaciones de responsabilidad del hospedero son nulas, pero no por contradecir una norma imperativa —pues no considera que el artículo 1783 del Código civil lo sea—; más bien por infringir una de aquellas normas dispositivas que considera DE CASTRO que no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, dejando al arbitrio de los contratantes el seguirla o no, sino que, por el contrario, los pactos o cláusulas que la contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces y no conllevar un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes (DE CASTRO Y BRAVO, 1982, 1061). Como mantiene el autor, «la esencialidad de la custodia en el hospedaje queda patente por el hecho de ser la única prestación tipificada del contrato de hospedaje, que encuentra su fundamento en la buena fe, que engarza con la idea misma de orden público, y que se concreta en la imposibilidad de excluir aquellas obligaciones esenciales para la consecución de los fines propuestos por las partes» (REPRESA POLO, 2004, 166). A todas estas razones que —consideramos— hacen la norma imperativa, hay que sumar que, en la mayoría de los casos, la actividad será desempeñada por empresarios o profesionales, siendo el huésped, por tanto, un consumidor a proteger (*cf.* art. 10 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 [en adelante, LGDCU], en virtud del cual «*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula [...]*»; y arts. 82.1 y 83 LGDCU, sobre nulidad de las cláusulas abusivas por generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes).

En esta misma línea parecen posicionarse otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que, a diferencia del nuestro, se pronuncian sobre el particular. Es el caso del artículo 1953, párrafo tercero, del Código civil francés<sup>60</sup>, o, aún más claro, del artículo 1785-*quater* del Código civil italiano, que establece: «*Sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore*»<sup>61</sup>.

## V. LA RESPONSABILIDAD DEL ANFITRIÓN POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN LA VUT

Tras aproximarnos, en los elementos que nos interesan en este trabajo, a la responsabilidad del mesonero o fondista, cabe reiterar la pregunta que nos venimos formulando: ¿puede defenderse también esa prestación, ese depósito necesario, en el contrato de cesión de uso de VUT? Es cierto que, al tratar el régimen jurídico de las VUT, algunos autores ya se han pronunciado al respecto, negando la responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos por los huéspedes en sus instalaciones<sup>62</sup>, pero lo han hecho sin extenderse en demasía, sin profundizar, razón por la cual, ante la parquedad con que se ha tratado, consideramos que la cuestión merece un estudio *in recto*. Téngase en cuenta que, si la respuesta fuese negativa, teniendo en cuenta que la hemos considerado como una prestación esencial del contrato de hospedaje, habría que considerar el de VUT como un contrato de hospedaje, pero singular.

A fin de responder a la pregunta planteada, fin principal de este trabajo, hemos de plantear otra cuestión previamente: ¿en qué se concreta ese deber de protección, esa obligación de custodia? Fundamentalmente, en adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger los efectos del cliente. Veámoslo.

### 1. LA *RATIO* DE LA NORMA

A fin de conocer si, efectivamente, la responsabilidad por custodia indirecta se introduce también en el contrato de VUT, y no solo en el tradicional de hospedaje, hemos de acudir, en primer lugar, a la *ratio* de la norma que contempla el depósito necesario.

Según advertimos más arriba, el origen de esta responsabilidad se encuadra en la mala fama de que gozaban los fondistas o mesoneros. Sin embargo, la industria hotelera ha evolucionado en estos más de cien años y su configuración, fruto del desarrollo experimentado, presenta grandes diferencias con la de 1889, momento en que se elabora el Código civil: ha ido desapareciendo aquella mala fama de los fondistas o mesoneros —hospederos—, han aparecido nuevos tipos de establecimientos, han mejorado las condiciones en las que se realizan los viajes... Circunstancias, estas, que hacen que los actuales artículos 1783 y 1784 del Código civil, amén de insuficientes, atribuyan a los hospederos una responsabilidad que resulta, en muchos casos, excesiva, razón por la que distintas voces han advertido la necesidad de modificar tales preceptos para adecuarlos a la realidad actual (CASTAÑOS CASTRO, 2015, 4 y sigs.), limitando esa excesiva responsabilidad<sup>63</sup>.

Atendiendo a la referida evolución de la industria hotelera y superada esa mala reputación, ¿qué es lo que justifica, entonces, la norma? ¿Cuál es su fundamento? Se acude, entonces, a razones relacionadas con la esencia de la prestación hotelera: el carácter público del establecimiento (DE PAGE, 1952, 230), la necesidad del viajero de llevar consigo una serie de efectos que no puede vigilar por sí mismo de forma permanente, unido al hecho de que sea el hospedero —el hotelero— quien mejor pueda sustituir al viajero en la protección de sus bienes (ENNECCERUS, 1966, 660), conduce a la consideración de una responsabilidad basada en el riesgo de empresa, como veremos en los apartados que siguen.

## 2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA BASADA EN EL RIESGO PROFESIONAL

En virtud del artículo 1784 del Código civil, el hospedero responde como depositario con tal de que el viajero hubiese dado conocimiento a los fondistas o mesoneros de los efectos introducidos en sus instalaciones —requisito sobre el que volveremos al final del trabajo— y hubiese observado las prevenciones que el empresario le hubiera hecho sobre el cuidado y vigilancia de sus efectos<sup>64</sup>. Únicamente quedará exonerado de responsabilidad cuando el daño sea ocasionado por un suceso de fuerza mayor, entre los que el precepto refiere expresamente el robo a mano armada<sup>65</sup>, con lo que, implícitamente, se deduce que sí responderá del resto de sustracciones.

Sucede que, en supuestos como el de responsabilidad del hospedero, la imputación de responsabilidad siguiendo el tradicional criterio subjetivo puede resultar insuficiente, por las dificultades que puede conllevar probar la conducta culposa del agente en la producción de un determinado daño. Es por ello por lo que el sistema subjetivo de culpa como criterio de impu-

tación se sustituye por el criterio de la «esfera de control del deudor» y de «riesgo implícitamente asumido al contratar» (PANTALEÓN, 1991, 1069).

Siguiendo, pues, este planteamiento objetivista, en el artículo 1784 del Código civil nos encontramos ante una responsabilidad objetiva basada en el riesgo profesional, que prescinde de toda idea de culpa; no tiene su fundamento en la diligencia o en la negligencia del deudor, sino en que este es responsable aunque el daño provenga de una circunstancia que no le sea imputable; la responsabilidad únicamente se apoya en la introducción de los efectos y en la existencia de daños: «*la responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa [...]*» (STS de 11 de julio de 1989)<sup>66</sup>. Así lo entiende también la doctrina<sup>67</sup>, entre la que cabe destacar a PÉREZ SERRANO, quien considera que «quien ejerce una industria debe soportar los riesgos que derivan de su ejercicio, aun cuando a él personalmente no puedan serle imputables los hechos que originan la responsabilidad» (PÉREZ SERRANO, 1930, 217); o a LANGLE Y RUBIO, para quien «el fundamento jurídico no es ya la culpa del hostelero, sino la doctrina, cada vez más aplicada, del riesgo profesional: todo el que ejerce una industria, de cuyos beneficios goza, ha de quedar también sujeto a los eventos desfavorables a ella inherentes, y así, no solo responderá del dolo y de la culpa, sino que además afrontará una responsabilidad objetiva (sin culpa), de tipo legal» (LANGLE Y RUBIO, 1959, 277)<sup>68</sup>. En definitiva, es suficiente, para atribuir responsabilidad al hospedero, que exista una relación de causalidad entre los daños y el desarrollo de la actividad de aquel, constatada la cual deberá responder de los daños ocasionados.

Advertida la responsabilidad objetiva por riesgo, cabría preguntarse: ¿qué circunstancias son las que determinan este tipo de responsabilidad? Fundamentalmente, dos: el riesgo que supone para los efectos del huésped que la actividad se desarrolle en un establecimiento abierto al público, así como la posición —profesional— que ocupa el fondista o mesonero. Veamos su traslación a los casos de VUT.

#### *A) La existencia de un establecimiento abierto al público*

Si nos centramos en los sujetos causantes del daño, más allá de la responsabilidad de los fondistas o mesoneros por actos propios (art. 1783 CC), establece el artículo 1784 del Código civil que la responsabilidad comprende los daños hechos tanto por los criados o dependientes de aquellos, como por los extraños.

En este sentido, refiriéndonos a las VUT, y atendiendo a la configuración de estas, podría aceptarse la responsabilidad del propietario o anfitrión

por los daños hechos por «los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros» en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas por estos últimos, en tanto que si se tratase de una actuación ajena a las tareas encomendadas, nos encontraríamos ante una responsabilidad aquiliana, derivada de la aplicación del artículo 1903.IV del Código civil (responsabilidad extracontractual indirecta). Entre estos terceros tendrían cabida, no solo sus empleados o dependientes (trabajadores subordinados), sino también cualquier tercero (auxiliar) que introduzca en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de hospedaje, sea cual fuere la relación entre uno y otro (JORDANO FRAGA, 1994, 45 y sigs.). Aun así, téngase en cuenta que, en las VUT, ni tan siquiera tiene por qué existir un acceso regular al inmueble en cuestión por parte del propietario o sus empleados, con el riesgo que ello supone; nótese, por ejemplo, que, en el Decreto andaluz 28/2016 —a diferencia de otras normas autonómicas, como hemos visto—, entre los requisitos que ha de cumplir la vivienda, simplemente se hace referencia a la limpieza a la entrada y salida de nuevos clientes (art. 6.h), por lo que el servicio no se presta directamente a los usuarios durante su estancia.

En cambio, no consideramos que pueda resultar responsable el anfitrión por los daños producidos por «extraños»<sup>69</sup>. El artículo 1784 del Código civil —como hemos anticipado— hace responsable por estos daños al fondista o mesonero, fundamentalmente, por dos motivos: en primer lugar, por el riesgo que constituye el tratarse de un establecimiento abierto al público, donde hay un continuo tránsito de extraños; en segundo lugar, —como veremos en los siguientes apartados—, por la posición que, como profesional, ocupa el fondista o mesonero. Factores, ambos, que no concurren en el supuesto de las VUT.

El factor consistente en tratarse de un establecimiento abierto al público ha sido continuamente referido por la doctrina: ya GARCÍA GOYENA decía «mas ya por el hecho de ser una cosa pública, debe ser mayor la vigilancia de los amos» (GARCÍA GOYENA, 1852, 104); SÁNCHEZ HERNÁNDEZ señala que con esta responsabilidad legal se compensa al huésped por los riesgos resultantes del constante movimiento de gente en el establecimiento (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 1994, 379 y sigs.); mientras que BADOSA COLL defiende que la responsabilidad del mesonero por los daños ocasionados por los extraños se funda en la legitimación que tienen estos para hallarse en el local, debido al carácter público de este y a su correspondiente libre acceso (BADOSA COLL, 1991, 1701)<sup>70</sup>. Tanto es así que incluso cuando la doctrina se ha preguntado por la aplicabilidad de la reiterada responsabilidad a otras actividades diferentes de la hospedería<sup>71</sup>, ha otorgado especial importancia, junto a la imposibilidad del cliente de asumir ininterrumpidamente la custodia de sus cosas, al desarrollo de las obligaciones en establecimientos abiertos al público<sup>72</sup>.

En el caso del que nosotros nos ocupamos en este trabajo —la VUT— no existe, en cambio, un establecimiento abierto al público como tal, en el que exista una circulación constante de público, ni, por tanto, existe el riesgo que esto lleva consigo. Esto parece ser tenido en cuenta por SAN JULIÁN PUIG, cuando, al considerar aplicable esta responsabilidad del Código civil a todas las categorías que aglutina el «moderno» concepto de hospedaje —en el que incluye a los apartamentos turísticos—, precisa, sin más: «con distintos matices según la tipología ante la que nos encontremos» (SAN JULIÁN PUIG, 2011).

*B) La posición del sujeto responsable*

Como ya adelantamos, junto al riesgo que supone la existencia de un establecimiento abierto al público, la otra circunstancia que determina la reiterada responsabilidad objetiva es que el fondista o mesonero, es decir, el sujeto responsable, se encuentra mejor posicionado, es decir, en mejores circunstancias, para llevar a cabo esa labor de custodia de los efectos del viajero.

a) Suceso interno al ámbito de control del deudor

La fuerza mayor en el artículo 1784 del Código civil se concibe como suceso o evento ajeno a la esfera de riesgo o de control del hospedero. De hecho, quienes han diferenciado entre el caso fortuito y la fuerza mayor<sup>73</sup> lo han hecho basándose en la procedencia exterior de la causa origen del daño en esta última (VON TUHR, 1934, 101)<sup>74</sup>, de manera que solo se respondería por caso fortuito.

El hospedero responderá, pues, de todos los daños consecuencia de su actividad, sin que sea necesario referirse a la inevitabilidad o imprevisibilidad del evento; o, dicho de otra forma, responderá de los casos fortuitos que surjan en el desarrollo normal de su actividad empresarial, sin que quepa prueba exculpatoria alguna (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 136 y sigs.). Así pues, únicamente quedará exonerado de responsabilidad cuando se produzca una ruptura de la relación de causalidad, lo cual tendrá lugar cuando los daños tengan su causa en un acto ajeno al ámbito de control y planificación del deudor y el suceso fuese imprevisible en el momento de celebrarse el depósito o, aunque previsible posteriormente, fue por él inevitable (PANTALEÓN, 1991, 1060)<sup>75</sup>, así como cuando se deba a la acción dolosa o negligente del propio huésped o de las personas que él mismo reciba en las instalaciones (HERNÁNDEZ GIL, 2000, 1072)<sup>76</sup>.

El concepto clave, pues, a la hora de hablar de la responsabilidad del deudor —del hospedero— es el de «ámbito de control», el cual ha sido tenido en cuenta tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

En la jurisprudencia, valga destacar la STS de 15 de marzo de 1990, que, refiriéndose al artículo 1784 del Código civil, dice: «*Se trata de una norma que, dado su texto, [...] no incluye el supuesto de caso fortuito, pudiendo interpretarse en el sentido de hacer responsable al hotelero de los casos fortuitos que surgen en el normal ejercicio de la industria, pero queda eximido de responsabilidad por los sucesos extraños a ella, como son los de fuerza mayor mencionados en el art. 1784*» y encaja en la fuerza mayor «*aquellos hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa, que causen un daño material y que excedan visiblemente de los accidentes propios de curso normal de la vida por la importancia de su manifestación*»<sup>77</sup>.

En la doctrina<sup>78</sup>, valga referirse a DÍEZ-PICAZO, quien defiende que el ámbito de control «guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes» (DÍEZ-PICAZO, 1993, 590). En un sentido similar, PÉREZ SERRANO considera que para la existencia de fuerza mayor se requiere que la causa del daño no radique «en la esfera espacial o personal donde fuera posible una acción vigilante del fondista» (PÉREZ SERRANO, 1930, 245).

Ahora bien, ¿por qué se le considera responsable, sin excepción, de lo que suceda en su ámbito de control? Porque es aquí donde puede desarrollar su labor —prestación— de custodia. Por ello, del estudio de en qué consista esa custodia podremos extraer si, efectivamente, el supuesto es aplicable, o no, a las VUT.

#### b) La labor de conservación y vigilancia

A diferencia del depósito, la custodia puede desarrollarse sin posesión inmediata de los bienes<sup>79</sup>, no es un presupuesto constitutivo de la obligación de custodia. Tal es así que, en el caso del hospedaje, el traslado posesorio que acontece en el depósito general —en la custodia directa— se sustituye por la introducción de los bienes dentro del ámbito de control del hospedero, con conocimiento de este o de sus empleados: «*nace por el hecho mismo de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped*» (STS de 11 de julio de 1989), y tal responsabilidad se mantiene, incluso, una vez concluido el contrato (CEBALLOS MARTÍN y PÉREZ GUERRA, 2001, 83)<sup>80</sup>, mientras que los bienes se encuentran en la referida esfera de control



del hospedero (v. gr. mientras que los efectos permanecen en la consigna del establecimiento)<sup>81</sup>.

Esta falta de posesión inmediata y el desconocimiento de cuáles son esos bienes, infiere, evidentemente, en la forma de desarrollar la custodia. La custodia, con carácter general, se concreta en «la protección de la cosa contra los acontecimientos exteriores y tomar las medidas necesarias para que no se destruya ni se deteriore por sí misma, bajo la influencia de los vicios internos [...] según la naturaleza del objeto que deba guardarse, predomina uno u otro aspecto de la guarda» (ROCA JUAN, 1946, 445)<sup>82</sup>. En el caso de la custodia contemplada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil, de los dos elementos que, por lo general, integran la custodia (labor de vigilancia y actividad de conservación de los bienes)<sup>83</sup>, el hospedero deberá desarrollar: por una parte, la labor de vigilancia, a fin de evitar la sustracción o extravío; por otra parte, la actividad de conservación, aunque encaminada, esta última, únicamente a la defensa de la cosa frente a agentes perjudiciales externos que puedan dañar los bienes, no frente a los vicios internos —es decir, consecuencia de la propia naturaleza de la cosa— (GARCÍA LUENGO, 2001, 78). En definitiva, la buena fe del hospedero —a la que ya aludimos— exige la conservación y vigilancia —externa y preventiva— del establecimiento y de las personas que lo frecuentan, a fin de proteger los bienes de los huéspedes<sup>84</sup>.

Esta responsabilidad, tal y como establece el artículo 1783 del Código civil, es posible exigírsela a los fondistas y mesoneros —o a los hoteleros, en la actualidad—. Frente al huésped que tiene la necesidad de llevar consigo determinados bienes, pero no puede protegerlos eficazmente ni de forma continua (BADOSA COLL, 1991, 1697), aquellos, por la posición que ocupan, sí tienen la posibilidad de desarrollar esa labor de conservación y vigilancia. La infraestructura y organización con la que cuenta quien ofrece el hospedaje de forma profesional hace que sea quien mejor pueda proteger esos bienes, razón por la cual se le exige esa responsabilidad especialmente rigurosa (HERNÁNDEZ GIL, 2000, 1071; JORDANO FRAGA, 1987, 503 y sigs.)<sup>85</sup>.

En el caso de las VUT nos encontramos con el problema de discernir si estamos ante un negocio entre particulares o si el anfitrión desarrolla la actividad de manera profesional, con una asiduidad y una organización determinadas que le atribuyen el carácter de empresario (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 58), pues el uso de las plataformas colaborativas está abierto a todo tipo de posibilidades: sea o no empresario. Las legislaciones autonómicas, al determinar su ámbito de aplicación, no se refieren a la condición que hayan de ostentar quienes ceden el uso, es decir, no distinguen si se trata de una actividad profesional o no, sino que, generalmente, se limitan a exigir de manera dispar —como ya vimos— que la actividad se realice a

cambio de una contraprestación y con cierta habitualidad; tampoco deberían de determinar tal condición de empresario, pues la misma no puede hacerse depender de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos.

Se trata de algo complejo, pues, como señala la propia Comisión Europea<sup>86</sup>, la legislación de la UE no establece expresamente cuándo un particular se convierte en un prestador de servicios profesional en la «economía colaborativa», razón por la que los Estados miembros utilizan criterios diferentes para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre particulares. En el caso de las VUT, señala la conveniencia de establecer umbrales y de que los Estados miembros establezcan criterios relacionados con la frecuencia de los servicios, el fin lucrativo y el nivel de volumen de negocio, a fin de considerar o no una actividad como profesional; deberá, pues, examinarse caso por caso, sin que sea posible dar una respuesta uniforme. Estos criterios son tenidos en consideración por FERNÁNDEZ PÉREZ, que añade el del tipo de los servicios prestados: «si los servicios prestados son característicos de un establecimiento, independientemente de su categorización, de alojamiento, es un indicador determinante de la consideración del titular de la vivienda como empresario» (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 177 y sigs.)<sup>87</sup>. MORENO-TORRES, por su parte, defiende que ante la falta de un concepto específico para el contrato de alojamiento en VUT, debe acudirse al concepto general de empresario del artículo 4 LGDCU, siendo la clave que el titular de la vivienda sea empresario turístico, lo cual exige la realización de una actividad económica, organizada y habitual en el sector turístico; no existiendo, a nivel estatal, criterios legales específicos para determinar cuándo se considera que el servicio de alojamiento es una actividad empresarial de quien la realiza, habrá que acudir a los criterios generales del Derecho del consumo nacional y europeo (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 218).

Independientemente de la consideración o no de empresario<sup>88</sup>, lo cierto es que al anfitrión de las VUT no puede exigírsele responsabilidad por la custodia indirecta de los efectos introducidos por el huésped en la vivienda.

Téngase en cuenta que, en relación con la labor de conservación y vigilancia en que consiste el depósito necesario al que nos venimos refiriendo, GONZÁLEZ CABRERA defiende que los efectos habrán de ser introducidos y depositados en un lugar en el que puedan ser vigilados por el titular del establecimiento o por sus auxiliares, es decir, en un lugar acotado y bajo la supervisión del propio empresario (GONZÁLEZ CABRERA, 2008, 109). REPRESA POLO, por su parte, afirma que «la falta de posesión del equipaje unido al desconocimiento de los bienes que lo componen determina que aquella se concrete en el desarrollo de una vigilancia genérica de su establecimiento y las personas que lo frecuentan», de manera que identifica el deber del hospedero con un deber general de seguridad (REPRESA POLO, 2014, 370 y sigs.)<sup>89</sup>.

Es evidente que el anfitrión de una VUT no puede desarrollar esta labor de vigilancia y conservación a la que nos hemos venido refiriendo, en tanto que no existe, por lo general, una presencia física permanente del anfitrión o de empleados suyos en las instalaciones; habrá que estar, no obstante, a cada caso concreto<sup>90</sup>. Esta es la idea que parecía asumir el artículo 47 de la Orden de 17 de enero de 1967 por la que se aprobaba la ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico —ya derogada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero—, que establecía: «*Se considerará depósito necesario el de los efectos introducidos por los clientes en los alojamientos, siempre que estos formen parte de un bloque o conjunto en el que exista conserjería-recepción, respondiendo las empresas, como tales depositarias, de su pérdida o deterioro en las condiciones establecidas en los artículos 1783 y 1784 del Código civil*». Como señala SAN JULIÁN PUIG, entre las diferencias que se dan entre el alojamiento hotelero y el extrahotelero, cabe destacar, no solo las diferentes condiciones físicas entre uno y otro, sino, sobre todo, que el margen de cuidado y atención que se puede esperar y exigir del prestador del servicio de alojamiento es mucho mayor en el alojamiento hotelero que en el extrahotelero (SAN JULIÁN PUIG, 2011). Nótese, incluso, que existen normas autonómicas reguladoras de las VUT (v. gr. Andalucía o Valencia) que ni tan siquiera exigen, para poder desarrollar la actividad, que se suscriba una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil por los daños corporales o patrimoniales que puedan sufrir las personas usuarias de las viviendas durante su estancia<sup>91</sup>.

Es más, esa falta de vigilancia, de presencia, del anfitrión en las VUT, conlleva que no se cumpla otro de los requisitos que establece el artículo 1783 del Código civil para su aplicación: dar conocimiento a los fondistas o mesoneros, o a sus dependientes, de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Es unánime la doctrina al no exigir una comunicación expresa del cliente al hospedero o a sus empleados, pero sí que, al menos, las cosas sean introducidas a la vista de aquellos (no de una forma clandestina), ya las porte el propio huésped al llegar al hotel, ya lleguen posteriormente al mismo durante el tiempo en que el huésped permanece alojado<sup>92</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

I. Aun siendo evidente la proliferación de la economía colaborativa, especialmente en el sector del alojamiento turístico, la cesión de VUT no cuenta con una regulación estatal que la regule. Esto ha conllevado una importante discusión en la doctrina en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico aplicable a este tipo

de contratos, especialmente desde que, tras la reforma acaecida en el año 2013, estos contratos fuesen excluidos del ámbito de aplicación de la LAU.

II. La doctrina mayoritaria considera que nos encontraremos ante un contrato de hospedaje cuando, junto al alojamiento en la VUT, se presten —según hemos defendido en este trabajo— otra serie de servicios; en caso contrario, habrá de considerársele como un contrato de arrendamiento que, al haber sido excluido de la LAU, habrá de regirse por lo dispuesto en el Código civil.

III. Aunque el depósito necesario —la custodia indirecta— es un aspecto —una obligación— esencial del contrato de hospedaje, no resulta de aplicación, por lo general, al contrato de VUT. Es por ello que cuando, junto al alojamiento, se presten otra serie de servicios, aun considerándose un contrato de hospedaje, será especial, siéndole de aplicación el régimen jurídico del hospedaje como régimen común, en la medida en que se adapte a las especialidades propias de este tipo de alojamiento.

IV. Pese a que la práctica totalidad de la doctrina contempla la posibilidad de considerarlo un contrato de hospedaje, consideramos que el anfitrión de la VUT no puede ser responsable por los efectos introducidos por el huésped en la vivienda en la forma en que se prevé por los artículos 1783 y 1784 del Código civil para los fondistas o mesoneros: ni nos encontramos ante un establecimiento abierto al público con el riesgo que ello supone, ni el anfitrión o empleados suyos tienen por qué tener una presencia física en la VUT que los sitúe —como ocurre en el establecimiento hotelero— en una posición tal que hayan de ser considerados como quienes mejor pueden conservar y vigilar las pertenencias de los huéspedes. Uno y otro factor conllevan, pues, que no pueda acudir a una interpretación extensiva de los artículos 1783 y 1784 del Código civil ni pueda tampoco considerarse como uno de esos deberes de protección que —según defendimos— podían derivarse de la buena fe e integrarse en la relación contractual a través del artículo 1258 del Código civil.

V. El anfitrión solo será responsable por los daños producidos por él o sus empleados, pero no por los extraños.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC de 30 de noviembre de 1982
- STC de 1 de marzo de 2012
- STC de 4 de febrero de 2016
- STS de 30 de marzo de 1974
- STS de 30 de junio de 1976
- STS de 22 de diciembre de 1979

- STS de 29 de junio de 1983
- STS de 6 de noviembre de 1984
- STS de 20 de septiembre de 1985
- STS de 10 de junio de 1987
- STS de 11 de julio de 1989
- STS de 15 de marzo de 1990
- STS de 27 de enero de 1994
- STS de 20 de junio de 1995
- STS de 15 de diciembre de 1999
- STS de 8 de febrero de 2008
- STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2013
- STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016
- STSJ de Islas Canarias de 21 de marzo de 2017
- STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 2018

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AUBRY, MM. C. y RAU, C. (1844). *Cours de droit civil français*, t. III, Estrasburgo: Paris Arthur Rousseau.
- Badenas Carpio, J. M. (2000). El contrato de hospedaje. En: M. V. Petit Lavall (coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 283-300.
- BADENAS CARPIO, J. M. (2000). Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje. *AC*, núm. 16, 619-634.
- BADOSA COLL, F. (1991). Comentario a los arts. 1758-1789. En: *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- BENAVIDES VELASCO, P. (2017). La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Retos y tendencias del Derecho a la contratación mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 159-174.
- BLANQUER CRIADO, D. (1999). La publicación del contrato de hospedaje. En: *Turismo: organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 297-336.
- BOIX PALOP, A. (2018). Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital. En: A. M. De la Encarnación (dir.), *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 261-294.
- BORSARI, L. (1881). *Commentario del Codice civile italiano*, t. IV, Turín: Editrice Torinese.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *RCDI*, núm. 749, 1199-1246.

- CARBONNIER, J. (1996). *Droit Civil. Les obligations*, t. IV, París: Presses universitaires de France.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986-1988). *Derecho civil español, común y foral*, t. III y IV, Madrid: Reus.
- CASTAÑOS CASTRO, P. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2014). ¿Deben las leyes españolas regular el contrato de alojamiento? *Repertorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA)* [en línea], disponible en: <http://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/8340>.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 65-81.
- (2015). Propuestas legislativas sobre la responsabilidad del hostelero. *InDret*, núm. 2.
- CEBALLOS MARTÍN, M. M. y PÉREZ GUERRA, R. (2001). *El contrato turístico de alojamiento hotelero*, Granda: Comares.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *RDP*, núms. 5-6, 3-33.
- COSTABILE, C. (2019). *Codice civile commentato*, Milán: Giuffrè.
- COVIÁN JUNCO, V. (1910). Comentario a la voz «depósito». En: *Enciclopedia Jurídica Española*, t. X, Barcelona: Seix Editor.
- D'ORS, A. [et al.] (1968). *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona: Aranzadi.
- DALMARTELLO, A. y PORTALLE, G. (1964). Comentario a la voz «deposito». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Milán: Giuffrè.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *ADC*, núm. 4, 987-1086.
- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* [en línea], núm. 5, disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10350/10927>.
- DE PAGE, H. (1952). *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, t. V, Bruselas: Bruylant.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1988). *Prólogo*. En: A. Cabanillas Sánchez, *Los deberes de protección en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid: Civitas.
- (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. 2, Madrid: Tecnos.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi”). *Revista CEFLegal*, núm. 175-176, 61-104.
- ENNECCERUS, L. (1966). *Derecho de obligaciones*, vol. II-2º, Barcelona: Bosch.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid: Edersa.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FIorentino, A. (1952). *Il nuovo Codice civile commentato*, t. II, Nápoles: Eugenio Jovene.
- FRAGALLI, M. (1958). Comentario a la voz «albergo». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milán: Giuffrè.

- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid: s. n.
- GARCÍA LUENGO, R. B. (2001). El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 59-81.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1990). *Los cuasidelitos*, Madrid: Trivium.
- GIMENO BEVIÁ, V. (2017). El aseguramiento en las viviendas de uso turístico. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 98-110.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid: La Ley.
- (2010). El doble tratamiento jurídico del vehículo que introduce el huésped en el establecimiento hotelero. *Revista andaluza del derecho del turismo*, núm. 4, 117-146.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. G. (2018). Alojamiento y viviendas de uso turístico. En: *Cuadernos de Derecho para ingenieros: economía colaborativa*, Madrid: Wolters Kluwer, 151-168.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 101-144.
- (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿qué viviendas se pueden arrendar? En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 231-268.
- HERNÁNDEZ GIL, F. (2000). Comentario a los artículos 1758-1789 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, t. VII, Barcelona: Bosch.
- HUALDE MANSO, T. (1991). La obligación de custodia en el depósito. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 69-120.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2019). La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía Colaborativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- JORDANO BAREA, J. (1951). Contratos mixtos y unión de contratos. *ADC*, núm. 1, 321-339.
- (1953). Los contratos atípicos. *RGLJ*, núms. 7-8, 53 y sigs.
- JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas particulares de la responsabilidad contractual. *RCDI*, núm. 568, 575-724.
- (1987). *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas.
- (1994). *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid: Civitas.
- (1994). Comentario a la STS de 27 de enero de 1994. *CCJC*, núm. 34, 357-380.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Madrid: Dykinson.
- LANGLE Y RUBIO, E. (1959). *Manual de Derecho Mercantil español*, t. III, Barcelona: Bosch.
- LAURENT, F. (1877). *Principes de Droit Civil français*, t. XXVII, Bruselas: Bruylant.
- LÓPEZ, G. (1843). *Glosas a Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, t. III, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes.
- LÓPEZ BARBA, E. (2018 a). Contenido del contrato de alojamiento turístico: derechos y obligaciones de las partes contratantes. En: G. Cerdeira Bravo de

- Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* Madrid: Reus, 269-298.
- (2018 b). El contrato de hospedaje en el Código civil cubano: la actuación de los cuentapropistas en Cuba y el fenómeno de las viviendas de fin turístico en España. *RGLJ*, núm. 4, 549-595.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento. *RCDI*, núm. 716, 2911-2947.
- LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. (1994). *Receptum argentari. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. En: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 721-730.
- MAGRO SERVET, V. (2017). El fraude del realquiler vacacional. *Diario La Ley*, núm. 9060.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid: Reus.
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *RDC*, núm. 1, 91-102.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En: J. J. Montero Pascual, *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 23-65).
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 191-230.
- MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International journal of scientific management and tourism*, núm. 1, 371-378.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2018). La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 55-98.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2018). Las competencias sobre el alojamiento “colaborativo”. Entre el “derecho a la ciudad”, la garantía de la vivienda y la *dura lex* económica. En: A. M. De la Encarnación, *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 231-260.
- ORTIZ DE MENDÍVIL, J. (1970). El concepto jurídico de hospedaje. *Estudios Turísticos*, núm. 28, 53-85.
- OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona: Bosch.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2012). El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid: Marcial Pons, 343-366.
- PANTALEÓN, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate). *ADC*, núm. 3, 1019-1092.



- PELLISÉ PRATS, B. (1975). Voz «depósito». En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona: Francisco Seix.
- PÉREZ SERRANO, N. (1930). *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid: Imprenta Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús.
- POTHIER (1845). *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducido al español por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona: Imprenta J. Roger.
- PUENTE ORENCH, J. (2018). Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 299-328.
- PUIG BRUTAU, J. (1985-1988). *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II y t. II, vol. I y II, Barcelona: Bosch.
- PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- RAPONE, P. (2006). *Codice civile*, t. I, Milán: Giuffrè.
- REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento. En: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. V, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 418-532.
- REPRESA POLO, M. P. (2004). *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid: Edersa.
- ROCA JUAN, J. (1982). Comentario a los arts. 1758-1789. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. XXII, vol. I, Madrid: Edersa.
- ROCA JUAN, J. (1946). El depósito y la garantía real mobiliaria. *Anales de la Universidad de Murcia*, 395-447.
- RODRÍGUEZ BUJÁN, J. (1974). La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes en Derecho español y alemán. *RGLJ*, núm. 2, 150-168.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2017). Los poderes públicos ante el fenómeno de las viviendas particulares dedicadas al uso turístico y la irrupción de la denominada economía colaborativa en este sector: una aproximación a la posición de la Unión Europea, el legislador español y los ejecutivos autonómicos. En: *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, vol. II, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 573-587.
- (2018). El nuevo decreto andaluz sobre viviendas particulares de uso turístico. Análisis a la luz de la agenda europea para la economía colaborativa. *Cuadernos de turismo*, núm. 41, 591-613.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A. (2001). Cajas de seguridad en los hoteles. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 701-748.
- SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El Contrato de Hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero? *RADP*, núm. 27, 119-136.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (1994). El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospederero. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 373-398.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figu-

- ras afines. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 147-190.
- SANTISTEBAN MARTÍN, S. (2002). *El Depósito y la Responsabilidad del Depositario*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- TEMPESTA, E. (1938). Comentario a la voz «deposito». En: *Nuovo Digesto Italiano*, t. VI, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona: Bosch.
- VON TUHR, A. (1934). *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid: Reus.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1993). *Responsabilidad Civil contractual y extracontractual*, t. I, Madrid: Reus.

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi”). *Revista CEFLegal*, núm. 175-176, 61. En cuanto a los elementos identificativos de la economía colaborativa, vid. MONTERO PASCUAL, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En: J. J. Montero Pascual, *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>2</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», DOCE de 11 de junio de 2014. En tal sentido, vid. DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* [en línea], núm. 5, disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10350/10927>, 33.

<sup>3</sup> La CNMC, en su «Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa» (E/CNMC/004/15), de marzo de 2016, considera que «si bien la crisis ha ayudado a impulsar la economía colaborativa, se trata de un elemento de carácter coyuntural».

<sup>4</sup> Es el caso, entre otras, del movimiento «Couchsurfing» ([www.couchsurfing.com](http://www.couchsurfing.com)), que permite a los viajeros alojarse de forma gratuita con personas de cualquier parte del mundo, potenciando, así, el intercambio cultural; o el movimiento benéfico llamado «Hogares Lázaro» ([www.hogareslazaro.org](http://www.hogareslazaro.org)) nacido en París y que promueve la organización de pisos colaborativos en los que conviven estudiantes con personas sin hogar, favoreciendo su socialización.

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

<sup>6</sup> No obstante, aumentando la confusión entre ambas figuras, hay comunidades autónomas que regulan una y otra en el mismo texto normativo, e incluso bajo la misma denominación, como es el caso de Navarra, cuya legislación es anterior a la modificación de la LAU del año 2013. En Andalucía, en cambio, la prueba de la diferencia apuntada se constata en la existencia de dos normas diferentes: Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de viviendas con fines turísticos (en adelante, Decreto andaluz 28/2016) y Decreto

194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (en adelante, Decreto andaluz 194/2010).

<sup>7</sup> El artículo 9 del Decreto andaluz 194/2010 exige un mínimo de tres unidades de alojamiento por establecimiento de apartamentos turísticos (cfr. art. 1.2.d. del Decreto andaluz 28/2016 y art. 4.2.b del Decreto aragonés 80/2015, de 5 de mayo).

<sup>8</sup> La STSJ de Cataluña 315/2013, de 8 mayo, por su parte, dice: «[...] cuando se habla de apartamentos turísticos se piensa en un conjunto de viviendas que conforman una unidad y que se dedica en su totalidad a ofrecerse como establecimiento de alojamiento turístico, mientras que cuando se habla de viviendas de uso turístico se piensa en viviendas más o menos aisladas que se ceden a terceros en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o bajo cualquier otra forma que implique contraprestación económica, por mucho que en un mismo bloque o edificio una misma persona pueda dedicar más de una vivienda a este uso turístico».

<sup>9</sup> La CNMC, en su «Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España» (E/CNMC/003/18), señala: «La principal diferencia regulatoria radica en que la denominada vivienda de uso turístico es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular, que se puede encontrar en una comunidad de vecinos, mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento, ocupando normalmente todo un edificio destinado a este fin. Estos, además, deben cumplir con una serie de requisitos adicionales, como poseer una recepción y zonas comunes, y se clasifican por categorías (indicadas con el número de llaves que se le asignan)».

<sup>10</sup> El VI Barómetro del Alquiler Vacacional en España, realizado por el Instituto Multidisciplinar de la Empresa (Universidad de Salamanca) en el año 2019, nos ofrece algunos datos interesantes: la vivienda turística ha sido utilizada en más de 7,9 millones de viajes por ocio o vacaciones en el último año; en el 47,2% de los viajes realizados por los usuarios de viviendas vacacionales, estos solo buscaron esta modalidad alojativa; la satisfacción general con la vivienda turística es el 4,2 sobre 5; el 96,3% de los comentarios publicados por usuarios de viviendas vacacionales son positivos; la utilización de webs especializadas en alojamientos lidera la búsqueda de información entre los usuarios de viviendas turísticas (59,8 %); el 70,6% de los usuarios de vivienda turística, si tuviesen una vivienda en propiedad que no utilizasen de forma continua, la ofertarían como vivienda turística durante algún periodo del año. El informe se encuentra disponible en: <https://bit.ly/2H9gwdx> (consultado el 19 de agosto de 2019).

<sup>11</sup> Sobre las ventajas de la expansión de las VUT, vid. «Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España» (E/CNMC/003/18).

<sup>12</sup> Aspectos que, según considera la CNMC, están en realidad ligados a la actividad turística en general o a la concentración de visitantes y no exclusivamente a los turistas que se alojan en VUT.

<sup>13</sup> Decía, al respecto, el referido preámbulo: «No puede, por tanto, confundirse la prestación de alojamiento turístico con el simple arrendamiento de una vivienda amueblada, conforme al artículo segundo de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto en este último caso se trata de la transferencia del uso temporal y oneroso de una vivienda, sin que el arrendador se obligue a prestar ningún servicio ni a realizar actividad alguna en beneficio del arrendatario, mientras que en el primero lo característico es el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la Empresa desde el momento mismo de la ocupación del alojamiento, no desvirtuando su naturaleza el que se presten todos o solamente algunos de los servicios que en la propia Ordenación se mencionan».

<sup>14</sup> Es el caso del Decreto 29/1991, de 4 de abril, de Islas Baleares, sobre medidas de ordenación de las viviendas turísticas vacacionales o de la Ley 6/1994, de 16 de marzo, de ordenación del turismo del País Vasco, desarrollada posteriormente por el Decreto 191/1997, de 29 de julio, por el que se regulan los apartamentos, viviendas vacacionales, alojamientos en habitaciones de casas particulares y casas rurales.

<sup>15</sup> Vid. SSTs de 30 de marzo de 1974, 30 de junio de 1976, 22 de diciembre de 1979, 29 de junio de 1983, 6 de noviembre de 1984, 20 de septiembre de 1985 o 15 de diciembre de 1999.

<sup>16</sup> La explicación de que el artículo 5.e) LAU excluya las cesiones de la totalidad de la vivienda, y no de parte de ella, es la innecesidad de excluir aquellos contratos por los que se ceda solo el uso parcial de la vivienda, en tanto que estos contratos quedan en todo caso fuera de la LAU: «la exclusión de la aplicación de la LAU dispuesta en su art. 5e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite» (STSJ de Castilla y León 86/2018, de 2 de febrero). Es decir, el artículo 5.e) LAU, no prohíbe la cesión por estancias.

<sup>17</sup> Los incisos introducidos en la modificación de 2019 amplían el requisito referente a la comercialización o promoción, no limitándolo a canales de oferta turística, sino a cualquier otro modo.

<sup>18</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 196, defiende que esa normativa sectorial podría referirse también a una normativa estatal reguladora de la relación contractual, la cual, a día de hoy, no existe.

<sup>19</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *RCDI*, núm. 749, 1233-1234, considera, no obstante, que la modificación anunciada no aporta nada nuevo, debiendo ser interpretada como el expreso reconocimiento por parte del legislador de la exclusión del régimen general de Arrendamientos Urbanos de aquellos contratos de alquiler de viviendas que, por conllevar la realización de actividades turísticas reguladas como tal en las correspondientes legislaciones autonómicas turísticas, exceden del ámbito de aplicación de la LAU.

<sup>20</sup> Considera FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 94-95, que la mera comercialización y promoción de los arrendamientos a través de canales turísticos no es criterio suficiente para alterar la naturaleza jurídica del contrato.

<sup>21</sup> Andalucía (Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos); Aragón (Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón); Castilla y León (Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León); Castilla-La Mancha (Decreto 36/2018, de 29 de mayo, de apartamentos y viviendas de uso turístico); Cantabria (Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria); Cataluña (Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico); Comunidad de Madrid (Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid); Comunidad Foral de Navarra (Decreto foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra); Comunidad Valenciana (Decreto 92/2009, de 3 de julio, que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana); Extremadura (Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura); Galicia (Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos

turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia); Islas Baleares (Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Islas Baleares); Islas Canarias (Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias); La Rioja (Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja); País Vasco (Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo); Principado de Asturias (Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico); Región de Murcia (Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales, derogado a excepción del Capítulo V, referido concretamente a los alojamientos vacacionales).

<sup>22</sup> *Vid.*, al respecto, GUILLÉN NAVARRO, N. (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿qué viviendas se pueden arrendar? En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 245 y sigs.

<sup>23</sup> Mientras que en Andalucía se presume «que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística» (art. 3.2 Decreto andaluz 28/2016), en Castilla y León se entiende que existe habitualidad «cuando se facilite alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes» (art. 4.c Decreto 3/2017, de 16 de febrero).

<sup>24</sup> Frente a gran parte de las normas autonómicas, en Andalucía, el artículo 5.b Decreto 28/2016, admite explícitamente la cesión de habitaciones siempre que el propietario resida en la vivienda. También lo admite País Vasco (art. 36.1.c Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo) y Asturias (art. 12.1 Decreto 48/2016, de 10 de agosto), donde se contempla expresamente la innecesiedad de que el propietario de la vivienda resida en la misma.

<sup>25</sup> Es frecuente la exclusión de las viviendas que se ceden sin contraprestación, que se encuentran sometidas a otras legislaciones específicas (viviendas rurales, apartamentos turísticos, etc.), o que superan ciertos límites temporales por considerarse que no se trata de una estancia turística. Incluso se han llegado a exigir periodos mínimos en cuanto a cesión del uso de la vivienda, como es el caso de Madrid, que establecía un periodo mínimo de cinco días (art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio), lo cual fue declarado nulo por la STSJ de Madrid 292/2016, de 31 de mayo. También se han llegado a restringir las VUT en determinados tipos de suelo, como es el caso de las Islas Canarias, cuyo artículo 3.2 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, las restringía en «urbanizaciones turísticas» o en «urbanizaciones mixtas residenciales turísticas», precepto que fue también declarado nulo por la STSJ de las Islas Canarias 41/2017, de 21 de marzo.

<sup>26</sup> En el mismo sentido, *vid.* SSTC 28/2012, de 1 de marzo y 18/2016, de 4 de febrero. *Vid.*, al respecto: FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*, 71, 75 y 260; GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 118; MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, 195; MARTOS CALABRÚS, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *RDC*, núm. 1, 93.

<sup>27</sup> *Cfr.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *RDP*, núms. 5-6, quien, refiriéndose, en este caso, al Decreto-Ley 7/2019, considera que en el mismo subyace una cierta delegación legislativa o, cuando menos, cierto reconocimiento de competencia legislativa en favor de las CCAA en materia de alquileres turísticos. *Vid.*, asimismo, BOIX PALOP, A. (2018). Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital. En: A. M. De la Encarnación (dir.), *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 269-270.

<sup>28</sup> En tal sentido, *vid.*: PAGADOR LÓPEZ, J. (2012). El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid: Marcial Pons, 363; SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El Contrato de Hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero? *RADP*, núm. 27, lo califica como contrato nominado pero atípico; GARCÍA LUENGO, R. B. (2001). El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 61.

<sup>29</sup> CASTAÑOS CASTRO, P. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2014). ¿Deben las leyes españolas regular el contrato de alojamiento? *Repertorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA)* [en línea], disponible en: <http://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/8340>, consideran que la decisión del legislador de no regular el contrato de hospedaje en su conjunto parece estar justificada, en tanto que las normas del contrato de servicios, de las obligaciones y contratos y de protección de los consumidores, resultan suficientes para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual.

<sup>30</sup> En un sentido similar: PÉREZ SERRANO, N. (1930). *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid: Imprenta Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, 86; CASTÁN TOBENAS, J. (1986-1988). *Derecho civil español, común y foral*, t. III y IV, Madrid: Reus, 705; PUIG BRUTAU, J. (1988). *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I Barcelona: Bosch, 418; JORDANO BAREA, J. (1953). Los contratos atípicos. *RGLJ*, núms. 7-8, 93.

<sup>31</sup> En un sentido similar: GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 62-63.

<sup>32</sup> Asimismo, REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento. En: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. V, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 345-34, defiende que, si junto al alojamiento se contratan otros servicios (v. gr. depósito de objetos de seguridad o garaje), el carácter accesorio de los mismos y la necesidad de una nueva declaración de voluntad determina que se trate de una unión de contratos en la que cada uno conserva su propia causa y se rige por su régimen jurídico. CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, más que como contrato mixto, lo considera un contrato de servicios, en el que, a pesar de la diversidad de prestaciones, todas ellas son consideradas servicios a favor del consumidor.

<sup>33</sup> La atención telefónica permanente, así como el servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda es exigido por otras comunidades autónomas como es el caso, por ejemplo, de Galicia (art. 39 Decreto 12/2017 de 26 de enero), Aragón (art. 10 Decreto 80/2015 de 5 de mayo) Cataluña (art. 67 Decreto 159/2012, de 20 de noviembre), o Castilla y León (art. 25 Decreto 3/2017, de 16 de febrero). Valencia entiende comprendido el servicio de conservación, mantenimiento y reparaciones, además del de recogida de basuras desde la vía pública o recinto destinado a tal efecto (art. 16 Decreto 92/2009, de 3 de julio). Por su parte, hay una serie de CCAA que únicamente contemplan como servicios adicionales el de atención telefónica permanente, como es el caso de Andalucía (art. 6 Decreto 28/2016, de 2 de febrero), Asturias (art. 27.c Decreto 48/2016, de 10 de agosto), La Rioja (art. 70.3 Decreto 10/2017, de 17 de marzo), Castilla La Mancha (art. 16.1.i Decreto 36/2018, de 29 de mayo) o Islas Canarias (art. 7.4 Decreto 113/2015, de 22 de mayo).

<sup>34</sup> *Vid.*, asimismo, la consulta vinculante número V2305-08, de 4 de diciembre de 2008.

<sup>35</sup> Si bien el artículo 20.Uno.23º LIVA establece que estarán exentos del impuesto los arrendamientos que tengan la consideración de servicios según lo dispuesto en el artículo 11 LIVA, así como la constitución y transmisión de derechos reales de goce y disfrute que tengan por objeto los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a vivienda, la letra e) del referido precepto establece que la exención no comprenderá «Los arrendamientos de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue

a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos».

<sup>36</sup> En el mismo sentido, *vid.* las consultas vinculantes número: V804/13, de 14 de marzo; V2348/13, de 15 de julio; V3095/14, de 14 de noviembre; V3157/14, de 26 de noviembre; o V575-15, de 13 de febrero.

<sup>37</sup> *Vid.*: REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos..., *op. cit.*, 360; SAN JULIÁN PUIG, V., *op. cit.*; GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda..., *op. cit.*, 118; JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2019). La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3; PUENTE ORENCH, J. (2018). Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 307.

<sup>38</sup> *Cfr.* MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, 209-210; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 179 y sigs.; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2018). La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 56 y 59, quien defiende que, de considerarlo hospedaje, con independencia de que se acuda a la teoría de la absorción, de la aplicación analógica o de la combinación, la normativa sobre arrendamiento debe aplicarse, así como la teoría general del contrato para los restantes aspectos civiles del contrato.

<sup>39</sup> Un tratamiento particular tendrá, por otra parte, el automóvil del cliente, respecto al que habrá que atender a cómo y dónde se aparque, cuestión de la que no nos ocuparemos en este trabajo por cuestiones de espacio.

<sup>40</sup> El Código civil emplea tales términos (fondistas y mesoneros) porque eran los usados en la época de su redacción para referirse a las personas que regentaban un establecimiento en el que recibían viajeros para su manutención y, principalmente, para su alojamiento. Por lo tanto, interpretando tales términos conforme a la realidad social actual, podría entenderse por «fondistas o mesoneros» aquellos establecimientos dedicados al hospedaje de extraños (hoteles, hostales, albergues, pensiones...).

<sup>41</sup> D'ORS, A. [et al.] (1968). *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona: Aranzadi, 234-235: «Muy grande es la utilidad de este edicto, porque muchas veces es necesario fiarse de ellos y encomendar objetos a su custodia. Y no piense que este edicto es muy severo con ellos, porque está en su arbitrio el no custodiar nada a nadie; y si no se hubiese establecido así, se daría ocasión para la complicidad con los ladrones en perjuicio de aquellos de quienes reciben algo en custodia, siendo así que ni aun con esto se abstienen ciertamente tales fraudes» (D. 4.9.1.1). GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1990). *Los cuasidelitos*, Madrid: Trivium, 131-132: «en general las gentes dedicadas al comercio, transporte o al hospedaje no gozaban de buena reputación por motivos muy variados (...) ello explica que se sintiera la necesidad de una sanción jurídica, que pudiera paliar los posibles riesgos que dichas actividades llevaban consigo».

<sup>42</sup> D'ORS, A. [et al.], *op. cit.*, 234.

<sup>43</sup> *Íb.*, 236: «quedan obligados por razón de la custodia» (D. 4.9.5 [Gayo, libro V, sobre el Edicto provincial]).

<sup>44</sup> *Íb.*, 237: «Todo lo que hemos dicho sobre el hurto debe entenderse también respecto al daño, pues no debe dudarse de que el que asume algo bajo su custodia se entiende que no solo garantiza por el hurto, sino también por el daño» (D. 4.9.5.1).

<sup>45</sup> *Íb.*, 236: «Quedan obligados por esta acción los mesoneros y estableros, porque sumen bajo su custodia en razón del ejercicio de su negocio, pero si la hiciera fuera de su negocio, entonces no quedan obligados» (D. 4.9.3.2 [Ulpiano, libro XIV, sobre el Edicto]).

Vid. LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. (1994). Receptum argentari. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. En: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 727.

<sup>46</sup> D'ORS, A. [et al.], *op. cit.*, 236: «Dijo Viviano que este edicto se refiere también a aquellas cosas que se introducen en la nave después de cargarse y colocarse en ellas las mercancías, aunque no se pague nada por su transporte, como los vestidos y las provisiones diarias, porque estas mismas cosas van unidas a la locación de los demás» (D. 4.9.4.2 [Paulo, libro XIII, sobre el Edicto]).

<sup>47</sup> *Íd.*: «por este edicto el que asumió bajo su custodia se obliga en todo caso, aunque perezca la cosa sin su culpa, o se le haya causado un daño, a no ser que haya acontecido por accidente inevitable [...] no es injusto dar una excepción, y lo mismo habrá que decir también si en el establo o mesón hubiere ocurrido un caso de fuerza mayor» (D. 4.9.3.1).

<sup>48</sup> GREGORIO LÓPEZ, en sus glosas a *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, t. III, 177, califica a los posaderos como hombres rapaces y villanos y justifica esta responsabilidad en la necesidad de recurrir a estos profesionales por parte de los viajeros.

<sup>49</sup> Ya POTHIER (1845). *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducido al español por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona: Imprenta J. Roger, 158, lo calificó de depósito y, concretamente, como accesorio de su condición de posadero.

<sup>50</sup> LAURENT, F. (1877). *Principes de Droit Civil français*, t. XXVII, Bruselas: Bruylant, 154, justifica la existencia de esta responsabilidad especialmente gravosa, en la mala reputación de los posaderos.

<sup>51</sup> *Vid.*: SANTISTEBAN MARTÍN, S. (2002). *El Depósito y la Responsabilidad del Depositario*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 164; BADOSA COLL, F. (1991). Comentario a los artsículos 1758-1789. En: *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1697; o ROCA JUAN, J. (1982). Comentario a los artículos. 1758-1789. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. XXII, vol. I, Madrid: Edersa, 196. No obstante, algunos autores defienden que se trata de un verdadero depósito, *vid.*: COVIÁN JUNCO, V. (1910). Comentario a la voz «depósito». En: *Enciclopedia Jurídica Española*, t. X, Barcelona: Seix Editor, 840.

<sup>52</sup> *Vid.* GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 69-70 y, en 75; o LACRUZ BERDEJO, J. L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Madrid: Dykinson, 248.

<sup>53</sup> Artículo 1950 Código civil francés actual: «La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur supérieure au chiffre prévu à l'article 1359». Similar redacción a la de 1804, cuando decía: «La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs».

<sup>54</sup> Señala LAURENT, F., *op. cit.*, 152, que la asimilación al depósito necesario tiene como fin que resulte posible la prueba testifical. En el mismo sentido, *vid.* AUBRY, MM. C. y RAU, C. (1844). *Cours de droit civil français*, t. III, Estrasburgo: Paris Arthur Rousseau, 1844, 116.

<sup>55</sup> En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J. M. (2000). El contrato de hospedaje. En: M. V. Petit lavall (coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 291, considera que se trata no solo de una responsabilidad, sino también de una obligación legal; JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas particulares de la responsabilidad contractual. *RCDI*, núm. 568, 640; HERNÁNDEZ GIL, F. (2000). Comentario a los artículos 1758-1789 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, t. VII, Barcelona: Bosch, 1071.

<sup>56</sup> RAPONE, P. (2006). *Codice civile*, t. I, Milán: Giuffrè, 2306, lo considera como una prestación accesoria del contrato de hospedaje, concretamente como un deber de protección que se integra en la obligación principal del deudor en base al criterio de la buena fe.

<sup>57</sup> Entre las sentencias en las que el Tribunal Supremo considera que el depósito necesario de los efectos de los viajeros deriva del contrato de hospedaje, *vid.*, asimismo,



las SSTs de 10 de junio de 1987 o 15 de marzo de 1990. En este sentido, señala JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas..., *op. cit.*, 640-641: «así como el deber accesorio de custodia es legal, la responsabilidad del hostelero que deriva de su infracción sigue siendo contractual, pues el ámbito de ésta se refiere al incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente, no necesariamente un contrato».

<sup>58</sup> *Vid.*, en este sentido: GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid: s. n., 104, quien señala, simplemente, que el artículo no se opone a este pacto, basándose, para ello, en la ya referida Ley 26 de Partida y en el D. 4.9.7 que hacen cesar la responsabilidad del fondista cuando ambos lo convinieron; LAURENT, F., *op. cit.*, 167, mantiene, al respecto, que «ainsi il n'est pas permis de stipuler que l'on ne répondra pas de sa faute [...] c'est convenir que l'aubergiste ne répondra pas de la négligence du voyageur, et cette convention n'a rien de contraire au droit ni à la morale»; PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, 1930, 246, quien considera que «no se está en presencia de derechos irrenunciables, de esos que vienen a constituir una especie de función social»; RODRÍGUEZ BUJÁN, J. (1974). La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes en Derecho español y alemán. *RGLJ*, núm. 2, 164; BADENAS CARPIO, J. M. (2000). El contrato..., *op. cit.*, 292.

<sup>59</sup> *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid: Reus, 993; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (1994). El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 393; o GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid: La Ley, 118.

<sup>60</sup> Artículo 1953.III Código civil francés: «Dans tous les autres cas, les dommages-intérêts dus au voyageur sont, à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure, limités à l'équivalent de cent fois le prix de location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre».

<sup>61</sup> COSTABILE, C. (2019). *Codice civile commentato*, Milán: Giuffrè, 2176, señala que la razón de ser de este precepto es la protección del cliente, que en este tipo de contratos es la parte más débil, ya que podría, a la vista de la necesidad de encontrar un alojamiento donde alojarse, aceptar condiciones injustas. Señala, asimismo, que el precepto es consecuencia de la *Convention on the Liability of Hotel-keepers concerning the Property of their Guests*, de 17 de diciembre de 1962, cuyo artículo 6 establece: «Any notice or agreement purporting to exclude or diminish the hotel-keeper's liability given or made before the damage, destruction or loss has occurred shall be null and void». Una disposición similar existía con anterioridad al referido Convenio, estableciendo el artículo 1784, *in fine*: «E'nulla ogni patto tendente a escludere o a diminuire la responsabilità prevista dai comuni precedenti», y lo justificaba FIORENTINO, A. (1952). *Il nuovo Codice civile commentato*, t. II, Nápoles: Eugenio Jovene, 288, diciendo: «La nulità discende logicamente dalla condizione di necessità in cui si trova il viaggiatore, a tutela del quale la norma è stata dettata».

<sup>62</sup> *Vid.* LÓPEZ BARBA, E. (2018). Contenido del contrato de alojamiento turístico: derechos y obligaciones de las partes contratantes. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* Madrid: Reus, 283-283, quien considera que «el deber de custodia sobre los bienes de los viajeros se difumina, toda vez que el prestador del servicio no está presente durante la vida del contrato», por lo que en este tipo de alojamientos el derecho de seguridad sobre los bienes «debe ser entendido en sus justos términos, en atención a las particularidades del alojamiento»; MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International journal of scientific management and tourism*, núm. 1, 377, quien refiriéndose a la cesión de habitación por parte del anfitrión al huésped, dice que «no parece que exista este depósito necesario» propio del contrato de hospedaje; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*,

164: «no parece, sin embargo, que en el arrendamiento de la vivienda de uso turístico exista el depósito necesario que se toma como presupuesto del deber de custodia, ni siquiera en los casos en los que el anfitrión o arrendador facilite una caja de seguridad al huésped»; PUENTE ORENCH, J., *op. cit.*, 305 y 318, quien considera que en una VUT unifamiliar en la cual el prestador no está físicamente presente ni existe una recepción, es muy posible que no exista el deber de custodia, aunque habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto, atendiendo al tipo de VUT, a la ubicación o no en un inmueble destinado a la actividad turística en su conjunto, o a la condición profesional o no del prestador.

<sup>63</sup> Limitación que, por otra parte, llegó a otros países de nuestro entorno incluso con carácter previo a la aprobación de nuestro Código civil. España ni tan siquiera se ha adherido al Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros llevados a sus establecimientos, firmado en París en 1962, que contempla un modelo de responsabilidad contractual objetiva y limitada y que ha propiciado modificaciones legislativas en muchos países de nuestro entorno. En nuestro país, únicamente cabe destacar la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre clasificación de los establecimientos hoteleros, cuyo artículo 78 establece que los hoteleros estarán exentos de responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las cajas fuertes, salvo dolo en los hoteleros o en sus empleados. Sin embargo, no solo es que, en la actualidad existan objetos de cuantioso valor de los que no es fácil desprenderse (teléfono móvil, tableta, ordenador portátil, etc.), sino que lo dispuesto en la Orden contradice lo dispuesto en el Código civil. Contradicción, esta, que ha de resolverse a favor de lo dispuesto en el Código, en base al principio de jerarquía normativa (*vid.* STS de 15 de marzo de 1990).

<sup>64</sup> GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento...*, *op. cit.*, 116, por su parte, considera la posibilidad de la concurrencia de culpas con una reducción —que no exención— de la responsabilidad del hotelero.

<sup>65</sup> JORDANO FRAGA, F. (1994). Comentario a la STS de 27 de enero de 1994. *CCJC*, núm. 34, 368, considera que no siempre ha de considerarse liberado el hotelero en tales supuestos, debiendo atenderse a la categoría del establecimiento, de forma que si es un hotel de lujo habrán de exigírseles mayores medidas de seguridad.

<sup>66</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, la STS 15 de marzo de 1990.

<sup>67</sup> Entre la doctrina que defiende esa responsabilidad objetiva, *vid.*: DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas, 581; BADOSA COLL, F. *op. cit.*, 1.700; GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 76; RODRÍGUEZ BUJÁN, J., *op. cit.*, 163; COVIÁN JUNCOS, V., *op. cit.*, 841: «la responsabilidad de los dueños de las hospederías es muy parecida al riesgo profesional que se impone a los patronos por ciertas leyes sociales»; o MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, 991.

<sup>68</sup> CEBALLOS MARTÍN, M. M. y PÉREZ GUERRA, R. (2001). *El contrato turístico de alojamiento hotelero*, Granda: Comares, 82, por su parte, defienden que «estamos ante una responsabilidad contractual de carácter empresarial y esto es lo que sirve de verdadero fundamento, dado que la sola mención de fuerza mayor en otros lugares del Código civil mantiene los criterios de responsabilidad basados en la culpa».

<sup>69</sup> GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 78, considera que la expresión «extraños» ha de interpretarse en un sentido amplio, referido a todos los que se encuentren en el establecimiento dado su carácter público, no por razón de dependencia del empresario: el resto de usuarios y todos aquellos que entren y salgan del mismo.

<sup>70</sup> En el mismo sentido, *vid.* LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento. *RCDI*, núm. 716, 2943, que se refiere, asimismo, a la «posibilidad casi ininterrumpida del personal de entrar en las habitaciones».

<sup>71</sup> Sobre la discusión habida respecto a la interpretación restrictiva de los arts. 1783 y 1784 del Código civil o la posible aplicación analógica a otras situaciones similares

en las que la actividad principal no es el hospedaje de extraños (hospitales, balnearios, restaurantes...), *vid.*: COVIÁN JUNCO, V., *op. cit.*, 841; PELLISÉ PRATS, B. (1975). Voz «depósito». En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona: Francisco Seix, 874; PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 423, quien precisa que ha de tratarse de una «industria» que tenga por finalidad principal el alojamiento de extraños. A la aplicación de esta responsabilidad a otras situaciones se refiere el artículo 1786 del Código civil italiano: «*Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili*».

<sup>72</sup> *Vid.*: SANTISTEBAN MARTÍN, S., *op. cit.*, 169, justifica su afirmación: «ya sea por aplicación analógica de los artículos 1783 y 1784 del Código civil pensados para el depósito hotelero, ya sea por entender que opera la exigencia, conforme a la buena fe, de exigir una prestación accesoria de custodia por parte del titular de la actividad principal»; DE PAGE, H. (1952). *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, t. V, Bruselas: Bruylant, 230; JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 520 y en «Las reglas...», *op. cit.*, 657: «la responsabilidad es extensible a todos aquellos establecimientos en los que el normal desarrollo de la actividad deuditoria que allí se desenvuelve, presupone en el cliente una dificultad para proveer a la custodia de las cosas introducidas por necesidad o costumbre en los mismos, y una mayor facilidad del deudor-empresario para la custodia. Es decir, en todos aquellos casos en que, con arreglo a la buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia».

<sup>73</sup> BADOSA COLL, F., *op. cit.*, 1700: «la expresión fuerza mayor se utiliza en sentido técnico o estricto, diferenciado del caso fortuito. Lo demuestra la modificación que sufrió el artículo 1784 en la segunda edición del CC; mientras que la edición primitiva concluía con la frase alternativa “*pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por fuerza mayor*”, en la versión reformada se subraya que el robo a mano armada es una modalidad de fuerza mayor».

<sup>74</sup> *Vid.*, asimismo, PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona: Bosch, 437.

<sup>75</sup> Para CARBONNIER, J. (1996). *Droit Civil. Les obligations*, t. IV, París: Presses universitaires de France, 288, un suceso no constituye fuerza mayor si no concurren los tres caracteres: inevitabilidad, imprevisibilidad y exterioridad.

<sup>76</sup> GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 77-78, precisa que, dado el carácter que tiene la responsabilidad del hotelero, habría de estimarse que la única culpa del usuario que libera de responsabilidad a aquel es la culpa grave.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, la STS de 27 de enero de 1994 distingue entre caso fortuito y fuerza mayor: «*los hoteleros responden de los casos fortuitos que impidan el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no de los casos de fuerza mayor incluidos en los arts. 1783 y 1784*».

<sup>78</sup> Entre quienes consideran que el hospedero responde del caso fortuito surgido en el normal ejercicio de la industria, *vid.*: VICENT CHULIA, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona: Bosch, 370; CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, t. III, 1986, 232; ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid: Edersa, 192; ROCA JUAN, J. (1982). *Comentario...*, *op. cit.*, 307.

<sup>79</sup> *Vid.* ROCA JUAN, J. (1982). *Comentario...*, *op. cit.*, 196; DALMARTELLO, A., y PORTALLE, G. (1964). *Comentario a la voz «deposito»*. En: *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Milán: Giuffrè, 250.

<sup>80</sup> Hay quien defiende tal responsabilidad incluso en el supuesto de que finalmente no se celebre el contrato de hospedaje; *vid.*: JORDANO FRAGA, F. (1985). *Las reglas...*, *op. cit.*, 647; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. 2, Madrid: Tecnos, 170-171, quien se apoya en que se trata de una responsabilidad *ex lege*.

<sup>81</sup> En este supuesto, como defiende SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A. (2001). Cajas de seguridad en los hoteles. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 726, existe un verdadero contrato de depósito (una custodia directa), por ejercitarse mediante la posesión directa de los bienes.

<sup>82</sup> En el mismo sentido, HUALDE MANSO, T. (1991). La obligación de custodia en el depósito. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 112.

<sup>83</sup> *Vid.* TEMPESTA, E. (1938). Comentario a la voz «deposito». En: *Nuovo Digesto Italiano*, t. VI, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 749; OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona: Bosch, 199.

<sup>84</sup> *Cfr.* GONZÁLEZ CABRERA, I. (2010). El doble tratamiento jurídico del vehículo que introduce el huésped en el establecimiento hotelero. *Revista andaluza del derecho del turismo*, núm. 4, 126-127; FRAGALLI, M. (1958). Comentario a la voz «albergo». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milán: Giuffrè, 982-983.

<sup>85</sup> Por ello, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, 220, considera que no cabe predicar tal responsabilidad cuando, por ejemplo, se admiten huéspedes en el propio hogar, pues no hay un verdadero régimen de empresa.

<sup>86</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

<sup>87</sup> Concreta el autor que la consideración como empresario exige una gestión profesional del arrendamiento, en el sentido de que no se trate de una actividad aislada, y de que venga acompañada de la realización de un conjunto de prestaciones en torno al alojamiento.

<sup>88</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*, 177-179, afirma que la consideración como empresario o no del anfitrión no repercute en la aplicación de la normativa autonómica, sino en otros aspectos como los mercantiles, tributarios o laborales; mientras que MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, considera que la consecuencia importante de la consideración como empresario es la aplicación de la LGDCU cuando el huésped sea un consumidor.

<sup>89</sup> También MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, 996, considera que la responsabilidad en estos casos tiene su fundamento en la vigilancia que debe ejercer sobre los entrantes y salientes del establecimiento, aun cuando no sean viajeros.

<sup>90</sup> La existencia en la VUT de una caja de seguridad al servicio del cliente, no conlleva, necesariamente, una responsabilidad del anfitrión por los efectos sustraídos de la misma. Téngase en cuenta que no nos encontramos ante un contrato de depósito —de custodia directa—, pues los objetos no han sido entregados y puestos a disposición del empresario para que este los guarde y los devuelva cuando los solicite el cliente. Se trata de un nuevo contrato en el que habrá que estar a lo acordado entre las partes. En estos casos, el Tribunal Supremo, en supuestos de establecimientos hoteleros, ha admitido la limitación cuantitativa de la responsabilidad del hotelero cuando se advierta claramente al cliente de tal limitación (STS 126/2008 de 8 de febrero).

<sup>91</sup> Otras normativas autonómicas, en cambio, sí contemplan la obligación de suscribir el seguro de responsabilidad civil; es el caso de Madrid (art. 18.5 Decreto 79/2014, de 10 de julio) o Galicia (art. 41.2.e.5º Decreto 12/2017, de 26 de enero). Sobre los seguros, *vid.*: GIMENO BEVIÁ, V. (2017). El aseguramiento en las viviendas de uso turístico. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 98 y sigs.

<sup>92</sup> *Vid.* GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento...*, *op. cit.*, 109; HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, 1072; o SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, 387.

*(Trabajo recibido el 5-10-2019 y aceptado para su publicación el 9-3-2020)*



El nuevo derecho a la portabilidad  
de los datos personales  
en el Reglamento (UE) 2016/679,  
de 27 de abril de 2016

*The new right to personal  
data portability in Regulation (EU)  
2016/679 of 27 April 2016*

por

RICARDO PAZOS CASTRO  
*Profesor ayudante Doctor de Derecho civil\**  
*Universidad Autónoma de Madrid*

*RESUMEN:* Este trabajo analiza el derecho a la portabilidad reconocido por el artículo 20 del Reglamento general de protección de datos, a saber, un derecho a recibir determinados datos personales en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos —o a que sean transmitidos directamente— a un tercero. Para ello se examinan diferentes cuestiones, siendo las principales el concepto de datos personales y la delimitación de cuáles son susceptibles de portabilidad, las condiciones previas para que el interesado ostente el derecho, el contenido de este, y

---

\* Tanto la investigación previa como la redacción de este trabajo fueron llevadas a cabo cuando el autor era investigador posdoctoral en la Universidad de Santiago de Compostela, disfrutando de una beca en el marco del *Programa de axudas á etapa posdoctoral da Xunta de Galicia (Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria)*.

los límites a los que está sometido. Posteriormente, se abordan tanto los objetivos y beneficios del derecho a la portabilidad de los datos, como sus debilidades y potenciales efectos colaterales negativos.

*ABSTRACT: This paper examines the right to portability granted in article 20 of the General Data Protection Regulation, namely a right to receive certain personal data in a structured, commonly used and machine-readable format, and transmit them—or have them transmitted directly—to a third party. Several issues are considered, the main ones being the notion of personal data and defining which of them are portable, the preconditions for the data subject to enjoy the right, the content of the right, and the limits it is affected by. Afterwards, the goals and benefits of the right to data portability, as well as its weaknesses and potentially negative side-effects, are addressed.*

**PALABRAS CLAVE:** Datos personales. Protección de datos. Derecho a la portabilidad de los datos. Derechos digitales. Efecto cerrojo. RGPD.

*KEY WORDS: Personal data. Data protection. Right to data portability. Digital rights. Lock-in effect. GDPR.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. —II. LA NUEVA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 1. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES. —III. EL DERECHO A LA PORTABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NOCIÓN DE DATOS PERSONALES. 3. CONDICIONES. 4. CONTENIDO. 5. LÍMITES. 6. EL CARÁCTER *A PRIORI* GRATUITO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD. 7. PORTABILIDAD DE DATOS PERSONALES Y DERECHO A LA TRANSPARENCIA. EL PLAZO PARA ATENDER LA SOLICITUD DE PORTABILIDAD. 8. ¿SON VÁLIDAS LA RENUNCIA DEL INTERESADO AL DERECHO A LA PORTABILIDAD Y LA LIMITACIÓN CONTRACTUAL DEL DERECHO POR EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO? —IV. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA PORTABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES: 1. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD. 2. ALGUNOS EFECTOS NEGATIVOS POTENCIALES DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD. —V. CONCLUSIONES. — VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

«Los datos se han convertido en un recurso esencial para el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso social». Así comienza la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 *La construcción de una economía de los datos europea*. En efecto, la información se está convirtiendo, si no lo es ya, en el combustible de la economía mundial. Antes de la explosión digital, ya se explicó que la vida económica se basaba en solucionar problemas informativos: la actividad económica humana es la coordinación de múltiples agentes que actúan con base en una información descentralizada, incompleta, contradictoria y en constante cambio (HAYEK, 1945, 519-520). Siendo así, una mayor recopilación, análisis y utilización de la información facilitará el crecimiento económico (GRAEF *et al.*, 2018, 1361). Poniendo en valor la información como recurso esencial en la economía moderna, se alude a «cuatro V» que permiten caracterizar al *Big Data*: volumen (de datos), variedad (de fuentes), velocidad (de análisis) y veracidad (de la información resultante del proceso de análisis) (ZARSKY, 2017, 998-999).

Sin embargo, las nuevas tecnologías también comportan riesgos para la protección de datos personales, así como, en general, para la intimidad y la vida privada. En este contexto, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD)<sup>1</sup>, aplicable desde el 25 de mayo de 2018, se ha erigido como un pilar central para paliar los riesgos mencionados y generar la confianza digital que haga posible el desarrollo de la economía de la información<sup>2</sup>.

La protección de datos personales es un tema que merece un profundo estudio en el momento actual. La razón es que se trata de un derecho, reconocido tanto en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>3</sup> como en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>4</sup>, que cuenta con una gran relevancia en el ámbito económico y en el desarrollo de las nuevas tecnologías. El presente trabajo pretende contribuir a ese estudio, centrándose en el derecho a la portabilidad previsto en el artículo 20 del RGPD.

La exposición se estructura de la siguiente manera. El apartado II encuadra el derecho a la portabilidad de los datos personales en su contexto regulatorio europeo y español. Para ello se hace una presentación sucinta del Reglamento general de protección de datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD)<sup>5</sup>. El apartado III se centra en el régimen



del derecho a la portabilidad de los datos tal y como ha sido establecido en el Reglamento europeo, analizando la noción de datos personales, las condiciones que deben cumplirse para que haya lugar al derecho estudiado, el contenido de este, sus límites, y otras cuestiones relacionadas. Finalmente, en el apartado IV se exponen los objetivos perseguidos mediante el reconocimiento del derecho a la portabilidad y los beneficios que de él se derivan, así como algunas de sus debilidades y problemas que podrían generarse.

## II. LA NUEVA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

### 1. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Directiva sobre datos personales)<sup>6</sup>, marcó en su momento un notable avance a nivel europeo. Texto de armonización máxima<sup>7</sup>, garantizaba un nivel elevado de protección al mismo tiempo que la libre circulación de los datos personales en la Unión Europea (art. 1). Sin embargo, la armonización plena no impedía la pervivencia de una fragmentación normativa a nivel europeo, lo que afectaba a la seguridad jurídica (REDING, 2012, 120-121; ZANFIR, 2012, 150 y 153). Además, las nuevas tecnologías avanzaron rápidamente desde su aprobación, apareciendo desafíos que no podían ser resueltos de manera enteramente satisfactoria, lo que recomendaba una revisión del marco jurídico.

Este es el contexto en el que se aprobó el Reglamento general de protección de datos, cuyo artículo 1 indica que se pretende —al igual que en su momento la Directiva— garantizar tanto el derecho a la protección de datos personales como la libre circulación de estos. Pese a la coincidencia de fines, se observa un cambio en cuanto al fundamento de la normativa. La Directiva se basaba en el artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>8</sup>, que incidía en el mercado interior, mientras que el Reglamento lo hace en el artículo 16 del TFUE, precepto que, como ya se ha dicho, reconoce el derecho a la protección de datos. Hay quien menciona un tercer objetivo del Reglamento, no proclamado expresamente en el texto articulado, consistente en establecer una visión europea de la protección de datos que refuerce la posición de la Unión en la escena internacional (DESGENS-PASANAU, 2018, 6-7).

La opinión mayoritaria con respecto al Reglamento es positiva, sobre todo en Europa. Resulta innecesario citar aquí autores que lo ilustren, siendo

el hecho notorio y sirviendo para ello muchos de los trabajos mencionados en la bibliografía. Más interesante parece constatar la existencia de algunas opiniones disidentes (ZARSKY, 2017; GEUTER, 2018; DOWNES, 2018b; RADIA y KHURANA, 2018; YARAGHI, 2018). Cabe destacar aquella según la cual el célebre escándalo de *Cambridge Analytica* no constituye un argumento a favor de la necesidad de un texto tan amplio y complejo como el Reglamento, sino todo lo contrario. Precisamente, el hecho de que se produjese un escándalo que desembocó en el cierre de la empresa afectada, el daño reputacional sufrido por Facebook —y la caída del valor en bolsa de sus acciones—, y la mayor concienciación de la sociedad con la protección de datos, reflejarían que los efectos disuasorios del mercado son más fuertes de lo que se piensa; de modo que sería suficiente con un marco legal más bien genérico que protegiese a los usuarios contra *hackers*, transferencias ilícitas de datos y otros peligros mayores (EPSTEIN, 2018).

El capítulo III del Reglamento general de protección de datos reconoce diferentes derechos a los «interesados», concepto definido indirectamente en el artículo 4.1) del texto —este precepto contiene en realidad la definición de datos personales— como «personas físicas identificadas o identificables». Son los derechos a la transparencia y a obtener cierta información (arts. 12 a 14), de acceso (art. 15), de rectificación (art. 16), de supresión-derecho al olvido (art. 17), a la limitación del tratamiento de datos (art. 18), a la portabilidad de los datos (art. 20), de oposición (art. 21), y a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado (art. 22). Se trata en algunos casos de una actualización de derechos clásicos, otros, como el derecho a no ser objeto de una decisión basada en el tratamiento, parecen adquirir una mayor autonomía, y otros constituyen una novedad, como sucede con el derecho a la portabilidad de los datos personales.

## 2. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, moderniza la normativa española adaptándola a un entorno digital, completando las disposiciones del Reglamento general de protección de datos. Este último es extenso y por su propia naturaleza pretende una unificación legislativa, pero se sirve de cláusulas abiertas y de normas amplias que dejan espacio tanto a la interpretación como al desarrollo por parte de los Estados miembros, incluyendo también numerosas remisiones a los ordenamientos nacionales. Baste un ejemplo. El artículo 8.1 del RGPD establece en dieciséis años la edad para prestar válidamente el consentimiento para el tratamiento

de datos personales con base en su artículo 6.1.a), pero permite que los Estados miembros fijen una edad inferior, con un límite de trece años. La ley española ha reducido hasta los catorce años esa edad (art. 7.1 de la LOPDGDD), mientras que en Francia ha quedado establecida en quince (art. 45 de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, sobre Informática, Archivos y Libertades<sup>9</sup>).

Desde el punto de vista de los derechos individuales, en la ley española destacan por un lado sus artículos 11 a 18, dedicados precisamente a los derechos de las personas; y, por otro, los artículos 79 a 96, que reconocen una serie de derechos digitales<sup>10</sup>. En cuanto al derecho a la portabilidad de los datos personales, el artículo 17 de la LOPDGDD establece que se ejercerá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento europeo. Por otro lado, el artículo 95 de la LOPDGDD reconoce a los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes un derecho de portabilidad, es decir, «a recibir y transmitir los *contenidos* que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible» (énfasis añadido). Los prestadores de los servicios referidos pueden conservar una copia de los contenidos cuando ello sea necesario para cumplir con una obligación legal, sin que ello les permita difundirlos a través de Internet.

Otro precepto relacionado con el derecho a la portabilidad de los datos personales es el artículo 4 de la LOPDGDD. Tras proclamar que los datos deben ser exactos y, de ser necesario, actualizados (apdo. 1), dispone que al responsable del tratamiento no le será imputable su inexactitud en ciertos supuestos, siempre que haya adoptado todas las medidas razonables para su supresión o rectificación sin dilación (apdo. 2). Uno de tales supuestos, concretamente el previsto en la letra c), es que el tratamiento de datos se efectúe tras haberlos recibido de otro responsable, por haber ejercido el interesado su derecho a la portabilidad.

Tampoco pueden obviarse las disposiciones sobre infracciones. Una vulneración sustancial del derecho a la portabilidad, en particular impidiéndolo, obstaculizándolo o ignorando reiteradamente las solicitudes de los usuarios, constituye una infracción muy grave que prescribirá a los tres años [art. 72.1.k) de la LOPDGDD]. En tratamientos que no requieren la identificación del afectado, y siempre que este haya proporcionado información adicional que permita su identificación, el impedimento, la obstaculización y la no atención reiterada del derecho a la portabilidad constituye una infracción grave que prescribe a los dos años [art. 73.c) de la LOPDGDD]. Cuando no se atiende el derecho a la portabilidad de los datos, pero ello no sea reiterado, la infracción (a la que se atribuye un carácter meramente formal) se califica como leve y prescribirá al año [arts. 74.c) y d) de la LO-

PDGDD]. Además, como se verá más adelante, la portabilidad es gratuita, salvo que concurren determinadas circunstancias muy concretas. Pues bien, la exigencia de un canon para atender la solicitud de portabilidad cuando no concurren tales circunstancias es una infracción muy grave [art. 72.1.j) de la LOPDGDD]. Si concurren tales circunstancias el cobro de un canon es lícito, pero constituye una infracción leve el hecho de que su cuantía exceda del importe de los costes afrontados para cumplir con la solicitud [art. 74.b) de la LOPDGDD].

### III. EL DERECHO A LA PORTABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

#### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la portabilidad de los datos personales se encuentra recogido en el artículo 20 del RGPD, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 20. Derecho a la portabilidad de los datos.

1. El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando:

- a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y
- b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

2. Al ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de acuerdo con el apartado 1, el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

3. El ejercicio del derecho mencionado en el apartado 1 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del artículo 17. Tal derecho no se aplicará al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

4. El derecho mencionado en el apartado 1 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros»<sup>11</sup>.

Antes de analizar el artículo 20 del RGPD, debe resaltarse la utilidad de las directrices que ha elaborado el «Grupo de trabajo del artículo 29» sobre el derecho objeto de estudio (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016)<sup>12</sup>.

No obstante, tales directrices carecen de valor normativo, por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría decantarse por otra interpretación del Reglamento. Dicho Grupo del artículo 29 ha sido sustituido con efectos a partir del 25 de mayo de 2018 por el Comité Europeo de Protección de Datos, que en su primera reunión respaldó —sin perjuicio de revisiones futuras— varios documentos de aquel Grupo. Entre ellos, las citadas directrices<sup>13</sup>.

Por otro lado, la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales<sup>14</sup>, reconoce un derecho que guarda algunas semejanzas con la portabilidad del artículo 20 del RGPD. El artículo 16 de la Directiva («Obligaciones del empresario en caso de resolución») dispone en su apartado cuarto que «salvo en las situaciones contempladas en el apartado 3, letras a), b) o c), el empresario pondrá a disposición del consumidor, previa petición de este último, contenidos, que no sean datos personales, que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. El consumidor tendrá derecho a recuperar dichos contenidos digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente»<sup>15</sup>. Con el fin de no alargar excesivamente este trabajo, se ha optado por no incluir ninguna referencia a la regulación de fondo de esta Directiva en los subapartados que siguen, reenviando al lector a un estudio específico en el que se compara la portabilidad del Reglamento general de protección de datos y la recuperación de contenidos de la *Propuesta* de Directiva de 9 de diciembre de 2015<sup>16</sup> (JANAL, 2017)<sup>17</sup>.

## 2. LA NOCIÓN DE DATOS PERSONALES

El artículo 20.1 del RGPD comienza diciendo que el interesado tiene derecho a recibir los «datos personales» que le incumban. Aunque no se trate de una cuestión específica del derecho a la portabilidad, es imprescindible estudiar este concepto con cierto detalle para hacer una primera acotación de la información que el usuario puede recuperar y transferir con arreglo al Reglamento (en el subapartado siguiente se verá que no todos los datos personales son susceptibles de portabilidad)<sup>18</sup>.

La definición de datos personales se encuentra en el artículo 4.1) del RGPD, construyéndose en dos partes. En primer lugar, se dice que consiste en «toda información sobre una persona física identificada o identificable». A continuación, el texto precisa qué se entiende por identificable, diciendo que se considera como tal toda persona respecto de la que es posible de-

terminar su identidad «directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». El considerando número 26 del Reglamento aclara que, para determinar si una persona es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios que puedan ser utilizados razonablemente por otra para identificarla directa o indirectamente. La ponderación se hace en función de todos los factores objetivos, incluyendo el coste y el tiempo que sean necesarios para poder llevar a cabo la identificación, y en función de la tecnología disponible en cada momento y de los avances tecnológicos<sup>19</sup>. Esto, sumado a que se habla de identificación directa o indirecta, conlleva que una información pueda constituir datos personales aun cuando no permita la identificación por sí sola, debiendo para ello ser combinada con datos adicionales.

Reflejando lo difícil que es retirar una información de Internet una vez que se ha difundido, se ha planteado un enfoque según el cual deban considerarse datos personales ya a día de hoy todos aquellos que en el futuro sí podrían permitir la identificación de una persona (VAN LOENEN *et al.*, 2016, 339). No obstante, probablemente se mantendrá una interpretación más matizada, tomando en consideración los avances tecnológicos previsibles durante el periodo en el que se tratarán los datos (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2007, 17).

Según la jurisprudencia europea, no se requiere que toda la información que permita la identificación del interesado esté en poder de una sola persona, bastando que esta pueda razonablemente relacionar los diferentes datos<sup>20</sup>. El Tribunal de Justicia también ha precisado que no se alcanza el estándar de identificabilidad «cuando la identificación del interesado esté prohibida por la ley o sea prácticamente irrealizable, por ejemplo, porque implique un esfuerzo desmesurado en cuanto a tiempo, costes y recursos humanos, de modo que el riesgo de identificación sea en realidad insignificante»<sup>21</sup>. Aunque estos pronunciamientos se refieren a la Directiva sobre datos personales, deben considerarse igualmente aplicables en el marco del Reglamento (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 12).

El recurso a la fórmula «en particular» en el Reglamento —como antes en la Directiva— hace que la enumeración de criterios que permiten la identificación de una persona no sea taxativa. Ello da lugar a una definición de datos personales abierta y flexible, imprescindible para su adaptación a nuevos escenarios que vayan apareciendo con la innovación tecnológica. Además, el legislador europeo utiliza la expresión «toda información» —también lo hizo en la Directiva—, lo que se relaciona con una noción amplia de datos personales que pretende abarcar cualquier tipo de infor-

mación de la que quepa decir que versa sobre el interesado, esto es, que se relacione con una persona<sup>22</sup>. Eso no impide que una misma información pueda referirse a varias personas al mismo tiempo, de tal modo que sean datos personales de todas ellas<sup>23</sup>.

Se ha dicho que la distinción entre datos personales y datos no personales puede perder su importancia con el tiempo, e incluso desaparecer, en la medida en que las nuevas tecnologías permitan la identificación de las personas a partir de información no personal (FINCK, 2018, 22). En efecto, si aumentan las posibilidades de hacer semejante identificación, datos que actualmente no son considerados personales entrarían en el ámbito de aplicación del Reglamento. También resulta previsible una pérdida de relevancia de la distinción entre los simples datos personales y los denominados «datos sensibles» que permiten conocer cuestiones tales como la etnia, la raza, la ideología política, la religión o el estado de salud del interesado (art. 9 del RGPD). El *Big Data* permitiría inferir datos sensibles a partir de otros que no lo son. Por ejemplo, construir una imagen sobre la salud de la persona con base en el tipo de alimentos que adquiere en línea, o en el tipo de aplicaciones que tiene descargadas en su terminal móvil (ZARSKY, 2017, 1000 y 1013).

Una dirección de correo electrónico que contenga el nombre y apellidos de una persona debe ser considerada datos personales. De hecho, se trata de este tipo de datos incluso cuando la dirección no incluya el nombre y apellidos, pero utilice un dominio susceptible de ser utilizado para identificar al titular, siempre que esta conexión no requiera hacer esfuerzos desproporcionados (STROIE, 2018, 1). También la dirección IP del usuario constituye datos personales, pues permite su identificación por parte del proveedor de acceso a Internet<sup>24</sup>. En cuanto a las direcciones IP dinámicas, de carácter provisional al variar con cada conexión a Internet, no permiten identificar directamente al interesado (frente a las estáticas, cuyo carácter invariable posibilita una identificación permanente). Sin embargo, si cabe una identificación por vía indirecta, combinando la dirección IP dinámica con otros datos —incluso aquellos que tenga una tercera persona—, y siempre que esta combinación constituya un medio susceptible de ser razonablemente utilizado por parte de una persona para identificar al interesado, la dirección IP dinámica tendrá la consideración de datos personales<sup>25</sup>. No sucede lo mismo si la dirección IP es transformada en una dirección genérica desprovista de cualquier conexión con una cuenta de usuario. El elemento clave es, en todo caso, si la identificación del usuario —directa o indirecta— resulta posible<sup>26</sup>.

El Reglamento general de protección de datos se proyecta sobre los datos seudonimizados. Este concepto se deriva del punto 5) del artículo 4 del RGPD, tratándose de datos personales que no pueden atribuirse a una persona sin utilizar información adicional separada y sujeta a «medidas téc-

nicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable». Por el contrario, el Reglamento no resulta de aplicación —tampoco lo era la Directiva sobre datos personales— a la información o datos anónimos, entendiendo por tales los no relacionados con una persona física identificada o identificable, bien en origen, bien porque han sido sometidos a un proceso para que el interesado deje de ser identificable (considerando número 26 del Reglamento; GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2014b, 5-6)<sup>27</sup>.

Por supuesto, el hecho de que el Reglamento se aplique a los datos seudonimizados no significa que este proceso de ocultación carezca de consecuencia alguna, ya que puede tener importantes implicaciones a la hora de demostrar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad de los datos (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 15). Por ejemplo, el artículo 34.1 del RGPD impone al responsable del tratamiento la obligación de comunicar al interesado, sin dilación indebida, toda violación de seguridad de los datos personales que suponga un riesgo elevado para sus derechos y libertades. Sin embargo, esta obligación se exceptúa si los datos afectados han sido objeto de medidas de protección técnicas y organizativas apropiadas, constituyendo un ejemplo de tales medidas el cifrado —esto es, convertir la información en ininteligible para toda persona que no tenga autorizado el acceso a la misma— [art. 34.3.a) del RGPD].

Para que la información sea anónima, el Grupo del artículo 29 señala que la conversión debe ser irreversible, con el mismo carácter permanente que se predica de un borrado de los datos. No obstante, dicho grupo admite que siempre habrá un «riesgo residual» de identificación, de ahí que reputa técnica de anonimización cualquier mecanismo lo suficientemente robusto para que la identificación sea «razonablemente imposible» (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2014b, 5-10). El Supervisor Europeo de Protección de Datos parece ir algo más allá. Tras aclarar que el uso de técnicas de anonimización no implica necesariamente que la información sea anónima, reconoce que una total anonimización no siempre es posible, pero afirma que las normas de protección de datos son aplicables «a menos que se garantice completamente una total anonimización» (SEPD, 2012, puntos 43 y 44). Quizás esta conclusión resulte un tanto excesiva.

En la Propuesta de Reglamento de 2012, la definición de «interesado» recogida en su artículo 4.1) decía que se trataba de toda persona física identificada o identificable, ya fuese directa o indirectamente, «por medios que puedan ser utilizados razonablemente por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona física o jurídica, en particular mediante...». El considerando número 23 de la Propuesta refrendaba la referencia a los medios cuya utilización fuese razonable. Como se ha visto, al definir datos personales, el artículo 4.1) del RGPD omite toda referencia a tales medios,



pero su considerando número 26 hace alusión a ellos para determinar si una persona es identificable, incorporando también una referencia a la probabilidad razonable de su uso para identificar a una persona.

La diferencia existente entre los artículos 4.1) de la Propuesta y del Reglamento finalmente aprobado no parece suficiente para sostener que, según el segundo texto, el carácter anónimo de los datos requiere una *total* imposibilidad de identificación. La mención de los medios cuya utilización sea razonable en el considerando 26 del Reglamento no es un descuido, pues su contenido ha sido profundamente examinado en el proceso legislativo, como demuestran los cambios que se han introducido en él con respecto al considerando número 23 de la Propuesta. Además, si se exigiese una total imposibilidad de identificación, y al mismo tiempo se reconociese que siempre hay un riesgo —por pequeño que sea— de que la persona sea identificada, sencillamente no existirían los datos anónimos. La exclusión de estos del ámbito de aplicación del Reglamento perdería pues todo sentido. En conclusión, entiendo que la existencia de un perpetuo riesgo residual de identificación hace que la proclamación del carácter anónimo de unos datos no deba requerir una imposibilidad de identificación perfecta y absoluta, pero que sin duda alguna el nivel exigido para alcanzar ese carácter sea —y deba ser— muy alto (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 13-14; FINCK, 2018, 22 y 26). En cualquier caso, no siempre será sencillo encontrar la frontera entre la mera encriptación y la anonimización (ZANFIR, 2012, 154, 155 y 159).

El hecho de que la aplicación del Reglamento general de protección de datos quede descartada cuando se está ante datos anónimos no impide que el proceso de anonimización en sí mismo, si se encuentre sometido a la norma (ZANFIR, 2012, 159; DESGENS-PASANAU, 2018, 245).

Expuesto lo anterior, el derecho a la portabilidad tiene, sin embargo, un ámbito de aplicación no del todo coincidente con el que se ha descrito de manera general para el Reglamento. Puesto que los datos personales objeto de portabilidad son los que incumban al interesado, los datos anónimos o que no conciernan al solicitante quedan excluidos. Por lo que respecta a los datos seudónimos, el Grupo del artículo 29 precisa que pueden ser objeto de portabilidad cuando «estén claramente vinculados con el interesado (p. ej. al haber este proporcionado el identificador correspondiente)» (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 11). En efecto, de acuerdo con el artículo 11.1 del RGPD, un responsable del tratamiento «no estará obligado a mantener, obtener o tratar información adicional con vistas a identificar al interesado con la única finalidad de cumplir el presente Reglamento», si los fines para los cuales trata datos personales no requieren la identificación de la persona o han dejado de hacerlo. Según el artículo 11.2 del RGPD, en este caso, y siempre que el responsable demuestre que no puede identificar al interesado,

deberá informarle de tal circunstancia, dejando de ser de aplicación los artículos 15 a 20 del RGPD. Ahora bien, esta regla se exceptúa —teniendo el interesado derecho a la portabilidad— cuando facilita la información adicional que permite su identificación.

En este subapartado relativo a la noción de datos personales, no está de más referirse a la cadena de bloques o *blockchain*, el tipo más conocido de la denominada «tecnología de registro distribuido» (*distributed ledger technology*, DLT), hasta el punto de que a veces se usan como sinónimos<sup>28</sup>. La información contenida en una cadena de bloques disfruta de un mayor nivel de seguridad, pero será considerada a menudo datos personales (siempre, claro está, que se relacione con una persona física). Con el fin de aproximar al lector a la relación entre la tecnología de registro distribuido y el concepto de datos personales, se ofrecen algunas observaciones generales, advirtiendo que quien suscribe estas líneas no es, ni mucho menos, un experto en materia de codificación o criptografía<sup>29</sup>.

El funcionamiento de la tecnología de registro distribuido se caracteriza por la existencia de dos tipos de claves, pública y privada. Estas podrían entenderse de manera sencilla como, respectivamente, un código de usuario —que solo permite su identificación concreta si se dispone de elementos adicionales— y una contraseña. Además de la clave *pública*, que permite la identificación de la persona si se combina con otros datos, hay otra información recogida en una cadena de bloques que también es relevante a los efectos de la protección de datos: la que concierne los detalles de la transacción realizada utilizando la tecnología referida, ya sea por ejemplo un cronomarcador, ya sea el contenido en sí de la transacción subyacente. Especialmente en este último caso, la posibilidad de que una persona sea identificada no es escasa, por lo que la información se considerará a menudo datos personales.

La información contenida en los registros descentralizados puede quedar recogida en diversos formatos: texto simple, información encriptada, o como un valor *hash* —el resultado de aplicar una función de resumen a una información de entrada—. Que el texto simple y la información encriptada relativas a una persona son datos personales no ofrece demasiadas dudas. En particular, la encriptación constituye una función bidireccional, es decir, la clave adecuada permite revertir el proceso, por lo que se trata de una simple seudonimización. Con respecto a la información objeto de *hash*, la función aplicada es unidireccional, esto es, fácil de llevar a cabo para obtener un valor de salida, pero complicada de invertir desde el punto de vista computacional. Las funciones unidireccionales ofrecen un mayor nivel de seguridad por no ser reversibles, pero no siempre se alcanzará el umbral necesario para considerar la información oculta como anónima. Y es que conociendo la función de resumen y todos los valores de entrada, la primera

puede aplicarse sistemáticamente sobre los segundos, obteniendo todos los valores de salida y pudiendo entonces establecer la correspondencia. Como se ha observado anteriormente, para que una información sea considerada anónima, no parece preciso que la identificación del interesado resulte total y absolutamente imposible, porque siempre hay un riesgo residual en este sentido. Bastará con que el riesgo de identificación sea insignificante debido a que la identificación sea irrealizable en la práctica, por el esfuerzo que conllevaría<sup>30</sup>.

### 3. CONDICIONES

El artículo 20.1 del RGPD establece que los datos personales objeto de portabilidad son aquellos «facilitados» por el interesado a un responsable del tratamiento. Además de esta condición previa, el precepto impone dos más: el tratamiento debe fundamentarse en el consentimiento del interesado o en ser necesario para la ejecución de un contrato, y debe llevarse a cabo por medios automatizados. Se trata de condiciones cumulativas. A continuación se analizará cada uno de estos puntos<sup>31</sup>.

Como se ha expuesto, el derecho a la portabilidad reconocido por el Reglamento europeo se proyecta únicamente sobre datos personales. Pero eso no significa que sean portables cualesquiera datos personales. El Reglamento solo ampara la portabilidad de aquellos que hayan sido *facilitados* por el interesado al responsable del tratamiento. La interpretación de la noción de «facilitar» no es tan sencilla como pudiera parecer, por lo que el Grupo del artículo 29 ha proporcionado algunas claves, siendo el punto de partida que procede una interpretación amplia.

Según dicho Grupo, son datos facilitados por el interesado los suministrados por este de forma consciente y activa —por razones obvias—. Además, y como consecuencia de la interpretación extensiva que corresponde, dice que también deben reputarse datos facilitados los «observados» a raíz de sus actividades, los que resultan del uso de un servicio o un dispositivo<sup>32</sup>. Se ofrecen como ejemplos el historial de búsqueda, la ubicación geográfica, e incluso el ritmo cardíaco que ha sido registrado por un dispositivo. Por el contrario, no son objeto de portabilidad los datos «creados» por el responsable del tratamiento, entendiéndose por tales la información deducida, inferida o producto del análisis de los datos que se obtienen de la actividad o comportamiento del interesado (por ejemplo, mediante la aplicación de un algoritmo sobre ellos) (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 11-12).

La opinión del Grupo del artículo 29, sin embargo, puede ser cuestionada. Aun haciendo una interpretación amplia del Reglamento, resulta dudoso que los datos observados deban considerarse facilitados. La propia Comisión

Europea parece no estar de acuerdo, señalando que el derecho a la portabilidad se ha concebido pensando fundamentalmente en las redes sociales y en la información que el usuario suministra activamente (MEYER, 2017). Diferentes autores parecen asumir que, en efecto, los datos «observados» no son objeto de portabilidad (GRAEF *et al.*, 2014, 4); sin perjuicio de que también se refieran a que, habida cuenta del potencial de tales datos para revelar conductas de los usuarios, sería beneficioso que estos dispusiesen de un mayor control sobre ellos (VAN OOIJEN y VRABEC, 2019, 103). Así pues, no está claro que los responsables del tratamiento deban garantizar la portabilidad de la información no suministrada de forma activa por los interesados.

El tenor literal de la norma lleva a pensar que los datos simplemente observados no están incluidos en el artículo 20 del RGPD, pues «facilitar» tiene una connotación activa<sup>33</sup>. Los artículos 13 y 14 del RGPD plasman esta idea cuando usan el vocablo facilitar y sus derivados, mientras que en sentido pasivo no hablan de datos facilitados por el interesado, sino «obtenidos de» él; esto justificaría una lectura restrictiva del artículo 20 del RGPD (CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 8). De hecho, en el Internet de las cosas no puede hablarse estrictamente de una recogida de información directamente de la persona, como sucede con los tradicionales formularios de tratamiento de datos; sino, más bien, de una «producción discreta» de información, pudiendo debatir si es la persona o el propio objeto quien la produce (GRÉGOIRE, 2018, 118 y 122).

Por el contrario, la finalidad protectora del Reglamento y los objetivos específicos del derecho a la portabilidad —sobre los que se hablará más adelante— conducen a una respuesta diferente. Además, en la *Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales*, el Parlamento Europeo y el Consejo se muestran tácitamente a favor de una interpretación extensiva del Reglamento general de protección de datos. En el considerando número 38 de la Directiva, tras hacer referencia a los derechos a la supresión y a la portabilidad de los datos, se afirma que estos derechos «son de aplicación a todos los datos personales facilitados por el consumidor al empresario o recopilados por este en relación con todo contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva...» (énfasis añadido).

Ante la duda, y mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronuncie, creo que debe prevalecer el segundo enfoque, como interpretación más favorable al interesado (JANAL, 2017, 61-62; DE HERT *et al.*, 2018, 199-203). Ello no impedirá que aparezcan áreas grises en las que se discuta si se ha producido una verdadera labor de inferencia, deducción, análisis o estudio de los datos (SWIRE y LAGOS, 2013, 347-348; BOZDAG, 2018, 3; GRAEF *et al.*, 2018, 1373).

Sea como fuere, resulta evidente que la exigencia de que los datos hayan sido facilitados por el usuario limita la efectividad práctica de la portabilidad. Hay información cuya transmisión resultaría muy interesante para el usuario que desea comenzar a utilizar una nueva plataforma, y que probablemente queda fuera del artículo 20 del RGPD. Por ejemplo, fotos del interesado que han sido subidas a una red social por parte de uno de sus amigos (GRAEF, 2015, 507) —también hay quien simplemente manifiesta dudas sobre si constituyen datos facilitados por el interesado los suministrados por un tercero con el consentimiento de aquel (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 170)—, o la reputación que ha construido un usuario a partir de las opiniones que otros han manifestado sobre él en el ámbito de plataformas de compraventa o de prestación de servicios (DIKER VAN-BERG y ÜNVER, 2017, 3).

Los datos que no se consideran facilitados por el interesado, pese a no ser portables, sí son objeto de derecho de acceso, ya que este último no se encuentra sometido a la condición previa ahora estudiada (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, nota 20). En virtud del artículo 15.3 del RGPD, el responsable debe proporcionar una copia de los datos personales objeto de tratamiento, mientras que por cualquier otra copia puede percibir un canon razonable establecido en función de los costes administrativos. En cuanto al formato, el mismo artículo solo indica que si la solicitud se hace por medios electrónicos, y salvo que el interesado pida que se le faciliten de otro modo, el responsable deberá proporcionar los datos en un formato electrónico de uso común. En definitiva, aunque el interesado careciese de un derecho a la portabilidad sobre su perfil de consumo, por ejemplo, sí tendría acceso al mismo (DE TERWANGNE *et al.*, 2017, 315).

La siguiente condición previa del derecho a la portabilidad incide en el origen del tratamiento de los datos susceptibles de recuperación y transmisión, origen que debe encontrarse, bien en el consentimiento del interesado, bien en su necesidad para la ejecución de un contrato. El considerando número 68 del Reglamento lo enuncia en forma negativa: el derecho estudiado no se aplica cuando la base jurídica del tratamiento no sea el consentimiento o un contrato.

Con respecto a la primera posibilidad, el artículo 20.1 del RGPD alude a los artículos 6.1.a), 9.2.a). En efecto, para que el tratamiento de datos sea lícito, debe cumplir con alguno de los fundamentos jurídicos enunciados en el artículo 6. La letra a) del apartado primero reputa lícito el tratamiento cuando el interesado ha dado su consentimiento para el mismo, para uno o varios fines específicos. Por su parte, el artículo 9 del RGPD prohíbe como regla general el tratamiento de los datos sensibles (apdo. 1): aquellos que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los relativos a la salud o a

la sexualidad, los datos genéticos y los biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física. Sin embargo, esta prohibición desaparece en ciertos supuestos, siendo uno de ellos que el interesado haya manifestado su consentimiento explícito para el tratamiento de datos para fines especificados, y siempre que un Derecho nacional no prohíba a su vez el levantamiento de la prohibición por el interesado (apdo. 2.a).

El Reglamento general de protección de datos es exigente con relación al consentimiento por parte del interesado, aunque no establezca una forma determinada para prestarlo. El artículo 4.11) del RGPD lo define como una «manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen»<sup>34</sup>. Con ello se pretende que el usuario preste un consentimiento consciente e informado, y no tácito o mediante casillas marcadas de antemano<sup>35</sup>. Este objetivo resulta de la constatación que, si bien cada vez más personas se sirven de nuevas tecnologías que utilizan datos personales, no siempre son conscientes de la cantidad y del tipo de información que generan (MARTÍNEZ PÉREZ, 2018, 238-239). El Internet de las cosas, y, en particular, los *wearables* o dispositivos «ponibles» o «vestibles»<sup>36</sup>, es un ejemplo evidente de que un alto uso de tales tecnologías no va necesariamente unido a una consciencia igualmente alta sobre el volumen y el tipo de información personal generada (KAMARA, 2017, 8 y 9; GRÉGOIRE, 2018, 118-121).

Siempre que el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable debe poder demostrar que efectivamente fue prestado (art. 7.1 del RGPD). Además, cuando el consentimiento se preste por escrito para varios asuntos, el referido al tratamiento de datos debe distinguirse claramente de las demás cuestiones, y siempre de forma transparente (art. 7.2 del RGPD). Aunque el precepto se refiere a la inteligibilidad, al fácil acceso y al lenguaje claro y sencillo, el considerando número 42 del Reglamento incluye una referencia a la Directiva sobre cláusulas abusivas<sup>37</sup>. En consecuencia, a pesar de que los términos empleados conduzcan a un plano formal, creo que deben entenderse más allá de la dimensión meramente gramatical, tratándose de la transparencia denominada material, reforzada, cualificada o sustantiva<sup>38</sup>. Se reconoce al interesado el derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, debiendo ser tan sencilla su retirada como lo fue su prestación (art. 7.3 del RGPD). Finalmente, el consentimiento debe ser prestado libremente, aspecto cuya evaluación requiere tener en cuenta si la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio está condicionada a que el usuario preste su consentimiento para el tratamiento de datos personales que no son necesarios para dicha ejecución (art. 7.4 del RGPD). Cuando se produce esta supeditación, se presume que el consentimiento del interesado no es libre, según indica el considerando número 43 del Reglamento<sup>39</sup>.

Sobre la ejecución de un contrato como origen del tratamiento de datos personales, el artículo 20 del RGPD menciona el artículo 6.1.b). En efecto, una segunda situación en la que un tratamiento de datos deviene lícito es que sea «necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales». Este criterio es de interpretación estricta (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2014a, 20; GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2018, 9). En consecuencia, el artículo 6.1.b) del RGPD no legitima el tratamiento cuando el contrato tenga por objeto principal la comercialización de los datos obtenidos (en este caso se requeriría el consentimiento del interesado), sino solamente cuando el tratamiento constituye una actividad accesoria pero necesaria para que las obligaciones contractuales sean ejecutadas (LANGHANKE y SCHMIDT-KESSEL, 2015, 220).

De acuerdo con el Grupo del artículo 29, no puede considerarse necesario el tratamiento de datos por el mero hecho de venir impuesto por el responsable del tratamiento. La necesidad es un criterio directo y objetivo: el contrato, para ser ejecutado y cumplir con su finalidad principal, requiere tratar datos personales del interesado. Dos ejemplos serían la dirección para poder hacer entrega de un bien adquirido en línea y los datos bancarios para hacer un pago con tarjeta de crédito (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2018, 9). El tratamiento debe limitarse a lo que sea necesario para ejecutar el contrato, y cualquier uso que vaya más allá requiere otro fundamento para ser lícito. Por ejemplo, si el usuario adquiere un bien por Internet, el artículo 6.1.b) del RGPD no ampara la elaboración de perfiles sobre las preferencias de ese usuario, ni siquiera cuando prevea ese uso en sus condiciones generales. Además, la ejecución del contrato se entiende como su desarrollo normal, sin incidentes o incumplimientos. Esto no significa que, acaecida una circunstancia que altera su ejecución normal, el tratamiento no pueda quedar amparado con base en otro fundamento (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2014a, 20-22; SEPD, 2017, punto 52). Dos ejemplos ofrecidos por el Grupo del artículo 29 de datos que «normalmente» serán susceptibles de portabilidad, son los títulos de los libros que el interesado haya comprado *online*, y la lista de canciones escuchadas a través de un servicio de reproducción musical (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 9-10).

El hecho de que se excluya la portabilidad cuando el tratamiento no tenga su origen, bien en el consentimiento, bien en la ejecución de un contrato, impide el ejercicio del derecho cuando el tratamiento de datos es ilícito. Situación con la que algún autor no está de acuerdo por beneficiar al infractor, planteando la necesidad de corregir la formulación del precepto correspondiente (JANAL, 2017, 62). También queda excluida la portabilidad cuando el tratamiento se efectúe con base en un interés legítimo, supuesto que prevé el artículo 6.1.f) del RGPD, análogo al artículo 7.f) de la Directiva

sobre datos personales. El Reglamento carece de una definición de lo que se entiende por interés legítimo, al igual que sucedía con la Directiva. Esto hace que el concepto resulte flexible y abierto, no existiendo ningún tipo de intereses lícitos que queden excluidos siempre y todo en caso<sup>40</sup>.

Un dictamen del Grupo del artículo 29, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el considerando número 47 del Reglamento nos acercan a esta noción de contornos poco claros. El TJUE ha establecido tres requisitos cumulativos para que un tratamiento de datos se considere lícito con base en el artículo 7.f) de la Directiva, siendo perfectamente aplicable en el marco de la nueva norma: el responsable del tratamiento o los terceros a quienes se comunican los datos deben perseguir un interés legítimo, el tratamiento debe ser necesario para satisfacer este interés, y no deben prevalecer los derechos y libertades fundamentales del interesado<sup>41</sup>.

Con respecto a la tercera condición, el considerando número 47 del Reglamento obliga a tener en cuenta las expectativas razonables de los interesados en función de su relación con el responsable del tratamiento. Esta ponderación resulta especialmente importante en la medida en que, como reflejó en su momento el Grupo del artículo 29, el *marketing* y la publicidad pueden amparar un tratamiento de datos (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2014a, 31)<sup>42</sup>, lo cual es confirmado por el considerando citado al aludir a los fines de mercadotecnia directa. Así pues, un responsable del tratamiento podrá alegar un interés legítimo en relación con el tratamiento de datos de un cliente. Pero, de acuerdo con el mismo considerando, los derechos del interesado podrían prevalecer sobre los del responsable cuando el primero no pudiese esperar un tratamiento de datos ulterior (por ejemplo, para dirigirle publicidad) (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 104)<sup>43</sup>. En la actividad de ponderación de intereses, quizás decante la balanza a favor del responsable del tratamiento el reconocimiento voluntario por su parte de un derecho a la portabilidad en situaciones en las que no esté obligado a garantizarla (GRAEF *et al.*, 2018, 1371).

La última condición previa del derecho a la portabilidad de los datos personales no se refiere al origen del tratamiento, sino a la forma en la que este debe llevarse a cabo: por medios automatizados (art. 20.1.b) del RGPD). El Grupo del artículo 29 ha subrayado que este requisito excluirá «la mayor parte de los archivos en papel» (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 10). En otras palabras, efectuar un tratamiento de datos utilizando semejante soporte no implica en todo caso la exclusión de la portabilidad respecto de los datos afectados. Dado que el artículo 20.1.b) del RGPD alude al tratamiento que se efectúe por medios automatizados, sin decir expresamente que la automatización debe ser la forma exclusiva de tratamiento, y correspondiendo una interpretación favorable al interesado para dotarle de más control sobre su información personal, considero que la portabi-



lidad es posible cuando el tratamiento se haga por medios automatizados solo parcialmente. La condición se correspondería así con el comienzo del artículo 2.1 del RGPD, que establece la aplicación del texto normativo al «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales», dejando fuera su segunda parte, que prevé su aplicación igualmente «al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero».

#### 4. CONTENIDO

Entrando en lo que es propiamente el contenido del derecho a la portabilidad de los datos personales, de los artículos 20.1 y 20.2 del RGPD se derivan dos vertientes. Por un lado, el interesado tiene derecho a recibir los datos y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento. Por otro, el interesado tiene derecho a que la transmisión de los datos se realice directamente entre responsables del tratamiento, siempre que ello resulte técnicamente posible. Además, en todo caso, la entrega de los datos debe hacerse en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica.

El Reglamento dice que el interesado tiene derecho a la recepción y transmisión de los datos «sin que lo impida el responsable al que se lo hubiera facilitado», lo cual debe ser entendido como «sin impedimentos», expresión que utilizaba el artículo 18.2 de la Propuesta de 2012<sup>44</sup>. No se trata solo de que el responsable no pueda impedir totalmente la portabilidad, sino de que no puede poner ninguna traba para evitar o ralentizar alguna de las fases del proceso (por ejemplo, amparándose en obstáculos de carácter técnico o financiero) (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 175; MIRALLES LÓPEZ, 2018, 406-407). Aunque el responsable debe garantizar una transmisión segura de los datos, lo que puede requerir ciertas actuaciones —como la identificación del interesado—, ello no justificará un exceso de celo que suponga un obstáculo para el éxito del proceso (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 18 y 22).

No resultará sencillo encontrar el equilibrio entre la seguridad y la agilidad en la transferencia, e incluso podría estarse ante una contradicción inevitable entre ambos objetivos (BOZDAG, 2018, 4-5). Según el artículo 12.6 del RGPD, en el marco de una solicitud con base en los artículos 15 a 21, el responsable del tratamiento puede solicitar al interesado la información adicional necesaria para confirmar su identidad, siempre que albergue dudas razonables con relación a ello. A la vista de este precepto, si un usuario efectúa una solicitud de portabilidad tras acceder a su cuenta desde un dispositivo distinto del que utiliza habitualmente, no está claro si estaría justificado requerir una nueva verificación de la identidad, o si por

el contrario se trataría de un obstáculo indebido (SWIRE y LAGOS, 2013, 374). Algunas plataformas ya realizan una comprobación adicional en el momento de la conexión a una cuenta con un dispositivo desconocido o no habitual. De haber procedido a esta segunda identificación, probablemente no estaría justificado una tercera tras la solicitud de portabilidad. Pero una respuesta distinta también sería razonable, dados los especiales riesgos que implica la transferencia de datos, si completar el procedimiento de comprobación de identidad no supone una gran carga para el interesado.

La transferencia de los datos directamente entre responsables del tratamiento está sometida a una condición adicional: que ello sea técnicamente posible. Algunos autores destacan la vaguedad de este criterio, advirtiendo que lo que para un responsable del tratamiento es posible desde el punto de vista técnico, no lo es necesariamente para otro; de ello podrá derivarse una cierta litigiosidad (DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 4). El Grupo del artículo 29 dice que la posibilidad técnica se determina en cada caso concreto, pudiendo resultar la transmisión técnicamente *imposible* no solo cuando el receptor no disponga de la capacidad para recibir los datos, sino también cuando no se pueda garantizar la seguridad de la transferencia entre sistemas (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 18). No obstante, algunas voces consideran que un responsable del tratamiento no debería poder denegar la portabilidad con base en la falta de seguridad ofrecida por el tercero receptor (CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 14). Desde mi punto de vista, en efecto, no cabe decir que la portabilidad resulta técnicamente imposible cuando el transmitente identifique riesgos de seguridad en el tercero. En consecuencia, creo que no puede negarse a transmitir los datos, sin perjuicio de que deba informar al interesado previamente de la existencia de tales riesgos, y cerciorarse de que el usuario desea pese a todo que la transmisión tenga lugar. Esto puede fundamentarse en el deber de transparencia previsto en el artículo 12 del RGPD, así como en el principio de buena fe.

La cuestión relativa a la forma —en sentido amplio— en la que deben suministrarse los datos objeto de portabilidad es uno de los aspectos que presentan un mayor interés.

Según el Grupo del artículo 29, el responsable del tratamiento puede cumplir con las exigencias del Reglamento tanto mediante una transmisión directa de los datos como mediante la puesta en marcha de una herramienta automatizada que permita al usuario extraerlos. La transmisión directa incluye la posibilidad de que el responsable proporcione al interesado un soporte físico que contenga los datos, solución útil cuando la transmisión en línea genere problemas, en particular por el volumen de la información que deba entregarse (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 16, 18 y 19). No obstante, mientras que la posibilidad de una transmisión en un soporte físico

ofrece pocas dudas, es incierto si una herramienta que permita la extracción manual de los datos personales satisface las exigencias del Reglamento, en la medida en que el interesado tiene derecho a *recibir* los datos personales en un formato estructurado. De hecho, algún autor lo niega, sosteniendo que el Reglamento impone al responsable del tratamiento ofrecer «un conjunto estructurado de datos» (JANAL, 2017, 62).

En mi opinión, ofrecer únicamente la extracción manual de los datos no parece suficiente para cumplir con la normativa. Cosa distinta es que, además de ofrecer al usuario la posibilidad de recibir y/o transmitir a un tercero todos los datos portables en un formato estructurado —por ejemplo, estando marcadas por defecto todas las categorías de datos portables—, se le ofrezca seleccionar qué datos concretos, de entre los portables, desea recibir y/o transmitir, para suministrarlos después estructurados. La base podría encontrarse en el considerando número 63 del Reglamento, si bien este se refiere al derecho de acceso, y no a la portabilidad. El considerando señala que «si trata una gran cantidad de información relativa al interesado, el responsable del tratamiento debe estar facultado para solicitar que, antes de facilitarse la información, el interesado especifique la información o actividades de tratamiento a que se refiere la solicitud». Ahora bien, no es seguro que la facultad prevista en el considerando número 63 pueda aplicarse en el marco del derecho a la portabilidad (SWIRE y LAGOS, 2013, 370), si bien hay voces que se pronuncian expresamente a favor (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 169-170). Desde mi punto de vista no debería haber inconveniente, no constituyendo la petición del responsable un obstáculo injustificado al ejercicio del derecho, salvo que en su solicitud el interesado ya haya dicho que desea recibir todos los datos portables<sup>45</sup>.

En su labor de interpretación del derecho de acceso en el marco de la Directiva sobre datos personales, el Tribunal de Justicia señaló que el interesado no tenía derecho a que el responsable le suministrase una copia íntegra del documento o fichero original en el que constasen sus datos personales. Bastaba la entrega en un formato inteligible para que pudiera tener conocimiento de los datos tratados y comprobar tanto su exactitud como que su tratamiento respetaba la normativa aplicable, para poder ejercitar eventualmente los derechos reconocidos por la Directiva. Por lo tanto, era suficiente con que el interesado obtuviese una idea completa de los datos, si bien el responsable podría cumplir con sus obligaciones suministrando el documento original, en su caso, borrando la información que no tuviese el carácter de datos personales<sup>46</sup>.

El derecho a la portabilidad no obliga a suministrar el archivo original, el cual, de hecho, podría no reunir los requisitos de formato impuestos por el artículo 20 del RGPD. Sin embargo, en el contexto de la portabilidad no es suficiente con proporcionar una idea completa de los datos tratados. Y,

además, la finalidad del derecho impone ciertas limitaciones al borrado de los datos no personales que acompañen a los que sí lo son. Piénsese en una fotografía cargada en una red social, en la que aparece el interesado con un determinado paisaje al fondo. Difícilmente la portabilidad sería útil para el usuario si se le entregase un archivo reutilizable pero únicamente con su imagen personal, recortando o limitando el paisaje visible.

El formato en el que se suministren los datos al interesado debe ser estructurado, de uso común y lectura mecánica. El considerando número 68 del Reglamento aparentemente añade otro criterio, al aludir a un formato estructurado, de uso común, de lectura mecánica «e interoperable» (BOZDAG, 2018, 5). No obstante, según el Grupo del artículo 29, la interoperabilidad no es más que el resultado de que se cumplan los tres requisitos anteriores (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 19). El Reglamento no contiene ninguna definición de los términos señalados, por lo que para su interpretación deberá acudir a otros textos. Lo cual, sin embargo, no evitará que surjan ciertas dudas y áreas grises (SWIRE y LAGOS, 2013, 345-347; CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 13).

Así, la norma estándar ISO/IEC 2382:2015 sobre Vocabulario de tecnologías de la información ofrece la siguiente definición de interoperabilidad como término fundamental: «la capacidad de comunicar, ejecutar programas o transferir datos entre distintas unidades funcionales de un modo que requiera un escaso o nulo conocimiento por parte del usuario de las características diferenciadoras entre dichas unidades»<sup>47</sup>. Debe distinguirse la interoperabilidad de la compatibilidad, que es definida por la misma norma ISO/IEC 2382:2015 como la «capacidad de una unidad funcional para satisfacer los requisitos de una interfaz específica sin modificaciones apreciables». En este sentido, el considerando número 68 del Reglamento aclara que el derecho a la portabilidad no obliga al responsable del tratamiento a mantener o adoptar sistemas de tratamiento técnicamente compatibles. En otras palabras, se trata de que un mismo contenido pueda ser utilizado en equipos o plataformas distintos, pero no que los diferentes contenidos puedan operar en un mismo sistema sin generar conflictos.

Por su parte, la lectura mecánica no equivale a una accesibilidad digital (BOZDAG, 2018, 2). El considerando número 21 de la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público<sup>48</sup>, indica que «debe considerarse que un documento se presenta en formato legible por máquina si tiene un formato de archivo estructurado de tal forma que permite a las aplicaciones informáticas identificar, reconocer y extraer con facilidad los datos específicos que contiene. Los datos codificados en archivos estructurados en un formato legible por máquina son datos legibles por máquina. Los formatos legibles

por máquina pueden ser abiertos o propietarios; pueden ser normas formales o no serlo. Los documentos codificados en un formato de archivo que limita este procesamiento automático, por el hecho de que los datos no pueden extraerse o no pueden extraerse fácilmente de ellos, no deben considerarse documentos en un formato legible por máquina...».

La cuestión de la interoperabilidad es una de las dificultades prácticas a las que se enfrenta el derecho a la portabilidad de los datos. Por este motivo, tanto la doctrina como los organismos europeos han incidido en la conveniencia de que se desarrollen formatos interoperables, lo que requerirá la cooperación de los diversos actores implicados en cada sector (considerando número 68 del Reglamento; GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 21; COMISIÓN EUROPEA, 2017, 15; DESGENS-PASANAU, 2018, 95-96). La interoperabilidad es un aspecto íntimamente ligado a la preocupación por favorecer la innovación y la competencia en el mercado<sup>49</sup>. Lo cual, como tendrá ocasión de explicarse, constituye uno de los objetivos principales del derecho a la portabilidad.

El Reglamento general de protección de datos ha renunciado a incluir un artículo como el 18.3 de la Propuesta, que otorgaba a la Comisión la facultad de especificar el formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que debían utilizar los responsables del tratamiento a la hora de transmitir los datos al interesado, así como también para determinar las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transmisión de datos personales entre sistemas. Se pretende mantener una flexibilidad que permita adaptarse a los diferentes sectores y a las numerosas categorías de datos, así como dejar la puerta abierta a la estandarización técnica. Por tanto, el derecho a la portabilidad constituye una obligación relacionada con el diseño tecnológico, pero tecnológicamente neutral (KAMARA, 2017, 7-12). Ciertamente, reconocer a la Comisión esa facultad parecía un paso bastante arriesgado, ya que cabe cuestionar la idoneidad de esa institución para proceder a la definición de estándares técnicos (GRAEF *et al.*, 2014, 5; GRAEF, 2015, 507-508). Otros, por el contrario, lamentan el paso atrás en la versión final del Reglamento (DE HERT *et al.*, 2018, 196).

El formato en el que el responsable entregue los datos personales debe ser adecuado con respecto al tipo de datos, pues lo contrario constituiría un impedimento u obstáculo a la portabilidad, y el interesado no tendría oportunidad de reutilizarlos en otros sistemas, que es lo que se persigue. Si en el sector o contexto de que se trata no hay formatos de uso común, algún autor considera que el responsable del tratamiento cumplirá con entregar los datos en el formato que utilice de manera efectiva en el momento de la solicitud (JANAL, 2017, 63). Pero el Grupo del artículo 29 mantiene que el responsable deberá proporcionarlos mediante la combinación de formatos abiertos de uso común y metadatos adecuados con el mayor grado de detalle

posible, consiguiendo así el nivel más elevado de funcionalidad (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 20-21).

Una vez examinado el contenido del derecho a la portabilidad, hay que destacar que la portabilidad *no* implica el borrado de los datos por parte del responsable del tratamiento que los transmite, por lo que el interesado podrá continuar disfrutando del servicio prestado por el responsable. El artículo 20.3 del RGPD dice que la portabilidad se entiende sin perjuicio del derecho a la supresión de los datos previsto en el artículo 17. En mi opinión pueden ejercitarse simultáneamente ambos derechos, pero hay autores que sostienen lo contrario (JANAL, 2017, 62). La solicitud sería entendida en el sentido de que el interesado pide al responsable la transmisión de los datos personales, a él mismo o a un tercero, y que, en cuanto se verifique que la transmisión ha sido correcta, proceda a su borrado<sup>50</sup>.

En realidad, el ejercicio del derecho a la portabilidad de los datos personales no influye en el ejercicio de ningún otro derecho reconocido por el Reglamento. Tampoco supone una excepción al principio de limitación del plazo de conservación. En efecto, el artículo 5.1.e) del RGPD impone mantener los datos «de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales». Para ello, según el considerando número 39, el responsable del tratamiento debe establecer plazos para su supresión o su revisión periódica: el plazo de conservación debe ser el mínimo estricto. Pues bien, en modo alguno la existencia de un derecho a la portabilidad que el interesado pudiera querer ejercitar en el futuro faculta al responsable para conservar los datos por más tiempo del necesario (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 7-8).

Como último apunte, debe indicarse que la responsabilidad durante el proceso de portabilidad le corresponde al responsable del tratamiento que transmite los datos, quien deberá garantizar tanto la seguridad en la transmisión como que los recibe el destinatario correcto. Desde el momento en que la información se encuentre en poder del usuario o del otro responsable, el emisor deja de ser responsable respecto del fichero transmitido. Corresponderá entonces al interesado adoptar las medidas oportunas para proteger sus datos en los sistemas que utilice. El tercero receptor se convierte en responsable del tratamiento y asume las obligaciones derivadas del Reglamento, debiendo asegurarse de que, de entre los datos personales recibidos, solo trata aquellos pertinentes y necesarios, y para los fines específicos establecidos (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 4, 7-8, 18, 22-23). Téngase también en cuenta que, en virtud del artículo 82 del RGPD, la infracción de las normas del Reglamento genera en el infractor el deber de indemnizar a la persona que sufra daños —patrimoniales o no— como consecuencia de aquella.

## 5. LÍMITES

El derecho a la portabilidad de los datos está sometido a dos límites específicos recogidos en los apartados tercero y cuarto del artículo 20. El primero de ellos dispone que el derecho no se aplica ni al tratamiento necesario para cumplir una misión realizada en interés público, ni al efectuado por el responsable del tratamiento en el ejercicio de poderes públicos que le hayan sido conferidos. Esta primera posibilidad no merece mayor comentario. Por su parte, el límite específico contenido en el artículo 20.4 del RGPD, de mayor interés, consiste en que el derecho a la portabilidad «no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros». Se trata de una formulación amplia cuya interpretación resulta problemática.

Evidentemente, hay ocasiones en las cuales una misma información constituye datos personales de varias personas, como, por ejemplo, una fotografía en la que aparecen todas ellas. No es difícil darse cuenta de que, en tales casos, permitir a una portar sus datos puede afectar a las demás (GRIMMELMANN, 2009, 1192-1195; SWIRE y LAGOS, 2013, 348). Por este motivo, algunos autores observaban que el límite del artículo 20.4 del RGPD sería decisivo para la reducción del alcance del derecho (DE TERWANGNE *et al.*, 2017, 314), llegando incluso a cuestionar la utilidad de este último (GEUTER, 2018). Sin embargo, los eventuales conflictos no surgirán únicamente con relación a los datos personales de varios interesados. La limitación también es relevante a los efectos de eventuales derechos de propiedad intelectual de terceros o de la propia plataforma a la que se solicita la portabilidad, en particular derechos de autor, derechos *sui generis* sobre el contenido de una base de datos, y secretos comerciales (GRAEF, 2015, 507; GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 14; GRAEF *et al.*, 2018, 1376-1378). Y no debe olvidarse que la propiedad intelectual está protegida por el artículo 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La implementación del derecho a la portabilidad también encuentra algunos obstáculos en el marco de la tecnología *blockchain*, puesto que la cadena permite observar un historial de transacciones que no afecta únicamente al interesado (POULENARD, 2018, 212). Para cumplir con el derecho a la portabilidad, y en general con las obligaciones derivadas del Reglamento, situar los datos personales fuera de la cadena de bloques y conservar en ella simplemente un indicador del lugar donde se aloja la información es una opción interesante. Sin embargo, esto cuenta con dificultades desde el punto de vista técnico, ya que, si bien los datos sobre la transacción sí pueden ser almacenados fuera de la cadena de bloques, no sucede lo mismo con las claves públicas (FINCK, 2018, 23, 29, 30 y 32).

Plantado el problema, debe descartarse un argumento que reduciría enormemente el alcance de la portabilidad. Dado que el artículo 20.1 del RGPD reconoce al interesado el derecho a recibir y a transmitir los datos personales que le incumban, podría afirmarse que, cuando el conjunto de datos afecte a varias personas, no habrá derecho a portarlos por no concernir únicamente al solicitante. Este argumento no debe triunfar. El artículo 20.4 del RGPD establece el criterio que debe aplicarse: que los derechos y libertades de terceros no se vean afectados negativamente; y el hecho de que la información concierna a varias personas no significa necesariamente que se produzca este efecto perjudicial (DE HERT *et al.*, 2018, 197-198). De este modo, los registros que contienen datos personales tanto del interesado como de otras personas incumben a todos ellos, si bien el nuevo responsable deberá excluir cualquier tratamiento que afecte negativamente a los derechos y libertades de esas otras personas (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 11).

Dicho lo anterior, ¿cómo interpretar el artículo 20.4 del RGPD, y dónde situar la línea de los efectos negativos para terceros? En la doctrina, algún autor planteó dos posibles enfoques. El primero consistía en permitir la portabilidad únicamente cuando los datos personales, recibidos por el nuevo responsable, se mantuviesen bajo el control exclusivo de la persona que había ejercido su derecho a la portabilidad, y siempre que tales datos fuesen utilizados para fines puramente personales o domésticos<sup>51</sup>. Considerando esta primera opción demasiado restrictiva, proponía una segunda basada en las expectativas razonables del tercero cuyos derechos se ven afectados. Cuando la expectativa fuese que sus datos permanecerían en una determinada plataforma, como parece ser el caso en las redes sociales, la portabilidad de los datos que les conciernan también a ellos no sería posible. Por el contrario, cuando no tuviesen esa expectativa, por ejemplo, en el marco de la utilización de una plataforma de correo electrónico, el artículo 20.4 del RGPD no supondría obstáculo a la transmisión de los datos (JANAL, 2017, 62).

Esta segunda propuesta cuenta con una ventaja. Si el Reglamento pone el énfasis en el control de los datos por parte de los interesados, parece lógico preocuparse por que los terceros afectados también mantengan un cierto control sobre los suyos. El criterio de las expectativas razonables es plenamente coherente con ello (GRIMMELMANN, 2009, 1195-1197). Indudablemente, determinar cuáles son estas expectativas en cada caso concreto no es una tarea sencilla<sup>52</sup>. Pero tampoco lo es dilucidar cuándo los derechos y libertades de terceros se ven afectados de manera negativa. En contra de adoptar como referencia las expectativas razonables, el argumento más claro es que no necesariamente plasmará el criterio del efecto negativo establecido por el legislador europeo.

Reflexionando sobre la cuestión, el Grupo del artículo 29 considera que los derechos y libertades de terceros se verán afectados negativamente



cuando la portabilidad les impida ejercer los derechos que, como interesados, les reconoce el Reglamento. Sostiene dicho grupo que, si la tercera persona afectada no otorga su consentimiento al nuevo responsable, este deberá buscar otro fundamento para el tratamiento de datos, como por ejemplo un interés legítimo [art. 6.1.f) del RGPD] consistente en prestar un servicio al interesado que permita a este último tratar datos para una actividad personal o doméstica. Como ejemplos se proporcionan, por un lado, la lista de correos electrónicos y de contactos de un servicio de correo web, y, por otro, la cuenta bancaria del interesado que contiene transacciones con y datos personales de otras personas. Ahora bien, para que no se produzca un efecto negativo sobre los derechos de terceros, el nuevo responsable del tratamiento debe abstenerse de utilizar los datos personales para otros fines, tales como enriquecer el perfil del tercero o proponerle bienes y servicios. De las directrices del Grupo del artículo 29 resulta, pues, que el tratamiento de los datos personales de terceros por parte del responsable del tratamiento receptor solo está permitido cuando los datos permanezcan bajo el control exclusivo del usuario y sean gestionados únicamente para necesidades personales o domésticas (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 13-14). No obstante, el Grupo precisa que «los responsables del tratamiento receptores no están obligados a aceptar y tratar datos personales que se hayan transmitido a raíz de una solicitud de portabilidad de datos» (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 8).

En relación con el conflicto entre el derecho a la portabilidad y los derechos de propiedad intelectual y secretos industriales de terceros, ciertas organizaciones se han mostrado especialmente preocupadas por los segundos. Aun cuando reconocían que la existencia de tales derechos de terceros no debía permitir escudarse en ellos para impedir u obstaculizar la portabilidad, incidieron en el riesgo de que los receptores de los datos consiguiesen una ventaja injusta a partir de información que había sido analizada por el transmitente empleando sus propios recursos. Por ello, emplazaban al Grupo del artículo 29 para desarrollar la versión inicial de las Directrices sobre el derecho a la portabilidad (CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 10).

En la versión revisada y finalmente adoptada, el citado grupo realiza algunas precisiones adicionales sobre la cuestión, aunque lo cierto es que no se explaya demasiado<sup>53</sup>. Al igual que sucede con la presencia de datos personales de terceros, la concurrencia de derechos de propiedad intelectual, de secretos comerciales o de un riesgo empresarial relacionado con ellos no es suficiente por sí sola para denegar una solicitud de portabilidad; pero sí deben ser tomados en consideración por el responsable antes de responder a la misma. Se dice que el derecho a la portabilidad no ampara usos indebidos de la información, tales como prácticas desleales o violación de

los derechos de propiedad intelectual. Y se concluye que los responsables del tratamiento pueden segmentar los datos facilitados por los interesados con el fin de transmitir solo aquellos que no revelen información protegida (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 14).

Podría pensarse que, cuando los datos afecten a derechos de propiedad intelectual de terceros, la solicitud de portabilidad solo será atendida respecto de los datos que no produzcan tal afectación (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 173). Sin embargo, parece más correcto concluir que en realidad se impone una ponderación de intereses en la que es necesario distinguir los usos que, de la información protegida por derechos de propiedad intelectual, harán el interesado y el nuevo responsable del tratamiento. El motivo es que el límite del artículo 20.4 del RGPD no reside en una simple interferencia con los derechos de terceros, sino en un efecto negativo sobre ellos, y este efecto es más complicado que se produzca si se considera el uso de los datos por los interesados —quienes, además, pueden estar protegidos por ciertas excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual— que si se toma como referencia al empresario receptor, nuevo responsable del tratamiento (GRAEF *et al.*, 2018, 1379-1381).

Una posible solución al problema de la portabilidad de los datos que afectan a varias personas es la selección de la información específica que será transmitida (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 14). Ello requiere aplicar en el ámbito del derecho a la portabilidad lo dispuesto para el derecho de acceso en el considerando número 63 del Reglamento. En él se afirma que el derecho de acceso no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, se matiza que ello no debe implicar una negativa total a suministrar toda la información, y se permite al responsable pedir al interesado que especifique los concretos datos o actividades de tratamiento que considera en su solicitud. Sin embargo, como ya se ha dicho, la posibilidad de aplicar este considerando a la portabilidad no es del todo segura (DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 5). Además, en ocasiones resultará difícil separar los datos personales del interesado de los derechos de propiedad intelectual (GRAEF *et al.*, 2018, 1375).

En todo caso, garantizar la correcta aplicación del límite contenido en el artículo 20.4 del RGPD resulta verdaderamente difícil, si no imposible, si el responsable del tratamiento pretende ofrecer una herramienta completamente automática que el interesado pueda utilizar por sí mismo para solicitar la portabilidad y recibir los datos (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 172; BOZDAG, 2018, 4).

Dejando a un lado los límites específicos del derecho a la portabilidad, hay que decir que este también podrá verse sometido a límites establecidos de conformidad con el artículo 23 del RGPD. Su apartado primero faculta a la Unión y a los Estados miembros para adoptar medidas legislativas

que limiten el alcance de lo dispuesto en los artículos 12 a 22, y 34, del RGPD. Ahora bien, estas limitaciones deben respetar el contenido esencial de los derechos, así como responder a criterios de necesidad y de proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática. Además, se incluye una lista tasada de los intereses que pueden justificar la adopción de las citadas limitaciones. Ya con relación a la Propuesta de Reglamento de 2012, algunos vieron en la citada facultad una potencial fuente de fragmentación normativa (GILBERT, 2012, 858-860).

El derecho a la portabilidad también puede ser objeto de excepciones en el caso de tratamiento de datos con fines de archivo en interés público. El artículo 89.3 del RGPD faculta al Derecho de la Unión y a los Derechos nacionales para prever tales excepciones —no solo con relación a la portabilidad, sino también respecto de otros derechos—. Esta prerrogativa está condicionada a que el derecho objeto de limitación pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente la consecución de los fines perseguidos con el tratamiento. En todo caso, las excepciones deben ser necesarias y proporcionadas, establecerse bajo condiciones específicas y asegurar unas garantías adecuadas para los interesados<sup>54</sup>. Por el contrario, el Reglamento no incluye el derecho a la portabilidad entre los que pueden ser objeto de excepciones en caso de tratamiento de datos con fines estadísticos o de investigación científica o histórica, supuesto previsto en su artículo 89.2.

#### 6. EL CARÁCTER *A PRIORI* GRATUITO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD

El derecho a la portabilidad no conllevará, en principio, ningún coste para el interesado. El artículo 12.5 del RGPD proclama el carácter gratuito tanto de la información que debe ser facilitada con arreglo a los artículos 13 y 14, como de todas las comunicaciones y actuaciones derivadas de los artículos 15 a 22 y 34. No obstante, al responsable del tratamiento se le conceden dos opciones cuando las solicitudes sean «manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo» (extremo que corresponde demostrar a dicho responsable, según señala expresamente el artículo 12.5): bien cobrar un canon razonable, bien negarse a llevar a cabo actuación alguna. Son varias las cuestiones que merecen un comentario.

En primer lugar, la gran exigencia del artículo 12.5 del RGPD para que el responsable pueda hacer uso de las dos facultades mencionadas, pues se alude a un carácter *manifiestamente* infundado o excesivo de la solicitud (VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 148).

En segundo lugar, este carácter puede determinarse aplicando cualesquiera criterios, pues lo repetitivo de las solicitudes no es más que un

ejemplo, como demuestra el uso del adverbio «especialmente». Ahora bien, todo criterio debe referirse al propio interesado, y no a terceros o al propio sistema técnico puesto en marcha para cumplir con las solicitudes. En otras palabras, como ha observado el Grupo del artículo 29, el responsable del tratamiento no puede cobrar un canon o negarse a actuar por que muchos solicitantes se hayan dirigido a él o por que el sistema de atención de solicitudes le suponga un gran coste. Por el contrario, discrepo de ese mismo grupo cuando dice que, dado que el uso de sistemas automatizados de datos personales reduce la carga que representan las solicitudes repetitivas, habrá pocas situaciones en las que esté justificada la negativa del responsable (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 17). El Reglamento permite cobrar un canon o negarse a actuar cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas. Por consiguiente, cuando una solicitud pueda calificarse así, es irrelevante que al responsable del tratamiento no le suponga una carga excesiva.

Que al responsable no le suponga un gran coste, sin embargo, sí es relevante a la hora de establecer la cuantía del canon que podría eventualmente cobrar. Como tercer apunte, según dispone el artículo 12.5 del RGPD, dicho canon debe ser razonable «en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación o realizar la actuación solicitada». De todas formas, tampoco está claro que al responsable del tratamiento no le suponga un gran coste el ejercicio del derecho a la portabilidad por el hecho de contar con herramientas automatizadas. Como ya se ha explicado, la portabilidad no puede afectar negativamente a los derechos de terceros, y examinar el respeto de esta exigencia probablemente requiera siempre una intervención humana, de modo que el proceso no será tan automatizado y ágil.

## 7 PORTABILIDAD DE DATOS PERSONALES Y DERECHO A LA TRANSPARENCIA. EL PLAZO PARA ATENDER LA SOLICITUD DE PORTABILIDAD

Las referencias a la transparencia en el Reglamento general de protección de datos son ciertamente numerosas, algo que no sorprende. La normativa se inspira en el control de las personas sobre la información que les concierne, lo que requiere la toma de decisiones con conocimiento de causa. La Directiva sobre datos personales también contenía disposiciones sobre transparencia, pero los esfuerzos del Reglamento para mejorar este aspecto eran necesarios, toda vez que los usuarios no siempre son conscientes de la información que se les transmite —a menudo, sencillamente porque no es leída— (DE TERWANGNE *et al.*, 2017, 312). Resulta especialmente interesante el considerando número 39 del Reglamento, que se refiere al principio

de transparencia diciendo que exige que «toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro [...] Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento»<sup>55</sup>.

La preocupación por la transparencia se plasma fundamentalmente en los artículos 12 («Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado»), 13 («Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado») y 14 («Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado»), a lo que podría añadirse el derecho de acceso a los datos reconocido en el artículo 15 del RGPD. Centrándonos en el derecho a la portabilidad, el Reglamento impone expresamente la obligación de informar sobre su existencia [arts. 13.2.b) y 14.2.c) del RGPD].

Sin embargo, los contornos del deber de transparencia permanecen inciertos: ¿qué actuaciones concretas deben llevarse a cabo para garantizar que las personas conocen tanto los derechos relacionados con el tratamiento de datos personales como el modo de hacerlos valer? Indudablemente, las empresas tienen incentivos para suministrar un volumen de información tan amplio como sea posible, a los efectos de minimizar el riesgo de incumplimiento. Pero ello puede perjudicar en última instancia a los usuarios, que se verán inundados por una gran cantidad de información que no retendrán, por lo que no habrá un mayor conocimiento efectivo. Se trata del conocido problema de la sobrecarga de información (BEN-SHAHAR y SCHNEIDER, 2011, 687-688 y 719). Precisar más las obligaciones de información deviene crucial, puesto que difícilmente los usuarios estarán en disposición de hacer uso del derecho a la portabilidad y extraer toda su utilidad si no conocen su contenido y funcionamiento (DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 6).

De acuerdo con las Directrices del Grupo del artículo 29, en el momento de informar sobre la existencia del derecho a la portabilidad, deberá garantizarse que se distingue claramente este derecho de otros, en particular del derecho de acceso. Esto incluye la diferencia en cuanto a los tipos de datos relevantes a los efectos de cada uno de ellos. Cuando sean varios los formatos en los que los datos portables pueden ser suministrados, el responsable del tratamiento debe explicar la repercusión de las diversas opciones. Si la transmisión directa entre responsables se ve impedida por motivos técnicos, tendrá que informar sobre las dificultades existentes. En la medida en que la recuperación de los datos por parte del interesado genera riesgos de seguridad, se dice que el responsable del tratamiento debe informar al

usuario de que corresponde a este adoptar las medidas oportunas para reducir los riesgos de conservación de la información recibida; si bien se apunta que, como práctica óptima, el responsable del tratamiento puede hacer recomendaciones en cuanto a formatos, herramientas de cifrado y otras medidas de seguridad. Por último, si el usuario desea cerrar una cuenta, se recomienda al responsable incluir de nuevo información sobre el derecho a la portabilidad, con el fin de que el usuario pueda recibir sus datos y transferirlos a un tercero antes del cierre efectivo de aquella (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 15 y 21-23).

En cuanto al plazo para responder a una solicitud de portabilidad, este será, en principio, de un mes. De conformidad con el artículo 12.3 del RGPD, cualquier solicitud de un interesado con base en los artículos 15 a 22 del RGPD genera para el responsable del tratamiento la obligación de informar sobre sus actuaciones al respecto en dicho plazo<sup>56</sup>. No obstante, se admite una prórroga por dos meses adicionales cuando ello sea necesario por el número o la complejidad de las solicitudes. Si el responsable se sirve de la facultad de prorrogar el plazo, debe informar al interesado y explicarle los motivos que le llevan a ello dentro del mes siguiente a la solicitud. El canal por el que debe suministrarse la información debida no es enteramente libre. Si el interesado realiza su solicitud por medios electrónicos, la respuesta debe proporcionarse también por tales medios —cuando ello sea posible—, salvo que el interesado haya manifestado su voluntad de que se le haga llegar de otro modo. Por el contrario, el Reglamento no dice nada si el medio utilizado por el interesado no es electrónico.

El artículo 12.4 del RGPD impone al responsable del tratamiento, para el caso de que este no dé curso a una solicitud, un deber de información tanto sobre las razones de la negativa como de la posibilidad de reclamar ante una autoridad de control o ante los tribunales. Esta obligación debe satisfacerse «sin dilación», y, en todo caso, dentro del mes siguiente a la recepción de la solicitud. Si hubiese dificultades técnicas que hiciesen imposible la transmisión de los datos entre responsables, la negativa del responsable del tratamiento a la portabilidad directa será considerada como tal a los efectos del artículo 12.4 del RGPD (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 18).

8. ¿SON VÁLIDAS LA RENUNCIA DEL INTERESADO AL DERECHO A LA PORTABILIDAD Y LA LIMITACIÓN CONTRACTUAL DEL DERECHO POR EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO?

El Reglamento no se pronuncia expresamente ni sobre la posibilidad de renunciar al derecho a la portabilidad —absoluta o solo con carácter temporal—, ni sobre las eventuales limitaciones contractuales al mismo que

podría prever el responsable del tratamiento. Su validez es por lo tanto dudosa. Quizás las renunciaciones y limitaciones al derecho a la portabilidad se rijan por cada Derecho nacional, aunque esto conllevaría un riesgo de fragmentación normativa. El tema merece un análisis más pausado que el que puede dedicársele en el presente estudio, por lo que solo se harán algunas observaciones generales al respecto.

Una respuesta negativa a la validez de las limitaciones contractuales del derecho a la portabilidad encuentra apoyo en el artículo 20 del RGPD, que dice que el responsable del tratamiento no puede poner impedimentos a la portabilidad del interesado. Desde un punto de vista más abstracto, también puede fundamentarse en la importancia del derecho a la portabilidad y en su relación con el derecho fundamental a la protección de datos; así como en los objetivos perseguidos por la norma —que se comentarán en el próximo apartado—, los cuales se verían menoscabados si se tolerasen limitaciones y exclusiones. Sin embargo, cuando el responsable trata los datos personales con varios fundamentos distintos al mismo tiempo, recabando el consentimiento del interesado a pesar de que no le sería necesario, cabe sostener la validez de excluir contractualmente la portabilidad: este derecho solo surge cuando el tratamiento de los datos se basa en el consentimiento o es necesario para la ejecución de un contrato, y el responsable habría recabado dicho consentimiento para reforzar su posición, no para empeorarla obligándose a garantizar la portabilidad<sup>57</sup>.

En realidad, la posibilidad de limitar contractualmente el derecho a la portabilidad conecta con un debate mucho más amplio, que es el referente al grado de autonomía y de libertad contractual deseable en materia de protección de datos, especialmente en el marco de contratos relacionados con el mundo digital. Se trata de un debate tan interesante como inevitable en la época contemporánea, pero entrar en él nos alejaría demasiado de la perspectiva del trabajo<sup>58</sup>.

Simplemente planteando sus términos generales, en un lado se sitúan las posiciones escépticas sobre la conveniencia de dejar un mayor espacio a la libertad contractual, en un contexto de complejidad tecnológica y de sobrecarga informativa que incrementa la posición de debilidad de algunos contratantes (LUQUIN BERGARECHE, 2018, 265, 271-272 y 277-283). Se cuestiona el control como piedra angular en materia de protección de datos, defendiendo la necesidad de que las personas cuenten con «menos, pero mejores» elecciones (HARTZOG, 2018). Estas opiniones parecen sólidas, sobre todo si se repara en que, por el momento, las personas no cuentan con una adecuada comprensión de los riesgos relacionados con la intimidad en el entorno digital<sup>59</sup>. Además, esta corriente no se encuentra demasiado alejada de lo que viene siendo el espíritu de, en particular, las normas de protección de los consumidores. Pero estas opiniones escép-

ticas podrían ser objeto de críticas por su carácter paternalista (ZARSKY, 2017, 1007) —con sus numerosos ángulos (RIZZO y WHITMAN, 2009, 908-909)—. También se dirá que, si las personas están interesadas en una mayor protección de datos, las empresas tienen incentivos para responder a esas preferencias (BEAUGRAND *et al.*, 2017, 230 y 240); posiblemente utilizando el argumento de que las cláusulas contractuales son características del propio bien o servicio que se contrata, formando todo ello un conjunto inseparable cuyo resultado global se integra en el precio (EASTERBROOK, 1996, 214-215)<sup>60</sup>.

Un aspecto que quizás influya en el devenir de la discusión sea la eventual proliferación de sellos y certificaciones que garanticen un determinado nivel de protección en materia de datos. Estos instrumentos son promovidos por el propio Reglamento general de protección de datos (art. 42)<sup>61</sup>, pueden aumentar la transparencia del mercado, y las empresas se servirían de ellos en el proceso competitivo<sup>62</sup>. No obstante, será necesario esperar un tiempo para observar si son lo suficientemente eficaces. Hay otro aspecto que podría ir ganando en importancia, decantando la balanza a favor de una mayor autonomía del consumidor en el entorno digital. Es el hecho, reconocido por quienes no son tan favorables a dejar a la libertad contractual un amplio margen de actuación en este ámbito, de que la rapidez con la que aparecen las novedades tecnológicas hace que el legislador deba responder a ellas «con escaso margen temporal para una reflexión serena» (LUQUIN BERGARECHE, 2018, 276). Si no hay tiempo para llevar a cabo un análisis profundo de la situación, hay quien dirá que resulta conveniente decantarse por normas dispositivas; especialmente cuando se trata de nuevas tecnologías, un campo complejo y dinámico en el que la probabilidad de adoptar una norma errónea o ineficiente es más elevada que en otros (EASTERBROOK, 1996, 207-211, 215-216). Pero este argumento no convencerá a todo el mundo.

Con respecto a las renunciadas *a posteriori* al derecho a la portabilidad de los datos por parte del interesado, conviene diferenciar dos situaciones.

La *primera* es la renuncia, temporal o permanente, articulada a través de un contrato con el responsable del tratamiento a cambio de ciertas ventajas. La clave para dilucidar la validez de esta renuncia quizás resida en determinar si el derecho a la portabilidad de los datos personales pertenece a un orden público (económico) «de dirección» o «de protección». En el primer caso, el legislador quiere ordenar la actividad económica y contractual de una determinada manera, por lo que una derogación de la norma iría en contra del objetivo perseguido. En el segundo caso, se trata de reequilibrar una situación, interviniendo en favor de una de las partes (TERRÉ *et al.* 2013, 426-431). En este segundo caso, una vez que las normas de protección han podido cumplir con su cometido, la renuncia a la protección dispensada



por el ordenamiento no atenta contra los objetivos del legislador, por lo que no parece haber motivo para impedirla. Un ejemplo claro es el derecho que tiene el consumidor a oponerse a que un juez declare abusiva una cláusula, después de que dicho juez le haya informado de la existencia de una estipulación que considera abusiva y por tanto no vinculante, facultándose al consumidor para que preste en ese momento un consentimiento libre e informado (algo que solo hará, cabe suponer, si el empresario le ha ofrecido determinados beneficios en contrapartida)<sup>63</sup>.

El caso del derecho a la portabilidad resulta complejo. Como podrá comprobarse, en él confluyen el derecho fundamental a la protección de datos, la voluntad de reforzar la posición del interesado otorgándole más control sobre su información personal, y la promoción de la competencia. Todo dependería, en consecuencia, de a cuál de estas dimensiones se le otorgase más importancia. A mi juicio, debe primar la vertiente del control de la persona sobre los datos que le conciernan, por lo que considero que la renuncia *a posteriori* a cambio de una contrapartida debe ser válida, favoreciendo así la autonomía personal. La primacía de la vertiente del control puede apoyarse en el considerando número 68 del Reglamento, que comienza diciendo «para reforzar aún más el control sobre sus propios datos», explicando después el derecho a la portabilidad.

La *segunda* situación es la renuncia temporal que pretende el interesado sin ningún tipo de contrapartida por parte del responsable del tratamiento. En mi opinión, esta renuncia —que no es tan extraña como pudiera parecer— también debería ser válida. La portabilidad genera el riesgo de que, con un solo acceso no autorizado a los datos de una persona, estos sean fácilmente transferidos a un tercero (SWIRE y LAGOS, 2013, 373-375). Reconocer a las personas la facultad de *suspender* su derecho a la portabilidad aumenta la seguridad digital, siendo un instrumento particularmente interesante para cuando se alberguen dudas sobre la seguridad de una cuenta (CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 11), de manera similar a la suspensión temporal de acceso a la propia cuenta que ya permiten ciertas plataformas.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA PORTABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

En este apartado se exponen, en primer lugar, los objetivos perseguidos mediante el reconocimiento del derecho a la portabilidad. Tales objetivos son loables, y resulta sencillo identificar los beneficios que se pueden derivar de él. Ahora bien, no pueden desconocerse ciertos efectos negativos potenciales del derecho estudiado, algo que se comentará a continuación.

## 1. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD

El derecho a la portabilidad se inscribe en el Reglamento general de protección de datos, lo que hace que su función en el plano más general sea el de una de las piezas que permiten alcanzar los objetivos de dicho texto normativo. En consecuencia, el derecho se integra en un régimen jurídico dirigido a garantizar un derecho fundamental como es la protección de datos personales y a facilitar la circulación de estos en la Unión Europea (GRAEF *et al.*, 2018, 1366-1367). No cabe duda de que uno de los efectos principales del derecho a la portabilidad es reforzar el control de las personas sobre sus datos, tal y como refleja el considerando número 68 del Reglamento. De hecho, la norma estándar ISO/IEC 19941:2017, en materia de interoperabilidad y portabilidad en *cloud computing*, define la portabilidad de los datos como la capacidad para transferirlos fácilmente de un sistema a otro sin tener que reintroducirlos (art. 3.2.1). Todo ello evoca claramente el control —e incluso la propiedad (SWIRE y LAGOS, 2013, 373; GRAEF *et al.*, 2018, 1368)— sobre el contenido objeto de transferencia (DE HERT *et al.*, 2018, 201). Además, la portabilidad genera una mayor visibilidad de los datos personales tratados (VAN OOIJEN y VRABEC, 2019, 102-103). Por ello, supone un paso hacia la «soberanía digital» (FOX, 2018).

Cuestión distinta es que, según algunos autores, el Reglamento no responda correctamente a las conclusiones efectuadas por estudios sobre el comportamiento y la psicología de los consumidores, de tal forma que sus disposiciones no sean todo lo eficaces que podrían desde el punto de vista de la promoción de una verdadera autonomía (VAN OOIJEN y VRABEC, 2019).

A su vez, las nociones de control, de capacidad de elección y de soberanía, conducen a la autodeterminación personal —incluyendo su dimensión informativa— y al libre desarrollo de la personalidad —pudiendo hablarse de una personalidad digital— (ZANFIR, 2012, 151-152, 155 y 161; ZARSKY, 2017, nota 53). Finalmente, el derecho a la protección de datos se relaciona con el derecho a la intimidad, si bien ambos son derechos autónomos (VAN DER SLOOT, 2017, 5-8). En definitiva, el derecho a la portabilidad contribuye a la dimensión más personal de la protección de datos.

Al mismo tiempo, la portabilidad permite reequilibrar la relación existente entre los responsables del tratamiento de datos personales y los interesados, garantizado que estos últimos «desempeñan un papel activo en el ecosistema de datos» (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 4). Esta observación sirve de enlace con el fundamento más comercial o economicista del derecho a la portabilidad<sup>64</sup>. En esta línea, surgen eslóganes como «Mis datos son míos», cuya formulación en inglés *My data is mine* es el título de la declaración firmada por varias asociaciones de consumidores —entre

ellas la española Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)— en junio de 2017 para reivindicar que el desarrollo de la economía digital debe producirse respetando los derechos fundamentales, y en particular la intimidad, el respeto a la vida privada y la protección de datos<sup>65</sup>. En efecto, cuando se comenta el derecho a la portabilidad, a menudo se acentúan sus ventajas desde el punto de vista del mercado y de la competencia. Confluyen así la protección de datos y un marcado carácter económico (DE HERT *et al.*, 2018, 195-196).

Por ejemplo, se apunta a la generación de confianza entre los consumidores con respecto al entorno digital, favoreciendo así el desarrollo económico y la innovación (REDING, 2012, 124; ZANFIR, 2012, 153, 154 y 157; VOIGT y VON DEM BUSSCHE, 2017, 2; COMISIÓN EUROPEA, 2018, 1). Detenerse en este argumento resulta innecesario, pues la relación entre la confianza y el desarrollo del mercado es ampliamente conocida, sirviendo como fundamento de numerosas disposiciones legislativas relacionadas con la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea (TWIGG-FLESNER, 2016, 184-186)<sup>66</sup>.

Asimismo, en una economía digital con grandes empresas que manejan ingentes cantidades de datos, la portabilidad reduciría los riesgos de monopolización, al mismo tiempo que permite que los usuarios se beneficien de la creación de riqueza generada a partir del tratamiento de su información personal (VAN OOIJEN y VRABEC, 2019, 102). La posibilidad de recibir y transmitir fácilmente datos personales reduce la dependencia de los empresarios con los que ya se ha contratado, esto es, disminuye el efecto «cerrojo» o «retención» (*lock-in effect*). La portabilidad favorece la movilidad de los clientes al facilitar el cambio de proveedores y de sistemas (JANAL, 2017, 60; JÜLICHER y DELISLE, 2017, 88), y aumenta las posibilidades de compartir y reutilizar datos, con el consecuente incremento de oportunidades de beneficiarse de servicios complementarios (ZANFIR, 2012, 152; GRAEF *et al.*, 2018, 1369 y 1387); algo especialmente importante cuando las personas almacenan y utilizan sus datos en la nube y de manera descentralizada (MULA, 2018). Recuérdese que el derecho a la portabilidad de los datos personales no implica el borrado de estos por parte del primer responsable del tratamiento-transmitente, lo que muestra a las claras la voluntad de alcanzar una interconexión de sistemas (DE HERT *et al.*, 2018, 202-203).

El derecho a la portabilidad también puede ser una herramienta de la que se sirvan los empresarios para obtener información, proponiendo a sus clientes —o a potenciales clientes— ejercer su derecho respecto de otros responsables del tratamiento para transmitirles después a ellos los datos obtenidos, a cambio de ciertas ventajas (GRAEF *et al.*, 2018, 1382 y 1387).

Todo esto abre un gran abanico de posibilidades para las empresas, que podrán innovar, crecer, establecerse y mejorar sus prestaciones, con los correspondientes beneficios para los usuarios (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, 2016, 4-6). El incremento de la competencia por esta vía previsiblemente desembocará en una bajada de los precios y en la aparición de nuevos modelos de negocio (BAPAT, 2013, 4; BEAUGRAND *et al.*, 2017, 41, 230 y 232). A medida que la tecnología evolucione, aumentará el número de situaciones en las cuales disfrutar de la portabilidad resultará útil. Piénsese, por ejemplo, en los denominados «consumidores algorítmicos». Las personas no solo se auxiliarán de algoritmos para tomar decisiones económicas, sino que, directamente, delegarán estas decisiones en los propios sistemas automatizados. Estos sistemas actuarán con base en determinados parámetros preestablecidos —susceptibles de actualización mediante *self-learning*— y a partir de la información acumulada sobre las preferencias, intereses y patrones de comportamiento de los usuarios. La portabilidad de los datos permitiría cambiar fácilmente de un algoritmo a otro<sup>67</sup>.

En resumen, el derecho a la portabilidad, aun cuando tenga como primer objetivo reforzar el control de las personas sobre sus datos, incide positivamente en otras esferas, en particular de ámbito económico: favorece la circulación de datos, aumenta la confianza de los consumidores, reduce el efecto cerrojo y promueve la competencia, elementos necesarios para el buen funcionamiento del mercado único digital.

Los mismos argumentos, a saber, el aumento del control sobre la información que afecta a una persona y la promoción de la competencia, aparecen con relación a otras iniciativas ligadas a la portabilidad. Por ejemplo, el «Grupo de Investigación sobre Derecho de los servicios digitales» ha elaborado un *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* cuyo artículo 8.5 recoge un derecho a la portabilidad de las opiniones emitidas o recibidas en línea (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, 2016). En él se dice que, finalizado el contrato entre la plataforma y el profesional o entre la plataforma y el cliente, el operador de la plataforma debe facilitar una función que permita la transferencia de las evaluaciones en línea (*reviews*) a otro sistema de *feedback* reputacional, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica. Aparece el concepto de «capital reputacional», en el sentido de que la reputación digital acumulada pertenece a la persona sobre la que versa la información —lo que reenvía a las ideas de control y de propiedad—, al mismo tiempo que se destaca la mayor facilidad para cambiar de plataforma, evitando el citado efecto cerrojo —lo que se relaciona con la competencia— (BUSCH, 2018, 55-56).

Tanto si se atiende a la dimensión más personal de la protección de datos, como si es la vertiente economicista la que recibe atención, el derecho a la

portabilidad se presenta como un atractivo mecanismo para alcanzar los objetivos pretendidos. Objetivos que, por otra parte, son difícilmente criticables. Así las cosas, las virtudes del derecho a la portabilidad parecen obvias.

Evidentemente, nada es perfecto. Es posible argumentar que la configuración del derecho a la portabilidad según el artículo 20 del RGPD implica automáticamente poner obstáculos al cumplimiento de sus finalidades protectora y competitiva. Por un lado, porque solo engloba datos personales, y, por otro, porque se excluyen los datos personales no facilitados por el interesado (JANAL, 2017, 63-64). Estas críticas apuntarían en la dirección de que la normativa se ha quedado corta. Sin embargo, en el siguiente subapartado se adoptará la perspectiva contraria, a saber, que el artículo 20 del RGPD podría haber ido demasiado lejos.

## 2. ALGUNOS EFECTOS NEGATIVOS POTENCIALES DEL DERECHO A LA PORTABILIDAD

Antes de abordar la cuestión, conviene subrayar que no se pretende presentar una enmienda a la totalidad del derecho a la portabilidad, ni afirmar que comporta más desventajas que beneficios. Esto requeriría un estudio más exhaustivo, por lo que no es posible extraer semejante conclusión de las observaciones que siguen. Si este subapartado es más extenso que el anterior, ello no se debe a que existan más argumentos en contra del derecho a la portabilidad que a su favor. El motivo es que las ventajas del derecho a la portabilidad son más claras, mientras que sus potenciales efectos negativos requieren una mirada más pausada, resultando en ocasiones contraintuitivas. Dicho lo cual, hay tres razones que recomiendan no omitir ciertas debilidades del derecho a la portabilidad. La primera, ofrecer un análisis equilibrado de la realidad objeto de estudio. La segunda, vislumbrar posibles causas por las cuales quizás no se consigan los beneficios pretendidos. Y la tercera, plantear el origen de nuevos problemas que podrían surgir, algo esencial para su eventual solución.

Desde el punto de vista de la portabilidad como un derecho que concreta o materializa la protección de datos, cabría preguntarse si una proliferación de los derechos subjetivos resulta en una especie de banalización de los derechos fundamentales. Numerosas voces manifiestan la necesidad no solo de reconocer nuevos derechos digitales, sino también de dotarlos de un reconocimiento a nivel constitucional. Así, una mayor circulación de datos personales debería ir acompañada de la creación y el fortalecimiento de derechos individuales relacionados (RALLO, 2018, 150-151). Se trata no de ver la tecnología como algo negativo, sino de asegurar que en la sociedad tecnológica del futuro los derechos individuales son la preocupación central (HOSEIN, 2018, 148). Sin embargo, algunos autores ya han abierto el debate

sobre en qué medida la protección de datos a nivel europeo constituye un verdadero derecho fundamental. Se dice que algún aspecto de la protección de datos sí alcanza ese umbral —por ejemplo, los datos sensibles—, al mismo tiempo que se constata que muchos otros no responden a los estándares clásicos de los derechos fundamentales<sup>68</sup>. El detalle de la regulación europea sobre la materia, el tipo de regulación aprobada, el procedimiento legislativo (SWIRE y LAGOS, 2013, 366-369), y el hecho de que las normas parezcan establecer un compromiso de intereses (ZARSKY, 2017, 1002-1003), son elementos que inclinan a pensar que parte de la normativa de protección de datos constituye, más bien, una regulación del mercado que guarda una cierta relación con la protección de los consumidores (VAN DER SLOOT, 2017, 19-28).

Sea como fuere, el reconocimiento de nuevos derechos —posiblemente necesario a medida que se produzca un mayor desarrollo tecnológico— nunca debería perder de vista que ello implica a menudo la imposición de nuevas obligaciones, con el fin de no ir demasiado lejos y de contar siempre con la suficiente justificación. En efecto, cuando se plantean derechos que comportan obligaciones positivas a cargo de otros, surgen automáticamente dos tendencias contrarias. En la medida en que los derechos suponen ventajas para los sujetos que los ostentan, hay un incentivo para expandir su alcance. Con las obligaciones sucede lo contrario, ya que se perjudica a quienes se les imponen, restringiendo su libertad, por lo que se recomienda la prudencia (BENTHAM, 1864, 93-95).

Desde el punto de vista de la seguridad, el derecho a la portabilidad comporta diferentes peligros. Uno de ellos ya ha sido mencionado, cual es que el acceso a la cuenta de un usuario por un tercero no autorizado permite la transferencia de todos sus datos portables. Por este motivo, se ha defendido la validez de una renuncia temporal por parte del interesado, como mecanismo que reduce las consecuencias perjudiciales de accesos indebidos a una cuenta. Otro peligro de la portabilidad es la sensación de seguridad que infunde en los usuarios, por el mayor control que les confiere sobre sus datos. Esta percepción tiene como contrapartida que las personas son más proclives a difundir información, incluyendo la de carácter sensible, preocupándose menos por adoptar una conducta prudente. Un sentimiento de mayor protección generado por vía legislativa podría, en consecuencia, reducir el grado de control efectivo y, paradójicamente, perjudicar a quienes se intenta favorecer (VAN OOIJEN y VRABEC, 2019, 99).

Otro riesgo del derecho a la portabilidad se deriva de la obligación implícita de conservar los datos en formatos interoperables (KAMARA, 2017, 11). Las empresas podrán desarrollar los formatos que estimen oportunos, pero siempre deberán estar en disposición de satisfacer las solicitudes de portabilidad sin impedimentos excesivos. Esto genera un coste de almace-

namiento al mismo tiempo que aumenta los riesgos de vulnerabilidad, los cuales, a su vez, harán que las empresas se vean obligadas a invertir en nuevos sistemas de seguridad (BAPAT, 2013, 4; RADIA y KHURANA, 2018). Los beneficios de una mayor interoperabilidad tienen como consecuencia negativa un incremento del riesgo de ataques y de fugas de datos, sobre todo cuando se trata de empresas pequeñas, con limitados recursos para alcanzar un alto nivel de seguridad (DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 6).

Introducida la cuestión de los costes, se vislumbran las críticas más economicistas hacia el derecho a la portabilidad. Como se ha explicado, este derecho pretende reducir el efecto cerrojo y favorecer la competencia. Y, en principio, las empresas más pequeñas estarán especialmente interesadas en la promoción de la interoperabilidad (MULA, 2018, 404 y 406). Pero el derecho a la portabilidad —y en general, el Reglamento europeo— supone unos costes que pueden no ser desdeñables para un empresario (BEAUGRAND *et al.*, 2017, 234; CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP, 2017, 2; DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 4; DOWNES, 2018b)<sup>69</sup>. En particular, evaluar si la portabilidad afecta negativamente a derechos de terceros probablemente exija una intervención humana. Tales costes actúan como una barrera de entrada al mercado, por lo que la portabilidad produce al mismo tiempo dos efectos opuestos (GRAEF *et al.*, 2018, 1386-1387; MIRALLES LÓPEZ, 2018, 403). Así, los beneficiados podrían ser en realidad las empresas ya presentes en el mercado y, de entre ellas, las más grandes. Además, estas compañías ya disponen de un elevado nivel de información y conocimientos. Nivel que, debido entre otros al principio de limitación de la finalidad del tratamiento de datos recogido en el artículo 5.1.b) del RGPD, será más difícil de alcanzar para las empresas pequeñas que comienzan a operar (ZARSKY, 2017, 1007; RADIA y KHURANA, 2018). En definitiva, el mayor coste relativo para estas últimas puede suponer en última instancia un freno a la innovación (SWIRE y LAGOS, 2013, 352-353).

No sorprende pues que ciertas voces manifestasen que el resultado del Reglamento general de protección de datos sería el refuerzo de la posición de las grandes empresas que cuentan con los recursos necesarios para cumplir con la regulación, dando lugar a una mayor concentración del mercado (GEUTER, 2018; RADIA y KHURANA, 2018). Asimismo, el incremento de costes puede hacer que algunas empresas —incluso con grandes recursos— decidan no ofrecer sus servicios en la Unión Europea, perjudicando a los usuarios (ZARSKY, 2017, 1019). Un ejemplo citado frecuentemente es el del diario *Chicago Tribune*, cuya página web permanece inaccesible desde Europa en el momento de escribir estas líneas<sup>70</sup>.

Otros autores han puesto en duda que el efecto cerrojo sea un problema grave. A fin de cuentas, son muchas las empresas poderosas en un momen-

to dado que se han visto relegadas a una posición secundaria gracias a la innovación, o que, incluso, han desaparecido (RADIA y KHURANA, 2018). Habiendo decaído —o caído— innumerables compañías consideradas invulnerables, parece que la mejor solución ante un efecto cerrojo es simplemente más tecnología (DOWNES, 2018a)<sup>71</sup>. La experiencia enseña que las tecnologías más disruptivas y que suponen un mayor progreso no provienen de las grandes empresas cuyo modelo de negocio se basa en productos de gran calidad y prestaciones aun a costa de incrementar el precio. Al contrario, la disrupción tecnológica aparece en productos económicos y de calidad aparentemente no muy elevada, que después progresan hasta un nivel tal que es difícil recordar los inicios tanto de la idea tecnológica en sí como de la empresa que la había propuesto (CHRISTENSEN *et al.*, 2001). De hecho, el sector de la tecnología parece especialmente indicado para tolerar ciertos monopolios, puesto que las empresas que adquieren tal posición tienen más dificultades para llevar a cabo innovaciones de carácter disruptivo. En suma, el dominio de una empresa en un momento determinado no refleja necesariamente un poder de mercado que le permita excluir a nuevos competidores (DIKER VANBERG y ÜNVER, 2017, 7)<sup>72</sup>.

Es cierto que en determinados sectores a los que afecta especialmente el derecho a la portabilidad, como es el de las redes sociales, concurren ciertas circunstancias especiales. Cuanto más tiempo lleva un usuario en una red social, invirtiendo tiempo en la creación y desarrollo de su perfil, y acumulando contenidos en él, se hace difícil cambiar a otra plataforma sin un derecho a la portabilidad. Pero no es menos cierto que la heterogeneidad de las preferencias de los consumidores permite que nuevas plataformas puedan acceder al mercado, si bien su número quizás nunca llegue a ser elevado (GRAEF, 2015, 503-504). En todo caso, estas dinámicas todavía no son bien conocidas. Las redes sociales son una creación más o menos reciente, y hay ejemplos de algunas que contaban con una gran implantación y que actualmente han perdido importancia o que, directamente, ya no existen.

A todo ello hay que añadir que la existencia de un efecto cerrojo es una llamada a la innovación, ya que cualquier oportunidad de beneficio atrae recursos hacia la actividad de que se trate (POSNER, 2003, 10). Si un empresario sabe que, desarrollando un producto o servicio exitoso podrá beneficiarse de ese efecto, crecen los incentivos para alcanzarlo. El derecho a la portabilidad de los datos personales reduce la expectativa de beneficio de los modelos de negocio basados en la información. Así pues, los efectos beneficiosos de la reutilización de datos que permite la portabilidad pueden quedar ensombrecidos por la falta de incentivos para innovar (SWIRE y LAGOS, 2013, 357-360). Esto también afecta a las redes sociales: tendrán más facilidad para recibir datos de nuevos usuarios, pero menos incentivos para invertir en la gestión de la información (GRAEF, 2015, 508). Las



personas, a pesar de su creciente sensibilidad por cuestiones relativas a la intimidad y a la protección de datos, difunden voluntariamente un gran volumen de información en Internet<sup>73</sup>. Y lo hacen porque desean disfrutar de ciertos servicios basados en un modelo de negocio que depende de la información, prefiriendo «pagar» dando acceso a sus datos que abonando una cantidad monetaria (BEN-SHAHAR y STRAHILEVITZ, 2016, S5). De hecho, si no difundiesen esa información, los servicios que recibirían —por ejemplo, los resultados ofrecidos por los motores de búsqueda— serían de peor calidad, o incluso podrían no existir —piénsese en las redes sociales— (GRIMMELMANN, 2009, 1190; YARAGHI, 2018).

En definitiva, no está claro si el derecho a la portabilidad tiene un efecto positivo o negativo sobre la competencia. Quizás tenga un efecto procompetitivo a corto plazo, pero anticompetitivo si se observa desde un prisma dinámico y a largo plazo. Por el momento, en el sector tecnológico es difícil que desaparezca una cierta concentración. Ante ello surgen dos alternativas: una más o menos amplia regulación para que las condiciones sean aceptables, pero asumiendo el riesgo de perpetuar esa concentración y de frenar la innovación; o una menor regulación con peores resultados mientras el mercado reacciona y se adapta, pero con más posibilidades de desarrollo tecnológico, disrupción y progreso (YOO, 2012, 48-49)<sup>74</sup>. Todo ello invita a otro debate, referido a si las situaciones subóptimas que el derecho a la portabilidad está llamado a corregir serían mejor encauzadas a través del Derecho de la competencia<sup>75</sup>.

Desde el punto de vista de la innovación, hay otros dos aspectos que podrían reducir el efecto positivo del derecho a la portabilidad. El primero de ellos es que los responsables del tratamiento iniciales reciben de manera continua información de primera mano, mientras que los nuevos responsables consiguen una información ajena en origen y en un momento puntual. El segundo es que, para que la portabilidad alcance todo su potencial, se requiere un cierto grado de interoperabilidad. Pero, una vez alcanzado este, las empresas podrían verse incentivadas a mantenerse en los formatos existentes, en lugar de desarrollar otros nuevos (GRAEF *et al.*, 2018, 1387-1388).

Un último elemento que no debería desconocerse es que, a pesar de que aparentemente los consumidores ganarían con una mayor interoperabilidad, en realidad hay muchos de ellos cuyas preferencias apuntan en la dirección contraria. En el mercado tecnológico existen ejemplos de marcas que no se caracterizan por permitir una gran interoperabilidad y que cuentan con una clientela fiel. La menor interoperabilidad, más allá de poder infundir en los consumidores una sensación de «sofisticación», también tiene una incidencia sobre la seguridad y la intimidad: la empresa genera una imagen comercial de gran preocupación por estas cuestiones, siendo la menor inte-

roperabilidad ofrecida una herramienta para minimizar el riesgo asumido por sus clientes (SWIRE y LAGOS, 2013, 378-379).

## V. CONCLUSIONES

I. El presente trabajo ofrece un análisis del derecho a la portabilidad de los datos personales reconocido por el artículo 20 del RGPD, y al que también se hace referencia en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Dicho análisis revela la incertidumbre existente con relación a algunos aspectos del citado derecho, que constituye una novedad en la normativa sobre protección de datos.

II. Son susceptibles de portabilidad los datos personales «facilitados» por el interesado a un responsable del tratamiento. Sin embargo, existe la duda sobre si los datos simplemente observados por el responsable a partir de la actividad del interesado deben considerarse facilitados por este o no. A mi juicio, la interpretación más correcta del Reglamento, teniendo en cuenta su redacción, es que los datos simplemente observados no deben considerarse «facilitados». Sin embargo, el Grupo del artículo 29 se ha pronunciado en sentido contrario. Sea como fuere, mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronuncie expresamente al respecto, entiendo que debe seguirse la opinión del mencionado grupo, por ser más favorable al interesado.

III. En virtud del artículo 20 del RGPD, el interesado tiene derecho a recibir del responsable del tratamiento los datos personales que le incumban, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable; así como, siempre que sea técnicamente posible, a que tales datos sean transmitidos directamente de responsable a responsable. El ejercicio del derecho a la portabilidad no conlleva el borrado de los datos personales que conserva el responsable del tratamiento transmitente.

IV. El proceso de portabilidad debe llevarse a cabo sin que el responsable del tratamiento ponga trabas que lo impidan o ralenticen. Ahora bien, puesto que debe garantizarse una transmisión segura de los datos, habrá que conseguir un equilibrio entre este objetivo y la rapidez en la transferencia. Aun cuando el Grupo del artículo 29 se haya manifestado en sentido contrario, pienso que el hecho de no poder garantizar la seguridad de la transferencia no debería equipararse a una imposibilidad técnica de transmisión directa de responsable a responsable. Desde mi punto de vista, el responsable deberá comunicar al interesado que existen problemas de seguridad, y preguntar a este último si desea que sus datos sean transferidos

al tercero pese a todo. En caso de respuesta afirmativa, no podrá negarse a ejecutar la transferencia.

V. El Reglamento general de protección de datos no ofrece ninguna definición de lo que se entiende por formato «estructurado, de uso común y lectura mecánica», por lo que habrá que recurrir a otras fuentes para delimitar estos conceptos, que, en definitiva, plasman un requisito de interoperabilidad en el formato. En particular, se plantea la duda de cómo satisfacer la exigencia del texto normativo si en el ámbito relevante no existen formatos que puedan considerarse de uso común. Quizás la entrega de los datos por parte del responsable en el formato usado efectivamente por él sea suficiente, pero también cabe la posibilidad de que deban entregarse en un formato abierto de uso común y acompañados de metadatos, con el fin de aumentar la funcionalidad de los contenidos transmitidos. En todo caso, el formato debe adecuarse al tipo de datos que se tratan, para hacer posible su reutilización por el interesado.

VI. Una de las mayores dificultades existentes en relación con el derecho a la portabilidad se deriva de uno de sus límites. El Reglamento dice que la portabilidad no puede afectar negativamente a los derechos y libertades de otros, lo que engloba tanto datos personales como derechos de propiedad intelectual. El mero hecho de que haya terceros que se vean afectados por el ejercicio del derecho a la portabilidad no es motivo suficiente para denegar la transferencia. Pero sí cuando esos terceros sufran consecuencias negativas, algo que no siempre será sencillo de determinar.

VII. Desde una perspectiva más general, se han presentado tanto los objetivos perseguidos por el derecho a la portabilidad y los beneficios que este puede reportar, como algunas de sus debilidades y peligros. Con ello no se ha querido poner en cuestión el derecho a la portabilidad en su conjunto. Simplemente, se trata de reflejar que incluso un derecho tan atractivo como este tiene algunos aspectos negativos, de mayor o menor entidad, que podrían explicar un eventual fracaso —o una mayor lentitud— a la hora de alcanzar los objetivos pretendidos por el legislador, así como generar nuevos problemas.

VIII. Desde el punto de vista de sus aspectos positivos, el derecho a la portabilidad constituye un elemento de la normativa encaminada a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales. Con el derecho objeto de estudio se refuerza el control de las personas sobre sus datos, favoreciendo la autodeterminación personal. Asimismo, la portabilidad cumple objetivos de marcado carácter económico, puesto que facilitará a los usuarios cambiar de un proveedor de servicios a otro y reutilizar sus datos en el marco de otros servicios, ya sean complementarios del anterior o independientes. En definitiva, el derecho a la portabilidad está llamado a reducir el denominado «efecto retención» (*lock-in effect*), promoviendo la competencia.

IX. El derecho a la portabilidad también cuenta con algunos aspectos —al menos potencialmente— negativos, quizás menos visibles que sus ventajas, pero indudablemente presentes. Cabe plantearse en primer lugar si, al aumentar el catálogo de derechos relacionados con la protección de datos, el carácter de derecho fundamental de esta se ve difuminado, perdiendo solidez. En segundo lugar, el derecho comentado trae consigo riesgos de seguridad. Por ejemplo, con un acceso puntual no autorizado a la cuenta de usuario de una persona en una determinada plataforma, se pueden extraer de manera sencilla y rápida todos sus datos personales. Además, la sensación de mayor control sobre los datos personales que infunde la existencia del derecho a la portabilidad puede hacer que los usuarios adopten conductas menos prudentes. En tercer lugar, el derecho a la portabilidad también podría dar lugar a consecuencias poco deseables desde un punto de vista económico. Por ejemplo, la posibilidad de disfrutar eventualmente de un «efecto retención» es un incentivo para las empresas, que intentarán innovar para conseguir el beneficio resultante de él. Así, eliminar o reducir dicho efecto mediante el derecho a la portabilidad implica, necesariamente, reducir el rendimiento potencial de cualquier innovación, desincentivándola.

X. Es frecuente en los trabajos académicos mencionar la necesidad de realizar más estudios sobre el tema. Fórmula usada quizás en exceso, calificada como «martilleo estándar» en alguna ocasión (EASTERBROOK, 1996, 210-211), no resulta incierta en relación con la protección de datos en general, y con el derecho a la portabilidad en particular. Tal y como ha quedado reflejado, este derecho alberga ciertas áreas grises, su eficacia para promover la competencia e incrementar el control de los usuarios sobre sus datos no es indiscutible, y su relación con la economía de la información permite abrir otras líneas de análisis, tales como la información desde el punto de vista de los derechos de propiedad, y la incidencia del Derecho de la competencia en sectores tecnológicos en los que los datos personales juegan un papel clave.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2017, *Nowak*, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994.
- STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de septiembre de 2017, *Andriuciu y otros*, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703.
- STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4 de mayo de 2017, *Rīgas satiksme*, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336.
- STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 19 de octubre de 2016, *Breyer*, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779.

- STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.
- STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252.
- STJUE (Sala 6.<sup>a</sup>) de 9 de julio de 2015, *Bucura*, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447.
- STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 23 de abril de 2015, *Van Hove*, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262.
- STJUE (Sala 9.<sup>a</sup>) de 26 de febrero de 2015, *Matei*, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127.
- STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 17 de julio de 2014, *YS y otros*, C-141/12 y C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081.
- STJUE (Sala 4.<sup>a</sup>) de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.
- STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 24 de noviembre de 2011, *ASNEF*, C-468/10 y C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777.
- STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.
- STJCE (Sala 4.<sup>a</sup>) de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350.
- STJCE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.
- Sentencia del Tribunal General (Sala 4.<sup>a</sup>) de 11 de diciembre de 2013, *Cisco Systems y Messagenet / Comisión*, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAPAT, A. (2013). The new right to data portability. *Privacy & Data Protection* [En línea], vol. 13, núm. 3, 3-4. Disponible en [https://www.huntonak.com/images/content/3/1/v2/3122/The\\_new\\_right\\_to\\_data\\_portability\\_Bapat.pdf](https://www.huntonak.com/images/content/3/1/v2/3122/The_new_right_to_data_portability_Bapat.pdf).
- BEAUGRAND, T., et al. (2017). *Protection des données personnelles*. Montrouge: Éditions Législatives.
- BENTHAM, J. (1864). *Theory of Legislation*. Londres: Trübner & Co. Disponible en <https://ia800301.us.archive.org/2/items/legislation00bentuoft/legislation00bentuoft.pdf>
- BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C. E. (2011). The Failure of Mandated Disclosure. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, núm. 3, 647-749.
- BEN-SHAHAR, O., STRAHILEVITZ, L. J. (2016). Contracting over Privacy: Introduction. *Journal of Legal Studies*, vol. 45, núm. S2 (Contracting over Privacy), S1-S11.
- BOZDAG, E. (2018). Data Portability under GDPR: Technical Challenges. [En línea]. 28 de enero. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3111866>.

- BUSCH, C. (2018). European Model Rules for Online Intermediary Platforms. En: U. Blaurock, M. Schmidt-Kessel, K. Erler (eds.). *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*. Baden-Baden: Nomos (37-57).
- CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. (2017). *Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party's «Guidelines on the right to data portability» adopted on 13 December 2016*. [En línea]. 15 de febrero. Disponible en [https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl\\_comments\\_on\\_wp29\\_data\\_portability\\_guidelines\\_15\\_february\\_2017.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_comments_on_wp29_data_portability_guidelines_15_february_2017.pdf).
- CHRISTENSEN, C., CRAIG, T., HART, S. (2001). The Great Disruption. *Foreign Affairs*, vol. 80, núm. 2, 80-95.
- COMISIÓN EUROPEA. (2017). *Anexo. Marco Europeo de Interoperabilidad – Estrategia de aplicación*. Anexo de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 23 de marzo. COM(2017) 134 final.
- (2018). *Hacia un espacio europeo de datos*. Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 25 de abril. COM(2018) 232 final.
- (2019). *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*. Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. 29 de mayo. COM(2019) 250 final.
- DESGENS-PASANAU, G. (2018). *La protection des données personnelles. Le RGPD et la nouvelle loi française* (3.<sup>a</sup> ed.). París: LexisNexis.
- DIKER VANBERG, A., ÜNVER, M. B. (2017). The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? *European Journal of Law and Technology* [En línea], vol. 8, núm. 1, 1-22. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/546/727>.
- DOWNES, L. (2018a). How More Regulation for U.S. Tech Could Backfire. *Harvard Business Review* [En línea]. 9 de febrero. Disponible en <https://hbr.org/2018/02/how-more-regulation-for-u-s-tech-could-backfire>.
- (2018b). GDPR and the End of the Internet's Grand Bargain. *Harvard Business Review* [En línea]. 9 de abril. Disponible en <https://hbr.org/2018/04/gdpr-and-the-end-of-the-internets-grand-bargain>.
- EASTERBROOK, F. H. (1996). Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum* [En línea], vol. 1996, 207-216. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=uclf>.
- EPSTEIN, R. A. (2018). A Frontal Assault on Social Media. *Defining Ideas* [En línea]. 4 de junio. Disponible en <https://www.hoover.org/research/frontal-assault-social-media>.
- FINCK, M. (2018). Blockchains and Data Protection in the European Union. *European Data Protection Law Review* [En línea], vol. 4, núm. 1, 17-35. Disponible en [https://edpl.lexion.eu/data/article/12327/pdf/edpl\\_2018\\_01-007.pdf](https://edpl.lexion.eu/data/article/12327/pdf/edpl_2018_01-007.pdf).
- FOX, D. (2018). Digitale Souveränität. *Datenschutz und Datensicherheit* [En línea], vol. 42, núm. 5, 271. Disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs11623-018-0938-9.pdf>.

- GAL, M. S., ELKIN-KOREN, N. (2017). Algorithmic Consumers. *Harvard Journal of Law & Technology* [En línea], vol. 30, núm. 2, 309-353. Disponible en <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v30/30HarvJLTech309.pdf>.
- GALLEGO, C., AMARANTINIS, C. (2013). Homologación de Interoperabilidad en Cataluña: El Servicio iSalut. *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud* [En línea], núm. 97, 22-24. Disponible en <https://seis.es/wp-content/uploads/2018/02/Revista-97.pdf>.
- GEUTER, J. (2018). A critical reflection on #GDPR. *Blog Tante* [En línea]. 3 de abril. Disponible en <https://tante.cc/2018/04/03/a-critical-reflection-on-gdpr/>.
- GILBERT, F. (2012). European Data Protection 2.0: New Compliance Requirements in Sight—What the Proposed EU Data Protection Regulation Means for U.S. Companies. *Santa Clara High Technology Law Journal* [En línea], vol. 28, núm. 4, 815-863. Disponible en <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1550&context=chtlj>.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. (2017). *Entender Blockchain*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. L. (2018). Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018. *Diario La Ley*, núm. 9324, 24 de diciembre (LA LEY 15176/2018).
- GRAEF, I. (2015). Mandating portability and interoperability in online social networks: Regulatory and competition law issues in the European Union. *Telecommunications Policy*, vol. 39, núm. 6, 502-514.
- GRAEF, I., HUSOVEC, M., PURTOVA, N. (2018). Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law. *German Law Journal* [En línea], vol. 19, núm. 6, 1359-1398. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3071875>.
- GRAEF, I., VERSCHAKELEN, J., VALCKE, P. (2014). Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective [En línea]. 28 de marzo. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2416537>.
- GRATZ, J., LEMLEY, M. A. (2018). Platforms and Interoperability in *Oracle v. Google*. *Harvard Journal of Law & Technology* [En línea], vol. 31, núm. especial «Software Interface Copyright», 603-614. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3150900>.
- GRÉGOIRE, S. (2018). Objets connectés et données personnelles. En: F. Chérigny, A. Zollinger (dirs). *Les objets connectés*. Poitiers: Presses universitaires juridiques de Poitiers (117-124).
- GRIMMELMANN, J. (2009). Saving Facebook. *Iowa Law Review* [En línea], vol. 94, núm. 4, 1137-1206. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1262822>.
- GRUPO DEL ARTÍCULO 29. (2007). *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*. 20 de junio (WP 136, 01248/07/ES).
- (2014a). *Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*. 9 de abril (WP 217, 844/14/ES).
- (2014b). *Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización*. 10 de abril (WP 216, 0829/14/ES).
- (2016). *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*. Adoptadas el 13 de diciembre de 2016, revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017 (WP 242 rev.01, 16/ES).

- (2018). *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*. Adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018 (WP259 y rev.01, 17/ES).
- HARTZOG, W. (2018). The Case Against Idealising Control. *European Data Protection Law Review* [En línea], vol. 4, núm. 4, 423-432. Disponible en [https://edpl.lexxion.eu/data/article/13517/pdf/edpl\\_2018\\_04-006.pdf](https://edpl.lexxion.eu/data/article/13517/pdf/edpl_2018_04-006.pdf).
- HAYEK, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review* [En línea], vol. 35, núm. 4, 519-530. Disponible en <http://bev.berkeley.edu/ipe/readings/The%20use%20of%20knowledge%20in%20society.pdf>.
- DE HERT, P., *et al.* (2018). The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review* [En línea], vol. 34, núm. 2, 193-203. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364917303333>.
- HOSEIN, G. (2018). After the Law, What's Next? The Cause of Privacy. *European Data Protection Law Review* [En línea], vol. 4, núm. 2, 147-149. Disponible en [https://edpl.lexxion.eu/data/article/12793/pdf/edpl\\_2018\\_02-005.pdf](https://edpl.lexxion.eu/data/article/12793/pdf/edpl_2018_02-005.pdf).
- JANAL, R. (2017). Data Portability - A Tale of Two Concepts. *JIPITEC* [En línea], vol. 8, núm. 1, 59-69. Disponible en [https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4532/JIPITEC\\_8\\_1\\_2017\\_Janal.pdf](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4532/JIPITEC_8_1_2017_Janal.pdf).
- JÜLICHER, T., DELISLE, M. (2017). Step into «The Circle»—A Close Look at Wearables and Quantified Self. En: T. Hoeren, B. Kolany-Raiser (eds.). *Big Data in Context: Legal, Social and Technological Insights*. Cham: Springer, 81-91.
- KAMARA, I. (2017). Co-regulation in EU personal data protection: The case of technical standards and the privacy by design standardisation «mandate». *European Journal of Law and Technology* [En línea], vol. 8, núm. 1, 1-24. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/545/725>.
- LANGHANKE, C., SCHMIDT-KESSEL, M. (2015). Consumer Data as Consideration. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 218-223.
- LEFF, A. A. (1970). Contract as Thing. *American University Law Review* [En línea], vol. 19, núm. 2, 131-157. Disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3809&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3809&context=fss_papers).
- VAN LOENEN, B., KULK, S., PLOEGER, H. (2016). Data protection legislation: A very hungry caterpillar. The case of mapping data in the European Union. *Government Information Quarterly*, vol. 33, núm. 2, 338-345.
- LUQUIN BERGARECHE, R. (2018). Acerca de la redefinición de la autonomía privada en la sociedad tecnológica. *Revista Boliviana de Derecho* [En línea], núm. 26, 260-293. Disponible en <http://www.revista-rbd.com/articulos/2018/26/260-293.pdf>.
- MARTÍNEZ PÉREZ, M. (2018). La protección de datos en las redes sociales: a propósito del «Big Data». En: C. García Novoa, D. Santiago Iglesias (dirs.). *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi (237-259).
- MEYER, D. (2017). European Commission, experts uneasy over WP29 data portability interpretation. *International Association of Privacy Professionals* [En línea].



- 25 de abril. Disponible en <https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation-1/>.
- MIRALLES LÓPEZ, R. (2018). Derecho de portabilidad (Art. 20). En: J. López Calvo (coord.). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Las Rozas: Wolters Kluwer – Bosch (401-408).
- MULA, D. (2018). The Right to Data Portability and Cloud Computing Consumer Laws. En: M. Bakhoun, et al. (eds.). *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*. Berlín: Springer (397-410).
- VAN OOIJEN, I., VRABEC, H. U. (2019). Does the GDPR Enhance Consumers' Control over Personal Data? An Analysis from a Behavioural Perspective. *Journal of Consumer Policy* [En línea], vol. 42, núm. 1, 91-107. Disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10603-018-9399-7.pdf>.
- PAZOS CASTRO, R. (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- POSNER, R. A. (2003). *Economic Analysis of Law* (6.<sup>a</sup> ed.). Nueva York: Aspen Publishers.
- POULENARD, H. (2018). Blockchain versus GDPR. En: AA.VV., *Digitalization in Law. Conference Papers* [En línea]. Vilna: Vilnius University (208-213). Disponible en <http://lawphd.net/wp-content/uploads/2018/09/International-Conference-of-PhD-studentand-and-young-researchers-2018.pdf>.
- RADIA, R., KHURANA, R. (2018). European Union's General Data Protection Regulation and Lessons for U.S. Privacy Policy. *Competitive Enterprise Institute* [En línea]. 23 de mayo. Disponible en <https://cei.org/content/european-unions-general-data-protection-regulation-and-lessons-us-privacy-policy>.
- RALLO, A. (2018). Privacy and Freedom. *European Data Protection Law Review* [En línea], vol. 4, núm. 2, 150-151. Disponible en [https://edpl.lexxion.eu/data/article/12795/pdf/edpl\\_2018\\_02-006.pdf](https://edpl.lexxion.eu/data/article/12795/pdf/edpl_2018_02-006.pdf).
- REDING, V. (2012). The European data protection framework for the twenty-first century. *International Data Privacy Law* [En línea], vol. 2, núm. 3, 119-129. Disponible en <https://academic.oup.com/idpl/article/2/3/119/660556>.
- RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES. (2016). Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, núm. 4, 164-169.
- RIZZO, M. J., WHITMAN, D. G. (2009). The Knowledge Problem of New Paternalism. *Brigham Young University Law Review* [En línea], vol. 2009, núm. 4, 905-968. Disponible en <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2461&context=lawreview>.
- RODRIGUES, R., PAPA-KONSTANTINO, V. (eds.) (2018). *Privacy and Data Protection Seals*. La Haya: Asser Press / Springer.
- RÖTTGEN, C. (2017). Like or Dislike—Web Tracking. En: T. Hoeren, B. Kolany-Raiser (eds.). *Big Data in Context: Legal, Social and Technological Insights*. Cham: Springer (73-80).
- SEPD (Supervisor Europeo de Protección de Datos). (2012). *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the "Open-Data Package" of the European Commission including a Proposal for a Directive amending Directive 2003/98/EC on re-use of public sector information (PSI), a Communication on Open Data and*

- Commission Decision 2011/833/EU on the reuse of Commission documents.* 18 de abril. Disponible en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-04-18\\_open\\_data\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-04-18_open_data_en.pdf).
- (2017). *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.* 14 de marzo. Disponible en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14\\_opinion\\_digital\\_content\\_en\\_1.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_1.pdf).
- VAN DER SLOOT, B. (2017). Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right? En: R. Leenes, et al. (eds.). *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures.* Cham: Springer (3-30).
- STROIE, I. R. (2018). Algunas reglas en materia de protección de datos. *Blog CESCO* [En línea]. 28 de noviembre, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Reglas\\_sobre\\_proteccion\\_de\\_datos\\_.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Reglas_sobre_proteccion_de_datos_.pdf).
- SWIRE, P., LAGOS, Y. (2013). Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review* [En línea], vol. 72, núm. 2, 335-380. Disponible en <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3550&context=mlr>.
- TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y. (2013). *Droit Civil. Les obligations* (11.ª ed.). París: Dalloz.
- DE TERWANGNE, C., ROSIER, K., LOSDYCK, B. (2017). Le règlement européen relatif à la protection des données à caractère personnel: quelles nouveautés? *Journal de droit européen*, núm. 242, 302-316.
- TWIGG-FLESNER, C. (2016). The Importance of Law and Harmonisation for the EU's Confident Consumer. En: D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.). *The Images of the Consumer in EU Law.* Oxford y Portland: Hart Publishing (183-202).
- URQUHART, L., SAILAJA, N., MCAULEY, D. (2018). Realising the right to data portability for the domestic Internet of things. *Personal and Ubiquitous Computing* [En línea], vol. 22, núm. 2, 317-332. Disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00779-017-1069-2.pdf>.
- VALDECANTOS FLORES, M. (2017). El derecho a la portabilidad de los datos en el Reglamento General de Protección de datos. *Diario La Ley*, núm. 2, 11 de enero (LA LEY 139/2017).
- VOIGT, P., VON DEM BUSSCHE, A. (2017). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide.* Cham: Springer.
- YARAGHI, N. (2018). A case against the General Data Protection Regulation. *Brookings* [En línea]. 11 de junio. Disponible en <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/06/11/a-case-against-the-general-data-protection-regulation/>.
- YOO, C. S. (2012). A Clash of Regulatory Paradigms. *Regulation* [En línea] vol. 35, núm. 3, 42-49. Disponible en <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2012/11/v35n3-7.pdf>.
- ZANFIR, G. (2012). The right to data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, vol. 2, núm. 3, 149-162.
- ZARSKY, T. Z. (2017). Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data. *Seton Hall Law Review* [En línea], vol. 47, núm. 4, 995-1020. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3022646>.

## NOTAS

<sup>1</sup> DO L 119, de 4 de mayo de 2016, 1.

<sup>2</sup> Por supuesto, la economía de la información no se compone únicamente de los datos personales. Aquellos de carácter no personal también están recibiendo una creciente atención por parte del legislador, como demuestra la aprobación del Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (DO L 303, de 28 de noviembre de 2018, 59). Se constatan las posibilidades de aprovechar información no personal, en relación con los bienes y servicios que ilustran la innovación contemporánea (por ejemplo, el Internet de las cosas y la inteligencia artificial), gracias a la creación, recopilación, agregación, organización, tratamiento, análisis, comercialización, distribución, utilización y reutilización de datos (cfr. considerando número 1, 2 y 9 del Reglamento 2018/1807). Sobre este Reglamento, cfr. COMISIÓN EUROPEA (2019).

<sup>3</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, 47.

<sup>4</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, 389.

<sup>5</sup> BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, 119788.

<sup>6</sup> DO L 281, de 23 de noviembre de 1995, 31.

<sup>7</sup> Cfr. considerando números 8 y 10 de la Directiva sobre datos personales; sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, apartados 95 y 96; sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, ASNEF, C-468/10 y C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777, apartado 29.

<sup>8</sup> DO C 224, de 31 de agosto de 1992, 6.

<sup>9</sup> Journal officiel de la République française de 7 de enero de 1978, 227.

<sup>10</sup> Para una presentación general de los derechos previstos en los artículos 79 a 96 de la LOPDGDD, cfr. GONZÁLEZ TAPIA (2018).

<sup>11</sup> El artículo 18 de la Propuesta de Reglamento de 25 de enero de 2012 (COM (2012) 11 final), que también contemplaba un derecho a la portabilidad, tenía un contenido diferente al del artículo 20 del RGPD: «Artículo 18. Derecho a la portabilidad de los datos. 1. Cuando se traten datos personales por vía electrónica en un formato estructurado y comúnmente utilizado, el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos. 2. Cuando el interesado haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado, sin impedimentos por parte del responsable del tratamiento de quien se retiren los datos personales. 3. La Comisión podrá especificar el formato electrónico contemplado en el apartado 1 y las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transmisión de datos personales de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el artículo 87, apartado 2».

<sup>12</sup> Para una presentación de estas directrices, cfr. VALDECANTOS FLORES (2017).

<sup>13</sup> [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement\\_of\\_wp29\\_documents\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf).

<sup>14</sup> DO L 136, de 22 de mayo de 2019, 1.

<sup>15</sup> Cfr. también considerando número 70 y 71 de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales.

<sup>16</sup> COM(2015) 634 final.

<sup>17</sup> Para una comparación más sintética entre ambos textos, cfr. GRAEF *et al.* (2018, 1392-1395). Para un análisis de la Propuesta de Directiva desde el punto de vista de la protección de datos, cfr. SEPD (2017).

<sup>18</sup> Quizás el lector advierta que la aplicación del requisito consistente en que los datos «incumban» al interesado podría plantear dificultades cuando la información incluyese datos personales de varias personas. La cuestión será abordada en el subapartado referido a los límites del derecho a la portabilidad.

<sup>19</sup> Cfr. considerando número 26 de la Directiva sobre datos personales.

<sup>20</sup> Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, Breyer, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, apartados 25 y 40 a 43.

<sup>21</sup> STJUE Breyer, apartado 46. Cfr. también GRUPO DEL ARTÍCULO 29 (2007, 16).

<sup>22</sup> Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, Nowak, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994, apartados 33 a 35. Cfr. también GRUPO DEL ARTÍCULO 29 (2007, 6-9).

<sup>23</sup> STJUE Nowak, apartados 44 y 45.

<sup>24</sup> Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Scarlet Extended, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, apartado 51; STJUE Breyer, apartados 33 y 34. Cfr. considerando número 30 del Reglamento.

<sup>25</sup> STJUE Breyer, apartados 16 y 36 a 46.

<sup>26</sup> Cfr. conclusiones del Abogado General en el asunto Fashion ID, presentadas el 19 de diciembre de 2018 (C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039), puntos 19 y 56 a 58.

<sup>27</sup> En el marco de la normativa nacional española, según el artículo 72.1.p) de la LOPDGDD, constituye una infracción muy grave «la reversión deliberada de un procedimiento de anonimización a fin de permitir la reidentificación de los afectados».

<sup>28</sup> <https://www.bbva.com/es/diferencia-dlt-blockchain/>. Para una exposición sencilla sobre cómo funciona la tecnología blockchain, en relación con el Bitcoin, cfr. GONZÁLEZ-MENESES (2017, 62-103).

<sup>29</sup> Las observaciones sobre la relación entre la protección de datos y las tecnologías de registro distribuido se hacen tomando como referencia la exposición de FINCK (2018, 19-26).

<sup>30</sup> Sobre la seudonimización en general, incluyéndose en ella las funciones hash, cfr. GRUPO DEL ARTÍCULO 29 (2014b, 22-25).

<sup>31</sup> Nótese la diferencia con respecto a la ley española. El artículo 17 de la LOPDGDD dice que el derecho a la portabilidad se ejercerá según el artículo 20 del RGPD. Pero, entre los nuevos derechos digitales reconocidos por el legislador español, el artículo 95 de la LOPDGDD prevé un derecho de portabilidad específico, en favor de los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, que no está limitado a los datos personales (cfr. art. 2.1 de la LOPDGDD). En efecto, el artículo 95 de la LOPDGDD habla de recepción y transmisión de los contenidos facilitados por el interesado al prestador del servicio.

<sup>32</sup> Sobre la información suministrada activamente por el usuario y la obtenida a partir del seguimiento de este, en el marco de las redes sociales, cfr. MARTÍNEZ PÉREZ (2018, 247-251). Sobre el seguimiento en línea en general, cfr. RÖTTGEN (2017).

<sup>33</sup> El diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua (<https://dle.rae.es/index.html>), por ejemplo, ofrece como segunda acepción de dicho término «proporcionar o entregar».

<sup>34</sup> Nótese que el consentimiento debe ser como regla general inequívoco, pero en el caso de los datos sensibles se exige un consentimiento explícito.

<sup>35</sup> Cfr. considerandos número 32 y 42 del Reglamento.

<sup>36</sup> Sobre estos dispositivos, cfr. JÚLICHER y DELISLE (2017).

<sup>37</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, 29).

<sup>38</sup> Sobre el estándar de transparencia en el marco de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cfr. sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127; de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262; de 9 de julio de 2015,

Bucura, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447; de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612; y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703; así como las conclusiones del Abogado General en el asunto Kiss y CIB Bank, presentadas el 15 de mayo de 2019 (C-621/17, ECLI:EU:C:2019:411).

<sup>39</sup> Las exigencias relativas al consentimiento pretenden asegurar que el interesado ejerce su autonomía con pleno conocimiento de causa. Difícilmente podría cuestionarse este objetivo. Ahora bien, es justo reconocer que, si se ponen demasiadas trabas, el ejercicio de dicha autonomía se ve menoscabado. Se dificulta tanto al interesado ejercer su autodeterminación personal como al empresario obtener el consentimiento de sus clientes y desarrollar su actividad comercial. Por eso, no sorprende que algunos autores hayan criticado las normas del Reglamento relativas al consentimiento y la presunción de la falta de libertad descrita, subrayando que ello puede poner en tela de juicio modelos de negocio que benefician a empresarios y consumidores por igual (DOWNES, 2018b; RADIA y KHURANA, 2018; EPSTEIN, 2018; YARAGHI, 2018). En cierta forma relacionado con esto, del Reglamento se ha llegado a decir incluso que es incompatible con el Big Data o, cuanto menos, que obliga a rearticular este de una forma subóptima e ineficiente (ZARSKY, 2017, 996 y 1002). De ahí que se haya propuesto un cambio del modelo de negocio en el marco del Internet de las cosas, para que no se base en una recopilación y acumulación masiva de datos, de modo que sea plenamente coherente y compatible con las exigencias de la normativa de protección de datos (URQUHART, 2018).

<sup>40</sup> Conclusiones del Abogado General en el asunto Fashion ID, punto 122.

<sup>41</sup> Sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2017, Rīgas satiksme, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336, apartado 28.

<sup>42</sup> Cfr. también conclusiones del Abogado General en el asunto Fashion ID, punto 123.

<sup>43</sup> No obstante, de acuerdo con el considerando número 70 del Reglamento, en caso de tratamiento de datos con fines de mercadotecnia directa —incluyendo la elaboración de perfiles relacionada con dicha mercadotecnia— el interesado tiene derecho a oponerse al tratamiento en cualquier momento y sin coste alguno. Cfr. artículos 21 y 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, 25388).

<sup>44</sup> Las diferentes versiones lingüísticas del Reglamento no son totalmente coincidentes en este punto, puesto que, mientras que la versión en inglés dice «without hindrance», la alemana «ohne Behinderung», la italiana «senza impedimenti» y la francesa «sans que le responsable [...] y fasse obstacle»; la portuguesa sigue una fórmula más parecida a la española: «sem que o responsável [...] o possa impedir». Además, de todas estas versiones, solo la alemana experimentó un cambio sustancial entre la Propuesta de Reglamento de 2012 («ohne dabei [...] behindert zu werden») y el Reglamento, pero en todo caso sin afectar al sentido de la frase como lo ha podido hacer la versión en español. Sobre la ambigüedad de la expresión «without hindrance» de la versión en inglés, cfr. SWIRE y LAGOS (2013, 344-345).

<sup>45</sup> La Agencia Española de Protección de Datos ofrece un formulario para el ejercicio del derecho a la portabilidad (disponible en <https://www.aepd.es/media/formularios/formulario-derecho-de-portabilidad.pdf>), mediante el cual el interesado solicita que se le faciliten «sus datos personales». Si se admite que el responsable puede invitar al interesado a precisar más qué datos sea portar, cabría debatir si la fórmula utilizada en el citado documento constituye una solicitud implícita de obtener «todos» los datos susceptibles de portabilidad, o si esto debería indicarse de manera expresa.

<sup>46</sup> Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, YS y otros, C-141/12 y C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081, apartados 57 a 59.

<sup>47</sup> Se adopta la traducción de GALLEGO y AMARANTINIS (2013, 23) en relación con la norma ISO/IEC 2382-01, de la que procede la definición de la norma ISO/IEC 2382:2015.

<sup>48</sup> DO L 175, de 27 de junio de 2013, 1.

<sup>49</sup> Por ejemplo, en el ámbito de los derechos de autor con relación a interfaces de programación de aplicaciones (*Application Programming Interface*, API), cfr. GRATZ y LEMLEY (2018).

<sup>50</sup> En la ley española, y en el marco del derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, el artículo 95 de la LOPDGDD dispone que «los prestadores podrán conservar, sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal». Interpretado a sensu contrario, si no se cumple este criterio, tales prestadores deben borrar automáticamente los contenidos tras ejecutar la portabilidad.

<sup>51</sup> Según el artículo 2.2.c) del RGPD, el texto no se aplica al tratamiento de datos personales «efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas».

<sup>52</sup> Las redes sociales constituyen un buen ejemplo de interacción personal en el que las decisiones de una persona afectan a menudo a la intimidad de terceros, pudiendo producirse discrepancias entre los usuarios con respecto al grado de «publicidad» que debería tener una determinada información. Piénsese, por ejemplo, en una foto cargada en la que uno de los usuarios es etiquetado contra su voluntad. Sobre esta cuestión, cfr. GRIMMELMANN (2009, 1171-1175).

<sup>53</sup> Para un análisis sobre la interrelación entre el derecho a la portabilidad y los derechos de propiedad intelectual, cfr. GRAEF *et al.* (2018, 1375-1386).

<sup>54</sup> Cfr. considerando número 156 del Reglamento.

<sup>55</sup> Sobre la transparencia, cfr. también considerandos número 42, 58 y 60.

<sup>56</sup> Cfr. considerando número 59 del Reglamento.

<sup>57</sup> Sobre la posibilidad de excluir contractualmente el derecho a la portabilidad, cfr. VOIGT y VON DEM BUSSCHE (2017, 175-176).

<sup>58</sup> Respecto de los acuerdos contractuales relacionados con la intimidad de las personas, la posibilidad de renunciar a ciertos derechos y los riesgos que ello genera, cfr. BEN-SHAHAR y STRAHILEVITZ (2016).

<sup>59</sup> Refiriéndose a esta imperfecta evaluación de los riesgos y a por qué las soluciones del mercado pueden no funcionar, cfr. GRIMMELMANN (2009, 1160-1164 y 1178-1184).

<sup>60</sup> Sobre el contrato como un producto, cfr. también LEFF (1970, 144-147); PAZOS CASTRO (2017, 177-182).

<sup>61</sup> Cfr. considerando número 100 del Reglamento.

<sup>62</sup> Sobre la cuestión de los sellos y certificaciones en materia de protección de datos, cfr. RODRIGUES y PAKONSTANTINO (eds.) (2018). De manera más sintética, cfr. VOIGT y VON DEM BUSSCHE (2017, 71-79).

<sup>63</sup> Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, apartados 33 y 35; sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252, apartados 25 y 40; conclusiones del Abogado General en el asunto Dziubak, presentadas el 14 de mayo de 2019 (C-260/18, ECLI:EU:C:2019:405), puntos 83 a 86.

<sup>64</sup> La voluntad de reforzar el control de las personas sobre sus datos conecta con los objetivos de otras ramas del Derecho, como por ejemplo la protección de los consumidores y la defensa de la competencia, tal y como observan DIKER VANBERG y ÜNVER (2017, 5); VOIGT y VON DEM BUSSCHE (2017, 169); y GRAEF *et al.* (2018, 1388).

<sup>65</sup> <https://www.mydataismine.com/manifest>.

<sup>66</sup> Cfr. considerandos número 4 a 8 de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales.

<sup>67</sup> Sobre los consumidores algorítmicos, incluyendo alguna referencia a la portabilidad en este ámbito, cfr. GAL y ELKIN-KOREN (2017).

<sup>68</sup> Repárese en que el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras proclamar que las personas tienen derecho a la protección de datos personales (apdo. 1), solo menciona expresamente dos derechos concretos de la protección de datos: «a acceder a los datos recogidos que le conciernen y a obtener su rectificación» (apdo. 2).

<sup>69</sup> <https://www.forbes.com/sites/oliversmith/2018/05/02/the-gdpr-racket-whos-making-money-from-this-9bn-business-shakedown/#1c49c3734a22>.

<sup>70</sup> <https://www.chicagotribune.com>.

<sup>71</sup> <https://www.theguardian.com/technology/2007/feb/08/business.comment>; <https://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-hiltzik-xerox-20180213-story.html>.

<sup>72</sup> Con relación al sector de las comunicaciones de particulares, cfr. sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013, Cisco Systems y Messagenet / Comisión, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, apartado 69.

<sup>73</sup> Sobre la manera en la que los usuarios interactúan en las redes sociales, sus motivaciones para difundir información en ellas, los riesgos existentes desde el punto de vista de la intimidad, posibles respuestas —regulatorias o no— ante el problema, y otras cuestiones relacionadas en el ámbito mencionado, cfr. GRIMMELMANN (2009).

<sup>74</sup> El autor citado se refiere a las telecomunicaciones y no a la protección de datos, pero lo cierto es que el primer sector es susceptible de comparación con determinados ámbitos de la economía digital. Por este motivo, la intervención operada en las telecomunicaciones, ya sea con el Derecho de la competencia, ya sea mediante la regulación, puede servir como referencia cuando se analiza la problemática de, por ejemplo, las redes sociales. En esta línea, cfr. GRAEF (2015).

<sup>75</sup> Sobre cómo el Derecho de la competencia puede actuar contra las restricciones a la portabilidad, y cómo la regulación del Reglamento general de protección de datos difiere notablemente del modo en que operarían las normas de aquella rama del ordenamiento, cfr. SWIRE y LAGOS (2013, 349-365); GRAEF, *et al.* (2014, 6-10); DIKER VANBERG y ÜNVER (2017, 6-15); y GRAEF, *et al.* (2018, 1388-1392).

*(Trabajo recibido el 1-8-2019 y aceptado  
para su publicación el 7-11-2019)*

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS





# Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019

## *Legal review of the remedies of the Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019*

*por*

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

*Doctor en Derecho*

*Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Derecho privado*

**RESUMEN:** La Unión Europea adoptó la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DCCB), por la que se deroga la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La DCCB incorpora el principio de armonización máxima y, en una línea continuista con la Directiva 1999/44/CE, insta una jerarquía de remedios para subsanar la falta de conformidad. Sin embargo, a pesar de que la DCCB está pensando en las compraventas de bienes transfronterizas con consumidores, no dedica reglas específicas para supuestos que en las compraventas a distancia pueden ser una fuente de litigios: el lugar donde el consumidor debe poner los bienes a disposición del vendedor, una eventual distribución de los gastos de recogida del bien defectuoso cuando este

se encuentre lejos del establecimiento del vendedor o las consecuencias del retraso del vendedor en la puesta en conformidad del bien defectuoso.

*ABSTRACT: The European Union adopted the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2019, on certain aspects concerning contracts for the sale of goods (CSD), which repeals the Directive 1999/44/EC of the European parliament and of the Council, of 25 May 1999, on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.*

*The CSD comprises the full harmonisation and, following the principles of the Directive 1999/44/EC, it lays down a hierarchy of remedies to cure the lack of conformity. Nonetheless, despite the fact that the CSD is focused on the distance sales, it does not provide rules for controversial cases: the place where the consumer must make goods available to the seller, the distribution of the shipping costs into the parties where the faulty good is far away from the seller's business place and the consequences for delays in fulfilling the seller's obligation to perform the remedies.*

**PALABRAS CLAVE:** Directiva 2019/771. Compraventa de bienes. Falta de conformidad. Jerarquía de remedios. Armonización máxima. Estrategia para el mercado único digital. Compraventas a distancia. Compraventas de consumo. Culpa del consumidor. Mitigación del daño. Agravación del daño.

*KEY WORDS: Directive 2019/771. Directive sales of goods. Lack of conformity. Hierarchy of remedies. Full harmonization. Digital Single Market Strategy. Distance sales. Consumer sales. Consumer's fault. Mitigation of harm. Further damage.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JERARQUÍA DE REMEDIOS: 2.1. EL PRIMER NIVEL DE REMEDIOS: LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN: 2.1.1. *Los presupuestos de la reparación y la sustitución del bien no conforme.* 2.1.2. *La forma de llevar a cabo la reparación y la sustitución:* A) La gratuidad de los remedios del primer nivel. B) Algunas reflexiones sobre el plazo razonable de los remedios. C) El lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor. D) La retirada de los bienes no conformes y la posterior instalación. E) La prohibición de pagos por el uso de los bienes no conformes. 2.2. EL SEGUNDO NIVEL DE REMEDIOS. LOS REQUISITOS DE LA REBAJA DEL PRECIO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. 2.2.1. *El incumplimiento de la obligación del vendedor de poner los bienes en conformidad, la subsanación incompleta y*

*la imposibilidad y la desproporcionalidad de los remedios del primer nivel. 2.2.2. La subsistencia de la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad. 2.2.3. El ejercicio de los remedios del segundo nivel de forma inmediata. 2.2.4. La imposibilidad de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor. 2.2.5. La imposibilidad de resolver el contrato si la falta de conformidad es una minucia. 2.3. LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO PENDIENTE. 2.4. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA FALTA DE CONFORMIDAD. 2.4.1. La contribución del consumidor como un supuesto de incumplimiento de la carga de mitigar la falta de conformidad o como un supuesto de no agravación de la misma. 2.4.2. Los remedios al alcance del consumidor cuando haya contribuido a la falta de conformidad 2.5. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO. 2.6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: 2.6.1. Presupuestos y modo de ejercicio. 2.6.2. Resolución del contrato y compraventas con pluralidad de objetos. 2.6.3. Efectos.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.*

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de junio de 2019 entró en vigor la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante DCCB). La DCCB deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

En diciembre de 2015, la Comisión europea anunció un conjunto de medidas para hacer frente a los retos que plantea la revolución digital con el claro objetivo de convertir el comercio electrónico en un motor de crecimiento, promoviendo un marco legal eficiente y completo para las compraventas a distancia de bienes<sup>1</sup>.

Por tanto, la DCCB y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, constituyen las principales normas que ha adoptado la Unión Europea para armonizar el Derecho privado en el contexto de la Estrategia para el Mercado único Digital (*Digital Single Market Strategy*)<sup>2</sup>.

De acuerdo con los considerandos de la DCCB<sup>3</sup>, la Unión Europea detectó que la transposición de la Directiva 1999/44/CE sobre compraventas de bienes en los ordenamientos jurídicos nacionales había dado lugar a un régimen jurídico muy fragmentado debido a su carácter de armonización mínima, lo que dificulta la consecución de un grado elevado y óptimo de

protección de los consumidores, especialmente en las compraventas transfronterizas en el seno de la Unión Europea. Por su parte, la DCCB opta por la armonización máxima de aquellos elementos de los contratos de compraventa que recaen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (los criterios para apreciar la conformidad de los bienes, la jerarquía de remedios y su ejercicio, y el régimen y garantías, principalmente), aunque no son pocas las excepciones a dicho principio.

Por lo que se refiere a los remedios para subsanar la falta de conformidad, la DCCB sigue la misma jerarquía de remedios de la Directiva 1999/44/CE. Por tanto, ante la apreciación de una falta de conformidad el consumidor puede, en primer lugar, reclamar la reparación o la sustitución del bien. La reducción proporcional del precio y la resolución del contrato solo están al alcance del consumidor si los remedios del primer nivel son imposibles o desproporcionados en términos económicos para subsanar la falta de conformidad, o si dichos remedios no pueden realizarse dentro de un plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes al consumidor (art. 13.2 DCCB).

No obstante, la DCCB incorpora algunas novedades en materia de los remedios que se analizan en el presente artículo. El legislador europeo decidió elevar a rango de ley la doctrina de algunos casos enjuiciados por el TJUE sobre el desarrollo de los remedios para subsanar la falta de conformidad. Además, existen algunas novedades legislativas como la suspensión de la obligación de pago del precio por el consumidor mientras el vendedor no ponga los bienes en conformidad o la obligación de aquel de poner los bienes a su disposición para poner los bienes en conformidad con el contrato que no aparecían en la Directiva 1999/44/CE. Por otro lado, la DCCB ha dejado en las manos de los legisladores nacionales la regulación de los daños relacionados con la ineficacia de los remedios, como es el retraso en la subsanación de la falta de conformidad (considerando núm. 61).

## II. LA JERARQUÍA DE REMEDIOS

Siguiendo el mismo esquema que la Directiva 1999/44/CE, la nueva DCCB dedica un bloque de normas a los remedios puestos a disposición de las partes para subsanar la falta de conformidad. Como se decía, el artículo 13.1 DCCB dispone los remedios que tiene el consumidor ante el vendedor: la reparación o la sustitución del bien, y la rebaja del precio o la resolución del contrato. Por su parte, el artículo 13 DCCB establece la jerarquía de remedios a los que el consumidor puede acogerse cuando aprecie la falta de conformidad y desee reclamar al vendedor. El primer nivel de remedios está constituido por la reparación y la sustitución del bien y, si estos remedios no fueran suficientes para subsanar la falta de conformidad

o fueran imposibles o desproporcionados, el consumidor podría acogerse a los remedios del segundo nivel, estos son la reducción del precio y la resolución del contrato. Es decir, el consumidor no es totalmente libre a la hora de escoger los remedios del artículo 13.1 DCCB, sino que los artículos 13.2 y 3 DCCB imponen claramente un orden jerárquico. Así pues, ante una falta de conformidad, el consumidor debe informar al vendedor para que este tenga la oportunidad de restablecer la conformidad del bien, para así fomentar un consumo razonable y aumentar la durabilidad de los productos (considerandos 50 y 51 DCCB). Por tanto, la DCCB se aparta de la solución que ofrecían los artículos 106.1.c) y 114.2 CESL, que permitían al consumidor resolver directamente el contrato de compraventa, salvo que el defecto fuera insignificante, lo que se entendió como una opción de política legislativa demasiado proteccionista para el consumidor<sup>4</sup>.

Parece que el establecimiento de una jerarquía de remedios obedece principalmente a los intereses de los vendedores, que tendrán la oportunidad de subsanar la falta de conformidad antes de que el consumidor pueda resolver el contrato. No obstante, la Comisión Europea justifica esta opción de política legislativa aduciendo que la falta de una jerarquía en los remedios y, a resultas de ello, permitir que los consumidores resuelvan el contrato de compraventa en primera instancia, implicaría un incremento en el gasto de las empresas por la devolución de todo o parte del precio. No obstante, el incremento del gasto por las empresas también puede ser notable con el sistema de remedios vigente, toda vez que la reparación y la sustitución del bien a nivel internacional hacen que los remedios del primer escalón también sean muy costosos, pero parece que la Comisión ha obviado este dato<sup>5</sup>.

Por tanto, parece que la solución propuesta de adoptar una jerarquía de remedios ante la falta de conformidad se justifica, principalmente, por los costes económicos para las empresas, toda vez que quizá al consumidor le interesaría poder acogerse a cualquiera de los remedios previstos en la DCCB, en lugar de verse involucrado en una sucesión de reclamaciones al vendedor para que este ponga el bien en conformidad con el contrato, lo que aun tiene más sentido en las compraventas a distancia<sup>6</sup>.

## 2.1. EL PRIMER NIVEL DE REMEDIOS: LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN

### 2.1.1. *Los presupuestos de la reparación y la sustitución del bien no conforme*

De conformidad con la jerarquía de remedios implantada a través de la Directiva 1999/44/CE y mantenida por la nueva DCCB, la primera opción que tiene el consumidor ante cualquier falta de conformidad es reclamar al vendedor la reparación o la sustitución del bien.

La DCCB no define que debe entenderse por ninguna medida de corrección del bien del primer nivel, pero el artículo 1.2.f) Directiva 1999/44/CE sí que definía qué debía entenderse por «reparación»: *«en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta»*. La doctrina<sup>7</sup> había discutido sobre la definición de «reparación» de la Directiva 1999/44/CE, habida cuenta de que podría darse perfectamente el caso de que el consumidor pusiera de manifiesto al vendedor una falta de conformidad y, como es debido, el vendedor procediera a su subsanación. No obstante, podría suceder que posteriormente se apreciara una nueva falta de conformidad que fuera el mismo defecto u otro estrechamente vinculado con la falta de conformidad inicialmente indicada. En este caso, la reparación no habría logrado poner los bienes en conformidad con el contrato y, en consecuencia, el consumidor podría estar legitimado para acogerse a una medida correctora del segundo nivel (art. 13.4.b) DCCB) o exigir una nueva reparación<sup>8</sup>. Por otro lado, podría suceder que dentro del plazo durante el cual el vendedor responde por la falta de conformidad del bien el consumidor indicara otra falta de conformidad que no tuviera ninguna relación con una falta de conformidad señalada y subsanada anteriormente. En este caso, como después se verá, sería más dudoso que el consumidor pudiera acogerse a los remedios del segundo nivel, pero se trata de una posibilidad que no puede descartarse totalmente<sup>9</sup>.

Por tanto, hubiera sido deseable que la DCCB indicase qué debe entenderse por «reparación», en lugar de omitir cualquier referencia en el artículo 2 DCCB. A falta de cualquier previsión al respecto, podría sostenerse lo apuntado por un sector doctrinal<sup>10</sup> que entiende que, para salvaguardar los intereses de ambas partes, la reparación es el remedio para la subsanación de la falta de conformidad señalada por el consumidor. Asimismo, aunque el artículo 13.4.b) DCCB también puede ser objeto de múltiples interpretaciones, el tenor literal conduciría a esta conclusión: *«subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad»*.

Por su parte, aunque no lo disponga el artículo 2 DCCB, por sustitución debería entenderse el remplazo del bien por otro idéntico sin que estuviera afectado por alguna falta de conformidad. No obstante, la DCCB tampoco dice si el bien de sustitución debe ser nuevo o puede ser un bien de segunda mano de que dispusiera el vendedor en el momento de la apreciación de la falta de conformidad<sup>11</sup>. Para salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, podría sostenerse que el bien de sustitución tuviera que ser nuevo si la falta de conformidad se manifiesta dentro primer año desde la entrega del bien, dado que es el período de tiempo durante el cual opera la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento de la entrega de los bienes. Asimismo, si la falta de conformidad se manifiesta después del primer año, el vendedor podría cumplir su obligación si reemplaza el

bien defectuoso por otro de las mismas características aunque hubiera sido usado por un plazo de tiempo similar.

Una vez realizado este apunte sobre la noción de los remedios del primer nivel, cabe decir que la libertad de elección del consumidor entre la reparación y la sustitución del bien defectuoso puede quedar limitada si la medida escogida fuera imposible o implicara unos costes desproporcionados para el vendedor en relación con la otra medida del mismo nivel<sup>12</sup>, lo que tendrá que valorarse según todas las circunstancias concurrentes y, en particular, las que se enumeran en el artículo 13.2 DCCB: a) el valor que tendrían los bienes si no hubiese existido la falta de conformidad; b) la relevancia de la falta de conformidad y c) si se podría aplicar la medida correctora alternativa del primer nivel sin mayores problemas para el consumidor.

Por tanto, para determinar la viabilidad del remedio escogido por el consumidor resulta fundamental valorar cuando el remedio propuesto es «imposible» o «desproporcionado». En primer lugar, la reparación puede ser imposible si la falta de conformidad es de tal magnitud que podría no ser suficiente para dejar el bien en condiciones de idoneidad. No obstante, en tales casos la reparación podría ser posible, aunque en términos económicos fuera más ventajoso para el vendedor la sustitución del bien y, por tanto, la reparación sería desproporcionada en comparación con la sustitución. También podría darse el caso que la reparación fuera imposible si el vendedor no dispusiera de las piezas de recambio para remediar la falta de conformidad. Sin embargo, también podría aducirse que en estos casos la reparación también sería posible, aunque seguramente no se podría realizar dentro de un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. Finalmente, el vendedor también podría oponerse a la reparación del bien si ello acarrea costes muy elevados (contratación de personal, desplazamientos, etc.). En todo caso, en estos supuestos donde el vendedor alega una eventual imposibilidad lo hace en términos económicos y comparando la reparación con la otra medida del mismo nivel, la sustitución.

La reparación podría ser aún más difícil en aquellos casos en los cuales el bien tuviera que ser instalado para poder cumplir sus funciones, independientemente de que la instalación la realice el vendedor o el propio consumidor siguiendo sus instrucciones. En estos casos el vendedor tendría que desinstalar el bien y luego instalarlo de nuevo. Pero de nuevo esto no significa que la reparación sea imposible, sino que en todo caso podría ser desproporcionada teniendo en cuenta los costes de la reparación en comparación con la sustitución del bien y que la reparación no se llevaría a cabo dentro de un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor.

La DCCB no hace referencia a la ilegalidad (*legal defects*) de la reparación o de la sustitución como límite para determinar la viabilidad del



remedio escogido por el consumidor, pues el artículo 9 de la Propuesta de la DCCB contenía una referencia explícita a la ilegalidad del remedio como límite de la libertad de elección del consumidor entre los remedios del primer nivel. No obstante, la doctrina ha considerado que las ilegalidades de los remedios escogidos pueden reconducirse a los supuestos de imposibilidad<sup>13</sup>.

Por su parte, los supuestos en que la sustitución no fuese posible son escasos. Podría aducirse por el vendedor que la sustitución no es posible porque no tiene más bienes del mismo tipo, lo que le obligaría a adquirir el bien a sus expensas de otro vendedor. Sin embargo, en tales casos la sustitución tampoco sería propiamente imposible, sino que podría ser desproporcionada por los costes que implica en comparación con la medida del mismo nivel, la reparación. Un supuesto de imposibilidad de sustitución podría ser el caso de los bienes de segunda mano, si entendemos por sustitución la entrega de un bien idéntico al consumidor, pues en la mayoría de casos no podrá proporcionarse un bien idéntico si era de segunda mano.

En consecuencia, parece que en muchos casos la «imposibilidad» de la reparación o de la sustitución lo será en términos económicos, lo que nos conduce a lo que la doctrina ha denominado «imposibilidad subjetiva» que es reconducible a lo económicamente desproporcionado<sup>14</sup>. Además, la imposibilidad del remedio también tendría que medirse en términos objetivos, por ejemplo, la sustitución será imposible si el bien se fabricó expresamente para el consumidor o la reparación será imposible si las piezas de recambio han dejado de fabricarse<sup>15</sup>.

Una vez apreciada la falta de conformidad y partiendo de la base de que tanto la reparación como la sustitución del bien son posibles, el vendedor aún puede oponerse al remedio elegido por el consumidor si este es desproporcionado en relación con la otra medida del mismo nivel y, de acuerdo con el artículo 13.2) DCCB, la desproporcionalidad debe medirse según tres criterios: a) el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad, b) la relevancia de la falta de conformidad, y c) si se podría proporcionar la medida correctora alternativa sin mayor inconveniente para el consumidor.

Salvo el criterio del artículo 13.2.c) DCCB, los demás son criterios objetivos. En este sentido, el consumidor tendrá que escoger cuál es, según un test de razonabilidad, la medida más idónea para subsanar la falta de conformidad, aunque luego el vendedor puede oponerse al remedio escogido si este es desproporcionado. El primer elemento a valorar es el valor que tendrían los bienes en caso de no existir la falta de conformidad. Seguramente, en los casos de bienes de escaso valor la reparación será desproporcionada, puesto que puede conllevar unos costes (desplazamientos, mano de obra) que sean superiores al valor de mercado del bien y, por tanto, en estos casos quizá el remedio más oportuno sea la sustitución. En caso contrario, la

medida más oportuna para los bienes con un valor más elevado quizá sea la reparación, en tanto que los costes de la misma posiblemente no serían superiores al valor de mercado del bien. El segundo elemento que hay que tener presente es la relevancia de la falta de conformidad, lo que también debe medirse en términos objetivos. Por ejemplo, si la falta de conformidad es muy severa pero fácilmente reparable, quizá la magnitud de la falta de conformidad justificaría una reparación onerosa. Por último, también deben tenerse presente los inconvenientes que presenta el remedio adoptado para el consumidor. El clásico ejemplo es la lavadora que se ha estropeado y cuya reparación puede alargarse en el tiempo. En estos casos, valorando todas las circunstancias concurrentes, puede que la sustitución sea el remedio que más convenga a las partes si es el remedio más rápido. Respecto de la tercera circunstancia que debe valorarse para elegir el remedio más apropiado para subsanar la falta de conformidad, también podría tenerse presente la posibilidad de que terceros ajenos al negocio jurídico celebrado ofrezcan soluciones temporales como el suministro de un bien de sustitución mientras tiene lugar la reparación del bien defectuoso.

### *2.1.2. La forma de llevar a cabo la reparación y la sustitución*

El artículo 14 DCCB determina cómo debe llevarse a cabo la reparación o la sustitución del bien con algunas novedades respecto de la regulación del artículo 3.3 y 4 Directiva 1999/44/CE. El considerando núm. 50 DCCB establece que cuando el consumidor aprecie la falta de conformidad debe informar al respecto al vendedor para darle la oportunidad de restablecer la conformidad del bien. Por tanto, la DCCB no concreta más la forma a través de la cual el consumidor debe poner de manifiesto al vendedor la falta de conformidad y el remedio escogido para subsanarla, por lo que debe admitirse cualquier medio de comunicación que garantice la recepción del contenido por el vendedor y, en términos probatorios, sería deseable que fuera un medio escrito que asegure el contenido y la recepción por el vendedor, como un burofax o un correo electrónico con acuse de recibo<sup>16</sup>.

#### A) La gratuidad de los remedios del primer nivel

El artículo 14 DCCB dice que la reparación o la sustitución del bien no conforme deberán realizarse «de forma gratuita». Anteriormente, el artículo 3.3 Directiva 1999/44/CE establecía que dichos remedios debían realizarse «sin cargo alguno» lo que se entendía como «*los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contra-*

to, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales». La finalidad de la norma no es otra que impedir que el consumidor se vea disuadido del ejercicio de sus derechos y, por tanto, la gratuidad del remedio significa que el vendedor tendrá que asumir todos los gastos que haya tenido que desembolsar el consumidor para demostrar la falta de conformidad del bien, es decir, gastos de transporte, mano de obra, peritajes, etc. Por tanto, el vendedor debe asumir cualquier gasto que haya realizado el consumidor para poner de manifiesto la falta de conformidad hasta que los bienes sean puestos en conformidad<sup>17</sup>.

No obstante, aunque la DCCB no lo diga expresamente está claro que, a tenor de los considerandos de la misma, las compraventas a distancia fueron uno de los principales motivos que llevaron al legislador europeo a derogar la Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, la DCCB no establece reglas específicas para las compraventas a distancia, lo que hubiera sido deseable. Solo hay que imaginarse el supuesto de que un consumidor residente en España compra a través de internet un coche de una mercantil domiciliada en Alemania y en el momento de apreciar la falta de conformidad el consumidor se encontraba de vacaciones en Italia. En este supuesto, ¿los requerimientos del artículo 14.1 DCCB imponen que el vendedor se tenga que hacer cargo de los gastos de recogida del bien defectuoso en todos los casos e independientemente del lugar donde se encuentre el bien en el momento de la apreciación de la falta de conformidad?

En estos casos los remedios del primer nivel (la reparación y la sustitución del bien defectuoso) podrían ser perfectamente posibles para subsanar la falta de conformidad, pero los costes de recogida del bien podrían ser muy elevados, lo que llevaría al vendedor a rehusar dichos remedios por desproporcionados (art. 13.3 DCCB). Consiguientemente, el consumidor podría reclamar la rebaja del precio o la resolución del contrato, pero claro está que estos remedios no serían aptos para solucionar el problema. De acuerdo con el artículo 14.1 DCCB, el vendedor tendría que hacerse cargo de todos los gastos, incluidos los gastos de recogida del bien defectuoso independientemente del lugar en que se encuentra, habida cuenta que la DCCB no establece una regla específica para estos supuestos. Sin embargo, la solución ofrecida por la DCCB sería excesivamente lesiva para el vendedor, quien estaría asumiendo el riesgo de que el bien se encuentre muy lejos de su establecimiento comercial en el momento de la apreciación de la falta de conformidad.

Por tanto, hubiera sido deseable que la DCCB hubiera previsto reglas especiales para las compraventas a distancia, toda vez que el tenor literal del artículo 14.1 DCCB podría ofrecer soluciones no equitativas para ambas partes en supuestos como el descrito. En ausencia de reglas en esta materia y siguiendo la doctrina del TJUE en el caso C-65/09 *Gebr. Weber GmbH*

and Jürgen Wittmer podría adoptarse una solución intermedia, repartiendo los gastos de recogida del bien defectuoso entre las partes cuando el bien se encuentre muy lejos del alcance del vendedor para subsanar la falta de conformidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, no está claro que los Estados miembro puedan transponer la DCCB adoptando una regla para estos supuestos. El principio de armonización máxima del artículo 4 DCCB impide mantener o introducir disposiciones en los ordenamientos nacionales que se aparten de las establecidas en la misma DCCB más allá de las habilitaciones que prevea la misma. Asimismo, la habilitación del Considerando núm. 56 solo se refiere al lugar de cumplimiento de la obligación de entrega y el lugar donde deba repararse o sustituirse el bien, por lo que la cuestión de los gastos asociados a los remedios parece que ha sido objeto de armonización máxima (art. 4 DCCB).

## B) Algunas reflexiones sobre el plazo razonable de los remedios

El artículo 14 DCCB dispone que la reparación o la sustitución del bien deben realizarse *«en un plazo razonable a partir del momento en que el vendedor haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad»*. De nuevo nos encontramos ante una expresión «un plazo razonable» que puede ser clave para determinar si el consumidor puede acogerse a un remedio del segundo nivel [art. 13.4.a) DCCB] o, si por el contrario, tal pretensión no está suficientemente justificada. La DCCB no establece un período de tiempo dentro del cual se tendrá que producir la reparación o la sustitución del bien, sino que el criterio de la razonabilidad del considerando núm. 24 DCCB nos conduce al examen de todas las circunstancias concurrentes en el caso, teniendo en cuenta la naturaleza, la finalidad del contrato y los usos y las prácticas de las partes implicadas. Asimismo, el considerando núm. 55 contiene algunos elementos que pueden contribuir a esclarecer lo que debe entenderse por un «plazo razonable»:

*«Con objeto de proteger a los consumidores contra el riesgo de largas demoras, toda reparación o sustitución debe llevarse a cabo satisfactoriamente dentro de un plazo razonable. Lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación o sustitución debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevar a cabo dicha reparación o sustitución. Este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembro deben poder interpretar el*

*concepto de plazo razonable para llevar a cabo una reparación o sustitución estableciendo plazos fijos que normalmente podrían considerarse razonables para la reparación o sustitución, concretamente para determinadas categorías de productos»<sup>19</sup>.*

Por tanto, la DCCB no ha establecido un plazo razonable dentro del cual se tenga que producir la subsanación de la falta de conformidad, sino que deberá determinarse caso por caso objetivamente, teniendo en cuenta los parámetros que establece el Considerando núm. 55 DCCB. No obstante, siguiendo lo prevenido en el artículo 111.2 CESL, un plazo de treinta días tendría que ser suficiente para acometer la reparación o la sustitución del bien defectuoso independientemente de la naturaleza del bien.

En consecuencia, teniéndose que llevar a cabo la reparación o la sustitución del bien dentro de un plazo de tiempo razonable, la pregunta que surge es cuál es la sanción ante el cumplimiento tardío de la obligación del vendedor de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable. El artículo 9.3.b) de la Propuesta de Directiva habilitaba al consumidor para exigir una reducción del precio o la resolución del contrato si el vendedor no llevaba a cabo la reparación o la sustitución dentro de un plazo razonable. Sin embargo, en el artículo 13.4 DCCB no se prevé que el consumidor pueda acudir a los remedios del segundo nivel en el caso de que el vendedor no cumpla su obligación dentro de un plazo razonable y parece que este supuesto difícilmente pueda encajar dentro de alguno de los supuestos del artículo 13.4 DCCB:

*«a) el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, apartados 2 y 3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo,*

*b) subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad,*

*c) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o*

*d) el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor»<sup>20</sup>.*

En primer lugar, el apartado a) del artículo 13.4 hace referencia a aquellos casos en los cuales el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución del bien, hecho que impide que el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación del vendedor sea subsumible en este epígrafe, preci-

samente porque el vendedor ha cumplido con su obligación pero no dentro de un plazo razonable. En segundo lugar, el artículo 13.4.a) se remite a los artículos 14.2 y 14.3 DCCB, que se refieren al modo de llevar a cabo los remedios del primer nivel. Podría defenderse que el cumplimiento tardío de los remedios del primer nivel podría causar inconvenientes significativos al consumidor, lo que implicaría que el caso estudiado fuera subsumible dentro de los supuestos del artículo 13.4.a) DCCB. Por último, el artículo 13.4.a) DCCB hace referencia al artículo 13.3 DCCB, es decir, cuando el vendedor rehúse llevar a cabo la reparación o la sustitución cuando resulten imposibles o desproporcionadas.

En consecuencia, a diferencia de la Propuesta de Directiva, el artículo 13.4 DCCB no habilita claramente al consumidor para exigir una reducción proporcional del precio o la resolución del contrato cuando el vendedor ponga los bienes en conformidad con retraso. Por consiguiente, cabe concluir que la sanción ante el cumplimiento tardío de la prestación del vendedor de poner los bienes en conformidad dependerá de los Estados miembro, como se desprende del último inciso del Considerando núm. 61 DCCB: *«Los Estados miembro también deben conservar la libertad de regular el derecho del consumidor a una indemnización por situaciones en las que la reparación o sustitución supuso un inconveniente mayor o se retrasó»*.

De conformidad con el Considerando núm. 61 DCCB, la DCCB ha configurado el cumplimiento tardío de la prestación del vendedor como un supuesto de daños<sup>21</sup> y, por tanto, las consecuencias del incumplimiento dependen de los Estados miembro. En consecuencia, los Estados miembro podrán regular el derecho del consumidor a una indemnización en aquellos supuestos siguiendo los principios del considerando núm. 61 DCCB que prevé el principio de indemnización íntegra (*full compensation*) del daño causado al consumidor a causa de las infracciones del vendedor de lo dispuesto en la DCCB<sup>22</sup>. En este sentido, el consumidor deberá ser indemnizado por cualquier tipo de daño<sup>23</sup> que sufra como consecuencia del retraso del vendedor de poner los bienes en conformidad, siempre que medie una relación de causalidad entre la conducta del vendedor y el daño producido<sup>24</sup>. Asimismo, si el consumidor no ha sufrido ningún tipo de daño nada podrá reclamar al vendedor<sup>25</sup>.

En la práctica, la reclamación de una indemnización por los daños que el vendedor hubiera causado al consumidor como consecuencia del retraso tendría el mismo efecto que una reducción en el precio<sup>26</sup>, con la salvedad de que el consumidor no podría reclamar una rebaja en el precio en proporción a la disminución del valor de los bienes recibidos en comparación con el valor que tendrían los bienes estando en conformidad con el contrato, sino que la indemnización incluiría los gastos que el consumidor hubiera soportado como consecuencia del retraso<sup>27</sup>.

Siguiendo con las consecuencias del retraso del vendedor en la puesta en conformidad de los bienes, cabe preguntarse si el consumidor podría reclamar la resolución del contrato si el retraso frustra por completo su interés en el contrato de compraventa y, para ello, deben tenerse presente los parámetros de los considerandos 24 y 55 DCCB. En este sentido, las circunstancias del caso, la finalidad del contrato y los usos y las prácticas de las partes podrían legitimar al consumidor para exigir la resolución del contrato si, como consecuencia del cumplimiento tardío de la prestación del vendedor de poner los bienes en conformidad, se frustra el interés del consumidor en el contrato de compraventa<sup>28</sup>. A pesar de que en la mayoría de casos el remedio más adecuado será una indemnización por daños y perjuicios que tendría un efecto económico similar a la reducción proporcional del precio, la resolución del contrato como sanción al retraso del vendedor en la puesta en conformidad de los bienes no puede descartarse totalmente, pero sería necesario que dicho retraso frustrara por completo el interés del consumidor en el contrato y que este hubiera comunicado al vendedor el carácter esencial del cumplimiento de su obligación dentro del plazo razonable acordado<sup>29</sup>. Por ejemplo, el consumidor podría resolver el contrato de compraventa si hubiera contratado un libro a través de Amazon el 15 de diciembre para regalar el día de Reyes. No obstante, el libro llegó en el domicilio del consumidor el 18 de diciembre sucio y con las esquinas dobladas. El consumidor comunicó al vendedor la necesidad de sustituir el bien y este le manifestó que el nuevo ejemplar estaría listo el día 5 de enero. Finalmente, el libro se entrega el día 7 de enero y, consiguientemente, se frustra el interés del consumidor en la compraventa por el cumplimiento tardío de la prestación de sustitución.

- C) El lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor

El artículo 14.1.c) DCCB dispone que la reparación y la sustitución de los bienes defectuosos se llevaran a cabo «*sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor necesitara los bienes*». No obstante, en caso de apreciar una falta de conformidad, el consumidor debe asumir la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor [arts. 14.1.b) y 14.2 DCCB]. Asimismo, el considerando núm. 56 dispone que «*La presente Directiva no debe regular en qué casos deben cumplirse las obligaciones de un deudor*»<sup>30</sup>. Por tanto, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de puesta a disposición de los bienes a favor del vendedor, es algo que, de acuerdo con el considerando núm. 56 DCCB,

depende del Derecho nacional, pero que debe ajustarse a lo prevenido en el artículo 14.1 DCCB, es decir, que la reparación o la sustitución puedan hacerse en un plazo razonable de tiempo, que causen los menores inconvenientes posibles al consumidor y sin cargo alguno para el mismo. Solo de esta forma se consigue un nivel de protección efectivo de los consumidores que disuada a los vendedores de limitar sus derechos.

Si el lugar de cumplimiento de aquella obligación depende del Derecho nacional, hay que acudir a lo dispuesto en los Códigos civiles o las legislaciones de consumo de los Estados miembro para determinar el lugar en el cual el consumidor debe poner los bienes a disposición del vendedor para subsanar la falta de conformidad. En este sentido, para el caso español el artículo 1171 del Código civil prevé genéricamente distintos lugares para el cumplimiento de las obligaciones: *«El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde esta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor»*.

Vemos que el primer foro de cumplimiento de la obligación es el que se haya pactado expresamente en la obligación. Por tanto, sería oportuno que las partes acordaran cuál debe ser el lugar de cumplimiento de la obligación del vendedor de reparación o de sustitución de los bienes y, consiguientemente, los deberes que debería asumir el consumidor para poner el bien no conforme a disposición del vendedor y ello, de acuerdo con el artículo 14.1.c) DCCB, debería preverse sin que se causaran inconvenientes significativos para el consumidor y sin cargo alguno. Por tanto, la autonomía privada se erige como el primer criterio para determinar el lugar de cumplimiento de aquella obligación en la mayoría de Estados miembro<sup>31</sup>.

Podría preverse que para los bienes muebles más pequeños y ligeros como ordenadores, impresoras, tablets, teléfonos móviles, etc., el consumidor pusiera los bienes a disposición del vendedor entregándolos en su establecimiento comercial o, si el vendedor no residiera en la misma localidad que el consumidor, que este pudiera ponerle a disposición los bienes enviándolos por correo postal o entregándolos en el establecimiento más cercano del vendedor. Ello podría causar algunas molestias al consumidor, pero no serían inconvenientes significativos para obligar al vendedor a recoger los bienes en su domicilio, es decir, en el lugar donde se encuentren los bienes en el momento de la apreciación de la falta de conformidad.

También nos podríamos encontrar ante el caso de que un consumidor comprara un electrodoméstico como, por ejemplo, un frigorífico, a un vendedor de su misma localidad. En este caso, parece razonable entender que el consumidor cumplirá con su obligación de poner los bienes a disposición del vendedor si facilita la reparación en su domicilio o facilita la entrada



para que el vendedor retire el bien y se lo lleve para reparar a través de un servicio postventa. Al tratarse de un bien mueble de mayores dimensiones, el vendedor tendría que recoger el bien en el lugar donde se encuentre para repararlo o sustituirlo puesto que, de lo contrario, si el consumidor asumiera la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor en su establecimiento podría causarle mayores inconvenientes y, por tanto, no sería un *loci solutionis* acorde con lo prevenido en el artículo 14.1.c) DCCB.

Por último, podría plantearse el caso de un consumidor que compra un bien mueble como un coche o un velero y el vendedor se encuentra en la misma localidad que el consumidor. Sin embargo, la falta de conformidad puede ponerse de manifiesto cuando el consumidor se encuentre en otro Estado miembro o muy lejos del establecimiento comercial del consumidor. En tales casos, podría entenderse que la obligación del consumidor de poner los bienes a favor del vendedor se cumpliría poniendo en conocimiento del vendedor dónde se encuentra el bien (un concesionario, un mecánico o un puerto) para que este pueda repararlo o sustituirlo. En este caso, el vendedor podría reparar el bien o sustituirlo en el mismo lugar donde se encuentre el bien defectuoso o traerlo a su establecimiento comercial mediante un servicio de transporte postventa. De lo contrario, si el consumidor se viera obligado a transportar el bien hasta el establecimiento del vendedor, podría causarle inconvenientes considerables.

En estos casos, debe tenerse muy presente que si la falta de conformidad se aprecia estando el consumidor y el bien defectuoso muy lejos del establecimiento del vendedor y este no dispone de un servicio postventa de transporte del bien hasta su establecimiento comercial para ser reparado, los costes de recogida del bien podrían ser muy elevados, lo que permitiría al vendedor acogerse a lo prevenido en el artículo 13.3 DCCB y rehusar los remedios del primer nivel, con lo que el consumidor podría exigir la reducción del precio o la resolución del contrato, pero con estos remedios no se subsanaría la falta de conformidad. Por tanto, a pesar de que la DCCB no contenga ninguna disposición relativa a la distribución de los costes de recogida del bien no conforme (*shipping costs*) en el caso de que el bien se encuentre muy lejos del establecimiento del consumidor, una distribución proporcional de estos costes quizá sería la solución más equitativa, especialmente para proteger los intereses del vendedor puesto que, de lo contrario, acarrearía con el riesgo de que un bien de semejante naturaleza se estropeará muy lejos de su establecimiento.

Por tanto, el contrato de compraventa debería contemplar el lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor, todo ello en función de la naturaleza de los bienes (art. 14.1.c) DCCB). Si las partes no han pactado nada al respecto, deberían tenerse presentes los otros criterios para determinar el lugar de cumpli-

miento de la obligación. En el caso español, el artículo 1171 del Código civil dispone que tratándose de la entrega de una cosa determinada el pago deberá hacerse en el lugar de constitución de la obligación, es decir, en el lugar donde se hubiera celebrado el contrato y, por último, el último foro es el lugar del domicilio del deudor, en este caso el consumidor que es el deudor de la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor. Estos criterios deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 DCCB.

Por su parte, si el contrato fuera celebrado a distancia, para determinar la ley aplicable al contrato y, consiguientemente, el lugar de cumplimiento de la obligación de puesta a disposición de los bienes a favor del vendedor, debería aplicarse el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 6.1 prevé que el contrato se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual. Además, dado que nos encontramos ante la perfección de un contrato celebrado a distancia, deben tenerse presentes las particularidades de las legislaciones nacionales sobre la perfección de los contratos a distancia<sup>32</sup>.

La mayoría de razonamientos que se han expuesto para los contratos entre presentes podrían aplicarse a los contratos entre consumidores y vendedores de diferentes Estados miembro en función de la naturaleza del bien. Este es el criterio seguido por la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019, en el cual el TJUE fue preguntado a instancias de un Tribunal alemán si en las compraventas a distancia el consumidor siempre estaba obligado a poner los bienes a disposición del vendedor en su establecimiento comercial o si, en caso contrario, el vendedor siempre estaba obligado a recoger los bienes en el domicilio del consumidor. En TJUE falló<sup>33</sup> estableciendo que no puede establecerse una regla general y uniforme para el cumplimiento de las obligaciones de las partes porque la opción que garantiza la protección efectiva del comprador (remedio sin coste alguno, en un plazo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor) depende, fundamentalmente de la naturaleza y características del bien defectuoso.

Sin embargo, si se tratara de un consumidor con su residencia habitual en España, según el artículo 1171 del Código civil, en defecto de acuerdo entre las partes sobre el lugar de cumplimiento de la obligación y tratándose de una obligación de entrega de una cosa determinada, aquellas obligaciones tendrían que cumplirse en el lugar de constitución de la obligación. En este sentido, debería tenerse presente lo dispuesto en el artículo 29 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>34</sup> que prevé que, en relación con el lugar de celebración del contrato por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirá celebrado en el lugar en que este tenga su residencia habitual.

Asimismo, el artículo 14.2 *in fine* DCCB contiene una previsión para la recuperación de los bienes sustituidos, cuando la sustitución fuera el remedio más acorde para remediar la falta de conformidad, imponiendo al vendedor la obligación de recuperar los bienes sustituidos a sus expensas. Hubiera sido deseable una previsión similar en el caso de que la reparación fuera el remedio más idóneo para subsanar la falta de conformidad del bien no conforme<sup>35</sup>, pero a falta de previsión expresa podría interpretarse que en el caso de la sustitución quizá el legislador se esté refiriendo a la obligación accesoria del vendedor de reciclar el bien defectuoso sustituido y los costes que lleva asociados.

En relación con las compraventas a distancia, resulta oportuno hacer algunas reflexiones sobre la decisión del TJUE en el marco de la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 cuando el TJUE fue preguntado sobre si los remedios de la reparación o la sustitución del bien que deben realizarse «de forma gratuita» incluyen el deber del vendedor de anticipar los gastos de envío o de transporte de los bienes no conformes al consumidor cuando para remediar la falta de conformidad los bienes tengan que enviarse a las dependencias del vendedor. El Tribunal realiza un juicio de proporcionalidad para determinar si en las compraventas a distancia el vendedor siempre tiene que anticipar los costes de envío o de transporte al vendedor, determinando que el anticipo sistemático de estos gastos no beneficia al consumidor en todos los casos, sobre todo en aquellos casos en los que el vendedor no utilice etiquetas de devolución con franqueo pagado. Asimismo, el pago por anticipado de aquellos gastos implica que los vendedores incurran en una excesiva responsabilidad, sobre todo si después del examen de los bienes resulta que no adolecen de defectos. Finalmente, el TJUE acaba declarando<sup>36</sup> que los vendedores no tienen que anticipar sistemáticamente los gastos de transporte o envío cuando el consumidor aprecia una eventual falta de conformidad, pero deja abierta la puerta a que sea así si los costes de envío pueden disuadir al consumidor de ejercer su derecho, lo que tiene que valorarse caso por caso, en función del coste del transporte de los bienes y del valor de los mismos. Por tanto, aunque el artículo 13.2 DCCB condicione la viabilidad del remedio elegido por el consumidor a la posibilidad y a la proporcionalidad del remedio para el vendedor, el consumidor también tendrá que valorar los costes que le supone la medida escogida si el vendedor no está obligado en todo caso a anticipar el coste del transporte del bien no conforme a sus dependencias y tales costes podrían comprometer la viabilidad del remedio escogido.

En consecuencia, si el TJUE matizó el requisito de la gratuidad de los remedios, no se ve inconveniente alguno para extrapolar el mismo juicio de razonabilidad en relación con los costes de recogida del bien defectuoso cuando se encuentre muy lejos del establecimiento comercial del vendedor,

teniendo en consideración lo prevenido en las STJUE C-52/18 *Christian Filla & Toolport GmbH* y STJUE C-65/09 *Gebr. Weber GmbH & Jürgen Wittme*.

D) La retirada de los bienes no conformes y la posterior instalación

El artículo 14.3 DCCB incorpora una novedad respecto de la Directiva 1999/44/CE, aunque propiamente se trata de una novedad legislativa porque la DCCB incorpora la doctrina del TJUE establecida en las STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 y STJUE C-87/2009, de 16 de junio de 2011. Dispone el artículo 14.3 DCCB que: «*Cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de que se manifieste la falta de conformidad, o cuando se sustituyan los bienes, la obligación de reparar o sustituir los bienes incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación*».

En el caso *Putz v Medianess Electronics* la apelante compró un lavavajillas y pasado un tiempo apreció la falta de conformidad. No obstante, cuando el demandado fue reclamado para sustituirlo, se negó a retirar el bien no conforme. El TJUE declaró que en estos supuestos, aunque la falta de conformidad no derive de ninguna actuación culposa de las partes, es el vendedor quien debe asumir el coste del reemplazo de los bienes no conformes, reemplazo o sustitución que deberá llevar a cabo el propio vendedor o cargando con los gastos necesarios de la retirada e instalación del bien de sustitución<sup>37</sup>. Por tanto, la DCCB incorpora la doctrina del TJUE y, por ello, contempla en los artículos 14.2 *in fine* DCCB y 14.3 DCCB que el vendedor deberá recuperar los bienes sustituidos a sus expensas.

Más complicado fue el caso *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer*. El consumidor adquirió unas baldosas que, una vez instaladas, resultaron no conformes porque tenían unos sombreados que eran microrrestos de lijado que no podían desaparecer, de modo que solo podían sustituirse para subsanar la falta de conformidad. Sin embargo, arrancar las baldosas e instalar las nuevas hacía que la sustitución de los bienes no conformes fuera desproporcionada en términos económicos para el vendedor. En este caso, el TJUE adoptó una solución intermedia para lograr una solución equitativa, pues sería claramente injusto que el vendedor tuviera que pechar con todos los costes de sustitución y reemplazo del bien no conforme si no se podía oponer al único remedio que era posible, pues la reparación era imposible en términos objetivos. En consecuencia, en los casos en que el vendedor no pueda oponerse al único remedio posible porque el otro del mismo nivel fuera imposible, no se opone a la DCCB que el consumidor tenga derecho

solo a una parte proporcional del reembolso por los gastos de retirada del bien defectuoso e instalación del bien de sustitución. En tales casos, el juicio de proporcionalidad deberá realizarse en base a la magnitud de la falta de conformidad y el valor que tendrían los bienes si fueran conformes. Sin embargo, como en estos casos el consumidor no quedaría totalmente indemne de los gastos derivados de la subsanación de la falta de conformidad, debe reconocérsele el derecho de acudir a los remedios del segundo nivel, es decir, la reducción del precio y la resolución del contrato<sup>38</sup>.

De acuerdo con lo prevenido en los artículos 14.2 *in fine* y 14.3 DCCB, parece que la DCCB ha regulado unos supuestos de daños y perjuicios que derivan de la falta de conformidad, es decir, la obligación del vendedor de recuperar los bienes sustituidos a sus expensas, el reemplazo de los bienes no conformes y la instalación de los bienes de sustitución. Los casos *Putz v Medianess Electronics* y *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* pusieron de manifiesto la necesidad de regular los daños estrechamente conectados con el ejercicio de los remedios de la falta de conformidad, pero la DCCB sigue dejando al margen otros daños que puedan derivarse de la falta de conformidad y que pueden ser mucho más dispares y heterogéneos. En tales casos, el considerando núm. 61 DCCB<sup>39</sup> remite a las legislaciones nacionales para encauzar las reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de los incumplimientos de los vendedores de lo dispuesto en la DCCB.

E) La prohibición de pagos por el uso de los bienes no conformes

El artículo 14.4 DCCB también es una novedad que incorpora la nueva Directiva, en comparación con la anterior Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, el legislador europeo ha elevado a rango de ley la doctrina contenida en la STJUE C-404/06, Sala Primera, de 17 de abril de 2008, caso *Quelle*. En el caso de autos una consumidora adquirió una cocina que, pasados dieciocho meses adolecía de una falta de conformidad. El vendedor cumplió con su obligación de sustitución del producto, pero exigió a la consumidora un pago por el tiempo que había usado el bien antes de la apreciación de la falta de conformidad. El TJUE declara<sup>40</sup> que el Derecho nacional que permitía al vendedor exigir una indemnización al consumidor por el uso del bien no conforme hasta que es sustituido se oponía a lo prevenido en el artículo 3.4 Directiva 1999/44/CE de subsanar la falta de conformidad «sin cargo alguno» y, por tanto, el uso del bien no conforme hasta su sustitución no puede considerarse un enriquecimiento injusto, toda vez que el consumidor habrá cumplido previamente su obligación de pago del precio.

La redacción definitiva del artículo 14.4 DCCB poco difiere de lo establecido en la Propuesta de Directiva publicada el pasado 9 de diciembre de

2015 que establecía que el consumidor no era responsable de ningún pago por el uso del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución, en contraposición de la redacción actual que habla de «uso normal». Sin embargo, se trata de un pequeño matiz que sí que tiene importantes consecuencias prácticas. Literalmente, el tenor literal del artículo 10.3 de la Propuesta de Directiva podía dar a entender que el consumidor no tenía que hacer ningún pago por cualquier uso del bien, lo que parecía legitimar el abuso de derecho y el uso injusto, lo que fue criticado por la doctrina<sup>41</sup>.

## 2.2. EL SEGUNDO NIVEL DE REMEDIOS. LOS REQUISITOS DE LA REBAJA DEL PRECIO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Siguiendo la jerarquía de remedios de la Directiva 1999/44/CE, el segundo nivel de remedios de la DCCB está constituido por la reducción del precio y la resolución del contrato. De acuerdo con el considerando núm. 51 DCCB, el consumidor puede acogerse a los remedios del segundo nivel cuando los remedios del primer nivel no hayan conseguido subsanar la falta de conformidad y ello puede producirse por una pluralidad de causas: a) el vendedor no hubiere llevado a cabo el remedio del primer nivel o hubiere llevado a cabo el remedio de forma incompleta; b) subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner en conformidad a los bienes; c) la falta de conformidad es de tal magnitud que justifica la reducción del precio o la resolución del contrato directamente y, d) el vendedor ha manifestado o se desprende de las circunstancias que no cumplirá el remedio del primer nivel dentro de un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

### 2.2.3. *El incumplimiento de la obligación del vendedor de poner los bienes en conformidad, la subsanación incompleta y la imposibilidad y la desproporcionalidad de los remedios del primer nivel*

El artículo 13.4.a) DCCB contempla diferentes causas que pueden legitimar que el consumidor acuda a los remedios del segundo nivel. Algunas de estas causas se basan en un comportamiento culposo o doloso del vendedor. Serían los casos en que el vendedor no haya llevado a cabo el remedio de subsanación de la falta de conformidad del primer nivel requerida por el consumidor o que en el desarrollo del remedio del primer nivel no se haya procedido conforme los artículos 14.2 y 3 DCCB.

En primer lugar, el artículo 13.4.a) DCCB contempla el caso de que el vendedor no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución. Para

tal supuesto, debería entenderse que el consumidor ha comunicado efectivamente la falta de conformidad al consumidor, es decir, dentro del plazo legal durante el cual el vendedor responde de la falta de conformidad y por un medio que asegure la recepción de la comunicación y la verificación de su contenido. Ante la recepción de la comunicación por el vendedor, este puede estar de acuerdo con el remedio propuesto por el consumidor si no es imposible o desproporcionado en términos económicos. Por tanto, si el vendedor acepta el remedio propuesto por el consumidor para subsanar la falta de conformidad deberá proceder a reparar o sustituir el bien dentro de un plazo razonable, sin causar mayores inconvenientes al consumidor y de forma gratuita (art. 14 DCCB). O también sería el caso de que apreciada la falta de conformidad por el consumidor y corroborada por el vendedor, el primero escogiera un remedio del primer nivel que fuera imposible o desproporcionado para el vendedor y entonces el segundo remediara la falta de conformidad acudiendo al otro remedio del mismo nivel. Por tanto, para entrar dentro del supuesto de hecho de la primera parte del artículo 13.4.a) DCCB, debería haber un acuerdo previo entre las partes para remediar la falta de conformidad y entonces un incumplimiento por parte del vendedor consistente en la no realización de la reparación o la sustitución del bien, según el caso y las circunstancias concurrentes.

En caso contrario, si el consumidor comunicara la falta de conformidad al vendedor y este no respondiera se estaría más bien ante el supuesto contemplado en el artículo 13.4.d) DCCB y si ante la comunicación del consumidor el vendedor respondiera negando la viabilidad de los dos remedios del primer nivel alegando su imposibilidad y desproporcionalidad, se estaría más bien ante el supuesto contemplado en el artículo 13.4.a) *in fine* DCCB.

En consecuencia, el primer supuesto del artículo 13.4.a) DCCB requiere un auténtico incumplimiento del vendedor de llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad a través del remedio acordado con el consumidor.

En segundo lugar, el artículo 13.4.a) DCCB contempla el supuesto de que el vendedor no haya cumplido correctamente su obligación de reparación o sustitución del bien defectuoso, puesto que el artículo 13.4.a) DCCB se remite a lo dispuesto en el artículo 14.2 y 3 DCCB. Por tanto, la propia DCCB prevé la sanción ante el incumplimiento de la obligación del vendedor de no retirar los bienes sustituidos no conformes a sus expensas, de no instalar los bienes de sustitución o los reparados, o en caso contrario, que no asuma los costes de la retirada de los bienes no conformes. En tales casos, el consumidor podría reclamar una rebaja del precio, es decir, podría reclamar el descuento de los gastos que haya tenido que sufragar del precio de la compraventa ante el incumplimiento de la obligación del vendedor de retirar los bienes no conformes e instalación de los de sustitución o reparados. Asimismo, el consumidor también podría reclamar la resolución del

contrato cuando tal incumplimiento de la obligación del vendedor implique la asunción de unos costes desproporcionados, por ejemplo, cuando la retirada de los bienes y posterior instalación de los reparados o de sustitución supusiera unos costes muy elevados superiores al valor de mercado del bien. Por tanto, si estos costes son superiores al precio de la compraventa el consumidor podría reclamar la resolución del contrato.

En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 13.4.a) DCCB, el consumidor podrá reclamar la reducción del precio o la resolución del contrato si el vendedor, con base en el artículo 13.3 DCCB, se hubiera opuesto a la reparación o la sustitución del bien si estos remedios del primer nivel fueran imposibles o supusieran unos costes desproporcionados. Se trata de un supuesto que permite al consumidor acogerse a los remedios del segundo nivel y que no estaba previsto en el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE.

#### *2.2.4. La subsistencia de la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad*

La DCCB no ha acabado con el debate sobre los intentos que debe soportar el consumidor para subsanar la falta de conformidad. El artículo 13.4.b) DCCB dice claramente que el consumidor podrá acogerse a los remedios del segundo nivel si subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad. No obstante, el considerando núm. 52 DCCB dice que deben valorarse objetivamente todas las circunstancias concurrentes, pero introduce un elemento subjetivo que depende exclusivamente del consumidor que debe tenerse muy presente para valorar si está obligado a soportar nuevos intentos para subsanar la conformidad: su confianza en el vendedor. Por tanto, según el considerando núm. 52 DCCB, la apreciación de una falta de conformidad en un bien caro o complejo podría justificar que el consumidor permitiera al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad, mientras que con los bienes de escaso valor ulteriores intentos de reparación podrían causar mayores inconvenientes al consumidor. Sin embargo, aunque objetivamente sea razonable permitir al vendedor subsanar la falta de conformidad, la confianza del consumidor en el vendedor constituye un elemento que puede ser determinante para que aquel se pueda acoger a los remedios del segundo nivel, lo que habrá de determinarse caso por caso teniendo en cuenta todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad. En estos casos, se añade un elemento subjetivo para conseguir la efectiva protección del consumidor ante la apreciación de una nueva falta de conformidad.

A mayor abundamiento, la opción de acudir a los remedios del segundo nivel podría estar más justificada si la falta de conformidad es la misma



que había señalado el consumidor y el vendedor hubiera fallado en la reparación<sup>42</sup>, o aunque no fuera el mismo defecto, estuviera estrechamente conectado. Por otro lado, el ejercicio de un remedio del segundo nivel podría ser más gravoso e injusto para el vendedor si la nueva falta de conformidad no presentara ninguna relación con la anterior y, por tanto, el consumidor no tendría por qué desconfiar objetivamente de la capacidad del vendedor de subsanar el defecto. El tenor literal del considerando núm. 52 DCCB parece apuntar a esta solución cuando dice que el mismo problema se presenta dos veces. Asimismo, en los casos de que no se trate del mismo problema, el tenor literal del considerando núm. 52 DCCB permite apreciar que se tiene que tratar de un problema grave o que impida hacer un uso normal del bien, lo que permite intuir que la pérdida de confianza en el vendedor debe valorarse de forma restrictiva.

No obstante, no puede obviarse que es el vendedor quien ha incumplido su obligación de entregar un bien conforme al consumidor, lo que en estos casos dicho incumplimiento se vería agravado si el vendedor falla en su intento de subsanar la falta de conformidad, independientemente que se trate del mismo problema, un defecto conexo o de otro distinto e independiente. Además, la posibilidad de que el consumidor acuda a los remedios del segundo nivel en caso de que el vendedor falle en el intento de poner en conformidad los bienes ahora tiene un respaldo legal que no tenía en la Directiva 1999/44/CE, lo que también puede interpretarse como un refuerzo de la posición del consumidor en detrimento del vendedor, que habrá incumplido en más de una ocasión su obligación de entregar un bien conforme con el contrato<sup>43</sup>.

#### *2.2.5. El ejercicio de los remedios del segundo nivel de forma inmediata*

De acuerdo con el considerando núm. 52 DCCB, debe permitirse que, en función de las circunstancias, el consumidor pueda reclamar al vendedor la reducción del precio o la resolución del contrato de forma inmediata y ello solo será procedente cuando la falta de conformidad revista especial gravedad. Sin embargo, ni el considerando núm. 52 DCCB ni el artículo 13.4.c) DCCB proporcionan más elementos para valorar cuando procede el ejercicio de los remedios del segundo nivel inmediatamente aunque, claro está, que deberá tratarse de una falta de conformidad que revista cierta gravedad y que frustre por completo los intereses del consumidor, lo que implicaría que los remedios del primer nivel no fueran idóneos para subsanar la falta de conformidad<sup>44</sup>.

Podría tratarse, por ejemplo, de un coche de segunda mano en cuyo anuncio se disponía que había recorrido 40.000 kilómetros. Sin embargo,

podría ser el caso de que el vendedor hubiera actuado con dolo, tratando de atraer la atención de los consumidores fijando un kilometraje más bajo, cuando en realidad el coche había recorrido 80.000 kilómetros. En este caso, ante la falta de conformidad del bien, obvio es que el consumidor no podría pedir ni la reparación ni la sustitución del bien, por lo que podría reclamar directamente la reducción del precio o la resolución del contrato<sup>45</sup>.

*2.2.6. La imposibilidad de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor*

El último supuesto contemplado en la DCCB que permite al consumidor acogerse a los remedios del segundo nivel es que el vendedor haya manifestado, o así se desprenda de las circunstancias, que no llevará a cabo la subsanación de la falta de conformidad dentro del plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes al consumidor. De acuerdo con el considerando núm. 55 DCCB, por plazo razonable debe entenderse el plazo mínimo necesario para realizar la reparación o la sustitución del bien y ello tendrá que valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, teniendo en cuenta la naturaleza y la complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para subsanarla. Además, ya hemos visto que el considerando núm. 55 DCCB faculta a los Estados miembro para interpretar el concepto de «plazo razonable» y establecer plazos fijos que normalmente podrían considerarse razonables.

En aras de mejorar la seguridad jurídica sería muy recomendable que los Estados miembro hicieran uso de esta prerrogativa, pues si se fijara un plazo razonable para realizar cualquier reparación según el tipo de bienes podría establecerse objetivamente cuándo el vendedor está legitimado para el ejercicio de los remedios del segundo nivel, habida cuenta de que si el vendedor manifiesta que no podrá llevar a cabo la reparación o la sustitución del bien dentro del plazo determinado el consumidor podría acogerse a los remedios del segundo nivel<sup>46</sup>.

*2.2.7. La imposibilidad de resolver el contrato si la falta de conformidad es una minucia*

La DCCB finalmente no ha seguido lo dispuesto en el artículo 13 de la Propuesta de Directiva que permitía que el consumidor pudiera resolver el contrato aunque la falta de conformidad fuera una minucia. El artículo 13.5

DCCB se inspira claramente en el artículo 114.2 CESL y en el artículo 49 CISG, que prevén que el comprador no puede resolver el contrato si la falta de conformidad es insignificante<sup>47</sup>. Según el considerando núm. 53 DCCB, ello obedece a la necesidad de preservar el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes<sup>48</sup>. Por tanto, la falta de conformidad deberá ser suficientemente grave o esencial para que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato, toda vez que si la falta de conformidad fuera de escasa entidad y no pudiera subsanarse con la reparación o la sustitución del bien, en tales casos procedería la reducción del precio<sup>49</sup>.

Asimismo, el artículo 13.5 DCCB dispone que la carga de la prueba de que la falta de conformidad es una minucia corresponde al vendedor, algo que no preveía la Directiva 1999/44/CE. Es decir, cuando el consumidor haya puesto los bienes a disposición del vendedor porque previamente hubiera apreciado una falta de conformidad y hubiera informado al respecto al vendedor, este deberá comprobar si existe o no dicha falta de conformidad y también deberá comprobar la entidad de la misma. Por tanto, si la carga de la prueba corresponde al vendedor, se condiciona la facultad del consumidor de acogerse a los remedios del segundo nivel si ambas partes no coinciden sobre la entidad de la falta de conformidad, toda vez que los vendedores puede que tiendan, si ello obedece a sus intereses, a intentar la reparación o la sustitución del bien defectuoso.

### 2.3. LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO PENDIENTE

El artículo 13.6 DCCB previene la posibilidad de que el consumidor suspenda «*el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe*» hasta que el vendedor cumpla con las obligaciones que le impone la DCCB, es decir, poner los bienes en conformidad. Se trata de un remedio que es aplicable en las obligaciones sinalagmáticas, como lo son las que dimanar del contrato de compraventa y, por tanto, constituye una genuina aplicación de la excepción de incumplimiento contractual *exceptio non rite adimpleti contractus* en el ámbito del Derecho de consumo. Asimismo, el hecho de que el artículo 13.6 DCCB legitime la suspensión de pago de parte del precio al consumidor es porque ha existido un posible cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega de un bien conforme a cargo del vendedor. Es decir, el deudor ha cumplido su obligación porque ha entregado el bien al consumidor, aunque el cumplimiento de la obligación sea defectuoso. En consecuencia, se trata de la *exceptio non rite adimpleti contractus* y no de la *exceptio non adimpleti contractus*, que procede cuando el deudor no ha cumplido su obligación.

No obstante, lo que más sorprende del tenor literal del artículo 13.6 DCCB es que el consumidor que ha apreciado la falta de conformidad

tiene derecho «a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe», lo que da a entender que el remedio solo se aplica al pago del precio pendiente cuando ambas partes han acordado el pago a plazos o, aun no habiendo acordado el pago del precio a plazos, el consumidor no haya pagado todo el precio. El artículo 4 de la Propuesta de Directiva de diciembre de 2015 establecía lo siguiente: «El consumidor tendrá derecho a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad con el contrato». Por su parte, el artículo 13.6 DCCB añade «o de parte del importe», lo que podría interpretarse como un gesto ante las críticas de la doctrina<sup>50</sup> para aplicar la excepción de incumplimiento contractual no solo en los casos de pago a plazos del precio, sino también en los casos de pago parcial del mismo.

Sin embargo, lo que sí que se ha mantenido respecto de la propuesta de Directiva de diciembre de 2015 es que la suspensión de la obligación de pago del consumidor solo puede ser parcial ante el acreedor que ha cumplido defectuosamente su prestación, pues el artículo 13.6 DCCB no admite en ningún caso que la suspensión de la obligación de pago comprenda la totalidad del precio. La razón por la cual el artículo 13.6 DCCB solo se refiere a cualquier parte del precio pendiente podría encontrarse en el hecho de que, aunque la DCCB no disponga cuándo el consumidor debe pagar el precio, en la mayoría de ocasiones el consumidor pagará por anticipado antes de que le sea entregado el bien y generalmente pagará la totalidad del precio, a no ser que se hubiera previsto el pago fraccionado. Por este motivo quizá el artículo 13.6 DCCB no contemple la suspensión de la obligación de pagar la totalidad del precio<sup>51</sup>. Además, otra razón por la cual la DCCB excluye la posibilidad de suspender la totalidad del pago del precio puede encontrarse en la voluntad del legislador de proteger el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes. Es decir, si se permitiese al consumidor suspender el pago de la totalidad del precio quizá sería una solución demasiado lesiva para los intereses del vendedor, pues no hay que olvidar que el vendedor deberá comprobar posteriormente si existe la falta de conformidad después de recuperar el bien a sus expensas (arts. 14.1.a) y 14.2 DCCB).

Teniendo en cuenta el carácter de armonización máxima de la DCCB, no parece posible que los Estados miembro extiendan el alcance de la suspensión de la obligación a la totalidad del precio, por más que el considerando núm. 18 DCCB y el propio artículo 13.6 DCCB habiliten a los Estados miembro para regular las condiciones y las modalidades del ejercicio de esta facultad. La previsión a favor de los Estados miembro se refiere al ejercicio judicial o extrajudicial de la excepción de incumplimiento contractual, dado que el artículo 13.6 DCCB es claro cuando establece que la excepción solo procede en los casos de cualquier parte del precio pendiente o parte del importe.

Por tanto, parece que la facultad de suspensión de pago del precio pendiente o de cualquier parte del importe tiene sentido en aquellos casos en que el consumidor haya anticipado una parte del precio antes de la entrega del bien o que se haya pactado el pago del precio a plazos. En estos casos, de apreciarse una falta de conformidad el consumidor podrá suspender su obligación de pago hasta que los bienes sean puestos en conformidad.

El artículo 13.6 DCCB no dice nada sobre la entidad de la falta de conformidad que puede dar lugar a la suspensión de la obligación de pago de parte del precio. La única referencia que hace la DCCB a la entidad de la falta de conformidad es en el artículo 13.5 DCCB cuando dice que una falta de conformidad que sea leve no permite que el consumidor resuelva el contrato. Por tanto, cabe preguntarse si una falta de conformidad que no sea grave legitima la suspensión de la obligación de pago de parte del precio. Además, hay que tener en cuenta la habilitación expresa del artículo 13.6 DCCB, en el sentido de que la entidad de la falta de conformidad que legitime la suspensión de pago del precio podría dejarse a las manos de los Estados miembro, quienes pueden regular las condiciones y modalidades de esta facultad del consumidor.

Por un lado, podría hacerse una interpretación beneficiosa para el consumidor y entender que, a falta de alguna limitación expresa prevista en la misma DCCB para la suspensión de la obligación de parte del precio, el consumidor podría suspender su obligación hasta que los bienes sean puestos en conformidad, independientemente de la entidad de la falta de conformidad. En este caso, se estaría ante la opción que parece que ofrece el tenor literal de la DCCB, cuyo art 13.6 DCCB no limita en ningún sentido la facultad del consumidor de suspender el pago de parte del precio hasta que los bienes sean puestos en conformidad. Por otro lado, los Estados miembro podrían condicionar la suspensión de pago de parte del precio a que la falta de conformidad sea de cierta entidad y, de esta forma, evitar que el ejercicio de esta facultad se realice en contra de las exigencias de la buena fe. Esta es la opción que ha defendido mayoritariamente la doctrina<sup>52</sup>.

#### 2.4. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 13.7 DCCB dispone lo siguiente: «*Los Estados miembro podrán decidir si, y en qué medida, una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras*». Se trata de un precepto que carece de un antecedente directo en la Directiva 1999/44/CE. Asimismo, el artículo 13.7 DCCB no concreta nada más acerca de la contribución del consumidor a la falta de conformidad y, consiguientemente,

la afectación a su derecho a exigir medidas correctoras de acuerdo con el sistema de remedios de la DCCB.

La DCCB parte de la responsabilidad objetiva del vendedor por cualquier falta de conformidad del bien que se manifieste dentro de los dos primeros años a partir de la entrega del mismo. Es decir, el régimen de responsabilidad objetiva del vendedor que instaura la DCCB exime al consumidor de tener que demostrar que la falta de conformidad es imputable al vendedor por su culpa o negligencia. Se trata, entonces de un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, habida cuenta de la producción en masa de bienes y servicios.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el considerando núm. 45 DCCB y del artículo 7.2 DCCB, la índole o naturaleza de la falta de conformidad es un elemento que podría servir de defensa al vendedor para enervar su responsabilidad por la falta de conformidad cuando esta hubiera sido causada por culpa exclusiva del consumidor o, en virtud del artículo 13.7 DCCB, para limitar el sistema de remedios en caso una eventual contribución del consumidor a la falta de conformidad. Si no se previeran causas de exclusión o de reducción de la responsabilidad del vendedor en un sistema de responsabilidad objetiva como es la falta de conformidad de los bienes, se incentivarían conductas de los consumidores preocupadas por la durabilidad de los bienes, en contra de otro de los objetivos que persigue la DCCB (considerando núm. 32 DCCB). De este modo, en un sistema de responsabilidad absoluta del vendedor sin que se pudiese valorar la conducta del consumidor este carecería de incentivos para ser precavido, pues sabría que el vendedor tendría que responder por todas las faltas de conformidad. Por tanto, desaparecería el cuidado exigible en el uso del producto por parte del consumidor<sup>53</sup>.

#### *2.4.1. La contribución del consumidor como un supuesto de incumplimiento de la carga de mitigar la falta de conformidad o como un supuesto de no agravación de la misma*

La contribución del consumidor a la falta de conformidad podría producirse en un momento posterior a su aparición o constatación. Es decir, una vez apreciada la falta de conformidad dentro del plazo legal del artículo 10 DCCB, esta podría agravarse si el consumidor no adopta las medidas que estén a su alcance para reducir sus consecuencias negativas y, por tanto, a los efectos del artículo 13.7 DCCB una conducta reprochable del consumidor que no actúa con la diligencia debida podría conducir al resultado de limitar su derecho a exigir medidas correctoras. En estos supuestos, la contribución del consumidor a la falta de conformidad se produce *ex post*,

una vez apreciada la falta de conformidad, como un supuesto de su carga de mitigar o de no agravarla<sup>54</sup>.

Interpretando el artículo 13.7 DCCB como una manifestación de la carga del consumidor de mitigar o de no agravar la falta de conformidad se reforzaría el sentido de lo prevenido en el considerando núm. 46 DCCB y en el artículo 12 DCCB. El legislador europeo faculta a los Estados miembro para que impongan al consumidor el deber de informar sobre la falta de conformidad dentro de un plazo de dos meses desde su detección. Por tanto, como sanción al consumidor ante el incumplimiento de su deber de información de la falta de conformidad, este podría ver reducido su derecho a exigir medidas correctoras si la falta de conformidad se ha agravado por su inactividad y, de esta forma, contribuyendo a la falta de conformidad.

La doctrina ha definido la carga del perjudicado de mitigar o de no agravar el daño como el deber que tiene la parte que sufre el incumplimiento de adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance para reducir las pérdidas, puesto que no podrá ser indemnizado por aquellos daños que hubiera podido mitigar<sup>55</sup>. Asimismo, esta carga no solo comprende la adopción de las medidas que estén al alcance del perjudicado para mitigar las pérdidas o el daño, sino que también comprende la adopción de las medidas necesarias para evitar que el daño o las pérdidas se produzcan<sup>56</sup>. Dichas medidas pueden ser de muy diverso tipo habida cuenta de la amplia casuística de los daños, pero tienen que ser razonables teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, no estando el obligado a adoptar medidas extraordinarias. Por tanto, deberá adoptarse el canon de diligencia media, lo que el artículo 1104 del Código civil llama diligencia de un buen padre de familia<sup>57</sup>.

Aunque la doctrina<sup>58</sup> haya afirmado que no es posible fijar un momento temporal a partir del cual las medidas mitigadoras deben ser adoptadas, habida cuenta de la amplia variedad de casos posibles, en el supuesto del artículo 13.7 DCCB la indeterminación se ve reducida y cabría afirmar que el consumidor deberá adoptar las medidas mitigadoras a partir del momento que aprecie o se manifieste la falta de conformidad, so pena de ver limitado su derecho a exigir medidas correctoras. Es decir, con la apreciación de la falta de conformidad nace la carga del consumidor de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para mitigar la entidad o gravedad de la falta de conformidad.

Respecto al plazo durante el cual el consumidor debe mantener las medidas correctoras existe una mayor incertidumbre, pues la DCCB tampoco determina el plazo dentro del cual el vendedor tiene que llevar a cabo los remedios. Tan solo el considerando núm. 55 DCCB dice que la reparación o la sustitución del bien no conforme debe llevarse a cabo dentro del plazo de tiempo objetivamente más breve posible, teniendo en cuenta todas las

circunstancias concurrentes, especialmente la naturaleza y la complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Por tanto, no puede fijarse de antemano el tiempo que el consumidor puede estar obligado a mantener las medidas mitigadoras porque la DCCB tampoco concreta el tiempo razonable y necesarios para llevar a cabo los remedios. Pero puede mantenerse que siempre que el vendedor actúe y lleve a cabo los remedios dentro del plazo razonable sin demoras injustificadas el consumidor debería mantenerlas si no quiere ver limitado su derecho a exigir medidas correctoras (art. 13.7 DCCB).

En el supuesto de que el perjudicado no adopte las medidas necesarias para mitigar o evitar el daño el acreedor del derecho a exigir medidas correctoras, es decir, el mismo consumidor perjudicado, tendría que ver reducido su derecho.

Al lado de la carga de mitigar o de no agravar el daño, la doctrina ha diferenciado el supuesto de la agravación del daño o *further damage*, que comprende aquellos supuestos en los cuales el daño es agravado por el propio perjudicado, no como consecuencia de una falta de adopción de las medidas necesarias y razonables para mitigar el daño, sino como consecuencia de una conducta activa que repercute en su agravación<sup>59</sup>. El incumplimiento de la carga de mitigación o reducción del daño del perjudicado sanciona su conducta pasiva ante la detección de la falta de conformidad o la producción del daño porque aquel no adopta las medidas necesarias y razonables para mitigarlo o reducirlo, mientras que el supuesto de la agravación del daño o *further damage* tiene por objeto una conducta activa del perjudicado que agrava la falta de conformidad.

El incumplimiento de la carga de no agravar la falta de conformidad conlleva las mismas consecuencias que la carga de mitigar o evitar la falta de conformidad, es decir, limitar el derecho del consumidor de exigir medidas correctoras. Sin embargo, considero que a los efectos del artículo 1107 del Código civil, el consumidor sería considerado un deudor de buena fe<sup>60</sup> cuando la falta de conformidad se agrava si el consumidor no logra mitigarla o evitarla adoptando las medidas mitigadoras que sean necesarias y razonables<sup>61</sup>. Es decir, una vez apreciada la falta de conformidad esta se habrá agravado por culpa o negligencia del perjudicado, habida cuenta de que las medidas mitigadoras no habrán alcanzado el fin deseado. En caso contrario, cuando la falta de conformidad se agrava porque incumple su deber de informar al vendedor, en estos supuestos el consumidor debería ser considerado como un deudor de mala fe a los efectos del artículo 1107 del Código civil, toda vez que en cierto modo el consumidor perjudicado habrá actuado con dolo haciendo un uso abusivo del bien.



El propósito de este artículo impide hacer un examen del artículo 13.7 DCCB en relación con el artículo 1.107 del Código civil, pero si se interpreta el artículo 13.7 DCCB a la luz del artículo 1.107 del Código civil, la doctrina<sup>62</sup> ha equiparado el deudor de mala fe del artículo 1.107 del Código civil con el acreedor que agrava el daño, lo que en el supuesto que nos ocupa debería interpretarse como la limitación del derecho de exigir medidas correctoras del acreedor/consumidor contra el vendedor cuando aquel contribuye a la falta de conformidad a tenor del artículo 13.7 DCCB.

#### 2.4.2. *Los remedios al alcance del consumidor cuando haya contribuido a la falta de conformidad*

En el supuesto que la falta de conformidad fuera debida, en parte, a causa de la contribución del consumidor, la primera posibilidad que cabría plantearse es limitar el sistema de remedios del artículo 13 DCCB, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.7 DCCB.

Respecto de los remedios del primer nivel, estos son a reparación y la sustitución del bien defectuoso, ante la transposición de la DCCB los Estados miembro podrían alterar las condiciones de ejercicio de los remedios teniendo en consideración la contribución del consumidor en la falta de conformidad (art. 13.7 DCCB). En estos supuestos, sería contrario al justo equilibrio de las prestaciones de las partes, especialmente para el vendedor, tener que sufragar todo el coste de la reparación o la sustitución del bien afectado por la falta de conformidad habida cuenta que la falta de conformidad se ha producido en parte por la contribución del consumidor. Semejante conclusión se desprende a del párrafo núm. 62 STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 cuando dice que la instalación del bien no se hubiera llevado a cabo «conforme a su naturaleza y finalidad»<sup>63</sup>. Por tanto, podría exigirse que el consumidor tuviera que sufragar una parte de los costes asociados a los remedios. Sin embargo, *prima facie* semejante previsión podría oponerse al principio de armonización máxima del artículo 4 DCCB. Pero lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que el consumidor tenga que sufragar ciertos costes asociados a los remedios, especialmente en aquellos casos en que el único remedio idóneo para subsanar la falta de conformidad sea antieconómico para el vendedor<sup>64</sup>.

En consecuencia, teniendo en cuenta la habilitación expresa del artículo 13.7 DCCB a favor de los Estados miembro para decidir cómo afecta la contribución del consumidor a la falta de conformidad a su derecho de exigir medidas correctoras, en estos casos los Estados miembro podrían exigir al consumidor que se hiciera cargo de una parte proporcional de los

costes de los remedios del primer nivel (gastos de envío, mano de obra...), teniendo en cuenta su contribución a la falta de conformidad.

Asimismo, también cabría plantearse la posibilidad de que la limitación del derecho del consumidor de exigir medidas correctoras afectase otros requisitos del artículo 14 DCCB, particularmente el deber del vendedor de llevar a cabo los remedios dentro del plazo objetivamente más breve posible [art. 14.1.b) DCCB] o sin inconvenientes significativos para el consumidor [art. 14.1.c) DCCB]. Teniendo en cuenta que el consumidor habrá contribuido a la falta de conformidad, una posible sanción al incumplimiento de la carga de mitigar, evitar o no agravar el daño sería que aquel tuviera que pechar con la falta de conformidad, concediendo un mayor plazo de tiempo al vendedor para poner el bien en conformidad.

Al margen de poder hacer más gravosos los remedios del consumidor que ha contribuido a la falta de conformidad, es importante observar que el artículo 82 CISG parece limitar los remedios del primer nivel y establece que el comprador perderá el derecho a exigir la sustitución de las mercancías cuando le sea imposible restituir las recibidas en un estado sustancialmente idéntico a aquel que las hubiera recibido. Por tanto, una opción que podrían adoptar los Estados miembro al amparo del artículo 13.7 DCCB es limitar los remedios del primer nivel, pudiendo el consumidor solamente exigir la reparación con una eventual, redistribución de los costes que acarrea este remedio.

Respecto de los remedios del segundo nivel, cuando la reducción del precio fuera el remedio idóneo a la vista de las circunstancias concurrentes, los Estados miembro podrían tener en consideración el grado de contribución del consumidor a la falta de conformidad como un parámetro más para determinar la rebaja del precio. Es decir, si el artículo 15 DCCB establece que la reducción del precio será proporcional a la diferencia de precio existente el valor real del bien y el que tendría si fuera conforme al contrato, la contribución del consumidor a la conformidad tendría que ser un elemento a tener en consideración para mitigar o reducir la reducción del precio en beneficio del vendedor. En caso contrario, si la reducción del precio solo tuviese en consideración la diferencia entre el valor real y el teórico del bien afectado por la falta de conformidad y el consumidor hubiera contribuido a la aparición de la misma, se estaría ante una solución injusta para el vendedor. Por tanto, el valor real del bien, que será inferior al teórico por el efecto de la falta de conformidad, deberá contraponerse con la contribución del consumidor para determinar la reducción del precio, de forma similar a la moderación de la responsabilidad del vendedor por culpa concurrente de la víctima en los daños causados por productos defectuosos.<sup>65</sup>

Ante la contribución del consumidor a la falta de conformidad un remedio que podría no estar al alcance del consumidor es la resolución

contractual. Se trata de una opción que el artículo 82 CISG contempla expresamente dado que el incumplimiento o falta de conformidad es imputable en parte al consumidor. Por tanto, habiendo contribuido este a la falta de conformidad, podría verse afectado su derecho a exigir este remedio a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 82 CISG.<sup>66</sup>

El hecho que la jurisprudencia haya interpretado el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código civil como un incumplimiento sea imputable de forma indubitada al demandado, restringe el ámbito de aplicación de aquel precepto y limita con creces las posibilidades de que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato cuando él mismo haya contribuido *ex post* a la falta de conformidad.<sup>67</sup>

## 2.5. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

La reducción del precio constituye el primero de los remedios del segundo nivel que las partes del contrato de compraventa tienen a su alcance cuando se cumpla alguno de los presupuestos del artículo 13.4 DCCB. Por tanto, previamente a la reducción del precio las partes deberán haber intentado la reparación o la sustitución del bien no conforme.

La acción estimatoria<sup>68</sup> es una acción que el artículo 1486 del Código civil pone al alcance del comprador cuyo ejercicio le permite demandar una rebaja del precio que, según los artículos 1486 del Código civil y 15 DCCB, debe ser proporcional. Por tanto, lo que se pretende a través del remedio de la reducción del precio es el reajuste en el sistema de equivalencia sinagmático de las prestaciones contractuales y, a diferencia de la resolución del contrato, la reducción del precio favorece la conservación del contrato, puesto que aquella conlleva el desistimiento contractual y, en consecuencia, la devolución de las prestaciones contractuales, es decir, la cosa entregada y el precio.

El artículo 15 DCCB establece la proporción en la que debe realizarse la reducción del precio de la compraventa: «*La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes*». El artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE no establecía cómo debía operar la reducción del precio, aunque el artículo 15 DCCB dispone lo que la doctrina<sup>69</sup> ya venía afirmando en relación con el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE: La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes.

Dos son, entonces, los parámetros o elementos que tiene en cuenta el artículo 15 DCCB para realizar la reducción del precio: a) el valor de los

bienes recibidos, entendemos que una vez detectada o apreciada la falta de conformidad y; b) el valor que tendrían los bienes como si fueran conformes<sup>70</sup>. Por tanto, El precio reducido (PRE) es igual al valor del bien no conforme multiplicado (\*) por el precio de compra (PE), dividido por el valor objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega (VOE). Es decir, el precio reducido (PRE) es igual a  $(VNC * PE) / VOE$ <sup>71</sup>.

El modelo de cálculo de la reducción del precio del artículo 15 DCCB, que sigue el modelo del artículo 50 CISG, incorpora diferentes elementos y uno de ellos es el valor de mercado o objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega. Sin embargo, el valor de mercado del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega es un valor que es extraño a las partes, habida cuenta de que no coincide con el precio pagado ni con el valor del bien no conforme. Por ello, un sector doctrinal defiende huir de dicho modelo para el cálculo de la reducción del precio porque el valor de mercado del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega pueda fluctuar y, por tanto, no se ajusta al principio de equilibrio de las prestaciones de las partes contratantes<sup>72</sup>.

Por este motivo, el mismo autor defiende la adopción del «modelo proporcional puro», que toma como elementos de referencia el precio de compra y la disminución proporcional que el defecto produce sobre el bien, lo que significa que la disminución proporcional debe relacionarse con no con el valor económico del bien, sino con sus funciones. Es decir, si la falta de conformidad comporta que el bien deje de realizar el 25% de sus funcionalidades, la rebaja del precio que se tendrá que practicar sobre el valor de compra será del 25%. Por ello, será necesario contar con un peritaje que en lugar de valor económicamente el bien no conforme el objeto de la pericia tendría que versar sobre la disminución proporcional que el defecto provoca sobre la eficacia del bien<sup>73</sup>. Se trata de un modelo de cálculo de la reducción del precio que prescinde de la previa cuantificación del valor del bien no conforme como el valor objetivo del bien, independientemente que se tome como referencia el valor objetivo del bien en el momento de la celebración del contrato o en el momento de la entrega.

Por último, el artículo 15 DCCB no contempla una regla similar a la del artículo 120.2 CESL, en el sentido de que el consumidor que hubiera pagado una cantidad superior al precio reducido, debería poder reclamar la cantidad pagada de más debiendo reclamarla al vendedor. Sin embargo, en ausencia de una previsión expresa al respecto, no debería discutirse la posibilidad del consumidor de recuperar el exceso pagado a causa de la reducción del precio. En caso contrario, podría tratarse de un supuesto de enriquecimiento sin causa<sup>74</sup>.

## 2.6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

### 2.6.1. *Presupuestos y modo de ejercicio*

La resolución del contrato constituye el último remedio puesto a disposición del consumidor para subsanar la falta de conformidad. El hecho de que constituya el último remedio puede que constituya el último remedio puesto a disposición de las partes porque implica el desistimiento del contrato y, consiguientemente, la devolución de las prestaciones, debería conducir a pensar que la resolución contractual solo debería proceder ante incumplimientos cualificados o sustanciales. Sin embargo, siguiendo lo prevenido en el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE<sup>75</sup>, el único obstáculo para instar la resolución de la compraventa es que el defecto o la falta de conformidad sea leve (art. 13.5 DCCB<sup>76</sup>). Por tanto, el artículo 13.5 DCCB y el actual artículo 121 TRLGDCU<sup>77</sup> no exigen que el incumplimiento sea esencial, sustancial o grave, como sí que exigen los artículos 25 CISG<sup>78</sup> o el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En consecuencia, el hecho que el artículo 13.5 DCCB hable de un incumplimiento que no sea leve conduce a plantear el debate sobre si la legislación de protección de los consumidores aumenta el nivel de protección de los consumidores, no exigiéndose que el incumplimiento sea grave y esencial, característica que debe revestir el incumplimiento en la contratación entre empresarios o entre particulares.

Por un lado, existe un sector doctrinal<sup>79</sup> que considera que no es la misma entidad la del incumplimiento de la entonces vigente Directiva 1999/44/CE, es decir, el incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores que la entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación entre particulares o comerciantes.

Por otro lado, otro sector doctrinal<sup>80</sup> entiende que es exigible la misma entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores, observándose que sea esencial o sustancial, habida cuenta que la Directiva 1999/44/CE se inspiró en la CISG.

Los documentos preparatorios de la Directiva 1999/44/CE tampoco aclaran la entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores. En el Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa de 15 de noviembre de 1993<sup>81</sup> se dice que para salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, en caso de un defecto de escasa entidad el vendedor podría imponer la reducción del precio en lugar de la resolución del contrato, salvo que el consumidor justificara que para él el defecto es esencial. En el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantías de los bienes de consumo

de 27 de noviembre de 1996<sup>82</sup> también es perceptible la preocupación del legislador europeo de tratar de salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, reconociendo el derecho del consumidor de optar entre diferentes remedios para subsanar la falta de conformidad, siempre y cuando el remedio escogido sea aceptable desde la perspectiva del vendedor, lo que implicaría limitar el derecho del consumidor de exigir medidas correctoras y, en particular, la resolución del contrato cuando se esté en presencia de defectos de escasa importancia.

Vemos, pues, que la DCCB sigue la misma dirección que la Directiva 1999/44/CE y no exige que el incumplimiento sea esencial para que el consumidor pueda acogerse al remedio resolutorio, sino que bastará que el incumplimiento no sea de escasa entidad.

Para comprender las diferencias en cuanto a la entidad de los incumplimientos resolutorios, puede analizarse el tratamiento de la resolución contractual en los principios del Derecho contractual europeo, cuyo artículo 9:301 (1) PECL faculta a la parte perjudicada para resolver el contrato si el incumplimiento contractual es esencial, siendo el artículo 8:103 PECL<sup>83</sup> el que preceptúa cuando el incumplimiento puede entenderse esencial.

En primer lugar, a tenor del artículo 8:103 (a) PECL, el incumplimiento es esencial cuando afecta al acuerdo adoptado por las partes de que es esencial la estricta observancia del contrato y, por tanto, una desviación respecto de la prevenido en el contrato otorga a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato<sup>84</sup>.

En segundo lugar, el artículo 8:103 (b) PECL contempla el supuesto que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada del beneficio que perseguía con la celebración del contrato. Por tanto, el artículo 8:103 (b) PECL atañe a las consecuencias que produce sobre la parte perjudicada el incumplimiento resolutorio, impidiendo que esta pueda satisfacer su interés contractual o que pierda todo interés en la celebración del contrato. No obstante, el propio artículo 8:103 (b) PECL excluye el caso de que el sujeto incumplidor no hubiera podido prever las consecuencias lesivas del incumplimiento del contrato, lo que deberá valorarse según un test de razonabilidad, es decir, examinando si otro sujeto situado en el lugar del incumplidor empleando una diligencia media hubiera podido prever las consecuencias del incumplimiento del contrato<sup>85</sup>.

Por último, el artículo 8:103 (c) PECL contempla el supuesto del incumplimiento intencional y, a resultas de ello, la parte perjudicada no puede seguir confiando en el cumplimiento del contrato<sup>86</sup>.

De todo lo expuesto hasta aquí puede decirse que cuando el consumidor es privado del uso normal del bien objeto de la compraventa, bien porque el vendedor lo ha entregado no estando conforme con el contrato, o bien cualquier otro incumplimiento del vendedor que frustre el interés

del consumidor, podría legitimar al consumidor para exigir la resolución de la compraventa, de conformidad con los artículos 13.4 y 16 DCCB<sup>87</sup>. No obstante, hay que partir de la base que la DCCB sigue protegiendo el mantenimiento del vínculo contractual y el interés del vendedor de subsanar la falta de conformidad (*right to cure*). Solo en el supuesto de que la falta de conformidad no pudiera ser subsanada de acuerdo con los artículos 13.4 a) y d) DCCB, o cuando esta fuera de tal entidad que legitime directamente la resolución contractual [art. 13.4 c) DCCB] o cuando persiste<sup>88</sup> la falta de conformidad pese al intento del vendedor se subsanarla (art. 13.4 b) DCCB procederá la resolución del contrato, siempre que la falta de conformidad no sea leve, en cuyo caso no será posible la resolución (art. 13.5 DCCB).

Por tanto, ¿debe frustrarse completamente el interés del consumidor en el contrato para que este pueda exigir la resolución del contrato o bastará cualquier incumplimiento que no sea leve? A falta de cualquier indicación en la misma DCCB (considerando núm. 53 DCCB), podría defenderse que cualquier incumplimiento que sea relevante y, por tanto, que frustre el interés del consumidor en el contrato podría dar lugar a la resolución del contrato. Ello deberá valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, por ejemplo si el consumidor había indicado el uso que tenía que proporcionarle el bien<sup>89</sup> o si había indicado la necesidad de entregar el bien, repararlo o remplazarlo dentro del plazo razonable sin más demoras. En consecuencia, un incumplimiento que prive al consumidor de aquello que razonablemente podía esperar del bien de acuerdo con el contrato de compraventa y que condicione su uso en el futuro podría ser suficiente para exigir la resolución del contrato. Particularmente, la imposibilidad de subsanar la falta de conformidad acudiendo a los demás remedios (art. 13.4.a) y b) demuestra que la esencialidad o la gravedad del incumplimiento no radica en la entidad del defecto o de la falta de conformidad, sino que la conducta del vendedor puede ser determinante para que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato porque se frustra su interés en el contrato.

Por otro lado, el artículo 16 DCCB no incorpora ninguna referencia expresa a la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento previsible del vendedor, es decir, cuando se desprenda de las circunstancias concurrentes que el vendedor no entregará el bien dentro del plazo acordado o no subsanará la falta de conformidad dentro del plazo razonable a este efecto. Sin embargo, con base en el tenor literal del artículo 13.4.d) DCCB podría defenderse que en estos supuestos el consumidor podría exigir la resolución del contrato, pero en todo caso será necesario que el vendedor haya manifestado al consumidor que no podrá cumplir dentro del plazo acordado o que así se desprenda claramente de las circunstancias.

El artículo 16.1 DCCB establece que el derecho a resolver el contrato de compraventa se ejercerá mediante una declaración de voluntad del consumi-

dor al vendedor donde manifieste su voluntad de resolver el contrato, lo que significa que la resolución contractual deberá ser instada por el consumidor, excluyéndose su desarrollo automático o *ipso iure*. Por tanto, tratándose de una declaración unilateral y recepticia de voluntad que tiene como consecuencia la resolución del vínculo contractual, el consumidor deberá comunicar de forma fehaciente al vendedor su voluntad de resolver el contrato debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que debería realizarse de forma escrita y con acuse de recibo a efectos probatorios. Otras acciones del consumidor como la puesta a disposición del bien a favor del vendedor no pueden considerarse como formas de manifestación tácitas de la voluntad del consumidor de resolver el contrato de compraventa, porque podrían significar que el consumidor requiere la puesta en conformidad de los bienes a través de la reparación o la sustitución del bien<sup>90</sup>.

### *2.6.2. Resolución del contrato y compraventas con pluralidad de objetos*

La Directiva 1999/44/CE partía de un esquema obligacional objetivamente simple,<sup>91</sup> es decir, el vendedor asumía la obligación de entregar un único bien a cambio de un precio. Ello se deduce del articulado de la propia Directiva 1999/44/CE, por ejemplo, el artículo 2 Directiva 1999/44/CE establece: «*El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa*». La ausencia de una norma como la del artículo 16.2 DCCB confirma el esquema obligacional adoptado por la Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, siguiendo a ARNAU RAVENTÓS, parece que la nueva DCCB adopta un esquema obligacional donde el precio que paga el consumidor puede tener por objeto la adquisición de una pluralidad de objetos, ya sean uniformes —pluralidad objetiva simple—, o bien una pluralidad de objetos de distinta naturaleza —pluralidad objetiva compleja—. El hecho que la DCCB integre dentro de su ámbito de aplicación los bienes con elementos digitales (art. 3.3 DCCB) permite corroborar el nuevo esquema obligacional instaurado por la DCCB. Además, el considerando núm. 11 DCCB establece que la nueva DCCB debe ser complementada por las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores y, en este sentido, el artículo 9.2.b.i y ii se refiere al cómputo del plazo del derecho de desistimiento en los contratos con una pluralidad de bienes cuando aquellos son entregados por separado. Por tanto, no cabe ninguna duda que las compraventas con una pluralidad de objetos, independientemente que sean de la misma naturaleza o no, forman parte del ámbito de aplicación de la DCCB. Sin embargo, la DCCB solo incorpora la regla del artículo 16.2 DCCB en materia de resolución de compraventas con una pluralidad de objetos.



El artículo 16.2 DCCB incorpora una nueva regla que no estaba prevista en la Directiva 1999/44/CE para los casos en que el consumidor adquiriera una pluralidad de bienes en virtud de un mismo contrato de compraventa y que permite la resolución parcial del contrato cuando no todos los bienes adquiridos no sean conformes con el contrato. Dice el artículo 16.2 DCCB que cuando haya motivos para la resolución del contrato a tenor del artículo 13 DCCB, el consumidor podrá exigir la resolución del contrato solamente respecto de aquellos bienes que no fueran conformes. Además, la resolución del contrato comprenderá los demás bienes que fueran conformes si no se pudiera razonablemente esperar que el consumidor acepte únicamente conservar los bienes conformes<sup>92</sup>.

Por tanto, el artículo 16.2 DCCB admite expresamente la resolución parcial del contrato si la falta de conformidad afecta solamente a uno o varios bienes entregados, pudiendo ser procedente la resolución de todo el contrato si razonablemente no se puede esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes. Admitida, por tanto, la posibilidad de resolver todo el contrato, ¿se impone algún otro límite al consumidor para resolver todo el contrato? Parece que el único requisito material para resolver el contrato en su totalidad es que la falta de conformidad fuera grave, habida cuenta de que el artículo 13.5 DCCB proscribía la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea una minucia<sup>93</sup>.

Sin embargo, la falta de conformidad de algún bien en compraventas de varios bienes (pluralidad objetiva) en virtud del mismo contrato plantea otros interrogantes. El supuesto de la falta de conformidad en compraventas de varios bienes solo se plantea en sede de la resolución del contrato. No se dedica ningún precepto para este supuesto en los remedios del primer nivel. Por tanto, cabe plantearse si previamente el consumidor tendrá que exigir la reparación o sustitución de los bienes no conformes antes de exigir la resolución parcial o, por extensión, la resolución total. El tenor literal del artículo 16.2 DCCB da a entender que en los supuestos de compraventas con una pluralidad de objetos, si la falta de conformidad solo afecta uno o varios de los bienes pero no a todos, el consumidor tendrá que exigir previamente la reparación o la sustitución de los bienes no conformes, habida cuenta de que el artículo 16.2 DCCB dice que procederá la resolución parcial cuando «*haya motivos para la resolución de dicho contrato de conformidad con el artículo 13*». En consecuencia, si no hay motivos para la resolución del contrato de conformidad con el artículo 13 DCCB es porque los remedios del primer nivel pueden ser idóneos para subsanar la falta de conformidad y, por tanto, respecto de los bienes no conformes el consumidor deberá exigir la reparación o la sustitución y, en el supuesto que se cumpla alguno de los requisitos del artículo 13.4 DCCB, podrá exigir la resolución parcial o total.

Por otro lado, en relación con la facultad del consumidor de suspender el pago del precio pendiente, la DCCB no incorpora una norma como la del artículo 113.3 CESL, que facultaba al comprador para suspender la parte del precio correspondiente con el bien no conforme, siempre que las obligaciones del vendedor fueran divisibles, y sin perjuicio de que el comprador pudiera suspender el pago de todo el precio pendiente cuando el incumplimiento del vendedor revista una mayor entidad. Ello suscita la duda de cómo se desarrollaría el remedio del artículo 13.6 DCCB en los supuestos de contratos de compraventa con pluralidad objetiva de bienes, simple o compleja. De entrada, el artículo 13.6 DCCB no reconoce ni impide que el consumidor pueda suspender la parte del precio que se corresponda con el bien no conforme. Es más, el artículo 13.6 DCCB dice que puede suspenderse «*el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe*». Por tanto, nada impide que el consumidor pueda suspender la parte del precio que se corresponda con los bienes no conformes cuando no todos sean conformes con el contrato de compraventa.

En virtud de la habilitación expresa a favor de los Estados miembros que contiene el artículo 13.6 DCCB, los legisladores nacionales podrían concretar el ejercicio de esta facultad del consumidor, previendo una norma similar a la del artículo 113.3 CESL es sus respectivas normas de transposición de la DCCB.

### *2.6.3. Efectos*

Finalmente, el artículo 16.3 DCCB dirime las consecuencias de la resolución del contrato y, en consecuencia, cómo debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones para volver a la situación inicial del contrato. Obvio es que el consumidor tendrá que devolver el bien defectuoso y el vendedor tendrá que devolver el precio o la parte del precio del bien. No obstante, se echa en falta una regla específica para las compraventas de bienes cuyos objetos puedan encontrarse muy lejos del establecimiento del vendedor en el momento de la apreciación de la falta de conformidad. En artículo 16.3.a) DCCB dice que el vendedor recuperará los bienes defectuosos a sus expensas, lo que da a entender que el vendedor tendrá que sufragar los costes de recogida del bien en todo caso. Sin embargo, los gastos de recogida del bien defectuoso pueden ser muy elevados, por lo que debería adoptarse un criterio más equitativo teniendo en cuenta lo dispuesto en los casos STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 y STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011, donde el TJUE adoptó soluciones más equitativas para los intereses de ambas partes, especialmente para el vendedor.

El artículo 16.3 DCCB tampoco establece el lugar donde el consumidor tiene que devolver los bienes ante la resolución del contrato, solo se dice que el vendedor recuperará los bienes a sus expensas, sin disponer, al contrario que lo dispuesto para los remedios del primer nivel en el artículo 14.1.c) DCCB, que la obligación de entrega de los bienes por el consumidor deberá realizarse sin causarle mayores inconvenientes. Sin embargo, ante la resolución del contrato, la devolución de los bienes por el consumidor también tendría que realizarse sin causarle mayores inconvenientes, puesto que de lo contrario se le estaría disuadiendo del ejercicio de los derechos reconocidos en la DCCB, algo que no parece admisible.

Por tanto, en el supuesto de la resolución del contrato podría observarse también lo dispuesto en el artículo 14.1.c) DCCB para los remedios de la reparación y la sustitución del bien defectuoso y lo dispuesto en el considerando núm. 56 DCCB que deja el lugar de cumplimiento de las obligaciones de este tipo en manos de los legisladores nacionales. En este sentido, los criterios para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación de devolución del bien defectuoso a cargo del consumidor con arreglo al Derecho nacional tendrían que ser acordes con lo dispuesto en el artículo 14.1 DCCB.

De conformidad con lo establecido en la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019, no es lo mismo devolver un teléfono móvil, un electrodoméstico o un coche al establecimiento comercial del vendedor.

En el primer caso, las partes podrían pactar la devolución en el establecimiento comercial del vendedor y, en defecto de pacto, la naturaleza y las características físicas del bien también sugerirían esta posibilidad, puesto que el envío al establecimiento comercial del vendedor no supone un inconveniente significativo, siempre que este se haga cargo de los gastos de envío.

En el segundo caso, un acuerdo en el mismo sentido podría ser contrario a los requerimientos del artículo 14 DCCB, puesto que la naturaleza y las características del bien pueden suponer un inconveniente significativo si el consumidor tiene que devolver el producto en el establecimiento comercial del vendedor y si tiene que organizar el sistema de transporte de un bien que es pesado, frágil o voluminoso, aunque el vendedor se haga cargo de los gastos de envío. En caso de duda sobre la solución más aconsejable según la naturaleza del bien, el consumidor podría cumplir su obligación de devolución poniendo el bien a disposición del vendedor en su domicilio, de acuerdo el principio *favor debitoris*.

En tercer lugar, la determinación del lugar para proceder a la devolución de bienes que poseen una gran movilidad como un coche o un velero puede ser más controvertida. Si el consumidor tiene que devolver este tipo de bienes encontrándose lejos del establecimiento del vendedor en caso de resolución del contrato, los requerimientos del artículo 14.1 DCCB impiden

que el consumidor tenga que entregar el bien en todo caso en el domicilio del vendedor, puesto que se trata de bienes que pueden ser muy voluminosos y pesados cuyo transporte causaría grandes inconvenientes al consumidor. En este tipo de casos debe valorarse si es exigible al consumidor que entregue los bienes en el establecimiento más cercano y que el vendedor, a través de un servicio postventa, recupere los bienes a sus expensas. En caso de duda, en virtud del principio *favor debitoris* el consumidor cumpliría su obligación entregando el bien defectuoso en el mecánico o puerto más cercano. Además, teniendo en cuenta que en este caso los costes de recogida pueden ser muy elevados, a pesar de que la DCCB no contenga ninguna previsión al respecto, los principios de los casos STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 y STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 sugieren un reparto proporcional de los gastos de envío si ello no disuade al consumidor del ejercicio de sus derechos.

### III. CONCLUSIONES

La nueva DCCB sigue el modelo instaurado por la Directiva 1999/44/CE en cuanto al establecimiento de un sistema jerarquizado de remedios a los que el consumidor puede acogerse cuando aprecie la falta de conformidad. Por tanto, ante la falta de conformidad del bien o producto el consumidor podrá exigir, en primer lugar, la reparación o la sustitución del bien y, en segundo lugar, la reducción del precio o la resolución del contrato cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 13.4 DCCB. Por tanto, la DCCB no se aparta del sistema de remedios de la Directiva 1999/44/CE. Las principales novedades en materia de remedios ante la falta de conformidad son el reconocimiento legislativo de algunas decisiones que adoptó el TJUE, concretamente en los casos tratados en la STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009, y la adopción de otro remedio accesorio cuando se opte por la reparación o la sustitución del bien, este es la suspensión el pago de cualquier parte pendiente del precio.

El artículo 4 DCCB consagra el principio de armonización máxima. En virtud de tal principio los Estados miembro no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la DCCB. Sin embargo, no son pocas las habilitaciones a favor de los legisladores nacionales para regular algunas materias que contempla la DCCB. Ello puede explicarse por el carácter de armonización mínima de la Directiva 1999/44/CE, cuya transposición dio lugar a legislaciones nacionales dispares. De este modo, de adoptarse una armonización completa en algunos aspectos se produciría la rebaja del nivel de protección del consumidor en algunos Estados miembro.

Si bien la Propuesta de Directiva publicada el pasado 9 de diciembre de 2015 se enfocaba especialmente sobre las compraventas transfronterizas, la DCCB omite cualquier referencia al respecto, pero se desprende de sus considerandos que este tipo de compraventas constituyen la preocupación principal del legislador europeo. No obstante, una regulación específica sobre algunos aspectos de las compraventas transfronterizas hubiera sido deseable para ofrecer soluciones en este tipo de compraventas. En particular, si el consumidor tiene el deber de poner los bienes a disposición del vendedor para ser puestos en conformidad o cuando el primero resuelva el contrato de compraventa, la DCCB tendría que haber previsto unos criterios para determinar el *locus solutionis*. A falta de una regulación al respecto, se propone conjugar los principios del artículo 14.1 DCCB con las pautas establecidas en la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE C-404/2006, Sala Primera, de 17 de abril de 2008
- STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009
- STJUE C-32/2012, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013
- STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019
- SAP Valencia núm. 371/2004, Sección 7.<sup>a</sup>, de 29 de junio
- SAP Valencia núm. 403/2005, Sección 7.<sup>a</sup>, de 30 de junio
- SAP Castellón núm. 588/2005, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP Cáceres núm. 34/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero
- SAP Barcelona núm. 650/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de diciembre
- SAP Ourense núm. 392/2008, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre
- SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP Barcelona núm. 469/2012, Sección 13.<sup>a</sup>, de 4 de septiembre
- SAP La Rioja núm. 413/2012, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre
- SAP Valencia núm. 239/2018, Sección 7.<sup>a</sup>, de 28 de mayo

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones, en *Cuadernos de Derecho transnacional*, núm. 1, 796-807.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia, en *Indret*, núm. 3, 1-33.

- BALDUS, C. (2006). Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la caracterización de la «falta de conformidad de escasa entidad», *Anuario de Derecho civil*, núm. LIX-4, 1.611-1.640.
- BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., y VOGENAUER, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Hart Publishing, Oxford.
- BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias, en *Indret*, núm. 1, 1-48.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARTÍNEZ ESPÍN, P. (200). Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo, en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 125-146.
- CARRASCO PERRERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona.
- CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal del saneamiento en las ventas de consumo*, Dykinson, Madrid.
- CRISTOFARO, G. (2000). *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). Comentario del artículo 1107 del Código civil, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.*, Comentario del Código civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- DE FRANCESCHI, A. (2016). European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives, in DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia Publishing, Morsel (Belgium), 1-17.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2000). *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Cizur Menor.
- (2010). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV.- Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2001). *La compraventa con precio determinable*, Ejdus, Madrid.
- FENOY PICÓN, N. (2009). La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores, en *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 211-334.
- FERRANTE, A. (2011). Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio, en *Indret*, núm. 4, 1-65.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies, in PLAZA PENADÉS, J., and MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (eds), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Berlin, 163-183.
- (2013). Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz), en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 321-337.
- GÓMEZ CALLE, E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia, en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 29-102.

- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SARDAÑA, M. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su transcendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas, en *Anuario de Derecho civil*, t. LXVII, 1.199-1.252.
- HOWELLS, G. (2016). Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 145-161.
- HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, New York.
- LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International.
- LOOS, M. (2016). European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content, Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 1-34.
- MÁNKO, R. T. (2015). Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law? European Parliamentary Research Service, PE 568.322, 1-29.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004). *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembro*, I, Madrid, Instituto Nacional de Consumo.
- MASSIMO BIANCA, C. (2002). Article 3: Rights of the consumer, en MASSIMO BIANCA, C., y GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 149-178.
- MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). Chapter 4: Sale of Consumer Goods, en REICH, N., MICKLITZ, H. W., ROTT, P., y TONNER, K., *European Consumer Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Intersentia, Cambridge, 165-195.
- MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid.
- (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.
- MOZINA, D. (2012). Commentary of the article 159 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 635-639.
- (2012). Commentary of the article 160 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 639-645.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho civil*, t. IV, 1719-1745.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento de un contrato, en *Indret*, núm. 1, 1-63.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). Daños causados por otros bienes y servicios, en REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 1905-1951.
- PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 1-16.

- SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑERA PALOU, M.<sup>a</sup> T. (1997). *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid.
- SCHULTE-NÖLKE, H. (2012). El derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de compraventa, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor, 68-69, 77-78.
- SCHULZE, R., y STAUDENMAYER, D. (2016). Digital Revolution – Challenges for Contract Law, in SCHULZE, R., and STAUDENMAYER, D. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos – Hart, Baden-Baden – Oxford, 19-35.
- SOLER PRESAS, A. (1995). El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.<sup>a</sup>] de 15 de noviembre de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, 951-969.
- TROIANO, S. (2008). The CISG's Impact on EU Legislation, en *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 366-369.
- TWIGG-FLESNER, C. (2009). Fit for Purpose? The proposal on Sales, en HOWELLS, G., y SCHULZE, R. (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier Munich, 147-176.
- ZOLL, F. (2012). Commentary of the article 87 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 396-408.
- (2012). Commentary of the article 109 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 495-503.
- (2012). Commentary of the article 112, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 511-513.
- (2012). Commentary of the article 113 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 514-516.
- (2012). Commentary of the article 118 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 523-524.
- (2012). Commentary of the article 120 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 526-527.



## NOTAS

<sup>1</sup> DE FRANCESCHI, A. (2016). «European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives», in DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia Publishing, Mortsel (Belgium), 1-3. SCHULZE, R., y STAUDENMAYER, D. (2016). «Digital Revolution – Challenges for Contract Law», in SCHULZE, R., and STAUDENMAYER, D. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos – Hart, Baden-Baden – Oxford, 19.

<sup>2</sup> «A Digital Single Market Strategy for Europe», COM (2015) 192 final.

<sup>3</sup> *Vid.* Considerandos 3, 4 y 6 Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>4</sup> Commission Staff Working Document. Impact Assessment, 48. «*A free choice of remedies had been proposed in the Proposal for a Common European Sales Law, based on the optional character of this instrument. It turned out to be one of the most controversial points of this proposal. Learning from this experience was another reason why the model of the Consumer Sales and Guarantees Directive was retained.*» La doctrina también se había mostrado muy crítica con la ausencia de una jerarquía en los remedios en el CESL. En este sentido, *vid.* SCHULTE-NÖLKE, H. (2012). «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor, 68-69, 77-78. Sin embargo, otros autores se mostraron favorables a la supresión de la jerarquía de remedios por razones de eficiencia y de protección del consumidor. En este sentido, BECH SERRAT, J. M. (2010). «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», en *Indret*, núm. 1, 2010, 39.

<sup>5</sup> Commission Staff Working Document. Impact Assessment, 113. TWIGG-FLESNER, C. (2009). «Fit for Purpose? The proposal on Sales», en HOWELLS, G., y SCHULZE, R. (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier Munich, 167. Este autor destaca los costes que puede implicar el sistema de reparaciones y sustituciones para las empresas. «*Traders, too, would potentially incur significant cost associated with posting or transport of goods in order to effect a particular remedy [...] that could result in price reduction becoming the primary remedy in the European context.*»

<sup>6</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia» en *Indret*, núm. 3, 18. TWIGG-FLESNER, C. (2009). «Fit for Purpose? The proposal on Sales»..., *op. cit.*, 166. MÁNKO, R. T. (2015). «Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law? European Parliamentary Research Service, PE 568.322, 26-27. Estos autores abogan por la adopción de unas reglas específicas para el comercio a distancia.

<sup>7</sup> HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, New York, 187. Estos autores consideran que la DCCB hubiera tenido que decir cuántas reparaciones tenía que soportar el consumidor. Pero lo cierto es que un criterio numérico tampoco hubiera sido muy útil, toda vez que la reparación puede ser un remedio razonable si los defectos son varios y de poca entidad, pero a su vez, puede ser ineficaz si el defecto es muy relevante [art. 13.2.b) DCCB].

<sup>8</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer», en MASSIMO BIANCA, C., y GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 160. «*Rejection of a repair which has been badly carried out does not deprive the buyer of his claim for further repairs.*»

<sup>9</sup> LOOS, M. (2016). «European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content», Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 12. «*Moreover, due to the hierarchy of remedies, the seller was first put in the position to cure the defect through repair or replacement, and apparently has not cured the defect. Under these conditions it is difficult to see why the consumer should be required to – again – trust the seller to properly perform her obligation where she has already proven not to be trustworthy on several occasions.*».

<sup>10</sup> HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law...*, *op. cit.*, 187.

<sup>11</sup> LOOS, M. (2016). «European harmonisation»..., *op. cit.*, 12.

<sup>12</sup> STJUE C-65/09, Sala primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>13</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer»..., *op. cit.*,

161. ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 19-20. Piénsese en aquellos casos que los bienes estuvieran inmersos en un procedimiento judicial.

<sup>14</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004). *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembro*, I, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 169. CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal del saneamiento en las ventas de consumo*, Dykinson, Madrid, 221.

<sup>15</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 19.

<sup>16</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer»..., *op. cit.*, 172.

<sup>17</sup> STJUE C-404/2006, Sala Primera, de 17 de abril de 2008.

MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods», en REICH, N., MICKLITZ, H. W., ROTT, P., y TONNER, K., *European Consumer Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Intersentia, Cambridge, 184. «*Depending on the particular facts, further costs which the consumer incurs in realizing his rights are also included, such as travel expenses, mailing and so forth.*».

<sup>18</sup> STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009.

<sup>19</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>20</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>21</sup> MOZINA, D. (2012). «Commentary of the article 159 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 637. «*The notion of «non-performance» covers all forms of failure to perform an obligation.*».

<sup>22</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «*La indemnización debe colocarse al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los bienes hubieran sido conformes.*».

<sup>23</sup> MOZINA, D. (2012). «Commentary of the article 160 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 643. Serían indemnizables los gastos que hubiera asumido el consumidor como consecuencia del retraso. Por ejemplo, los gastos de alquiler de un vehículo que hubiera alquilado un consumidor durante el retraso del vendedor en la puesta en conformidad de un vehículo defectuoso. Más controvertido sería reclamar una indemnización por el no uso del bien durante el retraso del vendedor (*damages for loss of use of goods*), en tanto que el consumidor tendría que demostrar que ha sufrido un daño por no poder disponer del bien durante el retraso del vendedor. Sin duda alguna el consumidor podría reclamar los daños estrechamente conectados con el retraso del vendedor en la subsanación de la falta de conformidad (*consequential damages*).

<sup>24</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies», en PLAZA PENADÉS, J., y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (eds), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Berlin, 179.

<sup>25</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies»..., *op. cit.*, 179.

<sup>26</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 120 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 527. «*The price reduction has a similar effect to damages*». FENOY PICÓN, N. (2011). «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV-IV, 1565-1567. GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies»..., *op. cit.*, 178-179.

<sup>27</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 109 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 503. En relación con el artículo 109.7 CESL «*According to paragraph 7, despite successful cure, the buyer retains the right to claim for damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure. [...] the paragraph 7 does not mention price reduction as an available remedy, the application for this remedy must not be excluded. If the repair does not restore the full value, the buyer should have the right to declare price reduction instead of claiming damages (with the same economical result)*».

<sup>28</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 87 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 405.

<sup>29</sup> SAP A Coruña núm. 26/2010, Sección 6.<sup>a</sup>, de 26 de enero.

<sup>30</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>31</sup> A título de ejemplo, el artículo 269 del Código civil alemán, en adelante BGB, también parte del principio de libertad de pacto del lugar de cumplimiento de la obligación.

<sup>32</sup> *Vid.* artículo 29 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002].

<sup>33</sup> STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

<sup>34</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002].

<sup>35</sup> HOWELLS, G. (2016). «Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 152-153. En relación con el CESL, *vid.* ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 112» in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 512. «*It is not excluded that, in cases of repair, a more flexible approach is preferred in which the nature of the goods or digital content and other circumstances of the case can be considered. Nonetheless, a more specific rule would be strongly needed*».

<sup>36</sup> STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

<sup>37</sup> STJUE C-65/2009, Sala Primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>38</sup> STJUE C-65/2009, Sala Primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>39</sup> Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2107/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «(61) *El principio de la responsabilidad del vendedor por daños y perjuicios es un elemento fundamental de los contratos de compraventa. Por consiguiente, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de los daños y perjuicios causados por una infracción que*

cometa un vendedor de lo dispuesto en la presente Directiva, incluidos aquellos sufridos como consecuencia de una falta de conformidad».

<sup>40</sup> STJUE C-404/06, Sala Primera, de 17 de abril de 2008.

<sup>41</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 22-23. ZOLL, F., «Commentary of the article 112 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 513. «The buyer is not to carry any costs resulting from the loss of the value of the goods through the normal use and is not obliged to compensate the seller for the use of the goods. [...] It does not mean that the buyer may damage the goods and return them in such a condition that the seller has no use for them». GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz), en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 2013, 327.

<sup>42</sup> MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods»..., *op. cit.*, 184. SAP de La Rioja núm. 413/2012, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2012.

<sup>43</sup> SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2008.

<sup>44</sup> SAP Cáceres núm. 34/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2007.

<sup>45</sup> SAP Ourense núm. 392/2008, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2008. SAP Valencia núm. 239/2018, Sección 7.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2018. La sentencia versa sobre un caso de compraventa de una furgoneta de segunda mano realizada a distancia. Cuando el consumidor tuvo la furgoneta en su poder vio que la furgoneta no se correspondía con el modelo del anuncio, no tenía la potencia anunciada, ni el plazo de garantía, ni el certificado de no siniestralidad y de kilometraje, entre otros, por lo que reclamó la resolución del contrato.

<sup>46</sup> El legislador alemán ya adoptó una normativa similar en 2011 que determina el plazo razonable que tienen los vendedores para subsanar la falta de conformidad. BGH Urteil v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d705e4192c36e13f67fe20c32dcd2370&n r=56272&pos=0&anz=1>

<sup>47</sup> BALDUS, C. (2006). «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la caracterización de la «falta de conformidad de escasa entidad»», *Anuario de Derecho civil*, núm. LIX-4, 1.628-1.634.

<sup>48</sup> A mayor abundamiento, para todos, *vid.* FENOY PICÓN, N. (2009). «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», en *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 211-334.

<sup>49</sup> STJUE C-32/2012, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013.

<sup>50</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 23-24.

<sup>51</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 113 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 515. No obstante, en relación con el CESL, la doctrina entendió que si el comprador tenía que cumplir su obligación antes que el vendedor, es decir, si el consumidor tuviera que pagar el precio antes de la entrega del bien, el consumidor podría suspender su obligación de pago si razonablemente pudiera creer que el vendedor no cumplirá su obligación, de acuerdo con la situación económica del vendedor o si este ha declarado que no cumplirá su obligación.

<sup>52</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2012). «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 48. «Finalmente, el límite de la buena fe es también comúnmente aceptado entre nosotros y permite excluir la suspensión cuando el incumplimiento sea de tan escasa relevancia que aquella no resulte justificada». BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., y VOGENAUER, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Hart, Oxford, 967. «Thus if a seller tenders goods which are obviously defective, the buyer need not take them or pay for them». La mayoría de

Estados miembro exigen que la falta de conformidad tenga especial relevancia para que el consumidor pueda suspender su obligación de pago.

<sup>53</sup> SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑERA PALOU, M.<sup>a</sup> T. (1997). *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid, 151.

<sup>54</sup> La doctrina no ha configurado el supuesto que nos ocupa como una obligación o un deber jurídicamente exigible, sino como una carga que tiene un acreedor de una indemnización de daños y perjuicios. *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho civil*, t. IV, 1743; SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.<sup>a</sup>] de 15 de noviembre de 1994» *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, 960. Díez-PICAZO, L. (2000). *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 322; MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 218; y CARRASCO PERRERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 1259.

<sup>55</sup> SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 960.

<sup>56</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010). Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Civitas, Madrid, 180. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento de un contrato», en *Indret*, núm. 1, 20.

<sup>57</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño»..., *op. cit.*, 29. SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 964.

<sup>58</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*..., *op. cit.*, 185. «el carácter flexible de la regla de la mitigación del daño (buena fe, criterio razonable) impide fijar de antemano el momento de la adopción de las medidas paliativas (operación de reemplazo) y establecer, de modo cerrado, las que han de ser adoptadas. La determinación depende de las circunstancias de cada caso. Y ha de tenerse presente cuál es la actitud adoptada por el deudor ante su propio incumplimiento».

<sup>59</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño»..., *op. cit.*, 26-27.

<sup>60</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). «Comentario del artículo 1107 del Código civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.*, Comentario del Código civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 56.

<sup>61</sup> SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 964.

<sup>62</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). «Comentario del artículo 1107 del Código civil»..., *op. cit.*, 60.

<sup>63</sup> PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 12.

<sup>64</sup> STJUE, Sala Primera, de 16 de junio de 2011, C-65/2009.

<sup>65</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 1930-1932. *Vid.* STS de 13 de junio de 2005 y STS de 18 de marzo de 1999.

<sup>66</sup> PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios»..., *op. cit.*, 12.

<sup>67</sup> SAP Barcelona núm. 469/2012, Sección 13.<sup>a</sup>, de 4 de septiembre.

<sup>68</sup> Díez-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV.- Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor, 138.

<sup>69</sup> MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods»..., *op. cit.*, 163.

<sup>70</sup> Para una exposición de otras fórmulas para el cálculo de la reducción del precio, *vid.* FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2001). *La compraventa con precio determinable*, Ejidus, Madrid, 555. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2000). «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías

de bienes de consumo», en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 126-127. FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio» en *Indret*, núm. 4, 8. La doctrina llama al método de cálculo seguido por el actual artículo 122 TRLGDCU, que se inspira en el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE como «modelo Viena», porque ambos se inspiran en la fórmula prevista en el artículo 50 CISG: «*Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato*».

<sup>71</sup> Sobre el cálculo matemático del «modelo Viena», *vid.* Por todos, FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 9, 43-45.

<sup>72</sup> FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 44-45 y 56-57. «*Aunque la definición de la fórmula plasmada en el artículo 50 CISG sea correcta, su identificación matemática es incorrecta, ya que se corre el riesgo de confundir la disminución porcentual del valor del bien a raíz del defecto con una cuantificación monetaria del bien a raíz del defecto*».

<sup>73</sup> FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 49-51.

<sup>74</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 120 CESL»..., *op. cit.*, 527.

<sup>75</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [DOUEL núm. 171, de 7 de julio de 1999]. «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia*».

<sup>76</sup> Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2107/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor*».

<sup>77</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007]. «*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*».

<sup>78</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. «*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*».

<sup>79</sup> FENOY PICÓN, N. (2009). «La entidad del incumplimiento resolutorio del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», en *ADC*, t. LXII, 215. SIVESAND, H. (2005). *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?*, Sellier European Law Publishers, Munich, 153. Varios son los motivos que inducen a la autora a afirmar que las entidades de los incumplimientos resolutorios que compara, el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE y el artículo 25 CISG, son distintos. Fundamentalmente, el incumplimiento resolutorio del artículo 25 CISG exige que la falta de conformidad no sea fácilmente subsanable. Sin embargo, el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE no puede interpretarse de la misma forma porque la resolución es un remedio de

segundo grado y, por tanto, en principio la falta de conformidad deberá ser reparada o bien sustituirse el bien defectuoso. Asimismo, si existe libertad de elección del remedio la autora defiende que el incumplimiento resolutorio sea esencial o grave, mientras que si existe una jerarquía de remedios la entidad del incumplimiento para acudir al remedio resolutorio debería ser menor, habida cuenta de que el defecto puede subsanarse por el vendedor. CRISTOFARO, G. (2000). *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 210-212. «*In ogni caso, sembra doversi escludere che la nozione di difetto di conformità non «minore» coincida con quella di fundamental breach of contract di cui all'articolo 25 della Convenzione di Viena: i rigorosi presupposti cui, in virtù della previsione dell'articolo 49, 1.º co., lett a) delle Convenzione di Viena, è subordinata la possibilità, per il commerciante che abbia ricevuto merce «non conforme al contratto», di risolvere il contratto stesso, appaiono infatti incompatibili con la ratio consumeristica della disciplina comunitaria. Il consumatore cui venga consegnato un bene non conforme al contratto deve pertanto considerarsi legittimato a chiedere la risoluzione anche quando non sussistano gli estremi di una «violazione essenziale» del contratto, purché il difetto non sia di natura o entità tale da risultare sostanzialmente irrilevante, tenuto conto delle caratteristiche del bene di consumo nonché degli scopi per i quali il consumatore lo ha acquistato».*

<sup>80</sup> TROIANO, S. (2008). «The CISG's Impact on EU Legislation» en *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 366-369. «*The divergence between CISG and Consumer Sales Directive is, however, more apparent than real. [...] A more attentive interpretation of the notion of fundamental breach of contract under Article 25 CISG should permit to reach very similar results. [...] As to the second issue, i.e. that the Directive seems to allow termination also where the non-performance is not fundamental, it must on the contrary be reminded that Article 3 (6) Directive disallows termination where the lack of conformity is minor. Furthermore, the Directive allows termination only if repair and replacement are disproportionate. This requirement is almost equivalent, in its concrete outcome, to the requirement of the breach of contract being fundamental: the more serious is the breach, more likely it is that the repair and replacement are disproportionate in comparison with termination».*

<sup>81</sup> COM (93) 509 final, 15.11.1993, 89-90. «*Moreover, in the case of minor defects, the professional could impose the second alternative (reduction in price) unless the consumer can prove that the defect is one of major significance for him. On the other hand the consumer would only be obliged to tolerate one attempt at repair or replacement of the product».*

<sup>82</sup> Otros documentos relativos a la Directiva 1999/44/CE siguen destacando la menor entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores para salvaguardar el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes. *Vid.* Posición Común aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo DOCE C 333, 30.10.98. «*A juicio del Consejo, el criterio de proporcionalidad, que se explica con más detalle en el décimo considerando, resulta más apropiado, en vista de las legislaciones nacionales vigentes, que el de reclamación «económicamente adecuada». En aras de esa proporcionalidad, se ha excluido la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad es de escasa importancia».*

<sup>83</sup> The Principles of European Contract Law. Article 8:103 (ex artículo 3.103) - Fundamental Non-Performance

«*A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:*

(a) *strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or*

(b) *the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance».*

<sup>84</sup> LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 364.

<sup>85</sup> LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law...*, *op. cit.*, 113. FENOY PICÓN, N (2009). «La entidad del incumplimiento resolutorio del contrato»..., *op. cit.*, 253.

<sup>86</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Cizur Menor, 91. Para DÍEZ-PICAZO el último supuesto del artículo 8:103 (c) podría ser equiparable a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento rebelde.

<sup>87</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 87 CESL»..., *op. cit.*, 406. Sobre las consecuencias económicas de la resolución contractual, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. y GILI SARDAÑA, M. (2014). «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su transcendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», en *Anuario de Derecho civil*, t. LXVII, 1199-1252.

<sup>88</sup> SAP Castellón núm. 588/2005, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre; SAP Valencia núm. 371/2004, Sección 7.<sup>a</sup>, de 29 de junio; SAP Barcelona núm. 650/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de diciembre.

<sup>89</sup> SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre. SAP Valencia núm. 403/2005, Sección 7.<sup>a</sup>, de 30 de junio.

<sup>90</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 118 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 524.

<sup>91</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, núm. 1, 797.

<sup>92</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad»..., *op. cit.*, 802. La doctrina ha criticado el enfoque del artículo 16.2 DCCB, considerando que el remedio de la resolución contractual en contratos con una pluralidad de bienes debería valorarse respecto del bien o bienes no conformes, en lugar de contemplarse respecto de todo el contrato en su conjunto: «la cuestión que se suscita es si lo más apropiado no hubiese sido exigir que la causa resolutoria se apreciara, no tanto en relación con el contrato en su conjunto, sino en relación solo con el bien o los bienes no conformes. De este modo, por ejemplo, si en relación solo con ese o esos bienes la falta de conformidad es grave, cabría resolver parcialmente de forma directa, sin necesidad de intentar antes otros remedios de subsanación (art. 13.4, c Dir. 2019/771). Lo relevante de esta lectura sería que procedería esta resolución inmediata aunque aquella gravedad, contemplaba a la luz de todo el contrato, no fuera tal, quedara diluida o se desintensificara».

<sup>93</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad»..., *op. cit.*, 803. En relación con la gravedad de la falta de conformidad como el límite que se antepone al consumidor para poder resolver el contrato «interesa añadir que, realmente, si se considera el único requisito de orden material ineludible para poder resolver el contrato (así, que la falta de conformidad no sea leve [art. 13.5 Dir. 2019/771]), se hace difícil imaginar ejemplos en los que, pudiendo resolver parcialmente, no sea posible en cambio resolver el contrato en su conjunto. Para que esto último no fuera posible, sería necesario que la falta de conformidad, considerada solo en relación con el bien no conforme, no se estimara leve, pero que, en cambio, valorada en el conjunto del negocio, sí denotara levedad».

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





# DICTÁMENES Y NOTAS



La hipoteca sobre varias fincas  
en garantía de un único crédito:  
distribución de responsabilidad,  
cancelación parcial y ejecución

*Mortgages on several properties  
as a guarantee for a single credit:  
distribution of responsibility, partial  
cancellation and foreclosure*

por

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

*Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza  
Acreditado Profesor contratado Doctor*

*RESUMEN:* Este trabajo trata de dar respuesta a los principales interrogantes que plantean aquellos supuestos en los que una hipoteca grava una pluralidad de fincas en garantía de un único crédito, bien desde el mismo momento de su constitución o bien de forma sobrevenida como consecuencia de la división o segregación de la finca tras la constitución de la hipoteca. El primero de ellos es relativo a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, y, en concreto, a su carácter preceptivo o facultativo, así como al modo en el que debe llevarse a cabo tal distribución. El segundo se refiere a la posible admisibilidad de la cancelación parcial de la hipoteca a solicitud cualquier interesado cuando se haya satisfecho la parte del

crédito que grava una de las fincas hipotecadas. La pluralidad objetiva en la hipoteca también plantea algunos interrogantes durante el proceso de ejecución, y, en particular, dos: si el acreedor puede dirigirse por la totalidad de la deuda contra todas y cada una de las fincas o, por el contrario, debe dirigirse contra cada finca por la cantidad por la que está gravada; y, si en el supuesto de que la cantidad correspondiente a una de las fincas haya sido satisfecha, puede el acreedor dirigirse también contra esa finca. En todo ello juega un papel importante la existencia o no de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas y la posible presencia de terceros poseedores. A lo largo del trabajo se van proponiendo soluciones a todos los problemas mencionados.

*ABSTRACT: This paper tries to answer the main questions raised by those cases in which a mortgage encumbers a plurality of properties as a guarantee of a single credit, either from the moment of its constitution or as a consequence of the division or segregation of the estate after the constitution of the mortgage. The first of these concerns is the distribution of mortgage responsibility and, specifically, its mandatory or optional nature, as well as the way in which such distribution should be carried out. The second refers to the possible admissibility of the partial cancellation of the mortgage at the request of any interested party when the part of the credit that is encumbered by one of the mortgaged estates has been paid. The plurality of properties subject to a mortgage also raises some questions during the execution process, and in particular two: whether the creditor can apply for the entire debt against each and every estate or, on the contrary, must apply against each estate for the amount for which it is encumbered; and, whether in the event that the amount corresponding to one of the estates has been satisfied, the creditor can also apply against that estate. In all this, the existence or not of the distribution of the mortgage responsibility between the estates and the possible presence of third holders plays an important role. In the course of the paper, solutions are proposed to all the problems mentioned above.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca. Finca. Pluralidad objetiva. Tercer poseedor. Distribución de la responsabilidad hipotecaria. Cancelación parcial. Ejecución hipotecaria.

**KEY WORDS:** Mortgage. Estate. Mortgage on several properties. Third holder. Distribution of mortgage responsibility. Partial cancellation. Foreclosure.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—I. LA FINCA COMO SOPORTE MATERIAL DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.—II. PLURALIDAD OBJETIVA EN LA HIPOTECA: VARIAS FINCAS GRAVADAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO.—III. VENTA O CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS GRAVADAS: EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR.—IV. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE LAS FINCAS GRAVADAS. IV.1. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y SUS EXCEPCIONES. IV. 2. REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—V. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS: V.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. V.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—VI. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS: VI.1 SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. VI.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Como es sabido, la hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles y que se establece en favor del acreedor de una obligación personal, facultándole para que, en caso de incumplimiento del deudor, pueda solicitar la realización de valor de los bienes sobre los que recae y con el dinero obtenido recibir el pago de la obligación garantizada (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 565 y 566).

Por tanto, en toda relación hipotecaria debe existir al menos: una parte deudora, una parte acreedora, una parte hipotecante<sup>2</sup> (cuando no coincida con la parte deudora) y un inmueble que garantice el pago de la obligación.

Pero hay ocasiones en las que la situación es más compleja, bien porque interviene más de un sujeto en la posición de deudor, acreedor, hipotecante, etc. (pluralidad subjetiva) o bien porque son varios los inmuebles hipotecados en garantía del pago del crédito (pluralidad objetiva).

En este trabajo me voy a centrar en el segundo supuesto, es decir, en los problemas que se plantean cuando una hipoteca grava una pluralidad de fincas en garantía de un único crédito, y, especialmente, en los relativos a la distribución de la responsabilidad hipotecaria<sup>3</sup> entre las fincas y en los efectos cancelatorios y ejecutivos de dicha distribución.

## I. LA FINCA COMO SOPORTE MATERIAL DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

La finca tiene una enorme importancia en nuestro derecho inmobiliario, pues constituye el soporte físico o material del dominio y de los derechos reales inmobiliarios (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 163) y, por ende, también del derecho real de hipoteca. Además, como es sabido, nuestra legislación hipotecaria ha adoptado el criterio de organizar el Registro de la Propiedad por fincas (sistema de folio real, en contraposición al sistema de folio personal, caracterizado porque la publicidad se organiza por personas). En este sentido, el artículo 243 de la Ley Hipotecaria dispone que *«el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente»*<sup>4</sup>.

Sin embargo, pese a la importancia que tiene la finca en nuestro sistema jurídico, la normativa hipotecaria no recoge un concepto de la misma. No lo hace ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria, y, el primero, ni siquiera mantiene una terminología uniforme para referirse a esta realidad, a la que alude bajo expresiones como *«inmuebles»* (art. 334), *«terreno»* (arts. 350 y 361), *«suelo»* (art. 360), *«heredades»* (art. 366), *«propiedad»* (art. 384), etc.

En sentido estricto, una finca constituye una porción delimitada de la corteza terrestre sobre la que se pueden ejercer los diferentes derechos reales, y, decididamente, el derecho de propiedad, pues es este el que determina su extensión y consistencia concreta (DE PABLO CONTRERAS, 2016, 50)<sup>5</sup>. Este es el concepto de finca del que parece partir la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), que ha sido la única norma que se ha preocupado de recoger un concepto de finca, y que la define como *«la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo»*.

Pero a efectos del derecho de hipoteca, debemos partir de un concepto más amplio de finca. Y es que, de acuerdo al artículo 106 de la Ley Hipotecaria, pueden ser hipotecados todos aquellos inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Por tanto, en el ámbito hipotecario, el término finca debe identificarse con la denominada finca registral, que incluye no solo las fincas en sentido estricto a las que me he referido en el párrafo anterior, sino también otras entidades inmobiliarias susceptibles de abrir folio en el Registro de la Propiedad (DE PABLO CONTRERAS, 2016, 89 y 90)<sup>6</sup>. Entre dichas entidades inmobiliarias se encuentran las explotaciones agrícolas o industriales que formen una unidad orgánica, aunque estén compuestas por predios o edificios distintos y no necesariamente colindantes (art. 8.2 de la Ley Hipotecaria) o los pisos y locales de un edificio

en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen (art. 8.5 de la Ley Hipotecaria)<sup>7</sup>. De hecho, el carácter hipotecable de los pisos y locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal está expresamente previsto en el artículo 107.11 de la Ley Hipotecaria<sup>8</sup>.

Por otro lado, no solo puede hipotecarse el derecho de propiedad sobre dichos inmuebles, sino también otros derechos, como el usufructo (art. 107.1 de la Ley Hipotecaria)<sup>9</sup>—así mismo, la nuda propiedad sobre la finca usufructuada<sup>10</sup> (art. 107.2 de la Ley Hipotecaria)<sup>11</sup>—, el propio derecho de hipoteca—dando lugar a la denominada subhipoteca— (art. 107.4 de la Ley Hipotecaria)<sup>12</sup>, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real (art. 107.5 de la Ley Hipotecaria), el derecho de retracto convencional (art. 107.8 de la Ley Hipotecaria)<sup>13</sup> o el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial (art. 107.12 de la Ley Hipotecaria)<sup>14</sup>.

## II. PLURALIDAD OBJETIVA EN LA HIPOTECA: VARIAS FINCAS GRAVADAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO

Como adelantaba en el apartado introductorio, aunque lo más frecuente es que la hipoteca recaiga sobre una sola finca, es perfectamente posible que se extienda sobre dos o más fincas, dando lugar a la denominada pluralidad objetiva en la hipoteca.

Y es que, no es extraño que, en algunos supuestos, la cuantía del crédito impida que su cumplimiento pueda asegurarse con el valor de una sola finca, siendo preciso hipotecar varias a la vez (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925). Cuando ello sucede hablamos de pluralidad objetiva originaria.

También puede ocurrir que la finca gravada se divida o se segregue tras la constitución de la hipoteca, dando lugar a dos o más fincas, en cuyo caso hablamos de pluralidad objetiva sobrevenida. La diferencia entre la división y la segregación es que mientras la primera consiste en la operación registral en cuya virtud la totalidad de una finca inmatriculada se divide en dos o más porciones, que pasan a formar nuevas fincas (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (3), 546), como ocurre por ejemplo en los supuestos de división horizontal de un edificio; la segunda es la operación registral en cuya virtud se separa parte de una finca inmatriculada para formar una finca nueva (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (3), 510).

Téngase en cuenta que la división y la segregación pueden constituir operaciones aisladas o bien estar unidas a un acto de disposición (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008



(3), 546). De hecho, no es infrecuente que el propietario de una finca la divida o segregue con el objeto vender una de las porciones, bien de forma simultánea o bien con posterioridad.

Por lo demás, el resultado al que se llega tanto en los supuestos de pluralidad originaria como sobrevenida es el mismo: la obligación queda garantizada por una hipoteca que grava varias fincas. Sin embargo, como enseguida vamos a ver, nuestro ordenamiento recoge diferentes soluciones para abordar los problemas que plantea la pluralidad objetiva en función de si esta es originaria o sobrevenida.

### III. VENTA O CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS GRAVADAS: EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR

Como tendremos la oportunidad de observar a lo largo de estas páginas, el legislador ha decidido otorgar una especial protección al tercer poseedor de alguna de las fincas gravadas, por lo que la presencia de este puede tener incidencia en las diferentes cuestiones que vamos a abordar: distribución de la responsabilidad hipotecaria, cancelación parcial y ejecución. Téngase en cuenta que, aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no asume la obligación personal garantizada, sí soporta el gravamen hipotecario que recae sobre dicha finca (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 826), lo que justifica el tratamiento específico que el ordenamiento le otorga.

La figura del tercer poseedor puede aparecer en diferentes supuestos. Por ejemplo, cuando tras el establecimiento de una hipoteca sobre una pluralidad de fincas, el propietario procede a la venta de alguna de ellas o a la constitución de derechos reales limitados. También cuando se produce la división o segregación de una finca hipotecada y el propietario dispone de alguna de las porciones resultantes o constituye derechos reales sobre las mismas, pues como he señalado en el epígrafe precedente, la división y la segregación pueden constituir operaciones aisladas o bien estar unidas a un acto de disposición, ya sea simultáneo o posterior.

Tercer poseedor será tanto aquel que adquiere la propiedad de la finca hipotecada como aquel que solo adquiere el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo (artículo 662.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, para ser tercer poseedor es necesario adquirir o bien la propiedad o bien un derecho real que implique el dominio útil o directo sobre la finca.

Además, para ser considerado tercer poseedor a los efectos que aquí nos interesan, es necesario que la adquisición se haya producido antes de que tenga lugar la ejecución de la hipoteca. En concreto, debe tener lugar

antes de que se haga constar en el Registro de la Propiedad, a través de la correspondiente nota marginal, el inicio de la ejecución hipotecaria (STS de 12 de julio de 1941). Como señala CORDERO LOBATO (2013, 1848) «*la distinta protección dispensada a los adquirentes anteriores y posteriores a la nota marginal referida está justificada en el hecho de que estos últimos están advertidos de la ejecución*».

Cabe preguntarse si es necesario que el adquirente del dominio sobre la finca inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad para ser considerado tercer poseedor. Al respecto, el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a señalar que el adquirente debe poder acreditar ante el acreedor la adquisición de que se trate, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que no es necesaria la inscripción de la adquisición para adquirir la condición de tercer poseedor (CORDERO LOBATO, 2013, 1848 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 610).

Por lo demás, para que una persona adquiera la condición de tercer poseedor, hay que entender que no debe ser parte en la compleja relación hipotecaria. Por tanto, no debe haber participado en la constitución de la misma (no es tercer poseedor el hipotecante) ni tampoco en un momento posterior. Y es que, si el adquirente pasara a ser deudor por haberse subrogado en la deuda<sup>15</sup>, perdería la condición de tercer poseedor, puesto que dejaría de ser un tercero en la relación hipotecaria para pasar a ser parte en la misma.

Finalmente, cabe advertir que el concepto de tercer poseedor de la finca hipotecada no debe confundirse con el concepto de tercero hipotecario, que es aquel que cuenta con la protección de la fe pública registral (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (2), 144 y 161 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 610). Y es que, aunque en ocasiones pueden coincidir, son realidades distintas (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 827). A modo de ejemplo, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para que la fe pública registral puede desplegar sus efectos que la adquisición se haya producido a título oneroso, mientras que el concepto de tercer poseedor incluye también al adquirente del dominio de la finca hipotecada a título gratuito. Además, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige que el tercer adquirente haya inscrito su derecho, y ya hemos visto que en el caso del tercer poseedor la doctrina se inclina por no exigir la inscripción.

#### IV. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE LAS FINCAS GRAVADAS

Cuando una hipoteca recae sobre varias fincas en garantía de un único crédito, son dos las alternativas posibles: que se distribuya la responsabilidad

hipotecaria entre las diferentes fincas, de modo que cada una de ellas solo responda por la cantidad que le sea atribuida, o bien que cada una de las fincas hipotecadas responda por la totalidad de la deuda, dando lugar a la denominada hipoteca solidaria.

No es una cuestión baladí, pues como iremos viendo, dependiendo de la alternativa que se adopte, los efectos cancelatorios y ejecutivos serán distintos. Cabe anticipar ya que, con carácter general, la distribución de la responsabilidad hipotecaria beneficia al propietario o titular de otro derecho real sobre las fincas hipotecadas, mientras que la hipoteca solidaria favorece al acreedor hipotecario.

En realidad, nos encontramos ante una pugna entre los principios de especialidad y de indivisibilidad de la hipoteca. El principio de especialidad está previsto en los artículos 12 y 119 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 216 y ss. del Reglamento Hipotecario, y, en el supuesto que nos ocupa, consiste en que el importe por el que responde cada bien hipotecado debe estar perfectamente determinado. Respecto al principio de indivisibilidad, está recogido en el artículo 1860 del Código civil y en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, y consiste en que la reducción del crédito garantizado por la hipoteca no conlleva la extinción parcial de esta (*tota in toto et tota in qualibet parte*), que seguirá gravando la cosa por entero hasta que se satisfaga la totalidad del crédito garantizado (RDGRN de 15 de octubre de 1999 y de 4 de junio de 2003).

Así, la distribución de la responsabilidad hipotecaria supone anteponer el principio de especialidad al de indivisibilidad de la hipoteca, mientras que la no distribución garantiza el principio de indivisibilidad de la hipoteca, pero a costa de situar en un segundo plano el principio de especialidad.

A continuación, voy a analizar por separado las dos cuestiones más problemáticas que se plantean en torno a la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas: su carácter preceptivo/facultativo y el modo concreto en el que puede llevarse a cabo dicha distribución.

#### IV.1. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y SUS EXCEPCIONES

Nuestro legislador parece haber optado, con carácter general, por dotar al principio de especialidad de un carácter preferente. De hecho, tal y como viene apuntando algún autor (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 803), el principio de indivisibilidad no se configura como un elemento esencial o estructural de la hipoteca, opinión que comparto, puesto que las partes puede excluirlo de común acuerdo (no así el de especialidad).

Con base en lo anterior, nuestro ordenamiento rechaza, con carácter general, la hipoteca solidaria, precisamente por ir en contra del principio de especialidad<sup>16</sup> (RDGRN de 16 de marzo de 1929, de 3 de mayo del 2000 y de 16 de mayo de 2012; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2003, 211; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 2009, 534; MARTOS CALABRÚS, 2015, 14; RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 806; y SERRA RODRÍGUEZ, 2017, 336 y 337).

En este sentido, si la hipoteca recae sobre varias fincas desde el mismo momento de su constitución, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas es obligatoria, pues así lo exigen los artículos 119 y 246 de la Ley Hipotecaria<sup>17</sup>. El primero de los mencionados preceptos señala que *«cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder»*, mientras que el segundo dispone que *«si el título (...) fuere de constitución de hipoteca, deberá expresarse (...) la parte de crédito de que responda cada una de las fincas o derechos y el valor que se les haya asignado para caso de subasta»*. En concordancia con ello, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario dispone que *«no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas (...)»*.

Por tanto, en los supuestos de pluralidad objetiva originaria, la distribución de la responsabilidad hipotecaria se configura como un requisito *sine qua non* para la inscripción de la hipoteca<sup>18</sup>, y, de faltar, el registrador deberá rechazar la inscripción (suspendiéndola, pues se trata de un defecto subsanable<sup>19</sup>). Si tenemos en cuenta, además, que la inscripción es un requisito constitutivo de la hipoteca, podemos concluir que la falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria impide la constitución del derecho real de hipoteca.

La prohibición de constituir hipotecas solidarias no puede eludirse ni siquiera acudiendo a otras fórmulas, como podría ser constituir sucesivas hipotecas sobre las fincas (CORDERO LOBATO, 2013, 12766 y 12824). En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en un supuesto en el que se pretendía añadir otra hipoteca en garantía de una obligación previamente distribuida entre varias fincas, estimó que se requería una nueva redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas (RDGRN de 3 de mayo del 2000).

A mi modo de ver, la prohibición de la hipoteca solidaria resulta acertada, pues su admisión conllevaría importantes perjuicios para el deudor hipotecante: debería soportar una sobregarantía desproporcionada y sus posibilidades de financiación hipotecaria se verían menoscabadas (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824), puesto que parece complicado que una nueva entidad quiera conceder financiación a sabiendas de que existe una hipoteca preferente sobre la finca susceptible de absorber todo su valor. Pero no solo el deudor hipotecante se vería perjudicado, también lo estaría un posible tercer adquirente de una de las fincas, ya que la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas le proporciona la seguridad de conocer en todo momento el importe fijo por el que responde la finca que adquiera. Y es que, el juego de la solidaridad supone que, si por cualquier motivo una de las fincas no responde (por ejemplo, por estar afectada a una carga preferente que absorba todo su valor), se aumentaría la responsabilidad efectiva de las demás, incluidas las de los nuevos adquirentes (MARTOS CALABRÚS, 2015, 15).

No obstante lo anterior, hay algunas excepciones en las que nuestro ordenamiento admite las hipotecas solidarias, como ocurre por ejemplo en la hipoteca que asegura una emisión de obligaciones (art. 156.4 de la Ley Hipotecaria), en la subhipoteca que incorporan los bonos hipotecarios (art. 13 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario), en la hipoteca de establecimiento mercantil (art. 20 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión), incluso aunque comprenda varias fincas (CORDERO LOBATO, 2013, 12824), en la hipoteca sobre varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho (art. 217 del Reglamento Hipotecario), en la hipoteca sobre la totalidad de un edificio dividido por pisos que pertenecen a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código civil (art. 218.1 del Reglamento Hipotecario)<sup>20</sup>, en los supuestos de anotaciones preventivas, debido al carácter provisional de las mismas (arts. 167 y 216 del Reglamento Hipotecario), en el supuesto de afección de todos los bienes al pago de la legítima (art. 15 de la Ley Hipotecaria) o el caso de la hipoteca en garantía del aplazamiento del impuesto de sucesiones (art. 82.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), cuya concesión implica la constitución de una hipoteca legal a favor del Estado sobre todas las fincas de la sucesión.

Pero la excepción que más nos interesa en este estudio es la prevista en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, referida a aquellos supuestos en los que una finca hipotecada se divide en dos o más tras la constitución de la hipoteca. En estos casos, en los que la pluralidad de fincas hipotecadas se produce de forma sobrevenida, el principio de indivisibilidad de la hipoteca adquiere mayor intensidad. Y es que, pese a que dicho principio no impide

que con posterioridad a la constitución de la hipoteca la finca sobre la que recae pueda ser objeto de división o segregación (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925), sin que para ello resulte necesario el consentimiento del acreedor (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2000, 477), sí excluye el carácter preceptivo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria (a diferencia de lo que hemos visto para el supuesto de pluralidad objetiva originaria). En estos casos, la distribución de la responsabilidad, de acuerdo al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es voluntaria, y requiere el acuerdo entre acreedor y deudor: «*si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor (...)*».

Por tanto, la división o segregación de la finca gravada es irrelevante para el titular del crédito hipotecario, que no se verá afectado por dichas operaciones, ya que su derecho continuará recayendo sobre la totalidad del bien primitivo (CORDERO LOBATO, 2013, 12834; y RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925). Ello, salvo que consienta la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes.

En caso de que las partes no acuerden voluntariamente la división del crédito hipotecario, la hipoteca se convierte en solidaria (RDGRN de 30 de octubre de 2017; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2000, 478; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159; y MARTOS CALABRÚS, 2015, 3), pues, como adelantaba, se trata de una de las excepciones en las que nuestro ordenamiento admite esta figura.

El mantenimiento de la solidaridad en este supuesto ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159), que consideran que resultaría más adecuado aplicar la misma regla que se prevé para los supuestos de pluralidad objetiva originaria y exigir, por tanto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas. Un posible remedio sería aplicar a este caso la misma solución que da la Dirección General de los Registros a los supuestos en los que se añade otra hipoteca en garantía de una obligación previamente distribuida entre varias fincas, que ya hemos visto que exige una nueva redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas (RDGRN de 3 de mayo del 2000). No obstante, el tenor del artículo 123 de la Ley Hipotecaria es muy claro al excluir dicha posibilidad, y, a mi modo de ver, la solución ofrecida por el legislador resulta razonable, pues la distribución de la responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la ulterior división de la finca puede perjudicar al acreedor, limitando sus posibilidades de ejecución hipotecaria para el cobro de la deuda. Además, iría en contra del principio de seguridad jurídica. Por ello, parece coherente exigir su consentimiento.

#### IV.2. REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Como señalan DÍAZ CADÓRNIGA y MARTORELL GARCÍA (2009), la distribución de la responsabilidad hipotecaria consiste en «*el acto por el cual se procede a la fijación de la parte de crédito de que deba responder (inter partes o frente a terceros) cada una de las fincas cuando sean varias las que se hipotequen a la vez en garantía de un solo crédito (pluralidad objetiva originaria), o cuando la finca hipotecada se divida en dos o más, o se segregue de ella alguna parte (pluralidad objetiva sobrevenida)*». Por tanto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria no implica la división del crédito (STS de 4 de febrero de 2005; y RDGRN de 17 de octubre de 2001), que seguirá siendo único.

Corresponde a las partes de común acuerdo decidir el modo en el que se va a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas. A falta de acuerdo, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de que sea el juez el que decida sobre esta cuestión. Ahora bien, ello, siempre que la distribución sea preceptiva (en los supuestos de pluralidad objetiva originaria), pues cuando esta se establece con carácter facultativo (en los supuestos de pluralidad objetiva sobrevenida), la falta de acuerdo impedirá la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Es conveniente, especialmente para el acreedor, que la distribución de la responsabilidad hipotecaria se lleve a cabo de la forma más precisa posible. Y es que, si luego resulta que algunas fincas responden de mucho más de lo que valen en realidad y otras de mucho menos, puede verse comprometida su garantía de cobro. Pongamos, por ejemplo, que el deudor decide vender aquellas fincas cuyo valor real excede la cantidad por la que responden y mantener aquellas otras que responden de más de lo que valen. Pues bien, si tenemos en cuenta que en un supuesto como el descrito el acreedor solo podría dirigirse contra el tercer adquirente por la cantidad de la que responda su finca (como posteriormente veremos), tendría complicado poder cobrar el resto del importe que se le debe ejecutando la hipoteca sobre aquellas fincas cuya responsabilidad excede su valor real.

Respecto al modo en el que deben proceder las partes para llevar a cabo esta operación, en el caso de la pluralidad objetiva originaria, si la distribución de la responsabilidad hipotecaria no se hubiera practicado en el mismo título de constitución de la hipoteca, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario faculta a las partes para subsanar dicha omisión mediante documento público o solicitud dirigida al registrador. Cabe entender que dicha solicitud podrá consistir en un documento privado que incluya el acuerdo alcanzado entre las partes (FAYOS FEBRER, 2012).

En los supuestos de pluralidad objetiva sobrevenida resulta más discutible que la distribución de la responsabilidad hipotecaria pueda llevarse a

cabo en documento privado. Y es que, de la propia norma parece derivarse la exigencia de que se realice en escritura pública, puesto que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige que, para que puedan ser inscritos los títulos, estén consignados en escritura pública. Es cierto que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario permite que las partes acuerden la distribución de la responsabilidad hipotecaria en un documento privado, pero la interpretación más razonable es que dicho precepto recoge una excepción a la regla general, referida únicamente al supuesto de hecho regulado en él (MARTOS CALABRÚS, 2015, 3). En otras palabras, la excepción se referiría únicamente a los casos de pluralidad objetiva originaria, y no a los de pluralidad objetiva sobrevenida. No obstante, no lo ha considerado así la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha decidido hacer extensiva a estos supuestos la solución del artículo 216 del Reglamento Hipotecario y ha admitido que la distribución de la responsabilidad hipotecaria pueda llevarse a cabo también en documento privado (RDGRN de 7 de enero de 2004).

Por otro lado, aunque el artículo 123 de la Ley Hipotecaria se refiere exclusivamente al acreedor y al deudor, el Tribunal Supremo ha interpretado que, si hubiera terceros adquirentes de alguna de las fincas, también deberán prestar su conformidad con la distribución que se haga, so pena de declaración de nulidad de dicha distribución (STS de 25 de noviembre de 2008<sup>21</sup>; y RDGRN de 15 de junio de 1993 y de 16 de marzo de 1999). Ello resulta lógico, pues en caso contrario podría distribuirse arbitrariamente la responsabilidad y atribuirse a su finca una responsabilidad superior a la que realmente le corresponde, con los perjuicios que ello le causaría a efectos cancelatorios y ejecutivos. Así mismo, pese a la ausencia de previsión legal y jurisprudencial, parece razonable entender que junto al tercer poseedor también deberán participar en el acuerdo distributivo otros sujetos que pudieran verse afectados por el mismo (hipotecante no deudor, fiador, etc.).

Ahora bien, plantea dudas si también debe participar en el acuerdo de distribución de la responsabilidad hipotecaria el tercero que compra una de las fincas pero que todavía no ha adquirido la propiedad sobre la misma en el momento de dicha distribución, por no haber tenido lugar la *traditio* (es decir, cuando la distribución se lleva a cabo una vez celebrado el contrato de compraventa, pero antes de que se entreguen las llaves o se otorgue escritura pública). Al respecto, parece claro que, de atribuir a dicha finca una responsabilidad hipotecaria mayor a su valor real, el vendedor estaría incumpliendo el contrato, puesto que se vería vulnerado el derecho del comprador a recibir la vivienda por el coste estipulado, y, además, no podría subrogarse en el préstamo en el momento de otorgar escritura pública (MARTOS CALABRÚS, 2015, 5). Así, el comprador tendría a su disposi-



ción las acciones de resolución e indemnización, junto a la posibilidad de retener el precio que quede por pagar (art. 1502 del CC). Pero no resulta tan claro si la distribución hipotecaria es nula por faltar el consentimiento del tercero que pese a haber comprado una de las fincas, todavía no ha adquirido su propiedad. Entiendo que la distribución no será nula cuando el acreedor desconociera que la finca ha sido vendida a un tercero. Sin embargo, cuando el acreedor conociera este hecho, el acuerdo de distribución podría constituir un contrato en daño de tercero (MARTOS CALABRÚS, 2015, 6). Dicha figura no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, pero la jurisprudencia ha considerado que el contrato en daño de tercero presenta una causa ilícita constitutiva de causa torpe (art. 1306 del CC) que acarrea su nulidad (STS de 25 de enero, de 25 de febrero y de 11 de octubre de 2013). Por tanto, el comprador podría exigir que el acuerdo distributivo sea declarado nulo (MARTOS CALABRÚS, 2015, 6).

## V. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS

No es raro que, cuando una hipoteca recae sobre varias fincas, el deudor o un tercer poseedor traten de cancelar la carga hipotecaria sobre alguna de ellas con objeto de liberarla y poder disponer de ella, hipotecarla de nuevo, etc.; especialmente cuando atraviesen situaciones de falta de liquidez. Además, junto al deudor y el tercer poseedor, puede haber otros interesados en la cancelación de la hipoteca sobre alguna de las fincas, como un eventual fiador, un posible acreedor posterior, etc.

Como señalan ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO (2008 (1), 460), la cancelación es el asiento del Registro en cuya virtud se extingue formalmente otro asiento registral; y, a tenor del artículo 78 de la Ley Hipotecaria, dicha cancelación podrá ser total o parcial, en función de si afecta a todo el derecho real de hipoteca o simplemente reduce la extensión de la misma.

De acuerdo al artículo 80 de dicha Ley, la cancelación parcial cabe en dos supuestos: cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado. En aquellos casos en los que se haya pagado una parte del crédito, nos encontraríamos ante este último supuesto (reducción del crédito), por lo que cabría pensar en la posibilidad de que cualquier interesado solicitara la cancelación parcial de la hipoteca. Para valorar la viabilidad de esta opción, vamos a analizar por separado dos supuestos: aquellos en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas y aquellos en los que no existe tal distribución.

## V.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

La posibilidad de solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez pagada la parte del crédito que grava una de las fincas está excluida, en principio, por el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos»*. Ello es consecuencia del principio de indivisibilidad de la hipoteca, que como regla impide la cancelación parcial de la misma pese a que se reduzca el importe del crédito por ella garantizado (RDGRN de 30 de octubre de 2017; y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2003, 211).

Por tanto, la regla general es que el pago de una parte del crédito no da derecho a la cancelación parcial de la hipoteca, salvo que medie consentimiento del acreedor. Ahora bien, dicha regla tiene una excepción, prevista en el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, al que se remite expresamente el artículo 122. El mencionado precepto prevé que *«dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre»*. En términos semejantes se pronuncia el artículo 221 del Reglamento Hipotecario, pero referido específicamente al tercer poseedor de una de las fincas: *«distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme a los artículos 119 y siguientes de la Ley, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas»*.

De la lectura del artículo 124 de la Ley Hipotecaria podemos extraer que, si se da el supuesto de hecho en él previsto, cualquier interesado puede solicitar la cancelación parcial de la hipoteca. Corresponde entonces analizar si el supuesto de hecho del artículo 124 de la Ley Hipotecaria es el mismo que el que nos ocupa en este estudio, pues solo en ese caso cabría admitir esta posibilidad. Es decir, hay que determinar si nos encontramos ante la excepción prevista en el artículo 124 (lo que facultaría a cualquier interesado para solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez satisfecha la cantidad que grava una de las fincas) o por el contrario debemos acudir al régimen general que recoge el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (lo que negaría dicha posibilidad).

Durante algún tiempo, la Dirección General de los Registros y del Notariado vino decantándose por la primera opción y admitiendo, por tanto, la cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del pago de la cantidad que grava una de las fincas (RDGRN de 27 de enero y de 4 de diciembre de 1986, de 15 de enero de 1991 y de 16 de julio de 1996). También llegó a admitirla la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 21 de noviembre de 2000, pero limitándola a aquellos supuestos en los que existieran terceros adquirentes de alguna de las fincas, de manera que, no existiendo estos, la distribución de la responsabilidad hipotecaria quedaría inoperante entre los contratantes, funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria.

El Tribunal Supremo no se pronunciaría expresamente sobre esta cuestión hasta su Sentencia de 4 de febrero de 2005, en la que se opone a la aplicación de los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario, al considerar que el supuesto debe resolverse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, negando por tanto la posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca. Para ello, argumenta que no nos encontramos ante la división de un crédito entre varias fincas (que, de acuerdo al Alto Tribunal, sería el supuesto de hecho de los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario), sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas. Además, entiende que para que pudiera proceder la cancelación parcial de la hipoteca, el acreedor debería haber consentido una imputación específica de la cantidad pagada a la liberación de una finca concreta. Con base en todo ello, considera que ningún interesado está facultado para exigir la cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del pago de la parte del crédito que grava una de las fincas.

Esta postura ha sido mantenida en alguna sentencia posterior (STS de 28 de septiembre de 2009) y también ha sido seguida por la jurisprudencia menor (SAP de Jaén de 14 de julio de 2011 y SAP de Murcia de 25 de septiembre de 2012) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN de 30 de octubre de 2017). También parte de la doctrina se ha mostrado favorable a la misma (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12825).

No obstante, a mi modo de ver, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo resulta discutible. Estoy de acuerdo con el alto Tribunal en que el crédito es único, de eso no hay duda. Pero creo que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y el artículo 221 del Reglamento Hipotecario contemplan precisamente este supuesto: el de un único crédito garantizado por varias fincas, y no el de la división del crédito entre las mismas. Téngase en cuenta que el artículo 124 hace referencia a una única obligación garantizada, y no a varias, como parece defender el Tribunal Supremo. Para corroborarlo basta

observar su tenor literal: «*dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas(...)*». Como puede observarse, el artículo 124 se refiere a la división de la hipoteca, no a la división del crédito, lo que creo que es incompatible con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo<sup>22</sup>. Más claro, si cabe, resulta el artículo 221 del Reglamento Hipotecario, que comienza diciendo «*distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme al artículo 119 y ss. de la Ley (...)*», dejando claro que parte del mismo supuesto que el previsto en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, que no es otro que el de la distribución de la responsabilidad hipotecaria de un único crédito.

Además, una interpretación sistemática de los artículos 119 a 125 de la Ley Hipotecaria no deja duda de que todos ellos parten de la unidad del crédito, ya que en ningún momento se indica que el artículo 124 parta de un supuesto diferente (algo que, de quererlo así el legislador, lo habría advertido). De hecho, el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (respecto del que no cabe duda de que se refiere a supuestos de división de la hipoteca y no del crédito), prevé expresamente que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria recoge una excepción a lo dispuesto en él, dando a entender, a mi modo de ver, que el supuesto de hecho del que parten ambos preceptos es el mismo. Así mismo, el artículo 125 de la Ley Hipotecaria (al que me referiré nuevamente en el siguiente subapartado) recoge una especie de excepción a la excepción, al establecer que «*cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo ciento veintitrés, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho*». Pues bien, si llevamos una interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto en el precepto llegamos a la misma conclusión que vengo manteniendo: en caso de que la responsabilidad hipotecaria haya sido dividida entre varias fincas, cabe exigir la liberación de la finca respecto de la que se haya pagado la cantidad que la grava.

A mayor abundamiento, ya hemos visto que nuestra legislación parece haber optado, con carácter general, por dotar al principio de especialidad de un carácter preferente sobre el de indivisibilidad, al configurarlo como un elemento esencial o estructural de la hipoteca (no así el de indivisibilidad, que puede ser excluido por las partes de común acuerdo). Precisamente, por ir en contra del principio de especialidad, la hipoteca solidaria debe tener un carácter excepcional. No obstante, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia supone invertir la anterior regla y anteponer el principio de indivisibilidad al de especialidad, convirtiendo la hipoteca solidaria en la regla general, lo que a mi modo de ver contraviene el espíritu de la ley.

Otro argumento al que recurre el Tribunal Supremo para justificar su postura es que, para que pudiera proceder la cancelación parcial de la

hipoteca, el acreedor debería haber consentido una imputación específica de la cantidad pagada a la liberación de una finca concreta. Al respecto, es cierto que, si acudimos al régimen general de imputación de pagos, parece que no habría derecho a exigir que el dinero que el deudor va amortizando regularmente se destine a la liberación de una concreta de las fincas gravadas. Y es que, en este supuesto no resulta de aplicación el artículo 1172 del Código civil, puesto que se refiere a aquellos casos en los que una persona tenga varias deudas en favor de un mismo acreedor, y en el supuesto que estamos estudiando la deuda es única. No obstante, considero que es el propio artículo 124 de la Ley Hipotecaria el que faculta al deudor para decidir que los pagos realizados se imputen a la liberación de una finca concreta, al señalar que «(...) si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre». De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que es ineficaz el pacto por el que el deudor renuncie a este derecho a poder elegir, por ir en contra del interés público (RDGRN de 27 de enero de 1986 y de 16 de julio de 1996).

Un argumento al que no recurre el Tribunal Supremo, pero sí la Dirección General de los Registros y del Notariado, es que el acreedor no estaría obligado a aceptar pagos parciales del crédito, lo que excluiría igualmente la posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca sobre una de las fincas gravadas (RDGRN de 1 de julio de 2016 y de 30 de octubre de 2017). Para ello acude al artículo 1169.1 del Código civil, que prevé que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». En el caso de que la finca que se pretenda liberar haya pasado a un tercer poseedor, no se plantean mayores problemas, pues el artículo 221 del Reglamento Hipotecario le faculta expresamente para pagar al acreedor el importe por el que responda su finca y así liberarla, tal y como reconoce la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la mencionada resolución<sup>23</sup>. No lo ve así, sin embargo, en el caso del deudor hipotecario, respecto del que niega la posibilidad de realizar pagos parciales. No obstante, a mi modo de ver, en el supuesto que nos ocupa no se discute la posibilidad de realizar o no pagos parciales, sino si una vez pagada la parte del crédito que grava una de las fincas (ej. mediante el abono regular de las cuotas del préstamo en los plazos establecidos), puede solicitarse la liberación de dicha finca. Y la respuesta creo que debe ser una vez más afirmativa, puesto que así lo autoriza expresamente el artículo 124 de la Ley Hipotecaria. Cuestión distinta sería que el deudor tratara de pagar anticipadamente la parte del crédito que grava una de las fincas, pues en ese caso el acreedor sí estaría

facultado a rechazar el pago (a diferencia de lo que hemos visto que ocurre cuando el que ofrece el pago es un tercer poseedor de la finca), lo que impediría la cancelación parcial de la hipoteca. Pero como digo, aquí no se está discutiendo si el deudor puede pagar anticipadamente una parte del crédito, sino si una vez pagada una parte, es posible solicitar la liberación de la finca.

Por lo expuesto, considero que resulta de aplicación el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y la excepción en él recogida, y que, por tanto, cualquier interesado puede solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez satisfecha la cantidad que grava alguna de las fincas hipotecadas.

Creo que la postura que defiendo no solo resulta más acorde con el literal de la norma, sino que además parece más razonable desde el punto de vista de la reciprocidad de los intereses y derechos entre las partes, ya que la solución propuesta por el Tribunal Supremo puede dar lugar a una situación de sobregarantía, pues una vez abonada la cantidad correspondiente a una de las fincas, el crédito quedaría asegurado mediante unas garantías desproporcionadas en relación con el capital pendiente. Y es que, la aplicación de la solidaridad en estos supuestos puede dar lugar a situaciones realmente absurdas. Veámoslo con un ejemplo: se concede un préstamo hipotecario de 500.000 € en garantía del cual se hipotecan dos inmuebles, de modo que uno responde por 50.000 € y el otro por 450.000 €. Imaginemos que el deudor ha amortizado ya 400.000 € mediante el pago periódico de sus cuotas, y, debido a un problema de liquidez, desea liberar la primera finca (que responde de 50.000 €) con el objeto de disponer de ella libre de cargas o bien de rehipotecarla. Pues bien, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia, supone negar esta posibilidad al deudor. Creo que es palpable lo desproporcionado de la garantía y los enormes perjuicios que ello puede causar al deudor, que se ve imposibilitado para disponer de la finca libre de cargas o acceder a financiación complementaria a través de la celebración de nuevos contratos de préstamo garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autoriza la ley.

Es cierto que es posible disponer de la finca aunque pese sobre ella un derecho de hipoteca, pero ello conllevará normalmente un descuento en el importe del precio de la venta, y, aunque el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria prevé que cuando se satisfaga la parte de deuda restante con la consiguiente extinción de la hipoteca, el vendedor tiene derecho a reclamar al comprador el importe retenido o descontado, lo normal es que no recupere toda la cantidad descontada. Y es que, quien compra una finca hipotecada suele exigir un descuento superior a la cuantía en la que la hipoteca grava la finca, por los riesgos derivados de la adquisición de un bien sobre el que pesa un derecho de hipoteca. Por tanto, el perjuicio patrimonial para el vendedor resulta innegable.

Como adelantaba, el dueño de la finca al que se le niega la posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca que la grava, también se verá perjudicado si trata de obtener un nuevo préstamo garantizado por la finca hipotecada. En algunos casos, ni siquiera habrá quien esté dispuesto a ofrecerle financiación, y, de hacerlo, lo hará probablemente en unas condiciones menos ventajosas que las que le ofrecería si se tratara de una finca libre de cargas. Por tanto, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia supone menoscabar injustificadamente la capacidad de endeudamiento del propietario de la finca hipotecada, que es precisamente lo que trata de evitar el legislador al prohibir la hipoteca solidaria (CORDERO LOBATO, 2013, 12747 y 12748).

Además, el deudor hipotecario en muchos casos tendrá la consideración de consumidor, y ello hace que resulte de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Al respecto, el artículo 88.1 del mencionado texto señala que *«en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido»*. Aunque se refiere a aquellos supuestos en los que se incluya esta cláusula en las condiciones generales de la contratación (lo que no abarcaría el supuesto que nos ocupa), es una muestra de que el legislador considera que las garantías desproporcionadas suponen una situación de abuso. Pero incluso podría entrar en juego en el supuesto objeto de estudio, si por ejemplo la escritura de hipoteca recogiera una cláusula por la que el deudor renuncie a su derecho a solicitar la liberación de una de las fincas gravadas y la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca sobre dicha finca. Y es que, dicha cláusula resultaría abusiva, y, por tanto, nula.

Respecto al modo en el que debe procederse para solicitar la cancelación parcial de la hipoteca, dependerá de que exista o no conformidad del acreedor. En caso afirmativo, la opción más factible es otorgar escritura pública de cancelación, tal como prevén los artículos 82.1 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario. Por el contrario, si el acreedor se opone a la cancelación parcial, parece que la única alternativa es que esta se lleve a cabo mediante sentencia judicial (RDGRN de 30 de octubre de 2017)<sup>24</sup>.

En tal caso, deberá acreditarse que ha sido amortizada la parte del crédito que grava la finca cuya liberación se pretende. La opción más adecuada para ello sería la presentación de una carta de pago emitida por el acreedor, pero ello no siempre será posible, ya que el acreedor puede negarse a emitirla. Cuando esto ocurra, si se trata de una entidad bancaria, a mi modo de ver no habría inconveniente en que el pago se acredite a través de una certificación en la que conste, bien el saldo del préstamo que ya se ha amortizado, o bien el saldo pendiente de amortizar. Ello permitiría comprobar si la cantidad que se ha pagado es suficiente para cubrir la parte del crédito que grava la finca cuya liberación se pretende. En otro caso,

creo que la única opción sería que el juzgado competente librara oficio al acreedor para que indicara la cantidad que se ha amortizado del préstamo (en tal caso, por tanto, únicamente cabría acudir a la vía judicial).

Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que la cancelación parcial de la hipoteca sobre una de las fincas requiere también la conformidad de los terceros adquirentes de cualquiera de las fincas restantes, pues considera que, en caso contrario podría concentrarse la responsabilidad hipotecaria sobre su finca de forma desproporcionada (RDGRN de 15 de junio de 1993 y de 16 de marzo de 1999). A mi modo de ver, el argumento cae por su propio peso, ya que, como estamos viendo, el presupuesto para que pueda proceder la cancelación parcial de la hipoteca es que exista una previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas, y la cancelación parcial no conlleva una redistribución de dicha responsabilidad, por lo que el riesgo al que se refiere la Dirección General de los Registros y del Notariado es inexistente. Cuestión distinta sería que, en un supuesto de no distribución de la responsabilidad, el acreedor aceptara la cancelación parcial de la hipoteca ante el pago parcial de la obligación garantizada. Y es que, ello exigiría la distribución de la responsabilidad hipotecaria, una operación que, como hemos visto en su momento, sí requeriría la conformidad del tercer adquirente, pues en este caso sí existiría el riesgo de que se distribuyera arbitrariamente la responsabilidad y se atribuyera a su finca una responsabilidad superior a la que realmente le corresponde. Además, si se exigiera la conformidad del tercer adquirente para la cancelación parcial de la hipoteca, también habría de exigirse la conformidad del propio deudor cuando es un tercer adquirente el que pretende la cancelación parcial de la hipoteca que grava su finca.

## V.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

En caso de que no se haya dividido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, por tratarse de un supuesto de pluralidad objetiva sobrevenida en el que las partes no han acordado voluntariamente dicha distribución, no se plantean demasiadas dudas, pues como he adelantado, el artículo 125 de la Ley Hipotecaria impide la cancelación parcial y consiguiente liberación de una de las fincas, al señalar que *«cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo ciento veintitrés, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho»*. Dicha prohibición se aplica con independencia de que exista o no un tercer poseedor de una de las fincas (STS de 4 de febrero de 2005).



Ahora bien, nada impide que el acreedor acepte la cancelación parcial de la hipoteca pese a que no exista distribución de la responsabilidad hipotecaria, pero ello exigiría que previamente se llevara a cabo dicha distribución en los términos ya vistos.

## VI. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS

Cuando la obligación garantizada con la hipoteca se incumple, corresponde al acreedor decidir si va a solicitar la satisfacción forzosa de su crédito, y, en caso afirmativo, el procedimiento al que va a acudir (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824). Y es que, el acreedor hipotecario tiene a su disposición dos opciones diferentes (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 618 y 619):

En primer lugar, como titular del derecho de crédito garantizado mediante la hipoteca, puede interponer una acción personal para reclamar al deudor el cumplimiento de dicha obligación. Ello, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, previsto en el artículo 1911 del Código civil, y por el que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. En este sentido, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria prevé expresamente que la hipoteca *«no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código civil»*. Dado que en estos supuestos el crédito está documentado en escritura pública, que es uno de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (concretamente en su punto 4º), podrá interponer directamente una acción ejecutiva, sin necesidad de pasar previamente por un procedimiento declarativo. Esta parece la opción más recomendable para el acreedor cuando prevea que mediante la realización forzosa del bien hipotecado no se va a obtener la cuantía suficiente para cubrir el importe del crédito. En cualquier caso, téngase en cuenta que las partes de común acuerdo pueden excluir la responsabilidad personal del deudor. A tal efecto, el artículo 140 de la Ley Hipotecaria prevé que *«no obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor»*. En ese caso, el acreedor únicamente podrá acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, al que paso a referirme a continuación.

Y es que, en segundo término, como titular del derecho real de hipoteca, el acreedor puede dirigirse directamente contra el bien hipotecado, tal

y como prevé el artículo 129 de la Ley Hipotecaria. El resultado será la realización de valor del bien, lo que le permitirá obtener la satisfacción de la obligación garantizada<sup>25</sup>. Para ello, podrá acudir a la vía judicial mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria o bien solicitar la venta notarial del bien hipotecado [si bien, de acuerdo a lo previsto en el artículo 129.1 b) de la Ley Hipotecaria, esta última posibilidad solo cabe cuando se haya convenido expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca].

Por lo demás, la acción personal derivada del crédito y la acción real derivada de la hipoteca son compatibles (art. 105 de la Ley Hipotecaria), por lo que el acreedor puede interponer cualquier de ellas o bien ambas de forma acumulada. Lo que no cabría es iniciar la ejecución hipotecaria cuando, como consecuencia del ejercicio de una acción personal, se hubiera ya obtenido el embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda. De igual manera, tampoco cabría interponer una acción personal cuando como consecuencia de una previa ejecución hipotecaria se hubiera obtenido el capital necesario para satisfacer el crédito. Y es que, como ha señalado con acierto el Tribunal Constitucional, ambas actuaciones constituirían un supuesto de abuso de derecho (STC de 25 de enero de 2006).

Pero, aun siendo ambas acciones compatibles y acumulables, existen importantes diferencias entre ellas. Las más relevantes, especialmente para nuestro estudio, son las dos siguientes:

La primera de ellas tiene que ver con el objeto de la ejecución, y es que, ya hemos visto que la acción personal permite al acreedor dirigirse contra todos los bienes del deudor, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código civil; mientras que la acción hipotecaria solo puede dirigirse contra el bien hipotecado.

La segunda diferencia se refiere a la legitimación pasiva, es decir, a los sujetos frente a los cuales se puede entablar la acción. Al respecto, la acción personal únicamente puede entablarla contra el deudor (o contra un eventual fiador), no así contra el hipotecante no deudor o contra un tercer poseedor (a salvo queda la posibilidad de solicitar la rescisión del contrato celebrado entre el deudor y el tercer poseedor, si este se hubiera llevado a cabo en fraude de acreedores<sup>26</sup>). Por el contrario, la acción hipotecaria puede dirigirse contra cualquier sujeto que se encuentre en posesión del bien hipotecado, ya sea el propio deudor, el hipotecante no deudor o un tercer poseedor.

En los supuestos en los que la hipoteca recae sobre una pluralidad de fincas, el ejercicio de la acción personal no plantea excesivos problemas, pues el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de las fincas (u otro bien) que se encuentren en posesión del deudor, y, por el contrario, no podrá dirigir su acción contra aquellas fincas que hayan pasado a un tercer poseedor (a salvo queda, como he adelantado, la posibilidad de solicitar la rescisión del contrato, si este se hubiera llevado a cabo en fraude de acreedores).

Ahora bien, en el caso de la acción real hipotecaria, la pluralidad hipotecaria objetiva sí puede suscitar algunas dudas, y, en concreto, en aquellos supuestos en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las distintas fincas.

Una vez más, me voy a referir por separado a estos casos, en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las fincas, y a aquellos otros en los que no se ha verificado tal distribución.

#### VI.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Cuando la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas, surge la cuestión de si el acreedor puede dirigirse por la totalidad de la deuda contra todas y cada una de las fincas o, por el contrario, debe dirigirse contra cada finca por la cantidad por la que está gravada. Paralelamente, cabe preguntarse si, en el supuesto de que la cantidad correspondiente a una de las fincas haya sido satisfecha, podría el acreedor dirigirse también contra esa finca.

En cuanto a la primera cuestión, en el caso de que exista un tercer poseedor de alguna de las fincas, no cabe duda de que al acreedor solo podrá dirigirse contra dicha finca por la cantidad por la que esté gravada. En este sentido, el artículo 120 de la Ley Hipotecaria prevé que *«fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos(...)*». Además, el artículo 126.2 de la Ley Hipotecaria faculta al tercer poseedor para liberar su finca abonando la cantidad por la que esté gravada, por lo que, si no lo hubiera hecho antes en virtud de la facultad que le otorgan los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario, todavía podría hacerlo durante el proceso de ejecución hipotecaria.

Respecto a las fincas que pertenezcan al deudor, la ley no nos dice si el acreedor puede dirigirse contra todas y cada una de las fincas por la totalidad de la deuda, o bien debe solicitar la ejecución de cada finca por la parte por la que efectivamente debe responder. La jurisprudencia ha considerado que, llevando una interpretación a contrario del artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor podría repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad total asegurada, es decir, la hipoteca funcionaría como si fuera solidaria (SAP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 y RDGRN de 1 de octubre de 2001, de 17 de octubre de 2001, de 1 de julio de 2016 y de 30 de octubre de 2017). Por tanto, la interpretación de la jurisprudencia convierte nuevamente la solidaridad en la regla general. Ello, aun cuando reconoce que cada una

de las fincas hipotecadas deberá subastarse separadamente (RDGRN de 24 de octubre de 2000).

No obstante, a mi modo de ver, no cabe aplicar a este supuesto esa pretendida solidaridad. Y es que, considero que se debe solicitar la ejecución de cada finca por la parte del crédito por la que esté gravada, sin que el acreedor pueda dirigirse por la totalidad de la deuda contra una de las fincas o contra todas a la vez. Cuestión distinta es que el resto de fincas responda subsidiariamente de la parte no cubierta por la ejecución de alguna de ellas, pero dicha responsabilidad, como digo, será subsidiaria, y no solidaria como viene manteniendo la jurisprudencia.

Para llegar a esta conclusión, al igual que hace la jurisprudencia, he acudido a una interpretación a contrario de la norma, pero no he partido del artículo 120 de la Ley Hipotecaria (que se refiere a las fincas que han pasado a un tercer poseedor, por lo que, a mi modo de ver, regula un supuesto de hecho distinto del que nos ocupa), sino del artículo 123 del mismo texto. El mencionado precepto (al que me referiré nuevamente en el siguiente apartado) señala que «(...) *no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez*». Por tanto, parece claro que, en caso de que sí exista distribución de la responsabilidad hipotecaria, el acreedor no podrá repetir por la totalidad de la suma contra alguna de las fincas o contra todas a la vez. Esta es la interpretación que mantuvo la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 2 de octubre de 1995, en la que negó la posibilidad de que las fincas respondan de forma solidaria.

Ahora bien, como adelantaba, ello no quiere decir que, si la ejecución de una de las fincas no llega a cubrir el importe con el que está gravada, el acreedor deba dar por perdida la cantidad restante. Y es que, como he señalado, el resto de fincas responden de forma subsidiaria por la cantidad no cubierta. En este sentido, el artículo 121 de la Ley Hipotecaria prevé que «*si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas*». Por tanto, si subastada una de las fincas no se obtiene la cantidad por la que esta responde, el acreedor podrá dirigirse contra el resto de fincas por la diferencia, pero ya sin prelación sobre los derechos reales que terceros hubieran adquirido sobre la finca con posterioridad a la ejecución de la hipoteca, lo que, a mi modo de ver, es una muestra más de que la responsabilidad del resto de fincas es subsidiaria, y no solidaria, como viene defendiendo parte de la jurisprudencia.

Además, a salvo queda el posible ejercicio de la acción personal derivada del crédito, salvo que las partes la hayan excluido expresamente, pues

ya hemos visto que es una posibilidad que contempla expresamente el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. De hecho, el punto tercero del precepto prevé expresamente que: *«cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo ciento veintiuno»*.

En conclusión, de acuerdo a la interpretación que vengo manteniendo, cuando con la subasta de una de las fincas no se obtenga la cantidad por la que esta deba responder, el acreedor no podrá dirigirse contra las fincas que hayan pasado a un tercer poseedor (pues estas solo responden por la cantidad que estén efectivamente gravadas). En cambio, sí podrá dirigirse contra aquellas fincas que pertenezcan al deudor, pero estas no responden de forma solidaria sino subsidiaria, es decir, en principio hay que dirigirse contra cada finca por la cantidad de la que efectivamente responde, y, solo en caso de que el precio obtenido en la subasta no alcance a cubrir dicha cantidad, podrá el acreedor dirigirse subsidiariamente contra el resto de fincas.

Como adelantaba, otra cuestión que se plantea es si, habiéndose satisfecho ya la cantidad del crédito que grava una de las fincas, puede el acreedor dirigirse contra ella en el proceso de ejecución hipotecaria por la cantidad del crédito que no hubiera podido percibir con la ejecución del resto de fincas. En el caso de las fincas que hayan pasado a un tercer poseedor, creo que esta posibilidad queda descartada de plano, pues ya hemos visto que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Hipotecaria dichas fincas solo responden por la cantidad por la que estén gravadas. Por tanto, si dicha cantidad ya ha sido abonada (que es el presupuesto que estamos abordando ahora), nada puede el acreedor reclamar sobre ellas.

No obstante, en el caso de las fincas que pertenezcan al deudor, la solución creo que es distinta. Y es que, a mi modo de ver, el acreedor sí podría dirigirse contra aquellas fincas respecto de las que se haya abonado la cantidad por la que están gravadas, pues ya hemos visto que responden subsidiariamente de la parte del crédito no cubierta por la ejecución del resto de fincas. Ahora bien, esto será así, siempre que el deudor no hubiera liberado previamente la finca de que se trate haciendo uso de la facultad que a mi modo de ver le confiere el artículo 124 de la Ley Hipotecaria (como he mantenido en su momento). Lo que creo no cabría es que lo hiciera una vez iniciada la fase de ejecución (a diferencia de lo que ocurre con el tercer poseedor, al que ya he señalado que el artículo 126.2 de la Ley Hipotecaria le faculta expresamente para ello). Y es que, en sede de ejecución, resulta más dudoso que el deudor pueda elegir la imputación de los pagos que haya hecho a una concreta de las fincas, ya que no se recoge ninguna

regla semejante a la que prevé el artículo 124 de la Ley Hipotecaria para la cancelación parcial de la hipoteca. De hecho, parece razonable que en sede de ejecución hipotecaria la protección que la ley confiere al deudor tenga menor intensidad que durante la fase de seguridad de la hipoteca, toda vez que este ha incumplido con el pago del crédito garantizado por la hipoteca, que es el presupuesto para que pueda iniciarse la fase de ejecución.

## VI.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Cuando no se haya dividido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, por tratarse de un supuesto de pluralidad objetiva sobrevenida en el que las partes no han acordado voluntariamente dicha distribución, no se plantean mayores problemas, pues la solución viene establecida por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«(…) no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez»*. Por tanto, las fincas sobre las que recae la hipoteca responden solidariamente de la cantidad adeudada, de modo que el acreedor podrá dirigirse por la totalidad de la deuda contra cualquiera de las fincas o contra todas ellas, con independencia de la cantidad de crédito que haya sido satisfecha y de que exista o no un tercer poseedor de alguna de las fincas gravadas (RDGRN de 16 de octubre de 1999).

Ahora bien, cuando las fincas pertenezcan a diferentes personas, cabe preguntarse cómo debe resolverse la relación interna entre ellas. Y es que, puede ocurrir que durante el proceso de ejecución hipotecaria algunas fincas queden liberadas y otras, sin embargo, sean ejecutadas, por lo que algunos de los propietarios se verán perjudicados, mientras que el resto mantendrán intactos sus derechos.

En el caso de que las fincas ejecutadas sean propiedad del deudor, creo que en general no se plantean grandes dudas, pues este es el único obligado y en principio nada puede reclamar a los demás. Ahora bien, si una vez ejecutadas las fincas que se encuentran en posesión del deudor, queda liberada la finca de un tercer poseedor que o bien se hubiera beneficiado de un descuento o bien hubiera retenido una cantidad del importe del precio de la compra como consecuencia del hecho de encontrarse la finca gravada por una hipoteca, considero que será de aplicación la acción de subrogación prevista en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria, que prevé que *«si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor*

*hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado». Y es que, creo que no hay duda de que se da el presupuesto exigido por el precepto, toda vez que es el deudor el que satisface la obligación (no lo hace voluntariamente, pero sí por medio de la ejecución de la hipoteca sobre sus fincas).*

Mayores problemas plantean los casos en los que alguna de las fincas ejecutadas pertenece a un tercer poseedor. Y es que, dado que el crédito no está distribuido entre las fincas, no contará con la facultad de pagar únicamente una parte del crédito y así liberar su finca, por lo que la única opción que tiene si quieren liberar la finca es pagar la totalidad de la deuda. En tal caso, creo que debe descartarse la aplicación de la acción de regreso prevista en el artículo 1145.2 del Código civil para los supuestos de solidaridad pasiva, puesto que el supuesto de hecho del precepto es que existan varios deudores solidarios, y en este caso el deudor es único. No obstante, considero que procederá *ex lege* su subrogación en la posición del acreedor, en virtud del artículo 1210.3 del Código civil, que establece que «*se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda*». Ahora bien, dicha subrogación, de carácter automático, se produce exclusivamente en el crédito. Y es que, si el tercer poseedor pretende subrogarse también en la hipoteca, no bastará con el pago y la declaración del artículo 1210.3 del Código civil, sino que será necesario un acto específico (escritura pública o decisión judicial) en cuya virtud se le pueda atribuir registralmente la titularidad de la hipoteca.

## VII. CONCLUSIONES

I. Cuando una hipoteca recae sobre varias fincas desde el mismo momento de su constitución, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas es obligatoria. En cambio, cuando una finca hipotecada se divide en dos o más tras la constitución de la hipoteca, la distribución de la responsabilidad hipotecaria es facultativa, y, en caso de que las partes no acuerden voluntariamente la división del crédito hipotecario, la hipoteca se convierte en solidaria.

II. En el supuesto de que no se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, no cabe solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez que se haya abonado una parte del crédito.

III. En cambio, si la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas, la Ley Hipotecaria faculta a cualquier interesado para que, una vez satisfecha la cantidad que grava una de las fincas, pueda solicitar la cancelación parcial de la hipoteca sobre dicha finca.

IV. Aunque la jurisprudencia ha interpretado que dicha posibilidad se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que el propio crédito se haya dividido, si llevamos a cabo una interpretación sistemática de la ley y tenemos además en cuenta el carácter excepcional que el legislador ha atribuido a la hipoteca solidaria, parece más razonable entender que se extiende también a los supuestos de unidad de crédito. Además, esta interpretación garantiza una mayor reciprocidad de los derechos e intereses entre las partes, evitando que se produzca una situación de sobregarantía, así como los grandes perjuicios que ello podría causar al propietario de la finca gravada, que se vería impedido para disponer de ella libre de cargas o acceder a financiación complementaria a través de la celebración de nuevos contratos de préstamo garantizados por la finca gravada. Por ello, sería deseable un replanteamiento de esta cuestión por parte de nuestros Tribunales.

V. Cuando la obligación garantizada con la hipoteca se incumple, el acreedor, como titular del derecho de crédito garantizado mediante la hipoteca, puede interponer una acción personal para reclamar al deudor el cumplimiento de dicha obligación. Además, como titular del derecho real de hipoteca, puede ejercitar la acción real hipotecaria y dirigirse directamente contra los bienes gravados.

VI. En este último caso, cuando no existe distribución de la responsabilidad hipotecaria, todas las fincas responden de forma solidaria, y ello con independencia de que alguna de ellas haya pasado a un tercer poseedor.

VII. En cambio, si la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre varias fincas y existe un tercer poseedor de alguna de ellas, el acreedor solo puede dirigirse contra dicha finca por la cantidad por la que esté gravada.

VIII. Respecto a las fincas que pertenezcan al deudor, la jurisprudencia viene interpretando que responden del total de la deuda de forma solidaria. No obstante, parece que la interpretación más razonable es que cada finca responde de la parte de la deuda por la que está gravada, y, respecto del resto de la deuda, no responde de forma solidaria sino subsidiaria. Por ello, una vez más, resultaría conveniente un replanteamiento de la cuestión por parte de nuestros Tribunales.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 16 de marzo de 1929 (Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil, tomo XI, 3ª ed., 1954).
- STS de 12 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 911).
- RDGRN de 27 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 1002).
- RDGRN de 4 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7886).



- RDGRN de 15 de enero de 1991 (*RJ* 1991, 590).
- RDGRN de 15 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5345).
- RDGRN de 16 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5614).
- RDGRN de 16 de marzo de 1999 (*BOE* de 30 de marzo de 1999)
- RDGRN de 15 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7672)
- RDGRN de 16 de octubre de 1999 (*BOE* de 30 de noviembre de 1999)
- RDGRN de 3 de mayo del 2000 (*RJ* 2000, 5829)
- RDGRN de 24 de octubre de 2000 (*BOE* de 13 de diciembre de 2000)
- SAP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 (*AC* 2001, 297)
- RDGRN de 1 de octubre de 2001 (*RJ* 2002, 4126)
- RDGRN de 17 de octubre de 2001 (*RJ* 2003, 3995)
- RDGRN de 4 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4221)
- RDGRN de 7 de enero de 2004 (*BOE* de 17 de febrero de 2004)
- STS de 4 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/947)
- STC de 25 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 612)
- STS de 25 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 145)
- STS 3 de febrero de 2009 (*RJA* 2009, 1361)
- STS de 28 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 7258)
- SAP de Jaén de 14 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 360112)
- RDGRN de 16 de mayo de 2012 (*BOE* de 14 de junio de 2012)
- SAP de Murcia de 25 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1743)
- STS de 25 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1264)
- STS de 25 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 7413)
- STS de 11 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7805)
- RDGRN de 1 de julio de 2016 (*BOE* de 9 de agosto de 2016)
- RDGRN de 30 de octubre de 2017 (*BOE* de 12 de noviembre de 2017)

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- CORDERO LOBATO, E. (2013). De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil: Tomo IX*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 12745-12851).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El objeto de los Derechos Reales. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales*. Madrid: Edisofer (pp. 47-80).
- DÍAZ CADÓRNIGA, J. y MARTORELL GARCÍA, V. (2009). La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado. *Notarios y Registradores* [En línea], disponible en: [goo.gl/EdHppK](http://goo.gl/EdHppK) (fecha última consulta: 20/06/2009).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). RDGRN de 16 de octubre de 1999: Hipoteca: indivisibilidad. División de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor hipotecario. Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

- Arrendamiento inscrito posterior a la hipoteca: subsistencia tras la ejecución hipotecaria y posibilidad de ejercicio del retracto alimenticio. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 53, pp. 477-491.
- FAYOS FEBRER, J. B. (2012). Distribución de una hipoteca en instancia privada sí; valor de tasación de las fincas en instancia privada no. *Derecho societario, mercantil y civil: blog sobre derecho privado español*, 9 de enero de 2012. Disponible en: <https://mercantiljbfayos.blogspot.com/2012/01/distribucion-de-una-hipoteca-en.html> (fecha última consulta: 16/03/2020).
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1994). La finca como base del sistema inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 625, pp. 2437-2494.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil: Tomo I*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2003). Hipoteca. Cancelación parcial. Tracto sucesivo. Calificación conjunta de documentos. Relación con el principio de prioridad. Es posible practicar la cancelación parcial de hipoteca solicitada tras la calificación conjunta de la serie de documentos que constituyen un complejo de varios negocios jurídicos relacionados entre sí. No cabe apreciar falta de tracto sucesivo. (Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2003). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 680, pp. 3413-3424.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales*. Madrid: Edisofer (pp. 565-633).
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2015). Irregularidades en la distribución de la responsabilidad hipotecaria en el préstamo a promotor. *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 36, pp. 1-15.
- ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J. (2008). *Derecho hipotecario: Tomo II, Vol. II*. Barcelona: Bosch.
- (2008). *Derecho hipotecario: Tomo III*. Barcelona: Bosch.
- (2008). *Derecho hipotecario: Tomo IV*. Barcelona: Bosch.
- (2007). *Derecho hipotecario: Tomo V*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (2016). *Elementos de Derecho hipotecario*. Madrid: Wolters Kluwer.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2003). Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria. *REDUR: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 1, pp. 205-223.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2017). El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, pp. 326-340.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R «Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores», IIPP. Sofía De Salas Murillo/M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo.

<sup>2</sup> Hipotecante es el que ha hipotecado voluntariamente un bien propio en garantía de un crédito ajeno. A diferencia del fiador, no se convierte en deudor, quedando su responsabilidad limitada al bien hipotecado (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 828).

<sup>3</sup> Cabe advertir que, cuando me refiera a la responsabilidad hipotecaria, deben entenderse incluidos en ella no solo el principal de la deuda, sino todos los conceptos que puedan derivarse de este (intereses, gastos, costas, etc.).

<sup>4</sup> Este sistema de llevar el Registro por fincas produce importantes efectos sustantivos en el ámbito del principio de fe pública, ya que el tercer adquirente únicamente ha de atenerse para su protección por el principio de fe pública registral al contenido de la hoja de la finca inmatriculada.

<sup>5</sup> Como señala DE PABLO CONTRERAS (2016, 51), «*el propietario —o, con efectos en la propiedad, los titulares de derechos reales limitados que impliquen la realización de actos posesorios— delimita la extensión y consistencia de su finca realizando sobre ella el poder que corresponde a su derecho. Puede hacerlo mediante actos de goce (por ejemplo, cultivándola en una determinada superficie) o, también, realizar actuaciones dirigidas específicamente a llevar a cabo esa delimitación, como construyendo cerramientos o marcando sobre el terreno los límites de la finca con hitos o mojones. Si no efectuare dicha delimitación, y hubiere duda sobre dónde se encuentra exactamente la línea divisoria de su propiedad con la de su vecino, dispone (y, como él, los titulares de derechos reales limitados) de una acción dirigida precisamente a fijarla: la acción de deslinde*».

<sup>6</sup> Así se deduce también del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que incluye las edificaciones dentro del concepto de finca.

<sup>7</sup> También pueden abrir folio independiente en el Registro de la Propiedad las partes de una finca destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos (art. 68 del Reglamento Hipotecario), por lo que también estas pueden constituir el objeto de la hipoteca.

<sup>8</sup> Cabe, igualmente, la constitución de una sola hipoteca sobre todos los pisos o departamentos de un edificio, aunque pertenezcan a distintos propietarios (art. 218 del Reglamento Hipotecario).

<sup>9</sup> Cuando se hipoteque el derecho de usufructo, la hipoteca se extinguirá en el momento en el que concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. En caso contrario, es decir, si concluyere por la voluntad del usufructuario, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin (art. 107.1 de la Ley Hipotecaria).

<sup>10</sup> Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2016, 580 y 566), la nuda propiedad es valiosa en cuanto el nudo propietario está llamado a convertirse en propietario pleno cuando se extinga el usufructo. Así, si se incumple la obligación garantizada por la hipoteca y se ejecuta la garantía hipotecaria, quien adquiera la nuda propiedad adquirirá también la expectativa de ser propietario pleno a la extinción del usufructo.

<sup>11</sup> Si se produce la consolidación de la nuda propiedad y el usufructo en la misma persona, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, cuando no se haya pactado lo contrario (art. 107.2 de la Ley Hipotecaria).

<sup>12</sup> Ahora bien, únicamente puede hipotecarse el derecho de hipoteca voluntaria, ya que las hipotecas legales no pueden cederse hasta que no sean exigibles (arts. 107.4 y 152 de la Ley Hipotecaria).

<sup>13</sup> Si bien, el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria (art. 107.8 de la Ley Hipotecaria).

<sup>14</sup> En estos supuestos, una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados (art. 107.12 de la Ley Hipotecaria).

<sup>15</sup> Teniendo en cuenta que, en caso de asunción liberatoria, será preciso el consentimiento del acreedor (arts. 1205 del Código civil y 118 de la Ley Hipotecaria).

<sup>16</sup> Aunque también hay algún autor que considera que la hipoteca solidaria no contraviene el principio de especialidad, y que en realidad la prohibición de la hipoteca solidaria es simplemente una opción de política legislativa (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824).

<sup>17</sup> Lo mismo ocurre en el caso de la hipoteca mobiliaria (art. 14 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión).

<sup>18</sup> No así para las anotaciones preventivas (artículo 216 del Reglamento Hipotecario).

<sup>19</sup> Como señala DE PABLO CONTRERAS (2016,51), si la calificación del registrador «es desfavorable o negativa, debe dictar resolución expresando, con sus pertinentes fundamentos jurídicos, si la falta o defecto es subsanable o insubsanable, es decir, si, a juicio del registrador, será o no posible la práctica del asiento —mediante la simple presentación del título o la presentación de documentos complementarios— de modo que sus efectos puedan seguir entendiéndose referidos a la fecha del asiento de presentación que se hubiere practicado en el Libro Diarios». En este caso, entiendo que el defecto es subsanable mediante la presentación de un documento complementario en el que se haga constar la preceptiva distribución de la responsabilidad hipotecaria (artículo 216 del Reglamento Hipotecario); y, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, los interesados podrán pedir la anotación preventiva de sus derechos en el Registro de la Propiedad.

<sup>20</sup> Esta posibilidad no está impedida por el hecho de que ya exista alguna hipoteca sobre alguna unidad privativa del edificio, sin perjuicio de las consecuencias que deriven de la ejecución de esta hipoteca anterior de mejor rango (CORDERO LOBATO, 2013, 12823).

<sup>21</sup> «(...) si al tiempo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas viviendas hay constancia registral de la adquisición de una o más de estas por terceros, entendiéndose por tales a personas distintas del acreedor y el deudor hipotecarios, el art. 123 de la LH, pese a referirse únicamente a estos dos últimos, tiene que ser necesariamente interpretado, como propone la doctrina científica últimamente, poniéndolo en relación con el principio general del párrafo segundo del art. 20 de la misma ley, que ordena a los Registradores denegar la inscripción o anotación de títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, de suerte que esos terceros tendrán que concurrir al otorgamiento de la escritura de distribución para prestar su conformidad».

<sup>22</sup> Por ello, resulta ciertamente llamativo que el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia de 4 de febrero de 2005, afirme que nos encontramos ante el supuesto del artículo 119 y no del 124, cuando como digo, uno y otro precepto regulan el mismo supuesto.

<sup>23</sup> En este mismo sentido se pronuncia SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2003, 212-213).

<sup>24</sup> Incluso cabría pensar en la posibilidad de que la cancelación se promueva en virtud de escritura pública otorgada unilateralmente por el propietario de la finca que se pretenda liberar, aplicando la excepción prevista en artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, que señala que «podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley(...)». Pues bien, dado que es la propia ley (art. 124 de la Ley Hipotecaria) la que faculta a cualquier interesado para

solicitar la cancelación parcial, podría aplicarse la excepción recogida en el mencionado precepto. No obstante, he de reconocer que supone una interpretación algo forzada, pues el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria parece pensado para aquellos supuestos en los que la Ley establece la cancelación *ipso iure*, y no una mera facultad de cancelar.

<sup>25</sup> Cabe recordar que el artículo 1859 del Código civil prohíbe el denominado pacto comisorio, por lo que el acreedor no puede apoderarse del bien hipotecado ni disponer de él.

<sup>26</sup> Al respecto, el artículo 1291.3 del Código civil dispone que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. Este es el supuesto de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 del CC), que podrá ejercerse en un plazo de cuatro años (art. 1299 del CC) a contar desde el día en el que se produzca la enajenación fraudulenta (art. 37.4 de la Ley Hipotecaria).

*(Trabajo recibido el 7-11-2019 y aceptado  
para su publicación el 9-3-2020)*

# 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 5-12-2019

*BOE* 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 24.

#### **HIPOTECA: PRÉSTAMO CONCEDIDO A UNA SOCIEDAD GARANTIZADO CON HIPOTECA CONSTITUIDA POR PERSONA FÍSICA.**

Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo concedido a una sociedad para financiar la adquisición de una vivienda. En garantía del mismo se constituye hipoteca sobre dicha finca y, además, el administrador de dicha sociedad interviene también como avalista para prestar garantía personal solidaria.

Debe concluirse que la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es aplicable a los préstamos concedidos a personas jurídicas en lo relativo al fiador persona física aun cuando esta no sea consumidor. Así, lo confirma el contenido literal del artículo 2, apartado 1, letra a), respecto de préstamos garantizados con hipoteca sobre inmueble residencial, que, a diferencia de lo expresamente dispuesto para préstamos no hipotecarios concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles, no exige que el fiador o garante sea consumidor. Hecha la aclaración sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 en el presente caso de préstamo en que concurre como prestataria una sociedad y como avalista una persona física, debe ahora determinarse si la aplicación de esta ley alcanza íntegramente al contrato tanto respecto de la prestataria como respecto del avalista o, por el contrario, se limita a este último.



La Ley 5/2019, como con claridad se desprende del tenor literal de los artículos 1.1 y 2.1, no será aplicable a un prestatario persona jurídica, aunque esta tenga la condición de «consumidor» —cliente— en la contratación del préstamo o crédito. Y el notario o el registrador no parece que puedan, por su sola autoridad, proceder a un levantamiento del velo de la persona jurídica, o apreciar su carácter instrumental o fraudulento, ni siquiera cuando la persona jurídica que actúe como consumidora sea unipersonal. Nunca será necesario que una persona jurídica, sea o no consumidora, que actúe como prestataria, fiadora o garante, concurra al otorgamiento del acta previa prevenida en el artículo 15 de la Ley 5/2019. Ese deber de asesoramiento e información y control notarial se circunscribe a las «personas físicas».

En estos supuestos en que la parte prestataria sea una persona jurídica y el fiador o el hipotecante no deudor una persona física, la Ley 5/2019 resultará plenamente aplicable respecto de esta última. La constitución de la garantía del préstamo o crédito, en relación con dichas personas físicas, quedará sujeta a sus normas, y el deber de información y asesoramiento alcanzará a toda la documentación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019. Tanto la información y documentación a suministrar por la entidad prestamista como la actividad del notario, aunque limitada como se ha dicho a las personas físicas, debe comprender todo aquello que —relativo al préstamo o crédito— se expresa en los artículos 14.1 y 15 de la Ley 5/2019.

Se plantea por otra parte la duda relativa a la aplicabilidad a estos préstamos de las normas o limitaciones materiales que con carácter imperativo establece la Ley 5/2019. Se debe partir, para resolver esta cuestión, de la idea de que el garante puede obligarse a menos, pero no a más, que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 del CC), lo que permite en principio pactar un régimen jurídico para el contrato con la sociedad, y otro más benigno para las garantías constituidas.

Y, concretando esas limitaciones, la que planteará más dudas es la aplicabilidad de las normas que para el vencimiento anticipado se establecen en el artículo 24 de la ley. Resulta indiscutible que los umbrales mínimos que exige la ley son oponibles por el garante que sea persona física, a la vista de su tenor literal. Por ello, lo más práctico y claro será pactar para el préstamo unas condiciones de vencimiento anticipado por impago que se ajusten a los límites del artículo 24. Pero también debe ser posible (y razonable en función de las circunstancias que se den en cada caso) un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.

Más sencilla es la cuestión de la aplicabilidad de las limitaciones de los tipos de interés ordinario (prohibición de cláusula suelo y fijación de los intereses de demora en el tipo pactado más tres puntos, de acuerdo con los artículos 21 y 25 de la Ley 5/2019). Puesto que el garante puede obligarse a menos que el deudor principal, es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones, y pactar la limitación de la garantía (sea el afianzamiento o la responsabilidad hipotecaria) a cuantías inferiores.

Finalmente, en materia de cancelación anticipada, parece claro que pueden pactarse con el prestatario unas condiciones diferentes de las previstas en la ley con carácter imperativo en el artículo 23. Esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente.

Resolución de 5-12-2019

BOE 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

**HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES. HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA EN LA LEY 5/2019.**

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.

El segundo de los defectos invocados por la registradora en su calificación consiste, a su juicio, en que se pacta un interés moratorio resultante de adicionar dos puntos al tipo de interés ordinario, inferior al fijado legalmente con carácter imperativo en el artículo 25 de la Ley 5/2019 y en el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, es decir inferior a la adición de tres puntos al interés remuneratorio pactado. Frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los

límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

Resolución de 5-12-2019

*BOE* 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

#### **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 5-12-2019

BOE 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Alcobendas, número 2.

**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 5-12-2019

BOE 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2.

**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 Condicio-

nes 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 5-12-2019

*BOE* 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2.

#### **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 5-12-2019

BOE 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2.

#### **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 5-12-2019

BOE 26-2-2020

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1.

#### CONCURSO DE ACREEDORES: PLAN DE LIQUIDACIÓN.

La facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 de la Ley Hipotecaria), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión. Desde luego no cabe durante la pendencia del recurso, pues en tal situación sigue vigente el asiento de presentación del título, sin que sea admisible la existencia de un doble procedimiento registral —en virtud de la existencia de dos asientos de presentación— respecto de un mismo título (cfr. Resolución de 10 de junio de 2009). Pero tampoco cabe una vez recaída resolución en el procedimiento del recurso que haya devenido firme. Debe, por tanto, confirmarse este primer defecto, sin que quepa tener en consideración, como posible medio subsanatorio, las fotocopias del plan de liquidación aportadas por el presentante, ya que, como también ha manifestado este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, uno de los principios básicos de nuestro Derecho hipotecario es que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro.

El segundo de los defectos plantea la necesidad de que se acredite la firmeza del auto judicial por el que se aprueba el plan de liquidación. Esta cuestión ya ha sido abordada por este Centro Directivo en las Resoluciones de 6 y 8 de julio de 2015. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (puesta de manifiesto, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente, por las Resoluciones de 21 de abril de 2005, 2 de marzo de 2006, 9 de abril de 2007 y 4 de octubre de 2012)

que la práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como son las inscripciones y las cancelaciones, ordenada en virtud de documento judicial, solo puede llevarse a cabo cuando del mismo resulta la firmeza de la resolución judicial (art. 40, 79, 80, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento Hipotecario). Mientras que dicha firmeza no quede oportunamente acreditada, solo sería posible practicar una anotación preventiva (art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Debe, en consecuencia, confirmarse el defecto impugnado.

El último de los defectos que ha de ser analizado en este expediente consiste, a juicio del registrador, en que, cuando se aporte el testimonio del plan de liquidación, teniendo en cuenta que de las reglas que en él se recogen resulta que a la fecha del otorgamiento de la escritura se habría superado el plazo previsto en el plan de liquidación para la enajenación de los bienes por el sistema de venta directa, será necesaria la declaración por el juez concursal de que la misma se ajusta al plan de liquidación aprobado.

Respecto del alcance de la calificación registral en relación con los actos inscribibles derivados del proceso de liquidación concursal, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en una reciente sentencia (Sentencia 315/2019, de 4 de junio), dictada precisamente en el marco de la tramitación de un juicio verbal por el que se impugnaba la calificación expedida por el entonces registrador titular del Registro de la Propiedad número 1 de Pontevedra respecto de una venta en fase de liquidación del concurso de la misma sociedad mercantil que ahora ha otorgado la venta cuya calificación ha dado lugar a este expediente, ha precisado lo siguiente: Conforme a la normativa vigente, no puede ponerse en duda que el registrador, al analizar una operación de liquidación inscribible en el Registro, debe calificar si la operación es o no conforme con el plan de liquidación aprobado por el juez, con o sin modificaciones, o, en defecto de aprobación o de específica previsión, con las reglas legales supletorias (arts. 148 y 149). Naturalmente, el registrador, a la vista del plan de liquidación, tendrá que comprobar que dicho plan prevé la opción de la venta directa para esa clase concreta de bienes; y debe calificar si se cumplen los requisitos necesarios para que la venta pueda ser directa, es decir que se dan los presupuestos y requisitos exigidos para ello en el plan de liquidación (Por ejemplo, si la venta se realiza por el precio mínimo que se hubiera fijado en el plan de liquidación se fije un precio mínimo; que se ha respetado el plazo previsto para la venta directa; o que se respetan determinadas garantías que se exigieran al comprador).

Resolución de 10-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros.

#### **CONCURSO DE ACREEDORES: REQUISITOS PARA LA CANCELACIÓN DE HIPOTECAS EN FASE DE LIQUIDACIÓN.**

El artículo 149.5 LC da amplias competencias al juez del concurso para poder cancelar cargas anteriores, incluso si gozan de privilegio especial, como ocurre con la hipoteca inmobiliaria, cuando se hayan de transmitir sin subsistencia del gravamen, pero cumpliendo lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley Concursal. Con mayor razón, debe considerarse que la competencia exclusiva del juez del concurso (art. 8 de la Ley Concursal) debe autorizarle para dictar y expedir mandamientos cancelatorios



de garantías reales, en fase de liquidación, al objeto de facilitar la enajenación del bien hipotecado en beneficio de los créditos concursales y contra la masa, respecto de aquellos créditos ya extinguidos con anterioridad a la declaración del concurso.

Siguiendo el criterio marcado, entre otras, por las Resoluciones de 5 de septiembre y 13 de octubre de 2014 y 22 de septiembre de 2015, cabe recordar que, como se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor; alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC».

Habida cuenta de las especiales consecuencias que tiene la aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial, conforme a los artículos 148 y 155 de la Ley Concursal, y teniendo en cuenta el ámbito de calificación del registrador conforme al artículo 132 de la Ley Hipotecaria a la hora de cancelar la hipoteca —aplicable también en el ámbito de la liquidación concursal—, esta Dirección General ha entendido que debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios no solo del plan de liquidación sino también de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial. Conforme al criterio de la Sentencia de 21 de noviembre de 2017 del Tribunal Supremo, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 10-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guíxols.

#### **ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO PARCIAL DE LA OPCIÓN Y CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.**

Una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. En definitiva, cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede, es la cancelación de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación de las cargas posteriores es solo una inevitable consecuencia de su extinción. Cuestión íntimamente relacionada es determinar si se han cumplido los requisitos que para ello exige el ordenamiento jurídico. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente

y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (cfr. art. 175.6.º Reglamento Hipotecario). Esta regla general se excepciona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación.

La escritura de ejercicio de opción se ajusta a los términos convenidos con el concedente de la opción, por lo que el ejercicio unilateral parcial de la opción por los optatarios es perfectamente viable y eficaz, sin necesidad de nuevo otorgamiento. Además, se expresa en la escritura que el pago se realiza por imputaciones al pago de las rentas arrendaticias, de la cantidad inicialmente entregada, y por la compensación de pagos de gastos de comunidad, impuesto de bienes inmuebles y otros realizados por los optantes en sustitución de los concedentes, tal como se había estipulado en la concesión de la opción, estando además acreditadas las cantidades deducidas, por lo que no procede la consignación de cantidad alguna para la cancelación parcial de las anotaciones de embargo posteriores, sin perjuicio de la comunicación al órgano judicial que proceda (cfr. art. 143 Reglamento Hipotecario).

Resolución de 10-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Castelldefels.

#### **BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: EFECTOS RESPECTO DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA.**

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal como una solución de segunda oportunidad para las personas físicas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Procede plantearse si el reconocimiento del citado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho constituye una causa de extinción de las obligaciones o créditos a que dicho beneficio se extienda. Como premisa, ha de advertirse que, según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, «el artículo 178 bis LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación».

Ante estas dificultades interpretativas, un sector doctrinal entiende que el beneficio de exoneración no produce una verdadera extinción de los créditos afectados, sino tan solo los hace inexigibles frente al deudor favorecido por esta medida. Se invocan en favor de esta tesis argumentos como el hecho de que el citado beneficio sea susceptible de revocación, en los términos establecidos el artículo 178 bis, apartado 7, y, sobre todo, la referencia expresa que se recoge en los párrafos segundo y tercero del apartado quinto del citado artículo. Esta norma sería aplicable a las dos modalidades de exoneración que recoge el precepto: la exoneración definitiva prevista en el apartado 3.4.º del artículo 178 bis, y la provisional a que se refiere el apartado 3.5.º del mismo artículo.

Pero también existe otra postura doctrinal que sostiene que ha de diferenciarse entre los dos tipos de exoneración que recoge el 178 bis de la Ley Concursal, entendiéndose que la exoneración definitiva que regula el apartado 3.4.º sí que extingue de manera absoluta la deuda, provocando por aplicación del artículo 1847 del Código civil la correspondiente extinción de la fianza, siendo solamente aplicable la no extensión del beneficio de exoneración respecto de los fiadores, avalistas y deudores solidarios a los casos del apartado 3.5.º del citado artículo.

Sin embargo, no parece que pueda afirmarse que los ordinales 4.º y 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis de la Ley Concursal, regulen dos figuras o modalidades distintas de exoneración con efectos diferentes, sino que regulan dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho: El ordinal 4.º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos; y el ordinal 5.º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años y exige otros requisitos propios. Al margen de la vía que tome el deudor, los efectos que produce la exoneración respecto del deudor concursal, de los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios y fiadores, o cómo opera en el caso en que el concursado tuviera un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad, deberán ser los mismos en uno y otro caso.

No contiene la Ley Concursal referencia alguna a los efectos de este beneficio de exoneración respecto del hipotecante no deudor. Es cierto que, como muy bien se expone en el escrito de recurso, hay importantes diferencias entre los fiadores y los hipotecantes no deudores. Ello, no obstante, debe tenerse en cuenta que también existen importantes puntos en común, dado que ambos son garantes de una deuda ajena, el fiador con toda su responsabilidad patrimonial universal, y el hipotecante no deudor con la afección del bien hipotecado. Teniendo en cuenta finalmente la necesaria interpretación teleológica, una extensión del beneficio al hipotecante no deudor sería ajeno a la finalidad de la norma. Por la misma razón que tampoco alcanza el beneficio al fiador o avalista: Porque la finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad al deudor y porque también hay que respetar el interés equitativo de los acreedores.

Por otro lado, tampoco la normativa hipotecaria permitiría cancelar la inscripción del derecho real de hipoteca en base a la instancia privada presentada. La cancelación de una hipoteca está sometida a la regla general establecida por el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con esta norma, aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública o que, tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación. Y, como se ha apuntado más arriba, para esta declaración judicial el juez del concurso (salvo casos excepcionales como el que resulta, a sensu contrario, de lo dispuesto en el art. 135.1 de la Ley Concursal) carece de competencia, ya que el bien hipotecado, al no ser del concursado, no puede formar parte de la masa activa, por lo que estaría excluido de su competencia exclusiva y excluyente (art. 8 de la Ley Concursal).

Resolución de 10-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Chipiona.

#### **EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: CONCURRENCIA DE UNA VERDADERA INTERRUPCIÓN DEL TRACTO.**

Nos hallamos ante el problema de si es posible reanudar el tracto sucesivo respecto a determinadas habitaciones o piezas de un inmueble, cuando ya constan inmatriculadas otras habitaciones o piezas del mismo inmueble, y para dilucidar esta cuestión hemos de comenzar indicando que el inmueble sobre el que versa

el recurso obedece a la tipología que vulgarmente pudiéramos denominar como «casa de vecinos» o propiedad horizontal de hecho, en el que existen zonas comunes, junto con otras zonas o piezas que son susceptibles de propiedad separada y especial; es decir, no se ha pretendido la reanudación del tracto sucesivo de una participación indivisa de una finca, sino de una parte concreta de dicho inmueble.

Estando inmatriculada la totalidad de la finca a la que se refiere el expediente de dominio, y habiéndose declarado en el título judicial, justificado el dominio de una parte del mismo, no puede entenderse que falta el requisito del tracto, puesto que dicha falta de tracto queda suplida precisamente por el expediente judicial tramitado con la indicada finalidad (arts. 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria en su redacción anterior a la Ley 13/2015), en la que ha habido intervención del ministerio fiscal por dos veces, con solicitud de informes periciales.

Resolución de 11-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2.

#### **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 11-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3.

### CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Como cuestión previa, debe recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Por lo que se refiere al fondo del asunto debatido, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, (*vid.* Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), 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, que hacen referencia, entre otros extremos, a la calificación registral de la congruencia de la resolución con el procedimiento en que se ha dictado y de los obstáculos derivados de la legislación registral.

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. art. 90, 91 y 103 del 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.

Según doctrina también consolidada de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en los «Vistos»), el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación

del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Los cónyuges, en ejercicio de su libertad civil, pueden incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero, como reiteradamente ha sostenido este Centro Directivo, el hecho de que el convenio contenga un conjunto de acuerdos que excedan de su contenido legal impone su discriminación a efectos de decidir lo que puede como tal acceder al contenido del Registro y lo que no.

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. En el caso presente, en la documentación presentada a calificación resulta que la finca tenía el carácter de vivienda familiar en el momento de la disolución del matrimonio (aunque no consta desde cuándo tuvo tal carácter), pero de aquella no resulta que se haya adquirido con precio aplazado y que parte del mismo se haya pagado con dinero ganancial (y en el Registro de la Propiedad no consta extendida la nota marginal prevista para tal caso en el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario), sino que se trata de una adjudicación de un bien adquirido pro indiviso y por partes iguales por dos personas solteras, que después contraen matrimonio y quedan sujetos en su régimen económico matrimonial a la sociedad de gananciales regulada en el Código civil, y sin que en dicha liquidación se exprese causa hábil alguna en los términos expuestos. Por ello, si hubiera nacido esa comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas, lo cierto es que falta en el convenio el debido consentimiento de las partes sobre la existencia de dicha comunidad con determinación de esas cuotas y sobre la extinción de la misma (cfr. art. 91.3 Reglamento Hipotecario).

Resolución de 11-12-2019

BOE 10-3-2020

Registro de la Propiedad de Marchena.

#### OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Ha establecido este Centro Directivo (Resolución de 6 de abril de 2009) que es evidente que si en una finca que figura inscrita con determinada superficie y se dice ahora que tiene una planta baja y una alta, especificando la superficie de cada una de ellas, existe, de una manera o de otra, una declaración de obra que modifica la descripción registral, por lo que, independientemente de que responda a la realidad actual, es preciso acreditar los requisitos para la declaración de obra nueva. Siguiendo esta línea, entiende este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 13 de noviembre de 2018) que lo relevante para rectificar la superficie construida de una edificación no son los términos (más o menos precisos) en los que se solicita tal rectificación, sino si efectivamente de la

documentación presentada resulta que se reúnen los requisitos propios para la modificación de una obra nueva.

El defecto señalado en la calificación decae, ya que en el caso de este recurso el título reúne todos los requisitos para la inscripción de la rectificación de la descripción de la edificación que se pretende, quedando acreditada la antigüedad suficiente de la edificación en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo.

Resolución de 11-12-2019

*BOE* 10-3-2020

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

#### **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 12-12-2019  
BOE 10-3-2020  
Registro de la Propiedad de Algete.

**UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: CONTROL POR PARTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.**

Como ha reiterado este Centro Directivo —*vid.* Resoluciones citadas en «Vistos»—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurren o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como Administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 10 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesaridad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia.

Habiéndose remitido al registrador resolución declarativa de la improcedencia de la segregación, por vulneración de la normativa agraria, dictada por el órgano autonómico competente, en el cauce procedimental del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no cabe sino denegar la inscripción solicitada, sin perjuicio de que el interesado pueda obtener un pronunciamiento diferente de la Administración sobre la procedencia de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, mediante la presentación de alegaciones o pruebas complementarias en el seno del procedimiento administrativo iniciado por la comunicación registral, o mediante los recursos pertinentes.

Resolución de 12-12-2019  
BOE 10-3-2020  
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

**SENTENCIA DECLARATIVA O CONSTITUTIVA: NO NECESIDAD DE EJECUCIÓN. SENTENCIA JUDICIAL: FIRMEZA EN CASOS DE REBELDÍA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.**

Aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por conti-



nuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complementa.

Las sentencias declarativas y las constitutivas no son susceptibles de ejecución procesal. Así resulta con nitidez de lo dispuesto en los artículos 517.2.1.º y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso que ahora se analiza se trata ante una sentencia por la que se declara que el actor ha adquirido por prescripción la propiedad de una finca. La prescripción adquisitiva o usucapión es un modo originario de adquirir el dominio, en cuanto que la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera (relación de causalidad), sino que se convierte en su titular —con independencia de que antes lo fuese otra persona— porque ha venido comportándose como tal. Por tanto, está plenamente justificada la exigencia que hace el registrador en el sentido de que se ha de ordenar la cancelación de la inscripción contradictoria, si bien deberá ordenarse por medio del oportuno mandamiento, como resulta del artículo 521.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, el defecto ha de ser confirmado.

El tercer defecto objeto de recurso plantea la incongruencia de declarar que la madre del actor y luego el propio actor han adquirido por prescripción la propiedad de una finca que figura inscrita a favor de dicha señora y de su esposo por título de compra y con carácter ganancial. A pesar de esta falta de claridad, lo cierto es que el fallo resulta absolutamente terminante al declarar haber lugar a la prescripción adquisitiva en favor del actor. Habiendo recaído una sentencia dictada en un procedimiento ordinario por la que se declara que el actor ha adquirido por prescripción la propiedad de una finca, no puede el registrador revisar el criterio del juez y considerar que no se cumplen los requisitos para que se produzca dicha adquisición en los términos expresados en la sentencia. El defecto ha de ser revocado.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que, en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015, entre otras muchas). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Procede confirmar el defecto, entendiendo que la herencia yacente de los titulares registrales no ha estado adecuadamente representada en el procedimiento. Este defecto podría subsanarse con facilidad aportando los títulos sucesorios que acrediten que el actor es uno de los herederos de los dos titulares registrales.

Resolución de 19-12-2019  
BOE 10-3-2020  
Registro de la Propiedad de Cuenca.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: INMATRICULACIÓN SOLO DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.**

La cuestión suscitada por el registrador, por tanto, estriba en resolver si es posible el acceso a los libros del Registro de uno o varios elementos integrantes de una propiedad horizontal de manera independiente a los restantes, cuando no consta previamente inscrita la finca donde se procede a la declaración de la obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin aportar para ello la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma.

La inmatriculación, como operación específica de naturaleza registral implica un primer asiento de inscripción —tanto desde el punto de vista formal como material— de una finca en el Registro, para lo cual nuestro ordenamiento exige una serie de requisitos y condicionantes acordes a dicha operación. Es por ello razonable que, en caso de una inmatriculación de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, además de la debida identificación e incorporación de la representación gráfica georreferenciada impuesta en el artículo 9 de la ley antes señalado, deberá llevarse a cabo la descripción de la construcción por medio de su declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal, con inclusión de los elementos independientes y comunes, así como de las normas constitutivas, estatutarias o reglamentarias que los interesados consideren de aplicación.

De manera paralela, desde un punto de vista sustantivo, esta primera inscripción implica un especial control de análisis y acreditación de la titularidad —y en su caso, las limitaciones o gravámenes— de la finca, debido a lo cual los procedimientos de inmatriculación recomiendan e imponen un elenco de exigencias y limitaciones adicionales de valoración por parte del legislador y del registrador, que se traduce en un conjunto de medios específicos que intenten preservar los intereses no solo de los propios inmatriculantes, sino también de eventuales terceros afectados, intentado extremar las cautelas para evitar los supuestos de doble inmatriculación, ya sea esta total o parcial.

La posibilidad de inmatricular una finca cuando solo se inscribe una cuota de la titularidad sobre la misma, e incluso cuando se trate de elementos integrantes de una propiedad horizontal, es perfectamente posible cuando se describen todas las circunstancias, elementos y cláusulas determinantes y descriptivos de la misma (tal y como se expresa en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria antes analizado). La exigencia del doble título no puede extenderse a los demás propietarios de los restantes elementos de la propiedad horizontal, puestos que como ya se ha señalado, se solicita únicamente la inscripción de los elementos objeto de donación, y no de los demás pisos o locales del edificio.

Resolución de 18-12-2019  
BOE 12-3-2020  
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5.

**LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA POR PARTE DE LOS HEREDEROS.**

En cuanto la cuestión de la falta de autorización a la legataria para ocupar por su propia autoridad la cosa legada y necesidad de la entrega por parte de los

herederos, al no existir albacea facultado para darla, el artículo 885 del Código civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. A estos hay que añadir aquellos casos en los que el legatario estuviese, antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida. Y, aunque según la doctrina científica y la de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado.

Por ello, habida cuenta de la inexistencia de contador-partidor o albacea facultado para la entrega, es de aplicación lo previsto en el artículo 81 RH, y corresponde a los herederos designados la entrega de la cosa legada, de manera que no cabe la eventual toma de posesión por sí de los legatarios favorecidos en el testamento, dado que tal posibilidad tiene como presupuesto ineludible la de la entrega por los herederos.

Alega el recurrente la prescripción de las acciones de los legitimarios por el transcurso del tiempo. Pues bien, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») que el hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda ser apreciada directamente por el registrador.

Centrados en el concreto supuesto, en el acta de notoriedad se declara la posesión de la vivienda a favor del legatario de la siguiente forma: «(...) el legatario don (...) y después sus causahabientes, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador don (...) en 1945, sin que conste reclamación alguna de sus legitimarios o acreedores». Así pues, teniendo en cuenta lo siguiente: que la Resolución de este Centro Directivo de 28 de febrero de 2019, determinó que el acta de notoriedad debería declarar el requisito de que «el legatario esté en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión», esto es, que estaba ya en posesión de la cosa legada en ese momento; que como ha dicho este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») no es precisa la entrega en «aquellos casos en los que el legatario estuviese antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida»; y habiéndose determinado por el acta de notoriedad del expediente, que «se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador», esto es, tras su fallecimiento, debe desestimarse el recurso.

Resolución de 18-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro la Propiedad de San Sebastián, número 6.

**HERENCIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL A UNA HERENCIA EN LA QUE EL CAUSANTE TENÍA VECINDAD FORAL VASCA AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO.**

Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a

la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. Y, en este caso, resulta que la cuestión planteada por la registradora ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

En primer lugar, aun cuando el recurrente alega que no se menciona literalmente el artículo 831 del Código civil, se evidencia, por la redacción, por el contexto y por la normativa aplicable en el momento del otorgamiento del testamento, que estamos ante una delegación de la facultad de mejorar del citado artículo, en la que, en la cláusula tercera del testamento, para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad, se instituye herederos por iguales partes a los dos hijos sustituidos por sus estirpes. En segundo lugar y, en consecuencia, está claro el nombramiento de los dos hijos, por un lado, en la institución a su favor, aunque esté pendiente del ejercicio y ejecución de la delegación por la fiduciaria; y por otro, en la mención de los descendientes comunes, entre los cuales están ellos —mencionados en el expositivo del testamento—.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que la sucesión se rige por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, que ha sido la vasca, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil común es válido y surte sus efectos con arreglo a la misma, pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión, por lo tanto, los derechos legitimarios en particular, se adquieren conforme a la ley que rija la sucesión en el momento de su apertura, y especialmente lo ha puesto de relieve al abordar las cuestiones de legitimarios de derecho civil foral vasco (*vid.* «Vistos»). En el concreto supuesto de este expediente, habiéndose nombrado a los dos hijos como herederos por partes iguales a falta del ejercicio de la fiducia, y siendo mencionados como posibles mejorables en el caso de ejercicio de la misma, es claro que no se ha producido un apartamiento expreso ni tácito de los mismos por parte del testador. Por lo tanto, no se ha producido por el testador apartamiento expreso ni tácito de la hija legitimaria, y aunque se pueda alegar por el recurrente que la interpretación de la voluntad del causante en relación con el contexto de la normativa aplicable al tiempo de la apertura de la sucesión, pudiera ser la de apartar, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, «no se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley». En consecuencia, no se puede presumir la voluntad de apartar cuando textualmente no lo hizo, si bien, si bien, la cuantía de la legítima que ha de satisfacerse se ajustará a las normas de Derecho civil vasco.

Las facultades del delegado de la facultad de mejorar y partir o fiduciario del artículo 831 del Código civil resultan expresadas de forma enunciativa en algunos de los párrafos del texto legal. Aunque estas facultades son enormes, con la misma claridad, la doctrina ha considerado que está prohibido al delegado y no se le puede facultar para lo siguiente: autorizar al supérstite la modificación del testamento del causante; hacer por él el testamento o instituir heredero; no se podrá autorizar al delegado para desheredar a ninguno de los hijos y descendientes; no podrán perjudicar las legítimas ni las disposiciones del causante

ni autorizar al delegado para hacerlo en ejercicio de sus facultades; no puede ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador, porque esto sería tanto como instituir herederos; sin embargo, cabe, no obstante, que el testador haya previsto expresamente esta posibilidad, designando los sustitutos.

Indudablemente, las facultades del comisario vasco, así como las del poder testatorio, superan notablemente, las facultades del fiduciario del artículo 831 del Código civil. Si así lo estableciera el testador, el comisario podrá designar herederos, apartar, y realizar cualquier tipo de atribuciones tal cuál si se tratase del causante, sin más límites que los que resulten del testamento y que no puede revocar en todo o parte ese testamento salvo que estuviese autorizado para ello. Así pues, aunque participan estas instituciones de delegación o encargo de la misma naturaleza, no se conceden las mismas facultades fiduciarias al delegado del artículo 831 que al comisario testamentario de derecho vasco, de manera que este último se aproxima más al heredero de confianza navarro o al catalán. Pues bien, aun cuando alega el recurrente que no se ha mencionado literalmente el artículo 831 del Código civil, de acuerdo con el texto empleado en el testamento y la época de su redacción, que concuerda con la legislación común aplicable entonces, así como con el encargo empleado en la institución, lo que se ha hecho por el testador es una delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil y a sus reglas habrá de atenderse la actuación de la fiduciaria. Por lo tanto, habida cuenta que no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos, procede analizar su actuación en el supuesto concreto.

Sentado que se trata de una fiduciaria del artículo 831 del Código civil y cuáles son sus facultades y límites, y especialmente que no puede apartar a los legitimarios, ahora se ha de analizar su posición respecto a la legítima colectiva. El cumplimiento de la delegación, exige a la fiduciaria, satisfacer al menos a uno de los legitimarios, una legítima colectiva de una tercera parte de la herencia. Pues bien, en el concreto supuesto, la fiduciaria ha satisfecho una tercera parte de la herencia a uno de los legitimarios en pago de la legítima, cumpliendo por lo tanto con las exigencias de la legítima colectiva, y nada se puede objetar en este punto. Por otra parte, al ejercitar la fiducia sucesoria, ha hecho uso de la facultad concedida, y, una vez cumplida la disposición del testador —«para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad contenida en la cláusula segunda, instituye herederos por iguales partes (...)»— no entra en juego la institución de herencia a favor de los hijos.

El párrafo tercero del artículo 831 citado, no contempla un régimen específico para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, por lo que, el Tribunal Supremo ha considerado que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción, cuál es la aplicación de un plazo, bien el de dos años previstos para el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario —párrafo segundo del citado artículo 831—, o bien el del momento del otorgamiento del testamento del cónyuge fiduciario, que «resulta contrario a los principios de nuestro sistema sucesorio y carecen de cobertura expresa por la norma». Por eso ha considerado el Alto Tribunal que en el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes no cabe señalamiento de plazo, salvo que la propia norma expresamente lo disponga. En consecuencia, y referido a este expediente, la legitimaria podrá, en su caso, ejercitar las acciones de rescisión que correspondan en el caso de perjuicio del tercio de legítima colectiva, pero la adjudicación que se hace en la escritura surtirá todos sus efectos.

Para la resolución de esta cuestión, hay que tener en cuenta, que, además de las anteriores, se producen las circunstancias siguientes: a) que en la legítima

de Derecho civil vasco no existe el tercio de legítima estricta, sino un tercio de legítima colectiva entre todos los legitimarios; b) que el resto de la herencia puede ser distribuido por la fiduciaria en la forma que estime oportuno; c) que se ha respetado la totalidad de ese tercio de legítima colectiva en favor de uno de los legitimarios; d) que la viuda ha hecho uso de la facultad concedida ejerciendo la fiducia, por lo que no entra en juego la institución de herederos a favor de los hijos, y e) que no consta en el expediente ni en el Registro que la otra legítima haya hecho reclamación alguna de sus derechos de legítima. Pues bien, habida cuenta todas estas circunstancias, la fiduciaria puede en ejercicio de sus facultades concedidas por la delegación de la facultad del mejorar del artículo 831 del Código civil, hacer las adjudicaciones realizadas en la escritura referida, sin perjuicio de las acciones de rescisión que, en su caso, correspondan a la legítima como consecuencia de sus derechos legitimarios.

Resolución de 18-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4

**RECURSO GUBERNATIVO: CASO YA RESUELTO POR OTRA RESOLUCIÓN ANTERIOR.**

Este expediente, como resulta de sus antecedentes y del apartado «Vistos» de la presente Resolución, ha sido analizado y resuelto por el previo pronunciamiento de este Centro Directivo de 24 de julio de 2019. Respecto del defecto subsanable, nuevo respecto de la resolución citada, expresado en tercer lugar por el registrador, ciertamente los principios de titulación pública y legalidad (art. 3 de la Ley Hipotecaria) exigirían —de no concurrir los defectos insubsanables observados—, la aportación de copia auténtica de la escritura por la cual, se inscribió la finca a favor del heredero, no siendo admisible fotocopia simple de la misma.

Resolución de 18-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Xirivella.

**REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ADMINISTRADOR CON CARGO NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.**

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. art. 94.1.5.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en aquel Registro deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

En el presente caso es indudable que el notario ha emitido, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el juicio que le compete sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas por las administradoras de la sociedad vendedora para otorgar la compraventa objeto de la escritura que autoriza y ese juicio incluye el examen de la validez y vigencia de tal nombramiento —según los medios de que dispone para ello— y su congruencia con aquel acto o negocio.

Resolución de 19-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Vigo, número 1.

#### **SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO: EL FIDEICOMISARIO ADQUIERE SU DERECHO A LA HERENCIA DESDE LA MUERTE DEL FIDEICOMITENTE.**

Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitidos, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria con unos rasgos distintivos propios, pues aunque en él se mantiene lo que se suele considerar como esencial a su naturaleza jurídica de toda sustitución fideicomisaria, cual es el llamamiento múltiple, en ella el deber de conservar los bienes fideicomitidos (no esencial sino natural, como ha quedado expuesto), puede adquirir diversas modalizaciones a la vista de las facultades dispositivas, más o menos amplias, que haya conferido el testador. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso «si aliquid supererit» («si queda algo») y del fideicomiso o «de eo quod supererit» («de lo que deba quedar»).

Como bien sostiene la registradora, en los llamamientos de sustitución fideicomisaria el fideicomitente dispone una doble o múltiple institución de herederos con carácter sucesivo, por el orden que él señala y todos los herederos, y en concreto los fideicomisarios, lo son del fideicomitente, no del fiduciario. Así, el heredero fideicomisario trae causa directamente del causante originario, que es con respecto al cual se aprecian todas las cuestiones relativas a su capacidad para suceder y desde cuya muerte adquiere el derecho a la sucesión, aunque muera antes que el fiduciario, transmitiendo su derecho a sus herederos. Así pues, el derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos (art. 784 del CC), adquiriendo

el fideicomisario el derecho desde el momento de la muerte del fideicomitente causante, aunque fallezca antes que el fiduciario.

En consecuencia, en el supuesto concreto, no habiendo dispuesto de algunos de los bienes el heredero fiduciario y no habiendo otorgado testamento tras la muerte de la testadora, hay que tener en cuenta los llamamientos de los sustitutos fideicomisarios de residuo hechos por ella, y siendo los fideicomisarios directamente herederos suyos, es necesario contar con los mismos para la partición, sin que quepa en modo alguno lo que determina la aplicación del artículo 1006 del Código civil. Y es que, aunque falte la actuación del fiduciario —aceptando o repudiando— entra en juego la previsión y disposiciones de la testadora fideicomitente.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, en los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el «quantum» de la misma. Esta expresamente admitido que las facultades de disposición pueden ser a título gratuito y también «mortis causa», si bien es preciso que sean atribuidas de manera expresa.

Resolución de 19-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Vigo, número 5.

**HERENCIA: HERENCIA EN LA QUE EL CAUSANTE TENÍA VECINDAD FORAL VASCA AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO, PERO CON TESTAMENTO ANTERIOR OTORGADO CONFORME A DERECHO COMÚN.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

Este Centro Directivo ha abordado en muchas ocasiones la situación del supuesto de este expediente, en el cual, hay un testamento redactado bajo la vigencia del Código civil, y el fallecimiento se produce bajo la vigencia de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, por lo que la sucesión debe interpretarse y aplicarse conforme a la nueva legislación. La sucesión se rige por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, que ha sido la vasca, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil común es válido pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión.

Por lo tanto, es doctrina de este Centro Directivo que la regla general en la cuestión de las legítimas en la Ley de Derecho civil vasco, es que, en un testamento en el cual se hace una institución a favor de un hijo, sin prever la existencia de otros, falleciendo el causante tras la entrada en vigor de la ley 5/2015, esa preterición equivale a apartamiento.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. En principio, la



interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas.

Para la interpretación por los herederos de las disposiciones testamentarias, y para las adjudicaciones que se realizan, los herederos menores están representados por la persona legalmente adecuada, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 163.2 del Código civil: «Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad». Así pues, están debidamente representados todos los intereses en conflicto, y se interpretan las palabras y la voluntad de la testadora en el sentido de dejar a su hijo la legítima estricta, esto es, coincidiendo con el tercio que en la ley vasca corresponde al legítimo; y que, en el resto del caudal, dos tercios, quiso que heredaran sus nietos.

Resolución de 19-12-2019

*BOE* 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 1.

#### CONDICIÓN RESOLUTORIA: DISTRIBUCIÓN ENTRE VARIAS FINCAS.

Es doctrina de esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 28 de febrero de 1994) que cuando al impago del precio aplazado de varias fincas vendidas se liga la facultad resolutoria del contrato por la parte vendedora, tal pacto no es inscribible sin distribuir o determinar cuál es la parte del precio pendiente del que ha de responder cada una de las fincas vendidas, pues la exigencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como una manifestación del conocido como principio de determinación, consecuencia a su vez del de especialidad que la llevanza del Registro por fincas impone, no deja lugar a dudas sobre su necesidad.

Esta Dirección General, en la reciente Resolución de 28 de noviembre de 2019 ha reiterado dicha doctrina, si bien admite que la fijación del «valor» concreto que se atribuya a cada una de las fincas vendidas equivalga a la determinación de la parte del precio de que haya de responder la finca de que se trate, de modo que el registrador puede tomar tales valores para reflejar en el asiento registral la distribución del precio entre las diversas fincas vendidas, y ello sin necesidad de acudir a presunción alguna pero sí mediante una correcta interpretación de las distintas cláusulas del título, no solo literal, sino también teleológica y sistemática (cfr. los artículos 1281, 1282, 1284 y 1285 del CC). Lo que ocurre es que en el presente caso de los términos de la escritura calificada resulta una voluntad contraria a que el valor atribuido a cada finca equivalga a distribución del precio a los efectos indicados.

Resolución de 19-12-2019

*BOE* 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarria.

#### REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: NOTA MARGINAL DE INICIO DEL EXPEDIENTE.

En el caso que nos ocupa, de la anterior reseña de fechas relevantes resulta con claridad que el recurso se presentó en la Sede Electrónica del Ministerio de

Justicia dentro del plazo legal para ello siendo recibido en la Subdirección General del Notariado y de los Registros y finalmente en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Por tanto, procede admitir a trámite dicho recurso.

En el caso objeto del presente recurso, la registradora, al inicio del procedimiento, deniega la expedición de la certificación de dominio y cargas y la práctica de la nota marginal previstas en el citado artículo 5 RD 1093/1997 alegando supuestos defectos que se refieren más bien a la futura inscripción del título en el que culmine la reorganización de la propiedad. Pero es evidente que en el título presentado no se solicita ninguna rectificación de asientos registrales, sino tan solo la constancia por nota marginal de la iniciación de un procedimiento administrativo en el que eventualmente sí se podría aprobar y solicitar tal rectificación, y a tales efectos se solicita la expedición de certificación registral para que la administración actuante pueda, precisamente, entender dicho procedimiento con los titulares registrales potencialmente afectados.

Lo que sí puede hacerse, y hasta resulta deseable y recomendable, es que una vez expedida la certificación solicitada y extendida la nota marginal pertinente, la registradora, a continuación de dicha certificación, o en documento aparte si lo prefiere, emita de oficio informe o dictamen para ilustrar al Ayuntamiento con cuantas sugerencias jurídicas estime pertinentes para el buen fin de esa futura y eventual pretensión, que todavía no existe, de rectificación de asientos registrales.

Resolución de 19-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro de la Propiedad de Mahón.

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17.12 DE LA LEY SOBRE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS.**

Como cuestión preliminar previa debe recordarse la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo según la cual conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del recurso documentos que no hayan sido presentados en tiempo en forma en el Registro, de forma que el registrador no pudo examinarlos a la hora de emitir su calificación.

La LPH atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. art. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas. Sin embargo,

el precepto, tal como se acaba de exponer, se refiere al acuerdo «por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994» y en este caso el acuerdo tiene precisamente la finalidad contraria, modificar los estatutos de la comunidad para ampliar o aclarar los usos a que pueden destinarse los departamentos, incluyendo entre ellos el arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional, y disponiendo en un nuevo artículo estatutario que quedan autorizados por la comunidad los alquileres turísticos o vacacionales.

Por último, en relación con lo suplicado con carácter subsidiario por el recurrente, no corresponde a esta Dirección General interpretar si los estatutos de la comunidad, tal como ahora constan inscritos, admiten o no el uso turístico de las viviendas.

Resolución de 19-12-2019  
*BOE* 12-3-2020  
Registro de la Propiedad de Arteixo.

#### **HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA EN LA LEY 5/2019.**

Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior —o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno— en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica.

De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

Resolución de 19-12-2019  
*BOE* 12-3-2020  
Registro de la Propiedad de Mahón.

#### **PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: CASOS EN QUE SE AFECTE A FINCAS RESULTANTES DE UNA REPARCELACIÓN.**

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete

su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

La disposición del artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Tal y como señala el registrador en su calificación, la identidad de ambos procedimientos en cuanto a su finalidad de lograr la rectificación descriptiva de una finca registral, hace aplicable análogicamente la norma citada al expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esto no obstante, esta Dirección General, para un supuesto de fincas inscritas procedentes de un procedimiento de concentración parcelaria, consideró debe admitirse igualmente que en una inscripción posterior se rectifique la descripción cuando no existe duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación.

Sentado lo anterior, en el caso de este recurso, resulta justificada la negativa del registrador a iniciar las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ya que no queda acreditada la correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica que se pretende inscribir. Es cierto que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo —cfr. Resolución de 30 de julio de 2015—, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración es alterado (cfr. art. 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 109 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Resolución de 20-12-2019  
BOE 14-3-2020  
Registro de la Propiedad de Cullera.

#### **HIPOTECA: APLICABILIDAD DE LA LEY 5/2019 A LOS PRÉSTAMOS CONCEDIDOS A EMPLEADOS DEL PRESTAMISTA.**

El artículo 2.4, en su letra a), de la Ley 5/2019 establece que la misma no será de aplicación a los contratos de préstamo «concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». La primera cuestión dudosa que se plantea es el concepto del «título accesorio» de la concesión de estos préstamos. Lo decisivo para que la excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con esa finalidad atípica, de proporcionar al trabajador una retribución adicional, y que por tanto no se conecte de forma inmediata con la obtención por el banco de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución. Por consiguiente, son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho

de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política laboral de la empresa, y así se indique en la escritura, debe ser suficiente —aunque no necesario— para acreditar su condición de préstamo exceptuado. Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la entidad. Por otra parte, la condición de pareja de hecho se puede ordinariamente acreditar mediante la inscripción en el correspondiente registro, pero no es este el único procedimiento posible a tal efecto: esa inscripción produce efectos en la esfera administrativa, pero no en la civil o mercantil, por lo que debe también bastar con la manifestación motivada de la condición de pareja de hecho de los dos otorgantes.

Debe por otra parte apuntarse que en estos préstamos es frecuente que se pacte que, en el supuesto de que el prestatario dejara de ser empleado de la entidad concedente, dejen de ser de aplicación las condiciones privilegiadas acordadas, quedando el préstamo sujeto a otras, análogas a las del público en general. Para el supuesto de que se estableciera tal pacto, debe entenderse que las condiciones sustitutivas sí quedarían sujetas a las citadas condiciones o limitaciones imperativas de la ley, pero que no debe ser preciso el otorgamiento del acta previa.

Resolución de 20-12-2019

*BOE* 14-3-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

**HIPOTECA: PRÉSTAMO CONCEDIDO A UNA SOCIEDAD GARANTIZADO CON HIPOTECA CONSTITUIDA POR PERSONA FÍSICA. HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.**

Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo concedido a una sociedad para financiar la adquisición de una vivienda. En garantía del mismo se constituye hipoteca sobre dicha finca y, además, el administrador de dicha sociedad interviene también como avalista para prestar garantía personal solidaria.

Debe concluirse que la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es aplicable a los préstamos concedidos a personas jurídicas en lo relativo al fiador persona física aun cuando esta no sea consumidor. Así, lo confirma el contenido literal del artículo 2, apartado 1, letra a), respecto de préstamos garantizados con hipoteca sobre inmueble residencial, que, a diferencia de lo expresamente dispuesto para préstamos no hipotecarios concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles, no exige que el fiador o garante sea consumidor. Hecha la aclaración sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 en el presente caso de préstamo en que concurre como prestataria una sociedad y como avalista una persona física, debe ahora determinarse si la aplicación de esta ley alcanza íntegramente al contrato tanto respecto de la prestataria como respecto del avalista o, por el contrario, se limita a este último.

La Ley 5/2019, como con claridad se desprende del tenor literal de los artículos 1.1 y 2.1, no será aplicable a un prestatario persona jurídica, aunque esta tenga la condición de «consumidor» —cliente— en la contratación del préstamo o crédito. Y el notario o el registrador no parece que puedan, por su sola autoridad, proceder a un levantamiento del velo de la persona jurídica, o apreciar su carácter instrumental o fraudulento, ni siquiera cuando la persona jurídica

que actúe como consumidora sea unipersonal. Nunca será necesario que una persona jurídica, sea o no consumidora, que actúe como prestataria, fiadora o garante, concurra al otorgamiento del acta previa prevenida en el artículo 15 de la Ley 5/2019. Ese deber de asesoramiento e información y control notarial se circunscribe a las «personas físicas».

En estos supuestos en que la parte prestataria sea una persona jurídica y el fiador o el hipotecante no deudor una persona física, la Ley 5/2019 resultará plenamente aplicable respecto de esta última. La constitución de la garantía del préstamo o crédito, en relación con dichas personas físicas, quedará sujeta a sus normas, y el deber de información y asesoramiento alcanzará a toda la documentación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019. Tanto la información y documentación a suministrar por la entidad prestamista como la actividad del notario, aunque limitada como se ha dicho a las personas físicas, debe comprender todo aquello que —relativo al préstamo o crédito— se expresa en los artículos 14.1 y 15 de la Ley 5/2019.

Se plantea por otra parte la duda relativa a la aplicabilidad a estos préstamos de las normas o limitaciones materiales que con carácter imperativo establece la Ley 5/2019. Se debe partir, para resolver esta cuestión, de la idea de que el garante puede obligarse a menos, pero no a más, que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 del CC), lo que permite en principio pactar un régimen jurídico para el contrato con la sociedad, y otro más benigno para las garantías constituidas.

Y, concretando esas limitaciones, la que planteará más dudas es la aplicabilidad de las normas que para el vencimiento anticipado se establecen en el artículo 24 de la ley. Resulta indiscutible que los umbrales mínimos que exige la ley son oponibles por el garante que sea persona física, a la vista de su tenor literal. Por ello, lo más práctico y claro será pactar para el préstamo unas condiciones de vencimiento anticipado por impago que se ajusten a los límites del artículo 24. Pero también debe ser posible (y razonable en función de las circunstancias que se den en cada caso) un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.

Más sencilla es la cuestión de la aplicabilidad de las limitaciones de los tipos de interés ordinario (prohibición de cláusula suelo y fijación de los intereses de demora en el tipo pactado más tres puntos, de acuerdo con los art. 21 y 25 de la Ley 5/2019). Puesto que el garante puede obligarse a menos que el deudor principal, es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones, y pactar la limitación de la garantía (sea el afianzamiento o la responsabilidad hipotecaria) a cuantías inferiores.

Finalmente, en materia de cancelación anticipada, parece claro que pueden pactarse con el prestatario unas condiciones diferentes de las previstas en la ley con carácter imperativo en el artículo 23. Esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente.

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 20-12-2019

BOE 14-3-2020

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2.

#### NOTARIOS: PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN SU ACTUACIÓN.

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y la reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, «para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación», y por lo tanto será de su exclusiva responsabilidad; y al registrador compete calificar la existencia de la reseña del poder, del juicio notarial de suficiencia y su congruencia con el negocio jurídico que se realiza, y por lo tanto, no le corresponde hacer un juicio de suficiencia paralelo. Pero en la calificación de este expediente, lo que se cuestiona no es el juicio de suficiencia, sino la incompatibilidad en la autorización del poder otorgado por el propio notario poderdante en cuanto a la representación de su esposa.

La consignación de incapacidades o incompatibilidades por la legislación notarial obedece a la idea de impedir que el Notario, influenciado por motivos afectivos, económicos, sociales, o de otro tipo, autorice documentos públicos o realice actos con momentáneo olvido de la imparcialidad o veracidad que debe

resplandecer en toda su actuación; razón por la cual únicamente surge la incapacidad cuando existe una base sólida para presumir el alejamiento de la obligada imparcialidad y neutralidad que debe regir su conducta profesional. No se diga que el notario en casos como el presente está investido de una posibilidad de apreciar la existencia o no de un potencial conflicto de intereses, algo que por lo demás ha de ser evitado por quien se encuentre en la posición de autorizar un instrumento afectado por esa simple posibilidad: sencillamente porque eso le convertiría —valga la expresión— en juez y parte, algo que se aviene muy mal con la imparcialidad y rigor exigibles a toda actuación notarial, y sin que ello pueda ser salvado por esa ratificación o consentimiento —ulteriores— ante otro notario.

Y sin duda, también, los extremos anteriores y a la vista de lo que disponen los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso. Por lo demás, tampoco es ocioso poner de relieve que la solución adoptada por la legislación notarial guarda analogía con la de la legislación registral, siendo de reseñar el artículo 102 del Reglamento Hipotecario.

Así pues, en el supuesto concreto de este expediente, siendo que se trata de la esposa del autorizante a la que le otorgó a él mismo facultades y derechos, el notario debe considerarse incompatible para autorizar la sustitución del poder actuando él mismo como sustituyente. Por lo tanto debe desestimarse el recurso. Además, conviene recordar a los notarios que, en el empleo de la fórmula de «ante mí y por mí», en la autorización de poderes, una vez aceptados estos por el apoderado, generan obligaciones de rendición de cuentas que no se pueden obviar, por lo que los notarios autorizantes deben extremar el celo y cuidado en las citadas autorizaciones, así como la pulcritud en su utilización en aras de asegurar la imparcialidad y neutralidad de toda actuación notarial, pues aunque en algunos casos la literalidad lo permita, la prudencia debe informar el empleo de estas fórmulas.

Resolución de 20-12-2019

BOE 14-3-2020

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es un principio esencial del sistema registral el de titulación auténtica (art. 3 de la Ley Hipotecaria), así como el de que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria). Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, ni por tanto la determinación de la procedencia o no de practicar una cancelación de una anotación preventiva de embargo como consecuencia de su nulidad.

A la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues las anotaciones preventivas practicadas se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar —como se pretende— la legalidad en la práctica de dichos asientos ni los efectos de legitimación que dichos asientos generan.



Resolución de 20-12-2019  
BOE 14-3-2020  
Registro de la Propiedad de Parla, número 2.

**DOCUMENTOS PRIVADOS: EFECTOS.**

El artículo 1227 del Código civil efectivamente determina la fehaciencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto. Sin embargo, existiendo terceros interesados, como ocurre en el presente expediente, en el que existe una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de la Compañía de Jesús, que puede resultar perjudicada por la existencia y validez del documento privado, será preciso que dicho interesado admita su autoría y validez o, en su defecto, se inste el correspondiente proceso judicial con demanda al interesado, como posible perjudicado, en el que quede indubitadamente reconocida la autoría, capacidad y validez del contrato privadamente documentado.

Resolución de 20-12-2019  
BOE 14-3-2020  
Registro de Barcelona, número 11.

**REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. REQUISITOS ADMINISTRATIVOS: ACREDITACIÓN.**

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de noviembre de 2011, 4 de abril de 2012 y 5 de agosto de 2013), del artículo 254 de la Ley Hipotecaria se desprende la exigencia para la práctica del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, de la previa justificación de que se ha solicitado o practicado la liquidación de los tributos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda o sobre el documento en virtud del cual se pretenda la inscripción. Este precepto no es sino la reproducción en el ámbito de la legislación registral de lo dispuesto con carácter general en el artículo 54 del Texto refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Este efecto de inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos a efectos de inscripción, con la excepción dicha relativa al asiento de presentación, no es sino una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por parte de los sujetos pasivos de las obligaciones fiscales.

De todo ello se deduce, por tanto, que para el acceso a los Registros públicos, y en especial en este caso al Registro de la Propiedad, es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente el documento, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante bien lo sea también en soporte electrónico o papel, los siguientes extremos: que se ha producido la presentación del documento y su autoliquidación, bien lo haya sido esta última con ingreso o bien con simple alegación de exención o no sujeción.

Como señala la Resolución de 11 de abril de 2016, la doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 21 de octubre de 1987) ha dicho que estando sujeto un documento presentado a la liquidación por dos impuestos, el de Transmisiones Patrimoniales y el de Sucesiones, no basta con la nota acreditativa del ingreso

por el primero de ellos, sino que deberá acreditarse la liquidación también por el segundo, no obstante que la gestión de ambos impuestos haya sido transferida a las comunidades autónomas de manera que un mismo organismo sea competente para liquidarlos, lo que no es argumento suficiente en contra.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, es necesario en primer lugar señalar que no se discute ni por el notario autorizante de la escritura y recurrente ni por el registrador si es necesario o no aportar la cédula de habitabilidad, el certificado de eficiencia energética y el certificado del estado de deudas con la comunidad de propietarios para poder practicar la inscripción de la compraventa, de acuerdo con la normativa catalana, sino que lo que es objeto de discrepancia es si existe o no identidad entre la finca registral vendida y el departamento al que se refieren dichos certificados y cédula, por lo que esta es la única cuestión a resolver en este expediente. En este sentido, es preciso que se pueda apreciar de forma indubitada la correspondencia entre la descripción registral de la finca y los datos con que se identifica el departamento transmitido en los certificados y la cédula mencionados, como resulta de lo establecido por la Resolución de esta Dirección General de 14 de junio de 2010. Y tal correspondencia ha de establecerse sobre la base de lo que resulta del Registro y de los documentos aportados. Teniendo en cuenta todos los documentos aportados y examinados en su conjunto, así como a las manifestaciones de la parte vendedora contenida en la escritura, puede llegarse a la conclusión razonable de que los mismos sí se están refiriendo a la finca transmitida, por lo que este defecto debe ser revocado.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 11-12-2019

*BOE* 10-3-2020

Registro Mercantil de A Coruña, número II

**DESIGNACIÓN Y CESE POR UN APODERADO DEL REPRESENTANTE PERSONA FÍSICA DE UNA SOCIEDAD NOMBRADA ADMINISTRADORA. NECESIDAD DE ACEPTACIÓN DE LA PERSONA FÍSICA REPRESENTANTE DE UNA SOCIEDAD NOMBRADA ADMINISTRADORA. CARACTERÍSTICAS Y ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE PERSONA FÍSICA. JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE PODER NO CONTEMPLADO EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN.**

**SE CONFIRMA PARCIALMENTE**

Mediante escritura otorgada por un apoderado de la sociedad anónima se cesa a la persona física representante de dicha sociedad para ejercer el cargo de administradora única de una sociedad limitada. En la misma escritura el notario autorizante expresa que las facultades del otorgante resultan del poder

conferido a su favor mediante escritura y son suficientes para el cese y designación de persona física para el ejercicio de funciones propias del cargo de administrador único.

El registrador califica negativamente por considerar necesario que conste tanto el acuerdo del consejo de administración de la sociedad anónima que es socio único de la sociedad limitada, sobre el cese y nombramiento de la persona física representante de la primera en el órgano de administración de la segunda, como la aceptación de la persona física designada.

El recurrente interpone recurso contra la calificación negativa por considerar que la sociedad designada administradora puede determinar la persona física que ejerza las funciones propias del cargo de administrador a través de sus representantes legales o voluntarios, y en caso de representación voluntaria la determinación pueda hacerla cualquier apoderado con facultades suficientes. En cuanto a la necesidad de aceptación de la persona física designada por el administrador persona jurídica, la Ley de Sociedades de Capital no obliga a que la persona designada acepte el cargo ni a que se inscriba dicha aceptación en el Registro Mercantil.

La Dirección General señala que en la calificación no se contiene objeción alguna respecto del juicio notarial de suficiencia del poder formulado en relación con el negocio jurídico documentado, por lo que la objeción expresada por el registrador no en su calificación sino —intempestivamente— en su informe, según la cual el apoderado otorgante solo está facultado para ejercer personalmente la representación de la sociedad poderdante en la administración de la sociedad para la que realiza el nombramiento de representante, pero no para atribuir a un tercero dicha representación, no puede ser analizada en este expediente (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria).

En cuanto a los demás extremos, estima parcialmente el recurso, resolviendo, en primer lugar que la designación de representante persona física de una sociedad nombrada administrador puede ser realizado por un apoderado de la sociedad nombrada con facultades suficientes, no siendo necesario acuerdo del órgano de administración de la misma. En segundo lugar, que el representante que se nombre debe aceptar el nombramiento, pues, aunque tenga la naturaleza de apoderamiento, tiene las características y ámbito de responsabilidad de un administrador.

Resolución de 18-12-2019

*BOE* 12-3-2020

Registro Mercantil Central, número I

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. NOTA DE CALIFICACION NO NECESARIA PARA RECURRIR. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA GRÁFICA Y FONÉTICA DE DENOMINACIONES.

SE REVOCA

Solicitada del Registro Mercantil Central por un interesado certificación negativa respecto a la denominación «Clorawfila, Sociedad Limitada», recibe certificación positiva por considerar el registrador que resulta sustancialmente idéntica a otra previamente registrada «Clorofila, Sociedad Anónima Laboral» por expresarse gráficamente de modo similar y tener una notoria similitud fonética.

Se admite el recurso interpuesto, aun no habiendo nota de calificación, conforme a la doctrina de la Dirección General del Registro y Notariado por exigencia del principio de economía procesal, por no haber duda sobre la autenticidad de la calificación.

La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, sino que se proyecta a otros casos en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Este Centro Directivo, en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial». Se trata de valorar cuándo el nombre identifica, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones «genéricas o accesorias», a signos o partículas «de escasa significación» o a palabras de «notoria semejanza fonética» no tiene por qué realizarse de forma restrictiva. Lo que se debe considerar es la suficiencia para dar lugar a errores de identidad.

Por ello, el presente caso no puede confirmarse la calificación impugnada porque, aunque existe cierta semejanza gráfica y también fonética si el primero se pronuncia en inglés, entre los términos «Clorawfila» y «Clorofila» lo cierto es que hay una mínima diferencia gramatical que tiene como resultado que se trate de denominaciones claramente distinguibles a los efectos de la exigencia legal de identificación.

Resolución de. 18-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro Mercantil de Madrid, número IV

**SOCIEDAD PROFESIONAL. ADAPTACIÓN DE SOCIEDAD PROFESIONAL. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.**

**SE CONFIRMA**

Mediante escritura se elevaron a público determinados acuerdos de aceptación de dimisión de administrador mancomunado, cambio de estructura del órgano de administración y nombramiento de administradores solidarios de R.B.R Abogados, S. L. cuyo objeto social, según los estatutos, es, entre otras, la prestación de servicios consistentes en el asesoramiento y defensa jurídica integral relativa a todas las ramas del derecho, incluido el asesoramiento fiscal, contable y financiero, y cualquier otra actividad relacionada con el asesoramiento jurídico.

El Registrador califica negativamente por considerar que la sociedad está disuelta de pleno derecho al tener por objeto el ejercicio común de una actividad profesional de obligada colegiación profesional y no haber sido adaptada en plazo a las previsiones de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.

El recurrente interpone recurso contra la calificación negativa alegando que, a pesar de su denominación, la sociedad se dedica a otras actividades no profesionales que representan más del setenta y cinco por ciento de la facturación

de la empresa y el cincuenta y uno por ciento del capital social pertenece a un inversor capitalista no profesional, por lo que la sociedad no tiene la obligación de revestir la forma societaria de sociedad profesional.

El registrador elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado y mediante diligencia para mejor proveer afirmó que la hoja de la citada sociedad constaba, por nota al margen de la inscripción 1.ª, la disolución de la misma y la cancelación de los asientos registrales.

La Dirección General desestima el recurso resolviendo que dado que consta en el Registro la disolución de pleno derecho de la sociedad y la cancelación de los asientos registrales, el asiento queda bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare la inexactitud. Por ello, en el presente caso no cabe decidir sobre el asiento ya practicado, sino sobre las consecuencias de se derivan del mismo, sin perjuicio, de que no existe problema para que una sociedad de capital disuelta de pleno derecho pueda ser reactivada, para lo que se exige un consentimiento contractual de los socios. Una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo los cambios en el órgano de administración que estime oportunos y obtener la inscripción de los mismos.

Resolución de 18-12-2019

BOE 12-3-2020

Registro Bienes Muebles de Madrid, número I

HIPOTECA MOBILIARIA. CERTIFICADO DE TASACIÓN.

SE CONFIRMA

El presente recurso tiene por objeto exclusivo decidir si procede o no la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca mobiliaria, otorgada por una sociedad mercantil hipotecante de deuda ajena, como propietaria en pleno dominio de la propiedad industrial (marcas) en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por cuatro sociedades mercantiles prestatarias, en virtud de contrato de financiación suscrito entre las citadas sociedades, como acreditadas, y seis entidades bancarias acreedoras nacionales como acreditantes.

El registrador de Bienes Muebles suspende la inscripción porque, habiéndose pactado el procedimiento ejecutivo directo sobre bienes hipotecados previsto en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien se señala un valor de tasación a efectos de subasta, sin embargo no se presenta el correspondiente certificado de tasación, por lo que entiendo que no se cumple lo dispuesto en el artículo 682.2.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La parte recurrente alega que es innegable que las hipotecas mobiliarias son susceptibles de servir de garantía a la emisión de títulos del mercado secundario. Además, indica que el certificado de tasación no es de aplicación si no se cumplen cumulativamente dos requisitos, esto es, que sean hipotecas constituidas a favor de entidades que carezcan de legitimación para realizar emisiones de títulos hipotecarios y que la operación en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 de la Ley 2/1981. También considera

que la falta de certificación de tasación, aunque fuere necesario, no afecta a la constitución de la hipoteca, sino exclusivamente a la inscripción de los procedimientos de ejecución hipotecaria especiales (judicial directo o extrajudicial) en los que se impone legalmente como requisito; por lo que la hipoteca debería ser inscrita de oficio por el registrador, sin perjuicio de denegar las cláusulas relativas a la ejecución.

La Dirección General desestima el recurso resolviendo que para inscribir la constitución de hipoteca mobiliaria sobre marcas comerciales, donde se ha pactado un procedimiento ejecutivo directo sobre los bienes hipotecados, es preciso aportar el certificado de tasación conforme a lo dispuesto en el artículo 682.2.1.<sup>a</sup> de la LEC.

Resolución de 20-12-2019

BOE 14-3-2020

Registro Mercantil de Asturias, número I.

**ACUERDO DECLARADO NULO POR SENTENCIA JUDICIAL. EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE NULIDAD DE ACUERDOS. CONVALIDACIÓN O SUSTITUCIÓN DE ACUERDO NULO. REGULARIZACIÓN DE SOCIEDAD TRAS SENTENCIA DE NULIDAD DE ACUERDO. DEFECTOS MATERIALES O SUSTANTIVOS DE ACUERDO SOCIAL.**

**SE CONFIRMA**

El presente recurso tiene su origen en una sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de fecha 31 de octubre de 2016, donde se declaró nulos los acuerdos de las juntas generales de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de 15 de septiembre de 2014 y 1 de diciembre de 2014, acuerdos entre los que se encontraba determinada operación de reducción de capital por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de capital.

Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, en sentencia de 20 de marzo de 2018, que se fundamenta, en lo que interesa en este expediente, en que el acuerdo de reducción del capital social a cero por compensación de pérdidas y simultáneo aumento de dicho capital infringe, respecto del socio titular de las acciones preferentes, «Sadim Inversiones S.A.», unipersonal, los artículos 293.1 y artículo 343 de la LSC.

La Junta General de la sociedad «Laminados de Aller, S.A.» de 8 de abril de 2019, para «ejecutar en sus propios términos la sentencia firme de fecha 31 de octubre (...) y regularizar la situación jurídica respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados», aprobó, entre otros acuerdos, la reducción de capital social a cero y simultánea ampliación de capital en los términos que resultan de la siguiente propuesta: «La reducción de capital por compensación de pérdidas en la suma de 7.500.000 euros mediante la amortización de todas las acciones existentes en la sociedad y simultánea ampliación de capital por importe de cien mil euros correspondientes a 29.400 acciones privilegiadas de clase A de un euro de valor nominal cada una y 70.600 acciones ordinarias de clase B de un euro de valor nominal cada una de ellas, todo ello modifica el artículo 5 de los estatutos sociales. Dicho acuerdo fue aprobado con el voto favorable de todos los accionistas salvo la sociedad «Sadim Inversiones S.A.» que votó en contra. Tales acuerdos constan en acta notarial de la junta autorizada el día 8 de abril

de 2019 y en la escritura de elevación a público de los mismos que son objeto de la calificación impugnada.

La registradora fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en que los acuerdos adoptados, relativos a la situación del capital social existente el 15 de septiembre de 2014, tienen que contener necesariamente un pronunciamiento en cuanto a los efectos que la nulidad declarada tiene sobre determinados asientos posteriores; en que aun cuando existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, este mecanismo encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, mientras que cuando los defectos son de orden material o sustantivo, como ocurre en el presente caso, lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia, y ese nuevo acuerdo social debe ajustarse a los requisitos que la ley establece para adoptarlo (entre ellos el relativo al balance que sirva de base a la reducción de capital) atendiendo a la situación del momento en que se apruebe la reducción de capital.

La Dirección General desestima el recurso resolviendo que cuando existe un defecto que da lugar a la nulidad de los acuerdos se determina la exigencia de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectadas. Por ello, se exige un acuerdo social de reducción de capital con simultáneo aumento del mismo, cualquiera que sea la causa y solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando dicho acuerdo cumpla con los requisitos legalmente establecidos para adoptarlo.

Resolución de 20-12-2019.

*BOE* 14-3-2020

Registro Mercantil de Almería.

**UNIPERSONALIDAD. LA ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO A UNO SOLO NO IMPLICA UNIPERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD.**

**SE CONFIRMA**

Mediante escritura otorgada por los dos únicos socios de una sociedad de responsabilidad limitada, casados entre sí, estos acuerdan que, respecto de las participaciones asumidas con carácter ganancial por la esposa en el momento de la constitución de la sociedad, el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentado desde el acuerdo, que se ha inscrito en el libro registro de socios, por el marido, es decir, por el otro miembro de la sociedad de gananciales, quedando este como único socio de la sociedad, la cual ha adquirido el carácter de unipersonal, por lo que solicitan la inscripción de la unipersonalidad sobrevenida de la sociedad.

El registrador suspende la inscripción porque la atribución del ejercicio de los derechos de socio no implica la unipersonalidad (Art. 126 LSC).

El recurrente alega que la reunión en una sola y exclusiva voluntad de todos los derechos políticos y económicos que derivan de la totalidad de las participaciones sociales en que se divide el capital social, por más que estas resulten de titularidad ganancial, exige la aplicación del artículo 12 de la LSC. La condición de socio es un derecho subjetivo y la propiedad de las participaciones deben

considerarse privativas del socio, con independencia de que su valor sea ganancial, circunstancia esta que confirma que en casos como el presente la sociedad ostenta de condición de unipersonal.

La Dirección General desestima el recurso señalando que la mera atribución del ejercicio de los derechos de socio de una persona a otra debe enmarcarse en la regulación relativa al mandato y a la representación, pero no transmite *per se* la condición de socio.





**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor\*

## *The right of visits of the grandparents: its refusal for favoring the unstability and development of the minor*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** Cuando existe una ausencia de comunicación y de relación de la abuela con su hija durante muchos años, y esta se ha cronificado, incluso si la hija, madre de los menores, tiene una percepción de haber sido víctima de maltrato por parte de su madre mostrando un temor insuperable hacia ella sin ser posible la restauración de la relación, se deniega el derecho de visitas entre la abuela y los menores con base a la existencia de *justa causa*, a contrario sensu, del artículo 160 Código civil al poner el acento en el *interés superior del menor*. Se considera que se coloca a los menores en una situación de vulnerabilidad importante, pues se les sitúa en medio de un conflicto grave, que afecta a su desarrollo ya que carecen de herramientas para gestionar dicha situación.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

*ABSTRACT. When there is an absence of communication and relationship of the grandmother with her daughter for many years, and this has been chronicled, even if the daughter, mother of the minors, has a perception of having been victim of abuse by her mother showing an insurmountable fear towards her without the restoration of the relationship being possible, the right of visits between grandmother and minors is denied by emphasizing the best interests of the minor. It is considered that minors are placed in a situation of vulnerability, since they are placed in the middle of a serious conflict, which affects their development.*

**PALABRAS CLAVE:** Abuelos. Derecho de visita. Interés superior del menor. Conflictividad abuela y madre.

**KEY WORDS:** *Grandparents. Right of visit. Higher interest of the minor. Grandmother and mother conflict.*

**SUMARIO:** I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR.—II. LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS CUANDO ORIGINAN INESTABILIDAD EN EL MENOR.—III. EL ASESORAMIENTO PREVIO DEL JUEZ ANTES DEL OTORGAMIENTO O LA DENEGACIÓN DEL DERECHO EN CADA CASO.—IV. INSTRUMENTO PARA GESTIONAR E INICIAR LAS RELACIONES FAMILIARES: EL PUNTO DE ENCUESTRO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR

La sentencia que nos ha dado pie a realizar este breve comentario jurisprudencial se centra en la denegación, tanto en primera instancia como en apelación, del *establecimiento del régimen de relación o visitas entre la abuela demandante y su nieta*<sup>1</sup>.

Existe un conflicto entre los padres y la abuela, cada uno de ellos con su percepción diferente del problema. Además hay un menor a quien se le impuso el régimen de visitas previamente, derecho de relación que ya lleva ejercitándose durante cinco años... y que al mantenerse la conflictividad entre los padres y la abuela ha influido negativamente en la menor causándole incluso una sintomatología. Toda esta situación negativa «desaconseja la fijación de un régimen de relación con la nieta estimando que el interés de la menor es el que se debe salvaguardar.»

Debe apuntarse además que la menor no conoce a la abuela, y que el derecho de relación existente entre el otro nieto y la abuela se ha suspendido.

Varias son las cuestiones que nos asaltan en este tema. En primer lugar el cambio operado desde la ley de 2003 a la ley de 2015<sup>2</sup>. Desde el punto de vista literal, los párrafos 2 y 3 del artículo 160 del Código civil solamente sufren la adición del término hermanos, con carácter preferente al derecho de visita de abuelos, parientes y allegados. Sin embargo, se produce un cambio más profundo que no aparece en la letra de la ley pero si en el espíritu de la misma y reside en la *supremacía absoluta del interés del menor*.

Si a principios de siglo XXI, la Ley de 2003 introdujo como novedad en la letra de la ley el derecho de relaciones personales, donde se incluye la visita, la comunicación, la estancia de los abuelos con el nieto... una década después, *la relevancia del principio general de derecho del interés superior del menor*, utilizado por la jurisprudencia en el análisis del caso a caso, hace que se diluya este derecho a favor del nieto y su necesario desarrollo psicológico, madurativo y personal. Y así vamos a ponerlo de relieve en las líneas siguientes<sup>3</sup>.

## II. LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS CUANDO ORIGINAN INESTABILIDAD EN EL MENOR

Con carácter general, se tiene en cuenta la importancia de garantizar la relación entre abuelos y nietos por la *fuerza del vínculo familiar* consecuencia de su propio origen, estimando que dicha relación enriquece a los menores y es bueno para fomentar su nivel madurativo por los valores que se le transmiten y que favorece su crecimiento y formación. Siempre se destaca el papel relevante y preferente que ejercen los abuelos frente a otros familiares o parientes. No ocurre así en el caso de los allegados, que pueden tener una cercanía mayor con el menor aunque no les una a ellos lazos de sangre sino que pertenezcan al círculo social del menor, y así lo hemos puesto de relieve en otras ocasiones.

La exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 22 de noviembre, señala que la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo: en primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos en caso de ruptura familiar. Y, en segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

Indica además, que los abuelos pueden desempeñar un *papel crucial para la estabilidad del menor* ya que disponen de una autoridad moral que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, *favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo*, o *contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores* y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno. Todo lo cual puede neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

De esta forma el espíritu perseguido por la Ley se centra en favorecer en todo momento al menor por lo que no cabe imponer un régimen de visitas que produzca el efecto contrario, esto es que sean los propios abuelos quienes originen la inestabilidad y el desfavorecimiento del menor.

No olvidemos que el artículo 160.2 CC, a *contrario sensu*, permite *denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa*, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que «Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley...»

Esto significa que rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el *juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado*, en atención a las particularidades del caso, *el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (...)*».

Hay una multiplicidad de sentencias que abordan este tema. Así, la existencia de la necesidad de *justa causa* que fundamente la denegación o suspensión del derecho de los abuelos conlleva la *existencia de un perjuicio* para el menor ya sea por poner en *peligro su salud*, su *seguridad*, sus *valores*. Se produce un paralelismo con el artículo 94 del Código civil cuando dice que «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial...<sup>4</sup> el juez podrá *limitar o suspender* las relaciones de los menores con sus progenitores

Denegación que tendrá lugar si hubieran infligido *malos tratos al menor*<sup>5</sup>, o influido negativamente *entrometiéndose en las facultades de la patria potestad*<sup>6</sup>, o, por incumplimiento de sus deberes paternos por situaciones de alcoholismo<sup>7</sup>, drogodependencia<sup>8</sup>, por padecimiento de una enfermedad mental<sup>9</sup>, o que el menor haya sido adoptado por un tercero, lo que obliga a su inserción en la nueva familia... O las malas relaciones entre un progenitor y los padres de la progenitora fallecida...<sup>10</sup>.

También puede considerarse *justa causa* de la denegación: *el peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica del nieto*. Esta era precisamente la razón aducida por la SAP de Sevilla de 11 de marzo de 2003, que procede a la suspensión del régimen de visita de la abuela porque hay un conflicto entre el derecho de garantizar la protección física y moral de los menores, y el derecho de su abuela a visitarlos, y en tal caso ha de prevalecer la protección de los menores, más aún, si surgen dudas razonables en cuanto al beneficio que tales visitas puedan suponer para estos últimos<sup>11</sup>. Menores que habían sido física y psíquicamente maltratados por sus progenitores —drogodependientes—, siendo sometidos a innumerables peligros y encontrándose en una situación de desamparo que originó el que fueran dados en acogimiento a otra familia.

Para *suspender* este derecho ha de probarse que las visitas perjudicarían el desarrollo y equilibrio emocional de los menores tal y como señalan la SAP de Asturias de 7 de enero de 2010, que suspende las visitas de la madre para iniciar el acogimiento familiar preadoptivo<sup>12</sup> o la SAP de Cádiz de 6 de septiembre de 2004 donde no se suspenden las visitas de la madre que deben permitirse progresivamente por la familia acogedora<sup>13</sup>.

Últimamente, el Alto Tribunal en Sentencia de 27 de septiembre de 2018<sup>14</sup>, que recoge la jurisprudencia del Tribunal a favor de las relaciones entre abuelos y nietos, ha indicado la necesidad de que se produzcan este tipo de contactos «partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de estos con los progenitores». La Sentencia de 14 de noviembre de 2013 señala que «de los propios antecedentes de la norma se establece que aun cuando la relación prioritaria sea la paterno filial, debe prestarse una *especial atención a la relación abuelos—nietos, en interés del propio menor*<sup>15</sup>.

Esta es la línea jurisprudencial que preside las resoluciones de los casos planteados en las SSTs de 20 septiembre de 2002<sup>16</sup>, de 28 junio de 2004<sup>17</sup>, de 11 noviembre de 2005<sup>18</sup>, de 27 julio de 2009<sup>19</sup>, y, de 14 de noviembre de 2013<sup>20</sup>. Todas estas sentencias se centran en la actitud personal de uno de los progenitores que tras el fallecimiento del otro se oponen a que los menores se relacionen con los padres del fallecido. Tras acreditar que los abuelos influyen positivamente en los menores el juzgador resuelve, *ante la inexistencia de justa causa para denegar*, otorgando el derecho de relación entre abuelos y nietos.

En relación a la *causa* por la que se puede restringir o suspender el régimen de relación entre abuelos y nietos la misma sentencia refiere en relación al caso

concreto que «la *justa causa* no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en *beneficio e interés de las menores*, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos» y estima «la *justa causa* para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la *absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo*» (STS de 14 de noviembre de 2013).

En el Código civil de Cataluña se reconoce también este derecho de los abuelos por el legislador (art. 236-4, 2.º CCCat), existiendo además una jurisprudencia relevante en esta línea (SSAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2015<sup>21</sup>, de 11 de junio de 2018<sup>22</sup>, de 3 de julio de 2018<sup>23</sup>, de 27 de febrero de 2019<sup>24</sup>, y de 2 de julio de 2019<sup>25</sup>). Así se concreta que *es justa causa* que origina la denegación:

- Cuando los menores muestren inquietud o ansiedad ante el temor de recordar determinados aspectos negativos de la relación entre las familias y que no debe persistir.
- Cuando se acredita la inexistencia de relación personal entre el padre de las niñas y la abuela y que las menores no la conocen, ni la identifican como tal, sino a otra persona que ejerció como figura materna del padre.
- Cuando el padre y la abuela con su actuación están situando a los menores en un conflicto de lealtades.

Por otro lado, la actitud obstativa de la madre para mantener la relación entre abuela y menor que produce una negativa en la menor para continuar con el derecho de relación *no constituye por sí misma una causa justa* para impedir la relación.

En resumen, los criterios o parámetros de decisión que vienen considerándose por los tribunales para fijar un régimen de relaciones son entre otros los siguientes:

- La situación personal del menor y de la persona o personas que desean relacionarse con él.
- La intensidad de las relaciones anteriores (grado de vinculación afectiva entre ellos). De modo que si ha habido convivencia o relación positiva el interés del menor aconseja conservarla y potenciarla.
- El respeto de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de las funciones de guarda.
- Y todas aquellas circunstancias del caso que sean relevantes y ayuden, debidamente ponderadas, a conformar el interés del menor

### III. EL ASESORAMIENTO PREVIO DEL JUEZ ANTES DEL OTORGAMIENTO O LA DENEGACIÓN DEL DERECHO EN CADA CASO

La SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 2019, pone de relieve como para la aprobación o denegación del derecho de relaciones personales con el menor son relevantes los informes del EATAF. El juez, caso por caso, va a apoyarse en los servicios técnicos (psicosociales) para resolver en consecuencia según la situación real familiar y lo conveniente en cada caso para el menor. El juez se va a asistir de este asesoramiento antes de la adopción de cualquier medida.

Al aplicar el derecho catalán (arts. 236-4.2 y 236-5.1 CCCat) el régimen relacional con los abuelos se puede restringir cuando existe *justa causa*, lo cual no



difiere en nada al establecido con anterioridad en el derecho común, concretamente en el Código civil desde 2003 (art. 160 CC).

Las situaciones se repiten con reiteración. Existe una conflictividad entre los adultos, por ejemplo porque no hay relaciones entre ellos, o porque se ha producido una ruptura matrimonial que ha alejado las relaciones entre los mismos adultos con repercusión negativa en los menores, o porque ha fallecido uno de los padres y el otro progenitor les niega a los abuelos el derecho de relación. Tensiones negativas que repercuten en los menores de una forma u otra, o simplemente ausencia de comunicación y de relación durante muchos años que se ha cronificado.

En este caso los servicios técnicos que se han creado en los juzgados para el asesoramiento necesario de jueces y magistrados<sup>26</sup>, señalan en sus informes cuales son las medidas que se aconsejan en cada supuesto concreto teniendo en cuenta también la *necesaria audiencia del menor*<sup>27</sup>.

Evidentemente si la influencia de los abuelos ha sido negativa en otro de los menores, incluso existiendo una supervisión de dichas relaciones en el Punto de encuentro, como ocurre en el supuesto de la sentencia objeto de comentario hace suponer que paralelamente la misma situación va a producirse con el otro menor.

En otro orden de cosas, resulta muy interesante la apreciación que realiza la SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 2019 al señalar que *«se aprecian habilidades en la abuela para relacionarse con su nieto pero no para restaurar la relación materno filial para lo cual no ha habido ni siquiera un intento. La abuela se limita a demandar visitas con sus nietos por la vía judicial sin identificar responsabilidad alguna en la inexistencia de relación con su hija y esta, madre de los menores, tiene una percepción de haber sido víctima de maltrato por parte de su madre mostrando un temor insuperable, sin terapia adecuada, hacia dicha figura. Sin restauración de dicha relación se coloca a los menores en una situación de vulnerabilidad importante pues se les sitúa en medio de un conflicto grave lo que afecta de forma clara a su desarrollo como personas pues carecen de herramientas para gestionar dicha situación. La relación entre abuela y nieto ha devenido perjudicial para el menor y no puede efectuarse un juicio de predicción distinto respecto a la nieta que no conoce a su abuela... Entendemos que no se trata de simples desavenencias entre los adultos sino de una situación de conflicto estructural que ha afectado a todo el grupo familiar y que debe restaurarse mínimamente entre los adultos antes de involucrar a los menores»*.

Deja claro que el conflicto es *estructural* y que son *los adultos quienes deben poner remedio*. La abuela solicita el derecho de relación con el nieto y tiene habilidades para ello pero se le niegan porque no puede restaurar la relación con su hija, madre del menor... (el AETAF así lo concreta en sus informes) de ahí que se llegue a la conclusión que de otorgarse se crearía una situación de vulnerabilidad con los menores porque se les pondría en el centro del conflicto.

#### IV. INSTRUMENTO PARA GESTIONAR E INICIAR LAS RELACIONES FAMILIARES: EL PUNTO DE ENCUENTRO.

En el supuesto de hecho de la SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 2019 se indica como *«por sentencia de 25-3-2013 se establece un régimen de visitas entre la abuela y su nieto que se concreta mediante auto de 31-10-2013 en una visita supervisada en fin de semana alterno en Punt de Trobada»*.

Los informes del Punt de Trobada (punto de encuentro)<sup>28</sup> informan sobre la evolución de las visitas entre abuela y nieto de forma periódica refiriendo un cumplimiento formal por parte de los progenitores y de la abuela, así como de la existencia de habilidades por parte de la abuela, y, en cuanto al menor refieren que se muestra cómodo y contento, espontáneo y participativo no observando desajustes en su comportamiento. Pero es que además se recomienda la continuidad del sistema de visitas establecido *aunque* más adelante hacen incluso *propuesta de modificación de la modalidad de visitas recomendando visitas externas de tres horas con intercambio en el Punt y necesidad de recabar el informe del EATAF* (Equipo de Asesoramiento Técnico de familia)<sup>29</sup>.

Informe que es muy negativo ya que indica los riesgos que las visitas están teniendo en el desarrollo del menor al hallarse «en medio de una relación conflictiva grave intergeneracional entre la abuela materna y la madre; que los padres no pueden proteger al menor de la conflictiva existente teniendo la madre una percepción de haber recibido maltrato de su madre durante su infancia y que la abuela presenta rasgos de rigidez, narcisismo y fuerza frente a su hija de talante más frágil, que la abuela ridiculiza a la hija y no valida lo que ella pueda sentir, se percibe poca empatía respecto a la situación en la que se encuentra el niño en medio de dicha situación...».

Incluso el informe recoge la situación de ocultación del nacimiento de la menor en la que *se ha hecho partícipe al menor de modo que este ha empezado a desarrollar sintomatología en su desarrollo* que se trabaja desde el CDIAP<sup>30</sup> entendiéndose que si las visitas continúan se reproduce de nuevo el conflicto familiar siendo en este caso el menor el que debe desarrollar recursos para afrontar la situación aprendiendo un modelo de relación basado en el conflicto. Por lo que suspenden las visitas entre abuela y menor, quien incluso manifiesta de forma espontánea voluntad de no volver a verla.

## VIII. CONCLUSIONES

I. La Ley establece el otorgamiento del derecho de relación entre abuelos y nietos a fin de garantizarla por la *fuerza del vínculo familiar* ya que enriquece a los menores y es bueno para fomentar su nivel madurativo y favorecer su crecimiento y formación.

II. Su papel es importante para la estabilidad del menor ya que disponen de una autoridad moral que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, o contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno.

No cabe imponer un régimen de visitas que produzca el efecto contrario, esto es que sean los propios abuelos quienes originen la inestabilidad y el desfavorecimiento del menor. El artículo 160.2 del Código civil, a *contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra *justa causa*.

El juez puede emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, teniendo siempre como guía fundamental el interés superior del menor.

Denegación que se produce cuando existe una conflictividad entre los adultos, porque no hay relaciones entre ellos, o porque se ha producido una ruptura matrimonial que los ha alejado, o porque ha fallecido uno de los padres y el otro progenitor les niega a los abuelos el derecho de relación. Tensiones negativas

que repercuten en los menores o simplemente ausencia de comunicación y de relación durante muchos años que se ha cronificado.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

MARTÍNEZ CALVO, Javier: El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, en *Diario La Ley*, núm. 9538, Sección Tribuna, 17 de Diciembre de 2019, Wolters Kluwer. (LA LEY 13702/2019).

TORRÉ SAURA, Alberto J. y FAYOS GARDÓ, Antonio: Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes, en *Diario La Ley*, núm. 8459, Sección Doctrina, 15 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-17, Editorial LA LEY. (La Ley 9293/2014).

## X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRO- NOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, Sentencia 141/2000 de 29 de mayo de 2000, Rec. 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. (La Ley 8805/2000)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, Rec. 731/2012. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 179526/2013). ECLI: ES:TS:2013:5469
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 576/2009 de 27 de julio de 2009, Rec. 543/2005. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 167180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5382
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 904/2005 de 11 de noviembre de 2005, Rec. 3113/2000. Ponente: Clemente AUGER LINÁN. (La Ley 219949/2005)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 632/2004 de 28 de junio de 2004, Rec. 899/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1748/2004)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002)
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 574/2019 de 18 de septiembre de 2019, Rec. 57/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 137041/2019). ECLI: ES:APB:2019:11038
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 457/2019 de 2 de julio de 2019, Rec. 1218/2018. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 101939/2019). ECLI: ES:APB:2019:9222
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 179/2019 de 27 de febrero de 2019, Rec. 902/2018. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. (La Ley 13131/2019). ECLI: ES:APB:2019:1644
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 488/2018 de 3 de julio de 2018, Rec. 1370/2017. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. (La Ley 93020/2018). ECLI: ES:APB:2018:6842
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 434/2018 de 11 de junio de 2018, Rec. 1279/2017. Ponente: Myriam SAMBOLA CABRER. (La Ley 93034/2018). ECLI: ES:APB:2018:6768
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 887/2015 de 2 de diciembre de 2015, Rec. 1172/2014. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 210166/2015). ECLI: ES:APB:2015:12467

- SAP de Asturias, Sección 1.<sup>a</sup>, Sentencia 1/2010 de 7 de enero de 2010, Rec. 431/2009. Ponente: Agustín AZPARREN LUCAS. (La Ley 3870/2010)
- SAP de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, 114/2004 de 6 de septiembre de 2004, Rec. 87/2004. Ponente: Ramón ROMERO NAVARRO. (La Ley 183250/2004)
- SAP de Sevilla de Sección 6.<sup>a</sup>, Sentencia 131/2003 de 11 de marzo de 2003, Rec. 7825/2002. Ponente: María del Carmen ABOLAFIA DE LLANOS. (La Ley 48746/2003)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002)
- SAP de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, Sentencia 124/2002 de 7 de marzo de 2002, Rec. 447/2001 Ponente: Modesto Valentín Adolfo FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO. (La Ley 50975/2002)
- SAP de Cuenca, Sentencia 33/2004 de 16 de febrero de 2004, Rec. 268/2003. Ponente: Luis Valentín LÓPEZ-CALDERÓN BARREDA. (La Ley 40505/2004)
- SAP de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, Sentencia 51/2002 de 28 de enero de 2002, Rec. 370/2001. Ponente: María Elena RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO. (La Ley 22376/2002)
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 18 de septiembre de 2001, Rec. 284/2001. Ponente: José María BACHS ESTANY. (La Ley 162950/2001)
- AAP de Vizcaya, Sección 1.<sup>a</sup>, auto de 30 de junio de 1994. Ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA. (La Ley 9591/1994)

#### LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño
- Constitución española
- Código civil
- Código civil de Cataluña
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio).
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro.

#### NOTAS

<sup>1</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 574/2019 de 18 de septiembre de 2019, Rec. 57/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 137041/2019). ECLI: ES:APB:2019:11038

<sup>2</sup> Artículo 160 redactado por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015

<sup>3</sup> (2003) artículo 160, 2.º y 3.º Código civil: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

(2015) artículo 160, 2.º y 3.º Código civil: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, *hermanos*, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre *hermanos*, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

<sup>4</sup> Artículo 94 del Código civil. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

<sup>5</sup> AAP de Vizcaya, Sección 1.ª, auto de 30 de junio de 1994. Ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA. (La Ley 9591/1994). «El régimen de visitas concedido en los términos del auto apelado —no obstante su carácter restringido— estima la Sala que debe cesar, como único medio de propiciar una oportunidad para los menores de crecer y desarrollarse en un entorno precedido por un equilibrio y armonía psíquica, que les *haga olvidar las vivencias recibidas en el entorno familiar* donde sin exageración puede decirse que las señas de identidad de tal entorno ha sido todo un cúmulo de factores predictivos de todo tipo de conductas desviadas claramente desaconsejables para menores de tan corta edad.

Cierto que la actual situación de menores institucionalizados o en acogimiento garantiza un entorno real muy distinto del que tuvieron con sus padres y abuelos, ... la imposibilidad de la reinsertión de los menores en la familia ... debe convenirse que el interés del menor, al que deben supeditarse todas las medidas va a exigir el distanciamiento con la familia biológica en forma a concretar en cada caso, que en el presente llega hasta la *eliminación del derecho de visitas, por le menos en este momento, precisamente en garantía de los derechos de los menores y en salvaguarda de la efectividad del derecho que tienen a un entorno saludable entendido este como "protección integral" al que se refiere el artículo 39.2.º CE*».

<sup>6</sup> STC, Sala Segunda, Sentencia 141/2000 de 29 de mayo de 2000, Rec. 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. (La Ley 8805/2000) FJ 5.º: ... «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el artículo 39 CE ... *Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria*».

<sup>7</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2001, Rec. 284/2001. Ponente: José María BACHS ESTANY. (La Ley 162950/2001). Respecto del alcoholismo del abuelo, existe en autos un informe médico, no desmentido con posterioridad, que afirma que esta problemática está siendo tratada con evolución de momento favorable y sin consumo lo cual ya es suficiente garantía, atendida la naturaleza de la enfermedad, persistente aunque sin secuelas en tanto no se produzca una.... Por otra parte, el argumento de interferencia de estas visitas en la vida familiar de la demandada, habida cuenta la superveniencia de un nuevo hijo de posterior pareja, no es sustancial. Esta circunstancia es consustancial a la realidad de todo núcleo familiar en que coexisten hijos hermanos de distintos progenitores, realidad que debe ser asimilada en beneficio de padres e hijos; lógicamente, los aquí actores

solo son ascendientes de dos de los tres menores de la unidad familiar y legalmente no se les puede imponer ni exigir una relación más allá de su propio parentesco, de una parte; y, de otra, esa circunstancia en modo alguno puede coartar, por sí misma, sus legítimas aspiraciones de relación con sus nietos.

En cualquier caso, la incidencia sobre el núcleo familiar estricto en que se mueven los menores del ambiente sociocultural propio de la familia paterna así como el pasado paterno dimanen de los lazos de sangre que existen con los mismos, vínculos que salvo objetivación suficientemente probada de causa grave justificada, y en tal caso cualquiera que sea la índole del peligro que la misma encierre para los menores, conllevan de natural no solo la conveniencia sino la necesidad, tanto de menores como de ascendientes, de relacionarse entre sí de forma razonable...».

<sup>8</sup> SAP de Asturias, Sección 6.ª, Sentencia 51/2002 de 28 de enero de 2002, Rec. 370/2001. Ponente: María Elena RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO. (La Ley 22376/2002). FJ 3.º: «...el objeto de este procedimiento de modificación de medidas no puede extenderse a la regulación de efectos distintos a los acordados en la sentencia de separación ...ello no obstante en este caso a más de que la citada comunicación fue expresamente solicitada por la citada en su demanda y no por los abuelos, que efectivamente carecerían de toda legitimación para ser parte en este procedimiento... de un derecho de visitas a los abuelos, que excedería claramente del ámbito objetivo de este procedimiento, sino de una modalización del régimen de relación del hijo con su padre, a través de la familia paterna, dada la conveniencia de no cortar totalmente la relación del menor con la misma, puesta de manifiesto por el equipo psico-social en su informe, así como la necesidad de control por terceros de tales relaciones, ante la situación de riesgo evidente en que se encuentra aquel.

Ello no obstante, ya en cuanto a la extensión de esta comunicación, procede acceder a la reducción postulada por la madre con la correlativa desestimación de la ampliación postulada por el padre subsidiariamente en su recurso, teniendo en cuenta tanto las razones propugnadas por la misma como, muy especialmente la propia voluntad del menor exteriorizada en la diligencia de exploración, dado que tal comunicación se reputa suficiente para mantener esa relación y dada la edad del menor, será la propia implicación del padre y abuelos en ganarse su afecto la que propicie un mayor acercamiento de todos ellos».

<sup>9</sup> SAP de Cuenca, Sentencia 33/2004 de 16 de febrero de 2004, Rec. 268/2003. Ponente: Luis Valentín LÓPEZ-CALDERÓN BARREDA. (La Ley 40505/2004). FJ 3.º: «En el supuesto que motiva la presente alzada, al no resultar de la prueba practicada que en el momento actual los actores padezcan una enfermedad o deficiencia psíquica que les impida relacionarse normalmente con sus nietos, ...al no haberse acreditado tampoco la existencia de alguna otra circunstancia que desaconseje la relación de los abuelos con sus dos nietos, y ello al margen de que la menor Lidia padezca trastornos de conducta y que el menor Luis Andrés padezca igualmente trastornos en el área de alimentación, ...y teniendo finalmente en consideración que la propia demandada, D.ª Carmen, puso de manifiesto en el acto del juicio que hasta que se separó de su marido los nietos se relacionaron sin problema alguno con sus abuelos, haciéndose cargo estos frecuentemente del cuidado de aquellos cuando la declarante se encontraba en su trabajo, poniendo además de manifiesto en dicho acto que no se oponía a que sus hijos tuvieran contacto y visitaran a sus abuelos; esta Sala entiende, que la Juzgadora «a quo» ha actuado en consecuencia y con arreglo a las prevenciones establecidas en nuestro Código civil al establecer un régimen de visitas a favor de los abuelos de carácter mínimo —dos días al mes, uno desde las 17 a las 20 horas, y otro desde las 11 a las 20 horas—, y ello en atención a la fase de desarrollo y formación en que se encuentran los menores que hace aconsejable una relación fluida y estable con sus abuelos, máxime cuando en el momento actual no pueden mantenerlas con su padre que se encuentra en prisión.»

SAP de Asturias, Sección 6.ª, Sentencia 124/2002 de 7 de marzo de 2002, Rec. 447/2001. Ponente: FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO, Modesto Valentín Adolfo. (La Ley 50975/2002). FJ 3.º: «...«el padecimiento por la madre de “brote esquizofreniforme” —Hospital Central de Asturias—, “brote psicótico” —Hospital Puerta de Hierro de Madrid—, y otro del Servicio de Salud Mental del Hospital Central de Asturias que diagnóstica a la paciente desorganización, ideas delirantes de posesión, alucinaciones auditivas, así como las proporcionadas por el

dictamen psicológico aportado con la propia demanda que también sirvió de fundamento a la suspensión del derecho de visitas a favor de la madre... Por otra parte, es de notar que el dictamen psicológico aportado a los autos antes referido se expresa que hay un mayor riesgo para la esquizofrenia en los familiares biológicos de primer grado de los sujetos con trastorno esquizoafectivo, y que este mayor riesgo ha de ser neutralizado en el niño dotándole de un medio psicosocial lo más sereno, equilibrado y ajustado a sus necesidades reales que sea posible. Concluye que el padre del niño es la única persona indicada para facilitar el acercamiento madre-hijo, en contacto con los profesionales que atienden a la madre y siguiendo sus consejos. A este respecto tiene que tenerse en cuenta que otro hijo de los abuelos demandantes, con los que convive, padece parálisis cerebral y esquizofrenia, de tal modo que si bien habitualmente se recomienda afianzar los lazos familiares hasta llegar incluso al reconocimiento del derecho de visita de los abuelos, en este caso, *la Sala estima que de todas las circunstancias, suficientemente informadas en el proceso, no es conveniente por ahora en beneficio del hijo acceder a lo solicitado con el alcance pretendido y estimado en la sentencia recurrida, pues tanto la convivencia con los actores del otro hijo con el padecimiento antes expresado, como la de la propia madre en las salidas del Centro de Rehabilitación, no constituyen un medio psicosocial lo más sereno y equilibrado posible como es requerido por el dictamen antes referido y es lógicamente de especial necesidad en los años de la niñez...*».

<sup>10</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002). dado que el artículo 160, 2.º del Código civil. FJ 2.º: «corresponde a la parte demandada, esto es al padre que ostenta la patria potestad y es el que se niega al mantenimiento de las comunicaciones con los parientes..., es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer, no deben influir en la concesión del régimen de visita, pues es bien sabido, que los relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho, no pueden afectar en forma alguna al régimen de visitas, lo que si afectaría serían las relaciones de las menores con las personas que reclaman las visitas o comunicación. Por otra parte, en los autos, la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores, despreciaba a la familia de su mujer, y que si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa y después de la muerte de esta detesta al abuelo materno... Sobre la perniciosa influencia que los abuelos puedan ocasionar a las niñas, sobre las posibles versiones manipuladas que puedan hacer llegar a estas sobre la muerte de su madre, que hagan al padre responsable directo de la misma, aun entendiendo que se trata de un temor fundado, a la vista de las relaciones del demandado Sr. G. con los parientes de su esposa, se puede obviar este inconveniente, estableciendo medios correctores... aperebiendo previamente de ello a los actores, esto es de la obligación que contraen de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre».

<sup>11</sup> SAP de Sevilla de Sección 6.ª, Sentencia 131/2003 de 11 de marzo de 2003, Rec. 7825/2002. Ponente: María del Carmen ABOLAFIA DE LLANOS. (La Ley 48746/2003). «La suspensión o limitación de los derechos contemplados en el artículo 160.2 y 94 Código civil estarían más que justificados (...) lo que motiva extremar todas las medidas que puedan ser eficaces para la recuperación social y emocional, y entre tales medidas, resulta adecuado suspender las visitas de la hoy recurrente, ..., habiendo transcurrido un año desde la declaración de desamparo, y en la entrevista mantenida con el equipo psicosocial de los Juzgados aún sigue adoptando una actitud de permanente negación de los datos contrastados en el procedimiento como son la *adicción a las drogas de los progenitores, la severa desatención y maltrato que sufrieron los niños, y la defensa a ultranza del padre de los menores*, quien, según se deduce de lo actuado, mayor tolerancia ejerció en los niños, y al que más temían estos; por lo que la posible influencia de la recurrente sobre los menores sería perniciosa para su recuperación psicológica y social.

<sup>12</sup> SAP de Asturias, Sección 1.ª, Sentencia 1/2010 de 7 de enero de 2010, Rec. 431/2009. Ponente: Agustín AZPAREN LUCAS. (La Ley 3870/2010)

<sup>13</sup> Ha de respetarse el contexto en el que los menores están creciendo, conociendo su propia realidad y respetarse las necesidades de todos los miembros de este complejo asunto

familiar. Por ello ha de revocarse la resolución en el particular relativo a la reducción de las visitas, pues no se puede impedir las relaciones, dado el respeto en el que se están desarrollando y el contexto actual pues no se trata de excluir a la madre biológica en el desarrollo de los hijos cuando estos tienen perfecto conocimiento de su existencia y no se ha acreditado que las visitas sean negativas. SAP de Cádiz, Sección 5.ª, 114/2004 de 6 de septiembre de 2004, Rec. 87/2004. Ponente: Ramón ROMERO NAVARRO. (La Ley 183250/2004).

<sup>14</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 532/2018 de 27 de septiembre de 2018, Rec. 4843/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 134004/2018). ECLI: ES:TS:2018:3377. En este caso el Tribunal Supremo deniega la solicitud de los abuelos paternos de establecimiento de un régimen de visitas con sus nietas para evitar colocar a las menores en una situación de riesgo. Debe prevalecer su superior interés. Existe *justa causa para negar las comunicaciones solicitadas atendiendo a la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas vistas, por muy restrictivas que sean, y por la influencia que puede tener sobre ellas la animadversión que tienen los abuelos hacia la persona de sus padres*. El transcurso del tiempo ha causado un irreversible efecto en el desarrollo de la vida familiar desde que cesaron las comunicaciones de los abuelos con sus nietas.

<sup>15</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, Rec. 731/2012. Ponente: ARROYO FIESTAS. (La Ley 179526/2013). ECLI: ES:TS:2013:5469. Se fijan las estancias de los menores con sus abuelos y tíos paternos tras fallecer su padre, pero *el superior interés del menor aconseja la potenciación de las relaciones familiares*. Los abuelos desarrollan un papel enriquecedor en el desarrollo personal y familiar de sus nietos por lo que se mantiene la pernocta en casa de los abuelos el último fin de semana de cada mes y una semana de vacaciones en verano y otra en Navidad. La solución adoptada por la sentencia recurrida es moderada y *respeta el derecho de la madre y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna*.

<sup>16</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002). Se otorga la solicitud de los abuelos a relacionarse con sus nietos frente a la oposición del padre que ostenta la guardia y custodia tras el fallecimiento de la madre y se niega a que la familia de esta vea a las niñas. Inexistencia de justa causa que impida las comunicaciones. El ejercicio del derecho de visita no puede depender de una actitud personal del padre —que siente animadversión hacia la familia de su esposa—, máxime cuando las relaciones entre las niñas y sus familiares eran buenas y les beneficia en gran medida.

<sup>17</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 632/2004 de 28 de junio de 2004, Rec. 899/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1748/2004). En esta sentencia se concreta que las relaciones personales con los abuelos *pueden comprender pernoctar en su casa o pasar temporadas con ellos*. Aunque en este caso no se estima adecuado el pernocte con los abuelos, y alejado de la madre, respecto de un niño de catorce meses, y sí para un niño de siete años, siempre pensando en la primacía del interés del menor. Los periodos regulares de convivencia con los abuelos no perturban la patria potestad. Incluso se indica que es necesaria la *audiencia de los menores*.

<sup>18</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 904/2005 de 11 de noviembre de 2005, Rec. 3113/2000. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. (La Ley 219949/2005). La abuela solicita su derecho a tener consigo a su nieta durante determinados periodos en el año y la *madre no acredita motivos razonados del rechazo* por la nieta a la convivencia con la actora, tras el fallecimiento del padre. También se lleva a cabo la audiencia del menor por ser mayor de 12 años.

<sup>19</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 576/2009 de 27 de julio de 2009, Rec. 543/2005. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 167180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5382. Derecho de visitas de los abuelos maternos respecto de un nieto menor de edad, una vez que se produjo el fallecimiento de la madre y la oposición del padre. Doctrina jurisprudencial respecto del alcance de la expresión legal «atendidas las circunstancias» conforme a las que debe resolver el juez en el sentido de que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (STS de 20 de septiembre de 2002, que los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y que no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo pudiendo



comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos (STS 28 de junio de 2004), que hay flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, teniendo como guía fundamental el interés superior del menor (STS de 28 de junio de 2004), que el menor deberá ser oído al respecto, y que deberá advertirse a los abuelos cuando exista una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre (STS de 20 de septiembre de 2002).

<sup>20</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, Rec. 731/2012. Ponente: ARROYO FIESTAS. (La Ley 179526/2013). ECLI: ES:TS:2013:5469

<sup>21</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 887/2015 de 2 de diciembre de 2015, Rec. 1172/2014. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 210166/2015). ECLI: ES:APB:2015:12467. Menor de 11 años cuyo padre falleció por suicidio. Después de más de 8 años de visitas supervisadas el menor sigue sin querer relacionarse con la abuela ya que persisten las reservas y los reproches de la abuela. La falta de progresos es imputable a las dinámicas que han establecido las partes, sobre todo a la actitud si no obstativa, nada cómplice de la madre para facilitar la relación. Existe una dificultad objetiva en la menor para mantener la relación con su abuela, una negativa acérrima, pero ello no puede constituir una causa justa para impedir la relación cuando esta negativa es producida por la actitud materna.

<sup>22</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 434/2018 de 11 de junio de 2018, Rec. 1279/2017. Ponente: Myriam SAMBOLA CABRER. (La Ley 93034/2018). ECLI: ES:APB:2018:6768. Se establece la suspensión de las visitas establecidas, sin perjuicio de que, se pueda decidir su reanudación en la forma que mejor proteja y defienda el interés del menor ya que el derecho a relacionarse es un «prius», un derecho/deber beneficioso para ambos que solo podrá denegarse si concurre una justa causa, es decir cuando afecte al interés de los menores, considerando que la relación con los abuelos es siempre enriquecedora, por lo que no cabe negarles el derecho legítimo a relacionarse con su nieto, sin perjuicio de tener en cuenta la voluntad del menor, y por tanto de que estos sean oídos.

<sup>23</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 488/2018 de 3 de julio de 2018, Rec. 1370/2017. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. (La Ley 93020/2018). ECLI: ES:APB:2018:6842. Acertadamente indica que *«El bienestar de los niños exige un gran esfuerzo por todos los adultos que les rodean, en mejor disposición que ellos de asumir y comprender las dificultades vitales, para preservarlos de la conflictividad que un día pudo existir entre las familias y que no debe persistir. Hasta que este conflicto no se vaya serenando y mientras los menores muestren inquietud o ansiedad ante el temor de recordar determinados aspectos de la relación, se considera acertado suspender el régimen de visitas que no significa ruptura de los lazos afectivos. La terapia que pueda ayudar a todos ellos a interiorizar la situación, convivir con el dolor y ayudar a los niños a entenderlo será la fuerza que permitirá en el futuro reanudar la relación»*.

<sup>24</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 179/2019 de 27 de febrero de 2019, Rec. 902/2018. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. (La Ley 13131/2019). ECLI: ES:APB:2019:1644. Denegación de visitas a favor de la abuela ya que no es beneficioso para los menores. Se acredita la *inexistencia de relación personal entre el padre de las niñas y la abuela y que las menores no conocen a la abuela*, ni la identifican como tal, sino a otra persona que ejerció como figura materna del padre. Además, las menores han sufrido un proceso de separación de sus progenitores del que deben recuperarse y la introducción de elementos de inestabilidad no les ayudará.

<sup>25</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 457/2019 de 2 de julio de 2019, Rec. 1218/2018. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 101939/2019). ECLI: ES:APB:2019:9222. Señala que *cualquier medida debe estar presidida e inspirada por el interés del menor y que corresponde ajustar las consideraciones generales al caso concreto*. En el presente supuesto, la abuela ha estado cuidando a los menores durante largos periodos antes de fallecer su madre cuando vivían en Buenos Aires. Los padres estaban separados. Pero no resulta adecuado, atendido el momento evolutivo en que se encuentran sus nietos —adolescencia— y los esfuerzos de adaptación que han tenido que realizar después del fallecimiento de su madre, —convivencia con el padre, traslado de país—, fijar un régimen de relación equiparable al que se fijaría para un progenitor/a. La función de los abuelos no es la misma que la de los padres y la actitud de insistencia de la abuela no es adecuada para los menores. *No es solo*

el padre sino también la abuela la que con su actuación está situando a los menores en un conflicto de lealtades. Valoran que hay una relación disfuncional entre la abuela materna y el padre y entre aquella y los menores. Observan una gran desconfianza de la abuela hacia las capacidades parentales del padre que ha provocado una sobreprotección de la misma respecto a sus nietos provocando actuaciones que pueden perjudicar su bienestar emocional, generando estados de alerta y de recelo hacia el padre y conflicto de lealtades. Se regula (a los sábados) pero se reafirma el derecho de visita de la abuela con los nietos.

<sup>26</sup> Nótese lo señalado por TORRÉ SAURA, Alberto J. y FAYOS GARDÓ, Antonio: Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes, en *Diario La Ley*, N° 8459, Sección Doctrina, 15 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-17, Editorial La Ley. (La Ley 9293/2014) quienes ponen de relieve la tardanza del legislador en introducir la figura de los abuelos bajo el paraguas de protección que ya le ofrecía la jurisprudencia, poniendo de relieve su función de cohesión y transmisión de valores, al incluirlos en el derecho a mantener relaciones con sus nietos pero otorgando importancia a la especial protección concedida al menor. Todo gracias a «la transposición de las normativas internacionales, a la aprobación de la Ley de Protección del Menor, y a las reformas del Código civil y de la LEC entre otras, se ha ayudado a situar al menor como núcleo de una serie de políticas encaminadas a desarrollar un marco jurídico de protección que vincule tanto a los poderes públicos como a las instituciones relacionadas con los menores.»

<sup>27</sup> MARTÍNEZ CALVO, Javier: El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, en *Diario La Ley*, N° 9538, Sección Tribuna, 17 de Diciembre de 2019, Wolters Kluwer: (LA LEY 13702/2019). Señala que «El establecimiento de un régimen de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y demás parientes y allegados exigirá la audiencia tanto de los progenitores como de la persona en cuyo favor se establezca, ... Además, pese a la falta de mención expresa, cabe interpretar que también el menor tiene derecho a ser escuchado».

<sup>28</sup> El Punto de Encuentro: Es un recurso gratuito destinado a atender y prevenir, en un lugar neutral y transitorio y en presencia de personal cualificado, la problemática que surge en los procesos de conflictividad familiar y, en concreto, en el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos e hijas establecido para los supuestos de separación o divorcio de los progenitores o para el supuesto de ejercicio de la tutela por parte de la Administración pública, con el fin de asegurar la protección del menor.

Con carácter general, el tiempo máximo de utilización es de 12 meses, prorrogables a 18. Sus objetivos son:

- Facilitar el encuentro de los niños con el progenitor no custodio o con otros familiares en un espacio adecuado.
- Favorecer que las visitas o el momento de la entrega y recogida de los niños se desarrolle en un entorno de protección.
- Preservar la vinculación de los niños con sus progenitores u otros familiares.
- Tratar de evitar la irrupción de la conflictividad familiar durante las visitas o, en caso de que se dé, paliar sus consecuencias.

Las visitas pueden ser de dos tipos, o *servicio de estancias* donde las visitas entre los niños y sus familiares se desarrollan en las instalaciones del STPT (Servicios Técnicos De Punto De Encuentro), con supervisión profesional y sin posibilidad de salir con los menores fuera del servicio. Su duración máxima es de dos horas semanales. O, el segundo, *intercambios*, donde se hace la entrega y recogida de los niños en las dependencias del STPT, con supervisión profesional, y sin permanencia en el servicio. El acceso al servicio es determinado por el Juzgado o la Administración, que solicitan a la Secretaría de Familia la asignación del STPT más próximo al domicilio de los niños. (Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro).

<sup>29</sup> La misión del *Servicio de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia* (SATAF) es asesorar con imparcialidad, dando respuesta a las demandas judiciales en materia de familia, con criterios psicosociales compartidos por el Equipo profesional, con el fin de facilitar la toma de decisiones judiciales que garanticen el mejor interés del menor, promoviendo al mismo tiempo la reflexión en torno a la nueva realidad familiar. Para la obtención de un

mayor ajuste a las nuevas realidades sociales y legales, los profesionales revisarán periódicamente sus actuaciones técnicas y principios que las fundamentan. Así se garantizará la calidad de la labor realizada. Una de las necesidades de equipo más relevantes se centra en la importancia de las buenas prácticas en las intervenciones con menores. Debe cumplirse un protocolo de actuación técnica riguroso y necesario en este tipo de intervenciones.

<sup>30</sup> Centro de Desarrollo Infantil y Atención Precoz (CDIAP). La atención precoz es el conjunto de acciones que tienen como finalidad proporcionar al niño, en las primeras etapas de su desarrollo, los estímulos globales ambientales adecuados a su edad y que favorecerán su evolución física, sensorial, intelectual y afectiva. La finalidad no es que el niño posea múltiples habilidades, sino que, con las que posee, sea capaz de interrelacionarse con su entorno de la forma más efectiva y gratificante para él y los que le rodean. Es un servicio de prevención, detección, diagnóstico y tratamiento dirigido a los niños, y sus familias, que presenten trastornos en su desarrollo, que se encuentren en situación de riesgo de padecerlos por sus antecedentes, o bien presenten dificultades en la crianza.

## 1.2 Derecho de familia

# El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados

## *The interest of the child and the regimen of visits, communications and stay of grandparents, and other relatives and close friends*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de las relaciones personales de los abuelos con los nietos, y asimismo, de otros parientes o allegados. La falta de una regulación completa sobre la materia en nuestro Código civil y la importante litigiosidad existente determina que su construcción jurídica sea fruto de la casuística, esto es, ateniendo a las circunstancias del caso, y sobre todo al interés superior del menor de edad. De ahí que, no solo tengamos presente en nuestro trabajo las aportaciones doctrinales existentes en relación con la materia, sino también la jurisprudencia que se ha desarrollado en relación a la misma tras las sucesivas reformas de derecho de familia que, han ido dando cuerpo a este tipo de relaciones personales.

**ABSTRACT:** *This study is going to focus on the analysis of the personal relationships of grandparents with grandchildren and also of other relatives or close friends. The lack of complete regulation and the existing litigation means that we take into account not only the doctrinal contributions, but also the jurisprudence that has developed in relation to the matter following the successive reforms of the family law.*

**PALABRAS CLAVE:** Relaciones personales. Abuelos. Progenitores. Nietos. Denegación del derecho de visita. Justa causa. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Parientes. Allegados. Daños morales.

**KEY WORDS:** *Personal relations. Grandparents. Parents. Grandchildren. No access of visiting rights. Just cause. Custody. Visiting regime. Communication. Relatives. Close friends. Moral damage.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LAS REFORMAS EN EL DERECHO DE FAMILIA.—II. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y CARACTERES DEL RÉGIMEN DE RELACIONES

PERSONALES DE LOS ABUELOS Y OTROS PARIENTES.—III. TITULARES ACTIVOS DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE ABUELOS CON SUS NIETOS.—IV. CONTENIDO, EXTENSIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS.—V. DETERMINACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—VI. DENEGACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA».—VII. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD CON OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS.—VIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL INCUMPLIMIENTO U OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LAS REFORMAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

La relación paterno-filial opera sobre la base de una relación de filiación que tiene su fundamento, primordialmente, en una relación biológica. Así se puede definir la filiación como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»<sup>1</sup>. Este vínculo tiene una dimensión biológica deriva del hecho de la generación, y unida a esta una dimensión jurídica. Asimismo, señala LACRUZ BERDEJO que la filiación se entiende como «la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del Derecho imitando a la naturaleza y supliendo las deficiencias personales de esta»<sup>2</sup>. Del vínculo de filiación legalmente establecido, ya sea por naturaleza, ya por adopción, deriva la patria potestad que, se ejerce por los progenitores respecto de sus hijos menores de edad no emancipados. La patria potestad se configura «como una situación de poder, autoridad o imperio, como un haz de derechos-deberes y de muy pocas facultades, sin perjuicio de que los padres, titulares de la potestad puedan guiar el proceso de maduración del menor hasta su autonomía con respeto de los principio y derecho constitucionales»<sup>3</sup>. Al respecto, el artículo 154.1 del Código civil dispone que «los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores»<sup>4</sup>. Como manifiesta PÉREZ ÁLVAREZ la patria potestad se caracteriza por los siguientes principios de índole general: «1. El beneficio —o superior interés— del hijo y el respeto de su personalidad constituyen las pautas informantes del régimen jurídico de la patria potestad (...). 2. Perteneciendo a la categoría de las llamadas “potestades familiares”, la patria potestad constituye una función que, debiendo ser ejercitada en beneficio de los hijos, conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumben respecto de los hijos (...). 3. La titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados y como regla general, el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154.1 CC), 4. Si bien, tiene como referente ordinario a los hijos no emancipados (art. 154), mediante su prórroga o rehabilitación, la patria potestad puede hacerse extensible también a los hijos mayores de edad incapacitados (art. 171 CC); 5. El ejercicio de la patria potestad está sometido a la intervención y vigilancia judicial, así como, en su caso, de la Administración pública»<sup>5</sup>.

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. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000<sup>6</sup> dispone que «la patria potestad es en el derecho moderno y concretamente, en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos que, entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 34 de la Constitución». En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. Por su parte, DÍEZ GARCÍA afirma «el carácter irrenunciable que ostentan estos derechos “como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular”, así como imprescriptible —por lo que “su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva”, salvo en los casos previstos para su extinción o privación—; e indisponible —“lo que no impide que, en determinados supuestos, su falta de ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta”, puede acarrear su extinción (art. 170)—»<sup>7</sup>.

Precisamente, los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor, se relacionan en el artículo 154.2 del Código civil. Así, el deber de velar por los hijos —que engloba realmente a todos los demás— supone cuidar de ellos «solicítamente», y comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida y de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto<sup>8</sup>.

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, de la persona con la capacidad modificada judicialmente encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código civil «de acuerdo con su personalidad»; lo que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2.º del Código civil, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados<sup>9</sup>.

Asimismo, todos estos derechos y deberes que integran la patria potestad se deben ejercer siempre en interés o beneficio del menor, como asimismo, las relaciones personales de los abuelos con los nietos —se presumen *iuris tantum* que, son beneficiosas para estos—<sup>10</sup>, o de los hijos menores de edad con otros parientes y allegados. En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se

califica el interés del menor como «un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto, a lo largo de estos años de diversas interpretaciones» y, por ello, con el objeto de dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando una redacción más completa al mismo e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observancia General número 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>11</sup>.

También se indica en el citado preámbulo que «este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral». A lo que se añade que «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

RIVERO HERNÁNDEZ define el interés del menor como «estándar jurídico no ético; responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico —respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídicos—. Pero se desenvuelve, ciertamente, en el ámbito jurídico con más carga metajurídica, incluso ética, como es el Derecho de la persona y de la familia, lo que comporta que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés del menor»<sup>12</sup>. Por su parte, para VERDERA IZQUIERDO resulta «prácticamente imposible, realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas». Se debe, en consecuencia «realizar una determinación del concepto *in concreto* de acuerdo con todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico»<sup>13</sup>.

Relacionado con el interés del menor es el derecho a ser informado, oído y escuchado y a participar en procesos de acuerdo con la normativa vigente [arts. 2.5 a) y 9 LOPJM]<sup>14</sup>.

Sobre tales bases, tanto las relaciones entre los abuelos y nietos, como las que tienen lugar respecto de los hijos menores de edad no emancipados con otros parientes o allegados han de operar y fundamentarse siempre atendiendo al interés y beneficio del menor<sup>15</sup> y debe ser oído si sus condiciones de madurez lo permiten, y en todo caso, se considera que tiene suficiente madurez cuando tiene doce años cumplidos<sup>16</sup>. El juez habrá de emitir un juicio prudente y ponderado, atendiendo a las particularidades del caso y siempre al interés superior del menor. En cuanto a las primeras de las relaciones expuestas, resultan esenciales y han

recibido una valoración positiva no solo por la función primordial que desempeñan los abuelos en las relaciones familiares, dando cobertura a necesidades afectivas de los nietos y favoreciendo su desarrollo y educación, —a pesar de que se ha pasado en la actualidad de un concepto de familia extensa a un concepto de familia nuclear, en la que, en principio, quedan excluidos los abuelos—, sino también y sobre todo, por la importancia que se dio a la figura, precisamente, de los abuelos tras la nueva regulación por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, además se refiere a los hermanos<sup>17</sup>.

Ahora bien, ambas normas tienen presente, por un lado, el interés del menor, —lo que antes hemos referido como desarrollo de su personalidad—, principio rector de nuestro Derecho de familia que vertebra un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando las estructuras familiares están en crisis, bien sea por abandono de relaciones familiares o por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores<sup>18</sup>. No olvidemos que, la protección inicial del interés del menor corresponde a quienes ostentan su representación legal. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos resulta imprescindible, pues tiene que asegurar el mantenimiento de un espacio adecuado, que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato del artículo 39 de la Constitución Española que, asegura la protección social, económica y jurídica de la familia; y, por otro, el papel fundamental de cohesión y transmisión de valores que los abuelos tienen en la familia.

En Europa, el progresivo envejecimiento de la población unido al aumento en la esperanza y calidad de vida y a los profundos cambios demográficos han contribuido a que el sector de la tercera edad sea muy numeroso, hasta el punto de que en el seno de una familia europea del siglo XXI no sea improbable encontrar vivos al menos a los abuelos paternos o maternos<sup>19</sup>; y, ha determinado que, esta evolución y transformación de la sociedad europea hacia este sector social numeroso venga acompañada de una mayor protección del mismo en todos niveles.

Lo cierto es que, los abuelos siguen jugando un papel importante —reforzado incluso por el crecimiento de las familias monoparentales—, en el ámbito familiar, no solo procurando una cobertura económica a sus hijos en situaciones de crisis económica, sino también desarrollando el papel de cuidadores de sus nietos ante las necesidades laborales de los padres —respecto de los que resulta, en ocasiones, difícil la conciliación de su vida familiar y laboral—, u otras semejantes<sup>20</sup>. ORDÁS ALONSO señala como una realidad «observar un parque, situarse a la salida de un colegio o en la sala de espera de pediatría para comprobar el importante número de abuelos que se están encargando del cuidado de sus nietos, asumiendo un papel en la vida de los mismos que no tenían en épocas pasadas»<sup>21</sup>.

En todo caso, si se ha depositado en estas personas la confianza, y han asistido material y moralmente al menor durante el tiempo que ha estado a su cargo, estableciendo con él fuertes vínculos de afectividad, no parece que favorezca el desarrollo de la personalidad del niño, si se permite que en algún momento, tenga lugar la ruptura brusca de tales lazos familiares, lo que puede resultar especialmente traumático y perjudicial para el menor; de ahí que, parezca necesario mantener y proteger esta relación. Constituye una realidad constatable que, los problemas familiares y la ruptura de las relaciones, —que conlleva el impedir o dificultar el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos—, pueden comenzar cuando se producen situaciones de crisis matrimo-



nial, bien por separación, —tanto judicial como de hecho—, divorcio y nulidad; bien cuando uno de los cónyuges fallece; o incluso, en situaciones de normalidad, cuando no se ha procurado la ayuda económica exigida por los hijos, o por existir malas relaciones con la nuera o yerno o con el propio hijo/a que, con el tiempo impiden o procuran un distanciamiento relacional evidente entre abuelos y nietos. Ciertamente, el adecuado desarrollo personal de los menores de edad no emancipados exige no solo que tenga relación con sus padres y la sigan manteniendo a pesar de la situación de crisis matrimonial o de pareja, sino también con su familia más extensa o el entorno más cercano, representado en sus hermanos, abuelos, en otros parientes y allegados —aun en esos casos de crisis matrimonial o de pareja, del fallecimiento de uno de los progenitores, o de la falta de trato o relación entre aquellos y los progenitores de una o ambas ramas familiares—.

Hasta las últimas reformas en Derecho de Familia, las normas tradicionalmente existentes en el Código civil o no regulaban la materia —redacción originaria del mencionado cuerpo legal— o con posterioridad dispensaban un tratamiento muy exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores como eran las relaciones personales de los nietos con los abuelos. Solo un precepto, el artículo 160 del Código civil —en alguna ocasión el artículo 161 al variar la numeración— hacía referencia al derecho de visitas y, por tanto, a las relaciones de parientes o allegados, incluyéndose dentro del concepto de parientes tanto a los abuelos, como a otros parientes —tíos, primos, etc.—, correspondiendo tanto a la doctrina como a la jurisprudencia —siendo de destacar la importante labor de la jurisprudencia menor, pues, la mayoría de los pronunciamientos judiciales existentes hasta ese momento eran mayoritariamente fruto de las Audiencias Provinciales— aparte de su reconocimiento expreso, la fijación de su contenido específico, como, asimismo, la determinación de las causas que permiten su denegación, y su extensión frente al derecho de visita reconocido al progenitor, que no ejercita la guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial. Lo cierto es que proscribía en el citado precepto todo intento de impedir u obstaculizar las relaciones personales entre los menores y «otros parientes y allegados» de forma genérica y sin establecer en modo alguno un procedimiento específico para el planteamiento judicial de esta pretensión.

En este escenario, resultaba necesario reforzar la regulación existente, pues la realidad expuesta, unida a una creciente demanda social, venía exigiendo un tratamiento expreso y amplio en los términos de esta materia, lo que, como veremos, y adelantamos, no se ha logrado ni con la reforma de 2003 y ni del 2015, pues, en la actual redacción del artículo 160 se sigue sin determinar cuál es el contenido y alcance del derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos, ni tampoco se indica en qué supuestos puede denegarse; por lo que de nuevo siguen siendo de gran valor las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al efecto a la hora de interpretar el citado precepto.

Pues, bien atendiendo a las sucesivas reformas de nuestro Código civil, procede señalar que, la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, sin variar el hecho de la no mención expresa en el articulado de los abuelos, suprimió el antiguo artículo 160 del Código civil e introdujo el artículo 161 disponiendo al efecto que *«El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes*

y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias».

Posteriormente, en este iter reformista, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, trasladó al artículo 160 del Código el contenido del 161, suprimiendo de su redacción la frase «de manera plena» que, se contenía en su párrafo primero y dejando el precepto con el siguiente texto: «El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias»<sup>22</sup>.

Pese a la ausencia de una mención expresa a los abuelos, se entiende que entre los «parientes» se encontraban los abuelos<sup>23</sup>.

Con la aprobación de la Ley 42/2003 se contiene por primera vez una mención expresa del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos en el citado artículo 160; también se logra introducir la posibilidad más específica del derecho de los abuelos de relacionarse con sus nietos dados en adopción o en situación de acogimiento, y, asimismo, con respecto a la posibilidad excepcional de que los abuelos puedan asumir la guarda y custodia del menor en situaciones de crisis matrimoniales de sus progenitores, se ha dispuesto, igualmente, una mención expresa relativa a la misma en el artículo 103.1.º del Código civil.

Pero, sobre todo, con esta reforma se ha tenido muy presente y se ha considerado necesaria la presencia y el contacto con los abuelos, no solo por las razones antes expuestas, sino también por el hecho que en las situaciones de crisis matrimonial, los abuelos, ordinariamente ajenos a las mismas, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor<sup>24</sup>. Una de las justificaciones del legislador a la hora de proyectar esta regulación se basaba en los datos que tenían respecto a los procesos de separación y divorcio<sup>25</sup>. Lo cierto es que, esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin, que es hacer lo menos perturbadora para el menor las situaciones de crisis familiares y, también aquellas que podríamos denominar «normales», donde aún los progenitores del menor no están divorciados, separados ni han solicitado la nulidad de su matrimonio, pero existe una dejación de sus obligaciones por parte de los progenitores; de ahí que, desde la posición que ocupan los abuelos, viene a resultar necesaria la inestimable ayuda que pueden prestar a sus nietos.

De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta Ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, desde un aspecto sustantivo y procesal, de forma más explícita y reforzada, singulariza el régimen de relaciones entre abuelos y nietos, tanto en caso de ruptura de la familia, como en el caso de simple dejación de las obligaciones por parte de los progenitores, arbitrando al efecto un procedimiento verbal como cauce para su consecución; en segundo lugar, atribuye a los abuelos un papel relevante en el desarrollo personal del nieto —relación intergeneracional—, sobre todo en los supuestos de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad, pues, excepcionalmente, se puede encomendar a los abuelos la guarda y custodia o tutela de los nietos con preferencia a cualquier otro pariente<sup>26</sup>. Nadie duda y es una realidad existente en la práctica diaria, que muchas veces los abuelos asumen el

papel correspondiente a los padres, cuando estos abandonan la familia. Por eso resulta lógico que, a ellos se atribuya la tutela con preferencia a cualquier pariente.

Para cumplir con estos fines, la modificación que se propugna se centra en introducir reformas parciales en preceptos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, conservando sustancialmente el contenido, si bien, unas veces, dando nueva redacción y otras simplemente completando o adicionando el ya existente. Así se introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90 del Código civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de este con sus abuelos. De forma que, los párrafos B), C), D) y E) pasan a ser respectivamente C), D), E) y F). Se da una nueva redacción al antepenúltimo párrafo de este artículo 90. Por su parte, el artículo 94 del Código civil queda modificado con el fin de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos, y se introduce un segundo párrafo en el artículo 94. Del artículo 103 del Código civil se modifican parcialmente los dos párrafos de la medida primera, y en coherencia con la, asimismo, modificación del artículo 90, se prevé que la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, pueda encomendar en primer lugar, a los abuelos la guarda y custodia, y, en su caso, la tutela de los nietos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes y otras personas o instituciones<sup>27</sup>.

Igualmente, es objeto de atención el ya citado artículo 160 del Código civil, dando una nueva redacción a sus párrafos segundo y tercero, y circunscribiendo su aplicación no solo al caso de rupturas matrimoniales, sino también con la pretensión de articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que, en tales circunstancias, perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos. Asimismo, su ámbito de aplicación no se limita a las uniones matrimoniales, y se establecen garantías para que el derecho de los abuelos que se pretende amparar, no sea un vehículo para la infracción de otras resoluciones judiciales que, limitan o suspenden las relaciones del menor con alguno de sus progenitores. En el contexto de las relaciones paterno-filiales y su ubicación sistemática de este precepto en el libro I, título VII, capítulo I del Código civil supone un límite legal a las potestades paternas, a la vez que un derecho de los hijos (nietos) dentro de esa misma relación<sup>28</sup>, y no una prolongación, sustitución o suplencia de la patria potestad<sup>29</sup>. También, se da una nueva redacción al artículo 161 del Código civil, haciendo explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos en casos de acogimiento familiar.

Por último, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de manera que la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil se sustanciará por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I, título I, libro IV de la LEC. Esta reforma procesal consiste en añadir al apartado 1 del artículo 250 de la citada LEC un ordinal más.

Con posterioridad a la Ley 42/2003, han tenido lugar otras dos importantes reformas en el ámbito del Derecho de Familia, por un lado, la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la orientación sexual de los abuelos/as, como el hecho actualmente reconocido de haber contraído matrimonio con otra persona del mismo sexo no se puede considerar «justa causa» que impida el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Igualmente, los abuelos en sentido sociológico, —concepto muy amplio, que se utiliza en la doctrina francesa— pueden incluirse al nuevo

cónyuge del abuelo o abuela, que puede haber tenido una relación estrecha y un trato familiar y afectuoso con el menor (nieto). En nuestro ordenamiento, con la actual Ley 13/2005, encajaría la posibilidad de relación de este con estos abuelos en sentido sociológico, aunque sean personas del mismo sexo que, su abuelo/a, pues son cónyuges del mismo; si bien lo harían en su consideración como «allegados». Además se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 160 en el sentido de sustituir la locución «el padre y la madre» por «los progenitores». Y, por otro lado, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, regula en el artículo 92 del Código civil expresamente la *custodia compartida* de los hijos menores por ambos progenitores acordada en el convenio regulador, o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En todo caso el juez antes de acordar este régimen deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor. Una custodia compartida o conjunta que, cualquiera que sea la forma convenida en su adopción, no va a prejuzgar la atribución a los abuelos de un derecho a relacionarse con sus nietos —si el juez lo considera conveniente en beneficio o interés del menor—, se convenga o no esta medida en convenio, o resulte su atribución por una resolución judicial. Asimismo, el citado precepto determina en su apartado segundo, lo que hemos considerado como esencial en los procesos de familia, que «el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos». Y, en la medida primera del artículo 103 del citado cuerpo legal se sustituye la expresión «el cónyuge apartado de los hijos» por los cónyuges que no ejerzan la guarda y custodia de los hijos, podrá cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ello y tenerlos en su compañía. Ninguna modificación tiene lugar respecto a las relaciones con los abuelos y los demás parientes y allegados. Ahora bien, no olvidemos la posibilidad expuesta que sea atribuida la guarda y custodia del menor —si bien no compartida, con cualquiera de los progenitores—, o la tutela del mismo, a los abuelos. En todo caso, una audiencia del menor y, por ende, un reconocimiento de su derecho a ser oído que se reitera así en el nuevo párrafo que se añade al final de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 770 de la LEC, y, en el apartado 5 del artículo 777 de la misma Ley adjetiva. Asimismo, en esta norma se contempla por primera vez la posibilidad de que los cónyuges acudan a la mediación familiar como medio alternativo de resolución del conflicto familiar o de pareja. Se contempla expresamente la posibilidad que los interesados, coincidiendo en su voluntad de resolver su crisis de pareja por la vía del acuerdo mutuo, puedan suspender el curso del proceso para iniciar unas negociaciones a través de un sistema de mediación familiar, que ponga fin al procedimiento inicialmente contencioso para sustituirlo por otro que, tenga como finalidad la homologación del convenio regulador que, plasme los acuerdos alcanzados por los propios interesados<sup>30</sup>.

En fin, este *iter* reformista en relación con la materia, se culmina con la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se reforma nuevamente los artículos 160 y 161 del Código civil. Así se amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos y en la regulación del régimen de visitas y comunicaciones, con la modificación efectuada en el artículo 161 se establece la competencia de la Entidad pública para establecer por resolución

motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal. Asimismo, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, en esta misma Ley se introduce como una importante novedad, la posibilidad que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta. Para ello será necesario que, en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el juez, a propuesta de la Entidad pública, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de esa Entidad pública, o del Ministerio Fiscal y, con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre que fuera mayor de doce años. De todas formas, puede ser oído el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez. En todo caso, si fuera necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad pública o entidades acreditadas a tal fin. Es por ello que, los profesionales de la Entidad pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informado 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, como prioridad absoluta, más allá del interés que pueda suponer para los adoptantes y la familia de origen. Por otra parte, resulta necesario que, en la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptan adoptar a un menor que vaya a mantener relación con su familia de origen.

El juez que acuerda esta medida, puede también modificarla o poner fin a la misma atendiendo al interés superior del menor. Para ello, la Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años y transcurridos estos a petición del juez. 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 tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Lo cierto es que, 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, ateniendo a la vez vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos biológicos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada, continúa por la vía de hecho. A tal fin se modifica el artículo 178.

En este contexto, también existen previsiones legales relativas al derecho de vistas, comunicación y estancia de los abuelos, hermanos y otros parientes y allegados en el ámbito de las legislaciones forales<sup>31</sup>.

En el plano internacional, en los diferentes acuerdos y convenios internacionales sobre protección de menores se hace oportuna referencia al derecho de los menores de edad no emancipados de mantener relaciones con sus progenitores y con los abuelos u otros parientes. Así el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño de 21 de septiembre de 1992; y el 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

Ahora bien, procede llevar a cabo dos precisiones necesarias sobre la materia. Una primera orientada a resaltar que los supuestos en los que va a descansar la operatividad de este derecho y, por ende, el reconocimiento de un régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos se concretan esencialmente en tres: en situaciones de crisis de pareja, como consecuencia de procesos de separación, nulidad y divorcio, donde la atribución de la guarda y custodia a un progenitor puede impedir a los ascendientes del otro progenitor que se relacionen con el hijo (nieto); cuando tal crisis no existe, pero, pese a la normalidad en la situación de la pareja, cualquiera de los progenitores o ambos restringen o impiden totalmente la relación de cualquiera de sus padres con sus hijos (nietos), por las diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los menores<sup>32</sup>; y, finalmente, cuando, como consecuencia del fallecimiento de uno de los progenitores, el cónyuge superviviente impide o pone trabas a la relación de sus hijos con los ascendientes del progenitor fallecido<sup>33</sup>, pues considera que, mantener la relación con los abuelos, además de perpetuar el duelo por la pérdida de quien fue su pareja, puede representar un obstáculo en el inicio de una nueva relación sentimental; si bien, cabe señalar por el contrario que, la relación de los menores con los abuelos pasan a ser para los menores la encarnación de los valores familiares que para ellos representa la persona fallecida, y el vínculo o nexo de unión con toda estirpe o familia extensa del difunto (tíos, primos y demás parientes de la rama familiar del progenitor fallecido)<sup>34</sup>. En todo caso, no puede verse perturbada porque el progenitor haya iniciado una nueva relación<sup>35</sup>. Y la segunda, relativa a la denominación de este derecho. La actual reforma favorece el empleo de una terminología más amplia, de ahí la calificación del «derecho a las relaciones personales» que hemos empleado para enunciar este apartado. Favorece la utilización de la misma, el hecho que el artículo 160 del Código civil se refiera a tal denominación; que el artículo 90 b) párrafo 2.º y párrafo antepenúltimo y 94 párrafo 2.º del citado cuerpo legal distingan entre derecho de visitas y derecho de comunicación; y que, finalmente, el artículo 161 del Código civil ofrezca un tratamiento diferenciado entre el derecho de los abuelos de visitar al menor acogido y relacionarse con él. Si bien es cierto que la gran mayoría de los autores y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se han decantado por emplear la termino lógica «derecho de visitas de los abuelos», sin embargo, algunos lo han hecho pensando en un contenido amplio de tal derecho, aludiendo al derecho de mantener relaciones personales o bien al régimen de visitas, comunicación y estancia<sup>36</sup>, en el que se comprenderían todas las posibles relaciones personales entre el nieto y los abuelos. Parece que desde el sentir del legislador de la actual reforma, que compartimos, y desde la propia concepción de parte de la doctrina que, en general, coincide en dotar de un alcance amplio a este derecho, resulta más adecuado inclinarse por la terminología propuesta, lo que, asimismo, evita cualquier posible confusión sobre cómo debe entenderse este derecho<sup>37</sup>.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis del derecho de visitas, comunicación y estancia de los nietos con los abuelos, hermanos y con los demás parientes y allegados. Para ello, no solo tendremos presente las aportaciones doctrinales existente en relación con la materia, sino también la jurisprudencia que se ha desarrollado en relación a la misma tras las sucesivas reformas de derecho de familia. Asimismo, determinaremos las consecuencias del incumplimiento u obstaculización de tales relaciones personales y el posible resarcimiento por daños morales. Si bien, nos parece oportuno aclarar que, por razones de espacio no trataremos el régimen de visitas de los menores en situación de desamparo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 161 del Código civil

y, por ende, la competencia de la entidad pública para restringir, condicionar o suspender tal régimen de visitas<sup>38</sup>.

## II. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y CARACTERES DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS Y OTROS PARIENTES

El artículo 160 del Código civil en sede de relaciones paterno filiales posibilita que los hijos menores de edad puedan relacionarse con los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados determinando un límite a la patria potestad, aunque de menor alcance e intensidad que, el que corresponde a los progenitores, pues implica una subordinación en su ejercicio<sup>39</sup>. De ahí que, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consideren que estamos ante un verdadero derecho propio y autónomo y, no una mera facultad. Un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a quienes son sus titulares, como lo demuestra el hecho que para denegar o suspender este derecho de visitas o, más amplio de relaciones personales ante los Tribunales, se deberá probar que concurre, precisamente justa causa para ello<sup>40</sup>. Por lo que, hay quienes, en esta línea, se inclinan de forma mayoritaria por considerar que, 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 subjetivo<sup>41</sup>. Otros, sin embargo, afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana<sup>42</sup>. Y, en fin, no faltan algunos autores y cierta jurisprudencia menor<sup>43</sup> que, sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido»<sup>44</sup>. Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *“erga omnes”*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo»<sup>45</sup>. En esta línea, DÍAZ ALABART precisa que estamos ante un derecho personal incluido en el ámbito de los derechos familiares, «si bien excede de ese marco en sentido estricto, puesto que se reconoce no solamente a parientes, sino a personas que mantienen una relación de especial intensidad con el menor o incapacitado que por sus características puede llegar a tacharse de “pseudofamiliar o cuasifamiliar”»<sup>46</sup>. Postura esta última con la que coincidimos, pues, estamos ante un derecho-deber o función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, que está subordinado al interés del hijo<sup>47</sup>. En todo caso, tanto el derecho de visita del progenitor no custodio con sus hijos menores de edad como el de los abuelos-nietos son derechos autónomos en su configuración, lo que permite su coexistencia, compatibilización mediante una atribución simultánea o, el otorgamiento de uno solo de ellos, denegando el otro o la concesión de ninguno de los dos ateniendo siempre al interés superior del menor y a las circunstancias del caso.

En todo caso, como manifiesta acertadamente ORDÁZ ALONSO «el reconocimiento de un derecho de esta naturaleza no otorga a los hermanos, abuelos, parientes y otros allegados la facultad de inmiscuirse en la educación, formación y otras funciones propias de la patria potestad»<sup>48</sup>.

En cuanto al *fundamento*, procede señalar que, las relaciones personales entre abuelos y nietos se justifican en el beneficio, provecho y en el interés

prevalente que, puede suponer para el nieto/a y su desarrollo personal la relación con aquellos<sup>49</sup>. Es, precisamente, ese interés y beneficio que para su estabilidad emocional y desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus abuelos, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones personales (art. 94 párrafo 2.º *in fine* CC). Además, hay que tener en cuenta que, estas relaciones pueden resultar positivas ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja de sus progenitores, o de no cumplimiento de los deberes paterno-filiales por parte de estos o, en fin ante la ausencia de uno de ellos. A todo ello debemos añadir que, el afecto y cariño que les une y que ambos se profesan y, los lazos de parentesco representan un dato más a tener en cuenta en la fijación de tales relaciones y que, precisamente, contribuyen a conformar la base sobre la que opera la presunción *iuris tantum* de conveniencia de tales relaciones que, hemos mencionado en líneas precedentes<sup>50</sup>. Si bien, resulta indudable que, el interés del menor y la conveniencia relacional con sus abuelos reclaman que, tales vínculos generacionales se mantengan, en tanto supongan un beneficio para el menor<sup>51</sup>.

De todas formas, la adopción de esta medida no resulta necesaria cuando existe un contacto habitual y fluido entre los abuelos y nieto/s, esto es, cuando no haya nada que impida tal relación<sup>52</sup>. Asimismo, se ha de procurar alcanzar el máximo consenso en la fijación de estas relaciones, atendiendo al interés o beneficio del menor y, siempre que resulte posible, procurar que el alcance de tal medida sea compatible con la que pueda corresponder al progenitor no custodio<sup>53</sup>; o, en fin, se puedan llevar a cabo a través del régimen de visitas del progenitor no custodio, esto es, de forma compartida, haciendo coincidir en el tiempo ambas relaciones, si, por ejemplo, aquel vive de forma más o menos regular o continuada en el domicilio de los abuelos (sus padres)<sup>54</sup>.

### III. TITULARES ACTIVOS DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE ABUELOS CON SUS NIETOS.

Se considera de forma mayoritaria que los titulares activos de este derecho de relaciones personales, son tanto los abuelos como el/los nieto/s, pues, la relación se sustenta sobre un derecho establecido en beneficio de ambos y, cualquiera de ellos puede solicitarlo<sup>55</sup>. En cuanto a los nietos hay que entender que, nos estamos refiriendo tanto a menores de edad no emancipados, como a los mayores de edad con la capacidad modificada judicialmente, pues, aunque no se menciona a tales sujetos en el artículo 160.2.º y 3.º, sí se emplea en su párrafo segundo el término genérico de «hijo» frente al de «menor» de su párrafo tercero, por lo que sobre la base de un derecho que se concede a todo «hijo», resultaría exigible, dotar al mismo de una interpretación extensiva, y, en consecuencia, considerarles titulares de dicho derecho, con la posibilidad de ejercitarlo por sí mismos, siempre que lo permita la sentencia de incapacitación (art. 210 CC); y de no ser así, por sus representantes legales; y ante una negativa de los mismos, podría solicitarse el nombramiento de un defensor judicial<sup>56</sup>. Y con relación a los abuelos es posible atribuir este derecho a otras generaciones precedentes (bisabuelos), en atención también a una interpretación extensiva del artículo 160.2.º, siempre que tales relaciones repercutan en un beneficio para el desarrollo personal, afectivo e intelectual del menor, que es el fundamento sobre el que se sustentan estas<sup>57</sup>.



Ahora bien, en relación con el concepto de «derecho de visita» del artículo 1 apartado 2 letra a) y del artículo 2 punto 10 del Reglamento número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental —Reglamento de Bruselas II bis—, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000 y sobre la posible inclusión en tal concepto del derecho de visita de los abuelos con sus nietos, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018<sup>58</sup> asunto C-335/17, caso Neli Valcheva y Georgios Babanarakis ante la cuestión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Tribunal Supremo de Casación, Bulgaria) relativa a si ¿debe interpretarse el concepto de «derecho de visita» del artículo 1 apartado 2 letra a) y del artículo 2 punto 10 del Reglamento en el sentido que no solo se aplica a la visita de los progenitores al menor, sino también a la visita de otros miembros de la familia y en particular, de los abuelos y abuelas? La citada resolución comienza señalando que, si bien el Reglamento número 2201/2003 no precisa si el concepto de «derecho de visita» definido en el punto 10 del artículo 2 comprende el derecho de visita de los abuelos, entiende que, este concepto debe interpretarse de manera autónoma atendiendo a la estructura y a los objetivos de aquél (apartado número 19 de la sentencia). A continuación indica el citado Tribunal de Justicia que, este Reglamento tiene por objeto crear un espacio judicial basado en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales mediante el establecimiento de normas que regulan la competencia, el reconocimiento y ejecución de todas las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental y, que el derecho de visita se considera prioritario (apartados número 28, 29 y 30 de la sentencia). Por otra parte, dispone que, el legislador de la Unión se decantó por que ninguna disposición restringiese el círculo de personas que pueden ejercer la responsabilidad parental o disfrutar de derechos de visita (apartado número 31 de la sentencia). Sobre tales bases, respondiendo a la cuestión planteada, el Tribunal de Justicia entiende que, el concepto de derecho de visitas incluye no solo el derecho de visitas de los progenitores a su hijo, sino también al de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental (apartados número 33 y 37 de la sentencia). En fin, precisa, asimismo, este Tribunal que, para evitar medidas contradictorias y en aras del interés superior del menor, deberá ser un mismo órgano jurisdiccional, es decir, el de la residencia habitual del menor, quien se pronuncie, en principio, sobre los derechos de visitas (apartado número 36 de la sentencia).

Por tanto, para el Tribunal de Justicia el concepto de derecho de visitas previsto en el Reglamento número 2201/2003 incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos.

#### IV. CONTENIDO, EXTENSIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS.

Respecto del contenido de este derecho de visita de los abuelos, el artículo 160.2.º del Código civil se manifiesta en su redacción con cierta amplitud —pues habla de «relaciones personales»— indeterminación en cuanto a su alcance o extensión —periodo en los que el menor se puede relacionar con sus abuelos—, y, sin concretar su modalización. Es acertada la interpretación de LETE DEL

RÍO cuando señala que «seguramente el legislador usó esta fórmula para evitar *a priori* una interpretación restrictiva, en tanto que la palabra visita que significa ir a ver a uno a su casa (domicilio de titular o titulares de la guarda del menor) por cortesía, afecto o amistad, evoca el contenido mínimo del derecho a relacionarse con el menor. En cambio la palabra «relación» expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en la casa (o domicilio) del titular o titulares del derecho de visita»<sup>59</sup>.

En la doctrina es, asimismo, opinión común que las «relaciones personales» del citado artículo 160.2.º Código civil comprenden los mismos contenidos que el artículo 94 del mismo cuerpo legal, señala para los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio. Incluirán, por tanto, visitas *strictu sensu*, comunicación o correspondencia (por cualquiera de las vías posibles: telefónica, epistolar u otras similares (internet, whatsapps) y la estancia o alojamiento del menor, incluyendo la pernocta<sup>60</sup>. Se opta por un sentido amplio en cuanto que comprende visita, conexión, correspondencia, trato, toda forma de comunicación o relación de los abuelos con sus nietos, frente al estricto de un «derecho de visitas» equivalente a un puntual contacto entre el abuelo y el menor con ocasión del desplazamiento del propio abuelo al domicilio donde reside el menor (nieto)<sup>61</sup>.

No obstante, hay que señalar que nos encontramos con un concepto abierto o indeterminado, cuyo contenido habrá de ser precisado en cada caso, igual que el tiempo, modo y lugar de ejercicio, según la condición de las personas implicadas y las circunstancias que concurren, y ha de ponerse en relación con el principio de interés del menor, abarcando un amplio abanico de situaciones<sup>62</sup>. En principio, el juez mediante un juicio prudente y ponderado, o, en su caso, los progenitores en el convenio regulador, cuentan con cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar, en cada caso concreto, si procede la medida y, por ende, la extensión de tal derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos, que se concretará atendiendo siempre a las circunstancias específicas concurrentes, enjuiciadas de acuerdo con el principio del interés del menor<sup>63</sup>. En todo caso, el derecho a relacionarse con sus abuelos, preferentemente, o con otros parientes, en modo alguno puede sustituir a la patria potestad, ni puede ser igual o más amplio al que corresponde al progenitor no custodio, sino que, ha de estar necesariamente subordinado a este, máxime si ambos coexisten. No obstante puede ser variable en cuanto a su alcance y progresivo o gradual en función de la edad del menor, o de sus necesidades atendiendo siempre a las circunstancias del caso y al interés superior del menor<sup>64</sup>.

Con respecto al derecho de visita *strictu sensu* habrá de determinarse si ha de tener lugar en el domicilio del nieto<sup>65</sup> o de los abuelos<sup>66</sup>, o llevarse a cabo, cuando las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen, en otro lugar diferente al de los domicilios mencionados, por ejemplo, en los Puntos de Encuentro familiar<sup>67</sup>; igualmente, se fijará el tiempo que durarán las mismas<sup>68</sup>; y si en su desarrollo debe estar, necesariamente, presente uno de los progenitores o persona de confianza que cualquiera de estos designe<sup>69</sup>, lo que de nuevo exigirá atender al caso concreto, sin perjuicio de resultar obvia tal presencia, cuando se trata de un menor de corta edad, o que padezca algún trastorno psicológico u otra enfermedad que así lo aconseje.

Si tienen lugar tales visitas en el domicilio del menor, los abuelos deberán acudir al mismo para buscarle y a él deberán de nuevo volver, una vez finalice aquella, para entregarlo.

Si donde se encuentra el menor (nieto) es un centro con un régimen especial (internado en una residencia, en un centro sanitario), se habrá de respetar el horario de visitas que, indiquen las normas del mismo. Los gastos derivados del desplazamiento de los abuelos a cualquiera de los lugares fijados para que la visita tenga lugar, dependerán de lo acordado por las partes, aunque lo normal es que los Tribunales atribuyan el coste de tales traslados a los abuelos.

Ahora bien, este derecho de visita puede ir acompañado de una estancia o pernocta del menor con los abuelos en su domicilio, como hemos precisado en líneas precedentes; si bien, no puede acordarse con carácter general, tampoco puede impedirse de una manera indiscriminada<sup>70</sup>. Esta opción deberá ser acordada por las partes implicadas, o por el juez con la máxima cautela, quien fijará el tiempo de permanencia. Solo cuando las relaciones de afectividad, de cariño entre los abuelos y su nieto sean profundas y suficientemente arraigadas, y siempre que el interés del menor y su edad lo permitan, podrá establecerse tal facultad<sup>71</sup>. No obstante, la práctica judicial demuestra que la negativa inicial a tal pernocta, se puede modificar y, en consecuencia, ampliarse el régimen de visitas donde se incluya la misma, cuando la relación del nieto con los abuelos vaya siendo más afectiva, o cuando el nieto vaya alcanzando más edad.

En cuanto a las vacaciones —estivales, navidad, semana santa— la posición de la doctrina y jurisprudencia se alterna entre no establecer ninguna relación personal con los abuelos y demás parientes en esas fechas<sup>72</sup>, hasta las que se inclinan por fijar un tiempo razonable de relación, visitas y estancia con los abuelos en tales periodos vacacionales<sup>73</sup>. Asimismo, resulta vacilante la jurisprudencia en lo relativo al cumpleaños de los abuelos o de los nietos/as a la hora de concretar o no un régimen de visitas al respecto<sup>74</sup>.

Con respecto al derecho de comunicación, como hemos apuntado al inicio, podrá implicar tanto la conversación directa y personal por teléfono<sup>75</sup> o video-conferencia, como la correspondencia escrita, bien utilizando la vía postal ordinaria, e-mail o whatsapps. Tratándose de menores de corta edad, serán los progenitores de los mismos, los responsables directos del desarrollo de dicho derecho, pues, serán los que normalmente redacten las cartas de sus hijos, o les lean las que reciban de sus abuelos, o sean los escriban los whatsapps o les lean los que los nietos reciban, o les pongan al teléfono con ellos, o les conecten por Skype, o en fin, los encargados de informar a los abuelos de la evolución del menor, y de hacerles llegar noticias de los mismos por cualquier medio.

Aunque formalmente y desde el punto de vista de las facultades que lo integran, el contenido del derecho de visita de los abuelos no es equiparable al de los padres, no lo es así la extensión y la periodicidad del mismo, que viene a ser más modesta y reducida que la que se otorga habitualmente a los progenitores —por regla general de una tercera parte del tiempo que de ordinario se establece a favor del padre no custodio—, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que, en cada supuesto concurren<sup>76</sup>. La razón de este distinto tratamiento es doble: «la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitados de estos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar esta, precisamente con ocasión de sus contactos con el menor (velar por ellos)»<sup>77</sup>. En este contexto, no puede descartarse que el juez suprima para los abuelos algunas de las facultades señaladas, si así lo demanda el interés del menor al que, siempre y en última instancia, se supedita este derecho a relacionarse personalmente los abuelos y los nietos; y, por tanto, la modalidad y extensión de su ejercicio.

En el supuesto de fallecimiento de uno de los progenitores, cuyos padres reclaman el derecho a relacionarse con su nieto/s, parece lógico ampliar ese derecho, ante la no evidente colisión con el derecho del padre separado o divorciado, y como, posible eje transmisor de los valores familiares que, en vida hubiera asumido el progenitor fallecido, especialmente cuando del contacto con los abuelos dependa el mantenimiento de la relación entre los menores y otros parientes de esa misma línea familiar, como pueden ser tíos/as, primos/as, etc., sin olvidar a los hermanos<sup>78</sup>.

Por otra parte, la estancia de los abuelos con los nietos puede ser, en ocasiones, inmortalizada en fotografías y subidas a las redes o plataformas sociales —Facebook o Twitter— por aquellos con sus correspondientes comentarios. Las imágenes de los menores se incluyen como datos de carácter personal, en el ámbito de su intimidad, privacidad, y se aplica lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos) y el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales. La falta de regulación de las redes sociales y la concurrencia del interés superior del menor en preservar sus derechos fundamentales a la intimidad y su propia imagen, exigirá en cada caso determinar si tal publicación ha supuesto una vulneración de tales derechos —así si la difusión era o no general y pública—. En todo caso, tal publicación requiere el consentimiento de ambos progenitores o representantes legales —si el menor tiene menos de 14 años—; o, el consentimiento del menor si es mayor de 14 años<sup>79</sup>.

Ahora bien, en líneas precedentes, hemos analizado el derecho que, tienen los abuelos a relacionarse con sus nietos; si bien, estos, en ocasiones, también asumen un papel activo en la concesión de la guarda y custodia exclusiva a uno de los progenitores o, en su caso, la compartida, o en su eventual modificación<sup>80</sup>.

## V. DETERMINACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.

Resulta posible establecer por los progenitores como una medida más en convenio regulador «establecer un régimen de vistas y comunicación de los nietos con los abuelos» (art. 90.2 párrafo segundo)<sup>81</sup>. El juez podrá aprobar el convenio previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. En todo caso, el juez podrá denegar los acuerdos adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio cuando sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

En todo caso, no considerando perjudicial para el menor la no prestación de consentimiento de los abuelos al régimen de visitas propuesto, se plantea si esta negativa tendrá efectos sobre la aprobación final del convenio por el juez. Lo probable en este supuesto es que dicha aprobación global final tenga lugar, si no se causa perjuicio a los menores, con exclusión de la estipulación relativa al régimen de relaciones y en consecuencia, los abuelos habrán de acudir al procedimiento judicial *ad hoc* correspondiente<sup>82</sup>. Si no es así, los interesados serán requeridos para que en el plazo de diez días, sometan a aprobación nuevo convenio en aquellas concretas cuestiones que no hubieran merecido la aprobación

judicial. Aportado el nuevo convenio, o expirado el aludido término, el Juzgado dictará auto resolviendo lo que proceda (art. 777.7 de la LEC).

Aprobado el convenio por el juez, el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos podrá hacerse efectivo por vía de apremio (art. 160 antepenúltimo apartado *in fine*); pues, como previene, asimismo, el artículo 90 del Código civil, desde tal momento los pactos contenidos en el mismo, podrán hacerse efectivos por tal vía. De ahí que, el convenio presentado a la aprobación e, incluso ratificado en presencia judicial no puede ejecutarse por vía de apremio en tanto no haya sido aprobado por la correspondiente sentencia.

Ahora bien, si los progenitores no han previsto en el convenio regulador el derecho de visita de los abuelos, o previsto no haya sido aprobado, o si el proceso entablado era de nulidad matrimonial o de separación o divorcio sin mutuo acuerdo, y, no se ha presentado convenio regulador; acudiendo al proceso contencioso correspondiente, porque el consenso mutuo haya resultado imposible; en estos supuestos el juez, tal como dispone el artículo 94 párrafo segundo del Código civil, «podrá» adoptar como medida, si lo considera beneficioso para los intereses del menor, el régimen de relaciones personales con sus abuelos, determinando las condiciones en que se desarrollará el mismo, teniendo siempre presente el interés del menor. Al igual que el artículo 90, también en este precepto se exige la preceptiva audiencia y consentimiento de los abuelos a los efectos de conocer la opinión de los mismos. Por lo que la no prestación del consentimiento o su oposición a la medida, determina su no fijación al ser contraria al interés del menor<sup>83</sup>. Si bien, a diferencia de aquel, para este supuesto, se va a exigir, asimismo, la audiencia a los progenitores del menor<sup>84</sup>.

En este contexto, si en el convenio regulador no se hace referencia a este derecho de relaciones personales de abuelos y nietos, o, como apuntamos, tras la modificación de aquel, se suprime la referencia a tal derecho, o sin existir crisis matrimoniales, nos encontramos con unas malas relaciones entre los abuelos con los progenitores del menor, o de ruptura de una pareja de hecho, o simplemente, de mera dejadez en el mantenimiento de tales relaciones, es posible que los abuelos o el propio nieto acudan al juez para que se lleve a efecto el derecho que, les reconoce el artículo 160 del Código civil.

Para ello, se prevé un nuevo proceso y se introduce un nuevo apartado, el número 12, en el artículo 250.1 de la LEC, donde se relacionan las pretensiones que deben ser tramitadas a través del juicio verbal. Tal juicio se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I, del título I del libro IV de la citada norma adjetiva, en concreto, serán de aplicación los artículos 748 a 753, sobre los procesos relativos a la persona y a la familia. Tendrá legitimación activa, los abuelos, los nietos menores de edad, el Ministerio Fiscal, y cualquier pariente y allegado que se considere con derecho a que se establezca a su favor un sistema de visitas con los menores<sup>85</sup>. Y, esta demanda en reclamación de visitas a favor de los abuelos habrá de dirigirse contra la persona o personas que, están de hecho impidiendo u obstaculizando sin causa justificada el contacto mutuo entre el menor y sus abuelos, parientes o allegados, que, de ordinario, serán los progenitores de los menores, con quienes estos normalmente conviven; o, asimismo, todos aquellos que ostenten la tutela, guarda o custodia del menor. En caso de que los hijos menores —nietos de los demandantes— residan con uno solo de los progenitores por encontrarse estos separados o divorciados la demanda deberá extenderse también al progenitor que, no conviva habitualmente con los menores, pues, tendrá establecido a su favor un régimen de visitas que se puede ver alterado, si se establece un derecho de visitas a favor de los abuelos.

## VI. DENEGACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA».

El artículo 160.2.º del Código civil no se define expresamente que debe entenderse como «justa causa», y cuáles pueden ser las mismas, sino simplemente manifiesta que de concurrir la misma, conlleva la denegación del derecho de los abuelos a relacionarse personalmente con sus nietos<sup>86</sup>.

Lo cierto es que pueden encuadrarse, en un sentido amplio, en dicho concepto jurídico indeterminado, todas aquellas situaciones que perturben al menor, es decir, aquellas que en definitiva vayan en contra de su interés o beneficio. Allí donde la relación del menor con los abuelos perjudique al niño, porque ponga en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación, afecte a su desarrollo emocional o ejerza una mala influencia sobre el menor, debe operar aquella y no conceder o simplemente suspender el derecho<sup>87</sup>. Habrá, en consecuencia, que considerar y analizar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para determinar si es o no conveniente la relación del menor con sus abuelos. RIVERO HERNÁNDEZ ha equiparado los «motivos graves» que justifican la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación nulidad y divorcio (art. 94 CC) a la justa causa del artículo 160.2.º. Estos motivos graves deberán ser además de serios, legítimos y actuales, más que potenciales y el juez tendrá que valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconsejan»<sup>88</sup>. Opina, por su parte, BERCOVITZ<sup>89</sup> que, «en la justa causa debe predominar el interés del hijo, aunque este no debe ser incompatible en principio con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia (los llamados intereses familiares)». Para CARBAJO GONZÁLEZ por justa causa hay que entender una relación no conveniente para el menor y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio o por la concurrencia de cualquier otro impedimento<sup>90</sup>. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5.ª, de 24 de febrero de 2017<sup>91</sup> en su *Fundamento de Derecho primero* señala que la justa causa debe reunir las siguientes características: «1. Tendrá que ser relevante, por su excepcionalidad en el marco de los condicionantes que de ordinario intervienen en las relaciones entre progenitores; 2. Tendrá que ser perjudicial para el interés de los menores en razón de las circunstancias que sean apreciables; 3. Tendrá que ser ajena al estado de las relaciones entre los parientes y allegados y los progenitores de los menores ejercientes de la patria potestad; 4. Tendrán que provenir de situaciones no provocadas o precipitadas voluntariamente por dichos progenitores, siendo irrelevante la mera oposición de estos».

Por ello pueden cambiar de unos supuestos a otros y así puede ocurrir que lo que en unos casos pueda ser perjudicial para el menor; en otros, variadas las circunstancias, no sea así. En todo caso, la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» corresponde a los padres que se oponen al ejercicio del derecho, pues, existe una presunción favorable al mantenimiento de las relaciones abuelos-nietos, como adecuadas desde la perspectiva del interés del menor (nieto). En consecuencia, no se puede alegar sin más que, las relaciones no son beneficiosas para el menor; se debe probar el perjuicio. De todas formas, como hemos señalado, las relaciones personales entre abuelos y nietos han suponer un riesgo o perjuicio real para el menor/es, no un riesgo meramente potencial o no probable que ocurra, además de actual<sup>92</sup>.

La doctrina establece un elenco de motivos que son alegados por quienes se oponen al derecho de visita de los abuelos, normalmente alguno de

los progenitores. Se trata de una lista con carácter *numerus apertus*. A tales efectos, se considera por justas causas que, pueden determinar la denegación o suspensión del derecho<sup>93</sup>: 1. Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos al nieto por los abuelos, o a la inversa; 2. Las malas relaciones existentes entre nieto y abuelos<sup>94</sup>; 3. Actitud intervencionista y el deliberado ánimo permanente de los abuelos de influir en aquellos aspectos que forman parte del ámbito propio de la patria potestad, como la educación de los hijos menores<sup>95</sup>; 4. El mal estado de salud o la enfermedad de los abuelos. Así el sufrimiento de una enfermedad mental o infecciosa que, también pueden padecer personas de su entorno más cercano, siempre que en ambos casos tengan carácter permanente, y puedan afectar al nieto, en cuanto van a dificultar el cuidado y atención de los mismos, e impedir un adecuado desarrollo de la relación abuelos-nietos<sup>96</sup>. De no tener tal carácter, estas enfermedades solo darán lugar a una suspensión temporal de la relación<sup>97</sup>; 5. La drogodependencia o alcoholismo de los abuelos o de las personas de su entorno<sup>98</sup>; 6. El peligro que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica de los nietos<sup>99</sup>; 7. Los abuelos favorecen con su comportamiento o actitud que los progenitores incumplan las resoluciones judiciales por las que se suspenden o limitan el derecho de visitas con sus hijos (art. 160.2.º párrafo 2)<sup>100</sup>; o le privan de la patria potestad<sup>101</sup>; o si aquellos incumplen las medidas de alejamiento adoptadas en relación con su hijo ante supuestos de violencia familiar; o ante el riesgo de una sustracción o retención definitiva del menor, especialmente cuando este derecho implica que el menor se traslade de un país a otro; 8. El padecimiento por el nieto de una enfermedad o deficiencia que requiera un cuidado especial, que no pueden los abuelos proporcionarle<sup>102</sup>; 9. La adopción del nieto, cuando no nos encontremos ante ninguno de los supuestos en los que excepcionalmente subsisten los vínculos con la familia de origen; o ante un caso de adopción abierta (art. 178.2 y 4 CC); 10. El abuelo/a haya sido condenado por delito contra la persona de su hijo o su nieto, el haberle negado alimentos, o haber sido privado de la patria por incumplimiento grave de los deberes paternos, o cualquier otra causa penal<sup>103</sup>; 11. La intromisión negativa en la vida familiar<sup>104</sup>; 12. La utilización como vía para que el hijo pueda seguir amenazado o acosando a sus propios hijos y al otro progenitor<sup>105</sup>; 13. Absoluto desinterés de los abuelos por el nieto/s o falta de relación durante un largo periodo de tiempo. En esencia, una falta de afecto, cariño y sentimientos que resultan imprescindibles para asegurar una relación afectiva positiva del menor con sus abuelos<sup>106</sup>; 14. La influencia perniciosa y negativa que causan en los menores o en su recuperación<sup>107</sup>; 15. El fuerte rechazo y tensión emocional de los menores ante la presencia de los abuelos<sup>108</sup>; 16. El perjuicio a la estabilidad emocional del menor<sup>109</sup>; 17. El comportamiento anómalo y reprochable de los abuelos con los progenitores o con uno de ellos —que conlleva una falta total de entendimiento—<sup>110</sup>; a lo que se puede añadir la falta de relación o desvinculación familiar de aquellos durante un periodo de tiempo considerable<sup>111</sup>; y, 18. La participación activa en la ruptura de las relaciones paterno-filiales entre los hijos y sus progenitores<sup>112</sup>.

En este contexto, no puede considerarse justas causas para denegar o suspender aquel derecho a las relaciones personales de abuelos y nietos: 1. La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos<sup>113</sup>; 2. La no dependencia de la actitud de uno de los progenitores —que siente animadversión hacia la familia del otro progenitor o la suya propia—<sup>114</sup>; 3. Las malas o tensas relaciones o las desavenencias entre el progeni-

tor (guardador) y los abuelos o de ambos no se estima como justas causas para denegar el derecho a relacionarse abuelos con los nietos. Solo en el caso extremo, que estas tensas relaciones llegarán a desestabilizar al menor o le perjudicasen, serían relevantes<sup>115</sup>. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 noviembre 2019 entiende que no es necesario que el régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo que ello sea así —por razón que se les introduce en el conflicto entre los mayores— para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor<sup>116</sup>; 4. La supuesta incompatibilidad de la patria potestad del progenitor con el derecho de visita de los abuelos, que *a priori* son perfectamente conciliables y no impide la subsistencia de aquel<sup>117</sup>. Únicamente en el caso de que los abuelos pretendieran deliberadamente influir sobre la educación o formación del menor con planteamientos contradictorios a los del progenitor o descalificaciones personales de este, su derecho de visita entraría en conflicto con lo que el artículo 154 Código civil reconoce única y exclusivamente a los padres; 5. La simple negativa de un menor a relacionarse con su familia, o, su voluntad contraria a la relación con los abuelos y sin otra justificación no siempre constituye justa causa, pues, no siempre los deseos del menor coinciden con su interés. Y tampoco debe descartarse la influencia que sobre este pueda haber ejercido el progenitor reacio al contacto con los abuelos —manipulación de sus progenitores—. Desde luego, en esta cuestión es determinante la edad del menor, pues no puede valorarse del mismo modo la negativa de un niño de siete años que la de un adolescente de quince, dieciséis o diecisiete<sup>118</sup>; 6. La falta de relación entre abuelo y nieto<sup>119</sup>; 7. El ingreso en prisión del abuelo/a<sup>120</sup>; 8. La tendencia sexual de los abuelos<sup>121</sup>; 9. La separación, el divorcio o nuevo matrimonio —unión de hecho— de los abuelos<sup>122</sup>; 10. Las medidas adoptadas respecto del progenitor no custodio por los hechos cometidos por este, no puede alcanzar en la misma medida a los abuelos, denegándoles el régimen de visitas<sup>123</sup>; y, 11. Inexistencia de perjuicio para el nieto/a<sup>124</sup>.

En todo caso, como tantas veces hemos reiterado, si el interés superior del menor lo aconseja, no existe justa causa que impida establecer un régimen de relaciones entre los abuelos y el menor/es<sup>125</sup>.

En fin, nos parece oportuno finalizar este apartado, apuntando que la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» para impedir el ejercicio del derecho de visita de los abuelos recae sobre quien pretenda hacerla valer; normalmente, sobre los progenitores que impiden la relación entre aquellos y el menor.

Una prueba alegable frente a la presunción *iuris tantum*, ya señalada, de la conveniencia para el interés del menor de mantener relaciones con sus abuelos; y, que, por ende, opera sobre la existencia de un auténtico derecho con sustantividad propia y autónomo a favor de este.

## VII. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD CON OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS.

El artículo 160.2.º del Código civil reconoce el derecho de relacionarse personalmente de los hijos menores de edad no emancipados no solo con los abuelos de ambas ramas familiares, sino también con sus hermanos y otros parientes o allegados.

Se hace especial mención a los hermanos, sean estos de doble vínculo o de vínculo sencillo. Exigencia que puede derivar de los nuevos modelos de familia



—familias reconstituidas que se constituyen o se rompen— que pueden derivar en una separación de los hermanos o hermanastros<sup>126</sup>. En todo caso, se procurará no separar a los hermanos (art. 92.5 CC).

Por otra parte, con los otros parientes operamos sobre la relación de parentesco que, puede ser por consanguinidad, por afinidad, línea recta o colateral o por adopción. Ocupan un lugar preferente los tíos/tías quienes, pese al conflicto que pueden tener con los progenitores o ante el fallecimiento del hermano o la hermana en su caso, desean seguir manteniendo un contacto con sus sobrinos/as, solicitando para ello un régimen de visitas<sup>127</sup>. Si bien, no faltan supuestos en los que se les puede otorgar la custodia<sup>128</sup>.

En cuanto a la referencia a allegados supone incluir a aquellas personas que sin tener la condición de pariente del menor, sin embargo han tenido un contacto duradero en el tiempo o una relación de afecto con él<sup>129</sup>. Si bien, operando sobre la base del interés superior del menor como base de esta medida, se requerirá para la adopción de esta medida a favor de otros parientes y allegados que, beneficien al menor. De forma que, quien la solicite, deberá probar tal beneficio<sup>130</sup>, pues, se presume *iuris tantum* el beneficio que le puede reportar al menor su relación con sus hermanos y abuelos. Entre los allegados figuran la expareja del padre o de la madre que ha convivido con el menor y los han tratado como si fuera un hijo/a. También se reconoce a la expareja del mismo sexo que la madre biológica<sup>131</sup>; a quien hasta la impugnación de la paternidad ha sido considerado como padre del menor<sup>132</sup>; y, en fin a aquellos que han sido guardadores de hecho o acogedores del menor (art. 20bis.1 m de la Ley Orgánica 1/1996), o cualquier otra persona ligada al menor por relaciones afectivas —abuelos políticos—<sup>133</sup>.

Ahora bien, ante la existencia de una pluralidad de parientes solicitando un derecho de visitas con los hijos menores de edad, en aras del interés del menor y, en menor medida del que corresponde a los parientes y allegados, se habrá de establecer un régimen de relaciones personales que no perjudique a aquel, en todo caso compatible con el correspondiente al de los progenitores no custodios y, si fuera el caso conjunto o se compagina con el que se establece a favor de otro familiar<sup>134</sup>. De no ser posible concretar un régimen de visita, se da preferencia al de los progenitores no custodios, a continuación hermanos, abuelos sobre los demás parientes y allegados<sup>135</sup>. Como sucede con el derecho de visitas de los abuelos puede denegarse si concurre justa causa para ello<sup>136</sup>.

#### VIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL INCUMPLIMIENTO O OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES.

Una de las primeras resoluciones que, ha aplicado el régimen de responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia, es la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009<sup>137</sup> que, resuelve la demanda presentada por el padre contra su expareja que había impedido que el demandante tuviera relación con su hijo al que se había llevado a EEUU en contra de las resoluciones judiciales que, resolvieron sobre su guarda y custodia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de apelación que, había considerado prescrita la acción y declara que, la madre ha violado los derechos del padre de relacionarse con su hijo, además de desobedecer las resoluciones judiciales dictadas al efecto en España y condena a la madre a abonar la cantidad de 60.000 euros por los daños morales sufridos por el demandante

a consecuencia de la privación de todo contacto con el hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él.

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de marzo de 2007<sup>138</sup> establece, precisamente, en relación a tal responsabilidad *que «tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, como hemos declarado igualmente, en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido»*. Por lo que, en su configuración actual, la característica esencial de la responsabilidad patrimonial es que se trata de una responsabilidad objetiva, y, en consecuencia, no es necesario demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa hayan actuado con dolo o culpa, ni tampoco acreditar que el servicio público haya funcionado de manera anómala, al existir obligación de indemnizar aun en los casos de funcionamiento normal del servicio público siempre que concorra aquel nexo causal. Sobre tales bases, se ha condenado al Estado español a indemnizar a un padre y abuelos privados de contacto con sus hijas y nietas respectivamente por dilaciones de la Administración de Justicia. La adopción de medidas de alejamiento de la familia paterna de las menores trae su causa en una denuncia por supuestos abusos sexuales del padre sobre las menores, cursada por la madre, alargándose el proceso durante más de seis años y demorándose la tramitación de la fase instructora más de cuatro años, sin que la entidad ni el número de diligencias instructoras acordadas justificarán tal retraso. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3.ª, de 18 de septiembre de 2018<sup>139</sup> ha reconocido que la prolongación del procedimiento penal, como en la vía civil, ha privado al padre del contacto con sus hijas. Además se ha valorado que el padre de las menores se había visto inmerso en un procedimiento especialmente infamante, con las consecuencias que ello conlleva y, que la prolongación de medidas de alejamiento y suspensión del régimen de visitas ha venido a agravar las consecuencias de la falta de relación padre-hijas. Por lo que, entiende que resulta evidente que, la ruptura del vínculo parental tiene más posibilidades de restauración, si el periodo de suspensión es reducido que si es prolongado, razón por la cual incrementa a la suma ya reconocida por la Administración —10.000 euros—, la cantidad de 42.000 euros debido a la prolongación inusual del procedimiento y los bienes jurídicos sobre los que ha incidido la demora —prolongación no justificada de las medidas cautelares de suspensión del régimen de visitas, régimen de comparecencia ante el Juzgado y régimen de alejamiento—. A dicha suma se ha de añadir el interés legal. Asimismo, se aclara en la citada resolución que, estas sumas comprenden la totalidad del daño moral y personal. Ahora bien, reconocida al padre de las menores esta indemnización, con posterioridad la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3.ª, de 9 de julio de 2019<sup>140</sup> partiendo del hecho cierto que la relación que, une a los abuelos con los nietos es una relación distinta de la que une a los padres con los hijos y que resulta más intensa, al menos cuantitativamente, la privación de contacto de las hijas con el padre que, el de las nietas con los abuelos, concluye que, este falta de contacto de los abuelos de sus nietas por una tardanza impropia de un Estado que propugna, como uno de sus valores superiores la justicia y reconoce el derecho a una tutela judicial eficaz, debe ser objeto también de indemnización,

fijando esta en la cantidad de 15.000 para cada uno de los abuelos más el interés legal que, habrá de añadirse a los 10.000 euros reconocidos por la Administración demandada. Se considera igualmente que, esta cantidad comprende la total indemnización de daños sufridos por ellos.

En fin, la Administración del Principado de Asturias ha sido, igualmente, condenada por haber declarado erróneamente a un menor en situación de desamparo. Efectivamente, se adoptó de forma drástica dicha medida, trasladando al menor a un centro de protección. Aunque existía en el domicilio familiar una situación hostil, que no violenta, ello no justificó la adopción de una medida tan drástica que, supuso la separación del menor de sus parientes. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1.ª, de 28 de diciembre de 2018<sup>141</sup> se acuerda la fijación de una indemnización por daño moral, al haberse acreditado el sufrimiento, la ansiedad, zozobra del padre y abuela durante el episodio, marcado por la sorpresa familiar ante la súbita ejecución de la medida adoptada y la exasperante falta de información inicial sobre el paradero y condiciones del menor, como tras ultimarse el procedimiento con el retorno del menor al hogar familiar con ciertas secuelas psicológicas provocadas por tal situación. Se cuantifica la indemnización por los daños morales sufridos por el menor y sus familiares inmediatos en 10.000 euros para el menor; 7.000 euros para la abuela; y 5000 euros para el padre.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Madrid: Tecnos.
- ARIAS DÍAZ, M<sup>a</sup> D. (2005). Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, *La Ley*, vol. I, 1738-1747.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Comentario al artículo 161 del Código civil. En: M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil, *La Ley*, vol. 4, 1502-1512.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2006). El derecho de visita de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales, *Revista de Derecho de Familia*, número 30, enero-marzo, 45-80.
- CARCABA FERNÁNDEZ, M. (2000). *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Madrid: Tecnos.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>. (1993). Comentario al artículo 154 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, T. I. Ministerio de Justicia, T. I, Madrid.
- CASTILLA BAREÁ, 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.
- COLAS ESCANDÓN, A.M. (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.
- (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijados judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC,

- Sala 2.<sup>a</sup>, núm. 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución*, número 29, 133-185.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>. (1982). La patria potestad tras la reforma del Código civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 355-420.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *Diario LA LEY*, número 9318, sección doctrina, 14 de diciembre, 1 a 8.
- DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 345-371.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 68.
- GAYA SICILIA R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, número 1, 91-114.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2002). Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil, *Actualidad Civil*, vol. 1, 25-49.
- (2004). La Ley 42/2003, relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados, *La Ley*, número 5990, 1739-1746.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elemento de Derecho Civil, vol. IV Familia*, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LETE DEL RÍO, J. M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *Poder Judicial*, núm. 25, marzo, 145-150.
- MACÍAS CASTILLO, A. (2004). Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, *Actualidad Civil*, núm. 20, noviembre, 2485-2489.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley*, núm. 9583, sección Tribuna, 17 de diciembre de 2019, 1-15.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- (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.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex.
- MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2014). El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003, *Revista Bolivariana del Derecho*, número 18, 578-589.
- ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de vistas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ÁLVAREZ (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. M.<sup>a</sup>. (2000). El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º párrafos del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 635-672.

- RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1982). El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, AAVV *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona: Eunsa.
- (1997). *El derecho de visita*, Barcelona: Bosch.
- (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson.
- ROMERO COLOMA, A. M<sup>a</sup>. (2010). Derecho de visitas de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo, 59-72.
- SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 2, 943-976.
- SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al artículo 160 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil, T. II*, Barcelona: Bosch, Barcelona.
- TORRES PEREA, J. M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *La Ley*, vol. 4, 1347-1359.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, *La Ley*, vol. 7, 1569-1577.
- (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentarios a los artículos 154 y 160 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código civil comentado, vol. I, 2.ª ed.*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

#### X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 17 de junio de 1995
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2000
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 27 de julio de 2009
- 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, 24 de mayo de 2013
- STS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 2013
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2014
- STS, Sala de lo Civil, 27 de octubre de 2014
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 9 de junio de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2019
- ATS, Sala de lo Civil, 29 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019

- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2019
- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2018
- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3.<sup>a</sup>, 9 de julio de 2019
- STSJ Aragón, 30 de enero de 2020
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de mayo de 1997
- SAP Huelva, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de diciembre de 2002
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 22 de julio de 2003
- SAP Lleida, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2004
- SAP Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de marzo de 2005
- SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 25 de mayo de 2006
- SAP Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2007
- SAP Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 1 de febrero de 2008
- SAP Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de abril de 2008
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 22 de mayo de 2008
- SAP Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de marzo de 2009
- SAP Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, 5 de junio de 2009
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2010
- SAP Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2010
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 3 de febrero de 2011
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2011
- SAP Pontevedra, secc. 6.<sup>a</sup>, 2 de diciembre de 2011
- SAP Ciudad Real, secc. 1.<sup>a</sup>, 1 de marzo de 2012
- SAP Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de julio de 2015
- SAP Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de junio de 2015
- SAP León, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2016
- SAP Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de mayo de 2016
- SAP Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de noviembre de 2016
- SAP Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2018
- SAP Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de marzo de 2019
- SAP Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 14 de marzo de 2019
- SAP Asturias, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2019
- SAP Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2019
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2019
- SAP A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2019
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2020

## NOTAS

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 321.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elemento de Derecho Civil, vol. IV Familia*, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albasa, Madrid: Dykinson, 299.

<sup>3</sup> DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1558.

<sup>4</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de junio de 1995 (RJ 1995, 5304) dispone en su *Fundamento de Derecho cuarto* que «la patria potestad es un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos, queda determinada la filiación, la patria po-

testad (salvo el supuesto excepcional al que se refiere el artículo 111 del Código civil que, no es el aquí contemplado) corresponde automáticamente, “*ex lege*”, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación, el que la ejercerá junto con el otro progenitor ya anteriormente determinada, ya que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre (art. 154 CC) y la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores (art. 156 del mismo cuerpo legal), sin que la atribución de la misma requiera petición de parte, ni declaración judicial al respecto, pues dicha atribución viene hecha “*ope legis*”. Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223) señala en su *Fundamento de Derecho* cuarto que «la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código civil. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor».

<sup>5</sup> PÉREZ ÁLVAREZ (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 381-383.

<sup>6</sup> RJ 2000, 2982.

<sup>7</sup> Díez GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil, *op. cit.*, 1559.

<sup>8</sup> En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 787 señala que «supone en realidad el ingrediente fundamental de los restantes deberes (o, si se prefiere, un compendio de todos ellos), pues velar por los hijos implica atender a su salud física y psíquica, informarse acerca de sus problemas, aficiones personales y amistades, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa, etc., en fin, “prestar asistencia de todo orden”, si hemos de estar a lo que ordena la Constitución (art. 39.3 de la CE)». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 18 de mayo de 2016 (JUR 2016, 173374) dispone que «los padres tienen un derecho-deber, como es la patria potestad que conservan aun cuando no tengan atribuida la guarda y custodia, que no tienen otros familiares, esto es, que en relación con los padres y justamente por la obligación de velar por los hijos que impone el ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación opera con unas exigencias en las que también se han de ponderar los intereses del padre y que están ausentes en las que se desarrollan con otros familiares, respecto de los cuales es solo y exclusivamente el interés del menor el que determina la forma en que se desarrollan los contactos sin que el familiar o allegado tenga las mismas imposiciones legales que los padres».

<sup>9</sup> LETE DEL RÍO, J. M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *Poder Judicial*, núm. 25, marzo, 147-148.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 21 de mayo de 1997 (AC 1997, 1197) precisa en su *Fundamento de Derecho* primero que: «es contenido del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC) el velar por los hijos, en el amplísimo y trascendente sentido de cuidar de ellos no solo en su aspecto físico, sino también en el moral y afectivo, por lo que puede quien la ejerce, además de una vida de relación, actuar con arbitrio o discrecionalidad (nunca con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular, pero cuando, como es el caso, ha sido declarado por sentencia firme que es beneficiosa para el menor una vida de relación, a través de la ejecución de un régimen de visitas

periódico con sus parientes de la línea materna, debe compelerse a su cumplimiento y la relación comenzarse a realizar progresivamente y en la forma que sea más conveniente al menor —que temporalmente y durante la sustanciación del proceso, se ha visto privado de la misma—, siempre con la mira puesta en el respeto al principio constitucional que ampara la recta formación física y psíquica del menor y, a la obligación que tienen las partes de cumplir las resoluciones judiciales efectivamente, puesto que lo contrario conculcaría los fundamentos de un Estado de Derecho»; y añade «debe primar siempre el interés del menor, que es el realmente necesario de salvaguardar y protección, y resaltando que el ejercicio de la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 CC)... y al menor ha de dotarle progresivamente de un ámbito de libertad, de forma tal que, cuando alcance la madurez, sea él y no los padres quien decida lo más conveniente en orden a sus relaciones de todo orden, y de entre ellas las afectivas, pudiendo entonces relacionarse cómo y con quien quiera; pero mientras que se encuentre sujeto a la patria potestad, no se puede impedir sin justa causa, sus relaciones con parientes y allegados, entre los que se encuentran los recurridos, que lo son en línea recta. Es, por tanto, necesario que los abuelos maternos mantengan relaciones con su nieta, lo que no podrán ser impedidas unilateralmente por quien ejerce la patria potestad; y si, con o por abuso de la misma, se aprecia que la menor está siendo psíquicamente maltratada, deberá adoptarse las medidas tendentes a impedir que el capricho, el cariño mal entendido o las posibles enemistades nacidas de situaciones de las que el menor no es responsable, pueda afectar a la formación integral de la tutelada».

<sup>10</sup> GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, número 1, 99; EGEEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 68, 5-6; COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijados judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución*, número 29, 18. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch, 337 muestra su reticencia a tal presunción *iuris tantum*, así después de señalar que «el tenor literal del artículo 160.2.º del Código civil, al establecer que “no podrán negarse sin justa causa”, está efectivamente contemplando una presunción *iuris tantum* que las relaciones del menor con sus abuelos resultan beneficiosas para ese, lo que se traduce en la necesidad de probar que, en el caso concreto, no acontece así»; precisa al respecto que «la legislación vigente es la que es, pero *de lege ferenda* estimo conveniente invertir los términos y suprimir toda presunción en el sentido expuesto. Ello no implica negar a los abuelos la posibilidad de relacionarse con sus nietos, pero sí condicionarlo a que se pruebe que tales relaciones benefician al menor, o como mínimo, que no le perjudican, lo que no será particularmente difícil cuando entre los mismos haya una relación previa de mutuo afecto».

<sup>11</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4371) manifiesta al respecto que «el interés del menor constituye un principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social»; 31 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4581); de 31 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 373); de 12 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1229); y, de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924).

<sup>12</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, p. 68,

<sup>13</sup> VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 63-64.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 2 de marzo de 2016 (*JUR* 2016/75403) señala que «el interés del menor es un concepto evolutivo que puede llegar a fundar por sí solo una modificación de las medidas adoptadas porque responde a un derecho del menor con reconocimiento constitucional, en tratados internacionales y en las normas legales. A diferencia de las medidas sobre cuestiones patrimoniales, económicas, o en general, las que no afectan a menores de edad, las que se refieren a la esfera personal



del menor (básicamente, custodia y régimen de visitas) no se sujetan a parámetros meramente objetivos por lo que su modificación puede tener lugar sobre la base de criterios que respondan a meras circunstancias actuales de utilidad (interés objetivo) o a inclinaciones de los menores manifestadas por sus deseos o aspiraciones (interés subjetivo). En definitiva, el interés del menor debe entenderse de una forma dinámica y flexible que permita concretar cuándo y en qué momento se manifiesta para poder decidir sobre las medidas que le afectan».

<sup>14</sup> Asimismo, el derecho a ser escuchado, en todo caso, si tuviera suficiente juicio o madurez, se establece en el Código civil, en el artículo 92.2 y 6 referido a las crisis matrimoniales; en sede de patria potestad artículo 154 respecto a las decisiones que les afectan; en caso de desacuerdos en la toma de decisiones por parte de los progenitores (art. 156); en sede de adopción (art. 177.3) y de tutela (artículos 231 y 237, 248, 273 y 280).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2018 (RJ 2018, 2) señala que, los menores tienen derecho a ser oídos, pues la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida protección y por ende, no es propiamente una prueba. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 9 de mayo de 2019 (BOE, núm. 138, 10 de junio de 2019, 60836 a 60848) que declara constitucional el artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria que, regula la forma como debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria por respetar de una parte, los derechos del menor a la participación en el procedimiento judicial y a la intimidad y por otra, los derechos garantizados por el artículo 24 CE a las partes en el proceso.

<sup>15</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de julio de 2009 (RJ 2009, 4577); de 24 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3393); de 14 de noviembre de 2013 (LA LEY 179526/2013); de 18 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1152); de 27 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4242); y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 15 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 76793) exigencia que el régimen sea conveniente para el menor y en modo alguno perjudicial. Debe tenerse en cuenta en el mismo momento en que se vaya a fijar el régimen de visita; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 4 de junio de 2015 (JUR 2015, 163149); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 30 de julio de 2015 (JUR 2015, 238392); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 20 de enero de 2016 (JUR 2016, 143939); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016, 273891); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 30 de enero de 2017 (JUR 2017, 62763); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, 15 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 10329); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 22 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 39133); y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, 21 de marzo de 2019 (JUR 2019, 150993).

<sup>16</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5613) en su *Fundamento de Derecho quinto* concreta que «(...) cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras del interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada». Precisamente, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 6 de junio de 2005 (RTC 2005/152) entiende que la falta de audiencia del menor en un procedimiento judicial, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), con la consiguiente nulidad de las actuaciones y retrotrayendo las mismas al momento anterior a aquel en que estas se dictaron, para que, por parte del órgano judicial se dé audiencia al menor sobre la atribución de guarda y custodia, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo.

<sup>17</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 22 de julio de 2003 (JUR 2003, 269132) precisa que, la relación con la familia extensa es beneficiosa para los hijos, para su normal desarrollo y formación de la personalidad de forma integral; de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.ª, 3 de marzo de 2004 (JUR 2004, 119153) señala que,

es indudable la trascendencia del papel de los abuelos en orden a la cohesión y transmisión de valores en la familia, y la significativa importancia de las relaciones de los nietos con sus abuelos en el desarrollo persona de los menores; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 10 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 41890) mantener la vinculación entre las niñas con la familia materna, en concreto con los abuelos, les permiten tener la presencia de tal familia en la vida de las menores cubriendo con ello la carencia que representa la ausencia de la figura materna; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 19 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 49498) dispone en su *Fundamento de Derecho segundo* que «el derecho a relacionarse de los nietos con los abuelos es consustancia a nuestro entorno cultural y está históricamente arraigado en nuestra tradición»; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 143939) papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad pro excelencia de la sociedad civil.

<sup>18</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 18 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 47304) el derecho de visitas del abuelo-nieto se estima beneficioso para la formación y maduración del menor.

<sup>19</sup> MALAURIE Ph. et AYNÉS, L. (1992). *Droit civil. La famille*, 3.ª ed., 438 ya anticipaba que las encuestas dicen que, a fines del siglo XX, entre los menores de diez años, uno de cada dos tengan, al menos vivos a tres de sus abuelos, cuya función se considera singularmente importante en las situaciones de crisis de pareja, especialmente en caso de divorcio.

<sup>20</sup> En este sentido, DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 353 añade un argumento más a los expuestos para constatar precisamente el mayor peso que hoy tienen estas relaciones y es el relativo al alargamiento de la vida humana, que permite la convivencia de varias generaciones. *Vid.*, asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Álava, 27 de febrero de 1993 (*AC* 1993, 299) debido al especial trabajo de la madre y hasta el fallecimiento de esta tras una penosa enfermedad, Itahisa convivió integralmente en el domicilio de sus abuelos maternos, donde disponía de su propia habitación y pernoctaba con ellos, por lo que reviste interés para el menor la conservación de lazos de afecto y cariño respecto de tales abuelos.

<sup>21</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 313. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 160 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 816 habla en la actualidad de unos segundos padres.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2002). «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil», *Actualidad Civil*, vol. 1, 27 precisa que «ello se debe a que la Ley 21/1987 suprimió las dos clases de adopción que existían hasta aquel momento: la plena y la simple, manteniendo una misma clase de adopción que sin denominarla de ninguna forma especial, sin embargo es igual a la antigua plena»; y esta misma autora (2004) *La Ley 42/2003*, relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados, *La Ley*, número 5990, 1740 señala que, «el párrafo primero de este precepto, que mantiene idéntica redacción después de la reforma introducida por la Ley 42/2003, otorga al progenitor que no tenga el cuidado de sus hijos menores el derecho a relacionarse con ellos»; pero va más allá, al señalar de forma expresa que «también tiene este derecho aunque no ejerza la patria potestad, facultad que como regla general es conjunta, por tanto compartida por el padre y la madre a partir de la Ley de 13 de mayo de 1981, quedando reflejado en el artículo 156 párrafo 1.º del Código civil».

<sup>23</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2007). *El interés del menor*, op. cit., 117; COLÁS ESCANDÓN A.M. (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, 3; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 316; MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2014). El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003, *Revista Bolivariana del Derecho*, número 18, 583.

<sup>24</sup> Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 16 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 85371) señala en su *Fundamento de Derecho segundo*: «(...) la impor-

tancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos, cabiendo entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, disponiendo en este sentido de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, contrarrestando situaciones de hostilidad o enfrentamientos entre los progenitores y dotando al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno, por lo que esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin». *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 29 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 2770); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 25 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 289163).

<sup>25</sup> Apartado VI de la exposición de motivos de la Ley.

<sup>26</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5183) en relación con la declaración de la situación de desamparo de los menores que reciben asistencia de un guardador de hecho (abuelos paternos) fija como doctrina jurisprudencial que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección». Aplicando esta doctrina al caso, niega la situación de desamparo, en atención por un lado a que, la menor se encuentra con todas las necesidades cubiertas en el plano material o afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones previas para asumir el cuidado de la menor y, por otro, teniendo en cuenta las singularidades que concurren en la guarda de hecho, además de las cautelas judiciales que deben adoptarse respecto de ella e, implícitamente, su transitoriedad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de junio de 2007 (*JUR* 2007, 285382); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 35815); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2019 (LA LEY 14981/2019) la abuela paterna que, venía cuidando de su nieto, solicita le sea atribuida su guarda y custodia, y lo hace basándose en unas concepciones de normas sociales propias de la ley gitana, ya ampliamente superadas. El padre se encontraba en prisión y la madre abandonó a su hijo y se lo entregó a la abuela por así establecerlo la ley gitana en caso de faltar al respeto al marido al irse con otro hombre. Se confirma en la Audiencia la desestimación de la pretensión de la abuela al no tener la misma encaje en nuestro ordenamiento civil pues lo realmente planteado es un acogimiento familiar ante una situación de desamparo de un menor al margen de todo el cauce legal administrativo establecido en el Código civil. La posibilidad excepcional de atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de edad de un matrimonio, bien a los abuelos u otros parientes, o incluso a terceros, que contiene el artículo 103 del Código civil es una medida a adoptar en sede de medidas provisionales de un procedimiento de nulidad matrimonial, separación o divorcio, pero dicha opción no existe en sede de medidas definitivas.

Por su parte, la Ley 71 apartado undécimo de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo dispone respecto a la guarda a favor de terceros que «excepcionalmente, el juez podrá establecer que la guarda y cuidado de los menores sea atribuida a otros parientes o allegados del mismo que así lo consintieren...».

<sup>27</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 121932); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 12 de julio de 2002 (*JUR* 2002, 270774); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 18765).

<sup>28</sup> En este sentido, SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, 948; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *op. cit.*, 94; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.<sup>a</sup>. (1993). Comentario al artículo 154 del Código civil,

*Comentarios al Código civil*, T. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 547. Y, en nuestra jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de marzo de 2005 (AC 2005, 674).

En contra, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>. (1982). La patria potestad tras la reforma del Código civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 389 para quien la norma —sobre todo al concederse acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño «significa una intromisión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad al conceder acción, y no solo al propio hijo, sino también a los parientes y allegados, para pedir al juez que intervenga en esta cuestión en detrimento de las facultades de los padres. El juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho que parece sorprendente».

<sup>29</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 350-351; en la doctrina francesa, así, SÉRIAUX, A. (1986). Tes pere et mere honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 267.

<sup>30</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 58399) antes de tratar de imponer una relación personal entre el abuelo y la nieta, la Sala exige primero la restauración de la relación paterno-filial —abuelo y su hijo (padre)—; por lo que, ese reconocimiento de tal derecho relacional —abuelo y nieta— se condiciona al seguimiento de un proceso de mediación en el que las partes puedan intentar comprender la posición del otro y, traten de superar recuerdos dolorosos, con el objeto de conseguir un cierto acercamiento que, resultará beneficioso para todas las partes implicadas,

<sup>31</sup> Así, *vid.*, los artículos 233-1.1, 233-2.4, 233-9, 233-4.1, 233-12.1, 233-13.1, 236-4.2 —en cuanto a lo que supone las relaciones personales con abuelos y otros parientes—, 236-4.3 y, 236-5.1 y 2 del Código civil catalán. En Aragón, los artículos 60 y 77.2 del Código Foral aragonés; también la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra dentro del título IV relativo a la protección de los menores de edad no emancipados dedica el artículo 44 a la convivencia y al derecho a relacionarse los padres, madres e hijos y de estos, en especial con los abuelos y otros parientes con una remisión expresa a la regulación contenida en el Código civil; y, la Ley 69.6 de la Ley Foral 21/2019. Por su parte, en el País Vasco la Ley 7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores dispone que el objeto de esta Ley alcanza a garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos e hijas y de estos con sus hermanos o hermanas, abuelos y otros parientes y personas allegadas» (art. 1.1 apartado 2). En cuanto al contenido del convenio (artículos 5.2 a) y 5.11). Si bien, de no existir acuerdo entre las partes, corresponde al juez determinar las medidas que hayan de regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia. Tales medidas tendrán como finalidad tal como establece el artículo 7.2 «c) *Garantizar el mantenimiento del vínculo de los hijos e hijas menores de cada uno de los progenitores y los hermanos y hermanas, si los hubiere, así como, en su caso, con el resto de parientes y personas allegadas*». Una regulación específica del régimen de comunicación y estancia se contiene en el artículo 9. En fin, el artículo 23.1 —dentro del capítulo IV relativo al derechos en el ámbito de las relaciones familiares y bajo la rúbrica de Derecho de relación y convivencia— de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia de la Comunidad Valenciana.

<sup>32</sup> ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Madrid: Tecnos, 27-28 que, las diferencias entre los padres y los hijos pueden deberse a múltiples y diferentes razones: «matrimonio o pareja de hecho constituida en contra de la opinión de los padres; relaciones problemáticas de los padres con el otro miembro de la pareja; opinión de los hijos de que sus padres intervienen en las cuestiones propias de la pareja o tienen una excesiva presencia en su vida; diferencias económicas o personales entre los padres y los hijos, y, en definitiva, una interminable casuística que puede dar lugar a que lo que fue una mala relación entre los padres y los hijos deriva en una verdadera ruptura entre ambos núcleos familiares, que se prolonga en la pérdida total de la relación entre los abuelos y los nietos, cuando son los propios padres de los menores

los que imponen un alejamiento entre ambos e impiden que sus padres se acerquen siquiera a los nietos con quienes hasta entonces habían tenido una estrecha y entrañable relación». *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8278) menor huérfano de madre: visitas y breves permanencias en el domicilio de os abuelos maternos —en concreto, el primer fin de semana de cada mes, desde las 11.00 horas del sábado a las 20.00 horas del domingo en el que podrán los abuelos llevarse al nieto a su casa— y una semana en verano la primera semana de agosto.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.<sup>a</sup>, 13 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 273790) precisa que, «el interés del hijo vertebraba un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores, que se debe favorecer la estabilidad afectiva y personal del menor, que se debe contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno».

<sup>33</sup> COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia*, op. cit., 81. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 6140) fallecimiento de la madre de las menores. Visitas a favor de los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 198116) fallecimiento del padre y visitas a favor de los abuelos paternos, tío y esposa de este.

<sup>34</sup> ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, op. cit., 26. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4756) manifiesta que «este tipo de relaciones que se insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea no responsan a patologías o ejemplo corruptores. Fallecimiento del padre separado. Procede el derecho de visitas de los abuelos con su nieto menor de edad —14 años—. Necesidad de darle audiencia; y, de 27 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 45779) señala que, la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora, además no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos de tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto.

Asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 22 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 195363) se establece un régimen de visitas a favor de los abuelos del menor ante el fallecimiento del padre de este, pues, se entiende que la familia no se circunscribe solo a los padres y los hijos, sino que existe la familia extensa formada por los demás parientes, abuelos, tíos, primos y, en general, todos aquellos que pueden considerarse incluidos en el concepto amplio de familia. Además dispone que, la integración familiar y social del menor no se puede conseguir si se priva a este, en contra de su derecho reconocido de la posibilidad de relacionarse con sus abuelos y demás parientes, resultando dicha medida positiva para el niño conforme resulta de la prueba psicosocial; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 51418) el abuelo como depositario de la memoria familiar y fuente de afecto, ni introduce argumentos verdaderamente disuasorios del programa establecido.

<sup>35</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 101409) se indica que, la madre del niño mantiene una relación estable de pareja con una tercera persona con la que ha tenido una hija, conviviendo todos juntos como una familia desde hace tiempo (...). No puede perturbarse la estabilidad de este núcleo familiar y por tanto de un menor, haciéndole pasar la mitad de las Navidades, de la Semana Santa, o de todos los fines de semana del año lejos del mismo, sin la compañía de su hermana, etc. Por ello, se mantiene un régimen de visitas con los abuelos que comprende la comida y subsiguiente tarde de todos los miércoles, de 10 a 13 horas de sábado y domingo en fines de semana alternos y diez días de las vacaciones escolares de verano.

<sup>36</sup> *Vid.*, TORRES PEREA, J. M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *La Ley*, vol. 4, 1347, quien precisa que «en este sentido, el llamado “derecho de visita” sería un género en el que se incardinarian diversas especies, entre ellas, el derecho a la correspondencia, visita (en sentido estricto), pero también la posibilidad de desplazamiento del menor al domicilio de su familia, la pernoctación del mismo con su familiar, es decir, las diversas relaciones personales que puedan darse entre el menor y sus familiares»; MACÍAS CASTILLO, A. (2004). Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, *Actualidad Civil*, núm. 20, noviembre, 2488; COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., 39; CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II *Las crisis matrimoniales*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 494; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 21-22.

*Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 5473); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, 20 de junio de 2001 (JUR 2001, 238645) que, precisa en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión esta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, no tiene un significado diferente, ya que la palabra “visitar” significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto, cortesía, o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra “relación” expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visitas. (...) No obstante, hay que reconocer que se trata de un concepto abierto o indeterminado cuyo contenido habrá de ser apreciado en casa caso, igual que el tiempo, modo y lugar de ejercicio, según la condición de las personas implicada y las circunstancias que concurran y puesta en relación con el principio de interés del menor»; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 19 de mayo de 2015 (JUR 2015, 149498) señala que «las relaciones entre un menor y sus abuelos insertan al menor en un entorno familiar completo, y resultan necesarias cuando de aquello se trata, por su privilegiado grado de parentesco, debiendo ser determinado tomando en consideración las peculiares circunstancias del cada caso, pero sin que en ningún caso, el régimen de visitas a favor de los abuelos pueda tener una extensión similar a la que corresponde a los padres, por cuanto no resulta equiparable la relación abuelo y nieto con las relaciones paterno filiales». Además señala que «(...) la expresión «relaciones personales» que emplea y sigue empleando el precepto, adolece de una evidente vaguedad, y se presta al debate, sin embargo, permite una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso y siempre claro teniendo en cuenta el interés superior del menor».

<sup>37</sup> En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, op. cit., 39.

<sup>38</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018 (RJ 2018, 2444) ante un acogimiento preadoptivo, se considera procedente la oposición a la negativa al derecho de visita por la abuela a sus dos nietas, pues, la ponderación del tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos no impiden el régimen de visitas; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 19 de noviembre de 2015 (AC 2015, 11759) derecho de visita en caso de acogimiento.

<sup>39</sup> ARIAS DÍAZ, Mª D. (2005). Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, *La Ley*, vol. I, 1742; COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de nietos con sus abuelos...*, op. cit., 43-44; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 355-357; CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), op. cit., 495. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.ª, 28 de febrero de 2000 (AC 2000, 767) «en cuanto a la extensión del derecho de relación que se reconoce a través de la presente resolución

al amparo de los preceptos antes citados, debe señalarse que su amplitud y contenido en modo alguno resulta equiparable al denominado derecho de visitas que se reconoce a los progenitores, pues este —como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 2004— además de ser inherente a la potestad «cumple a la necesidad vivencial y afectiva más importante en el orden natural como medio de velar por los hijos y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo». A la hora de determinar el contenido, extensión y modalización de este derecho de relación habrá de tenerse en cuenta las circunstancias concurrente en casa caso, procurando evitar que al socaire de este derecho se afecten directamente los intereses Tanto del propio menor evitando deambulaciones innecesarias y cambios de domicilio coincidentes con los fines de semana, así como los intereses de los titulares de la potestad»; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 17 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 207988); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 64648) dispone que «el actual modelo de familia nuclear estricto, frente al de familia extensa —más general en tiempos pasados— tiene como pilares que los padres que ostentan la guarda y custodia inherente a la patria potestad asumen el cuidado cotidiano del menor, viven con él y lo tienen de ordinario en su compañía, con obligación de alimentos y participando en las líneas maestras de su desarrollo para procurarles una educación y formación integral. Los abuelos que no tiene la suerte —tampoco la carga— de vivir con el nieto, no participan de modo directo en su cuidado cotidiano, ni asumen responsabilidades directas de alimentación, educación y desarrollo. Deberán relacionarse con el sin más impedimentos que los que resulten de causas justificadas». A esto añade que «del estudio doctrinal de la jurisprudencia formada en torno a la aplicación e interpretación del artículo 160.2.<sup>o</sup> resulta que ningún modo puede equipararse la relación paterno-filial entre hijo y padre no conviviente con la que puede establecerse judicialmente con otros ascendientes, solo porque este precepto impida negar las relaciones de los menores con los abuelos y otros parientes sin justa causa». Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 9 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 357810) va más lejos y habla de transferencia o compartir funciones los padres con los abuelos. Al respecto señala que «2. Las relaciones entre el hijo, por una parte, y los abuelos y demás parientes y alegado por la otra, deben tener un contenido, como impone la naturaleza de las cosas, pues mal puede relacionarse los hijos con esas otras personas si a estas no se les confiere —durante el tiempo en que se produzcan tales relaciones— un conjunto de facultades jurídicas para llevarlas a cabo. Pero cómo las funciones de la patria potestad están encomendadas a los progenitores (art. 154 CC), en su totalidad, el contenido de las relaciones con los abuelos y parientes y allegados ha de implicar necesariamente una limitación en las facultades de los progenitores respecto de sus deberes-función, bien compartiéndolas con ellos, bien transfiriéndole algunas de ellas y fundamentalmente, su cuidado, vigilancia y deber de alimentarlos y educarlos. 3. Compartir los progenitores las funciones de la patria potestad con los abuelos u otros parientes o allegados (incluso el traspaso temporal y de hecho de algunas de tales funciones), normalmente se lleva a cabo en el marco de la armonía familiar, con el conocimiento y consentimiento de todos los interesados en ello, en una especie de asunción solidaria de funciones, deberes y responsabilidades en aras del superior interés del hijo y en beneficio del mismo, lo que puede predicarse de igual modo en aquellos casos en los que las circunstancias imponen que los abuelos o parientes asumen exclusiva y temporalmente algunas de dichas funciones».

<sup>40</sup> *Vid.*, COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *op. cit.*, 41; de la misma autora (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos..., *op. cit.*, 181; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *op. cit.*, 94; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 327; MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley*, núm. 9583, sección Tribuna, 17 de diciembre de 2019, 5. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 163149) es un derecho-deber que no debe ser objeto de interpretación restrictiva, pudiendo suspenderse o limitarse solo cuando concurra causa grave que lo justifique.

En contra, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al artículo 160 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil, T. II*, Barcelona: Bosch, Barcelona, 450, quien señala que «la norma (el artículo 160.2 CC) es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes»; DE TORRES PERERA, J. M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *La Ley*, vol. 4, 1347 que, asimismo, considera que no estamos ante un derecho, sino ante una pauta de solución de un conflicto de intereses.

En la doctrina francesa, no se duda de la existencia en estas relaciones de un verdadero derecho a las relaciones personales (*droit aux relations personnelles*) con apoyo legal en el artículo 471-4 del Code Civil. *Id.*, GARÉ Th. (1989). *Le grands parents dans le droit de la famille*, Paris, 203.

<sup>41</sup> VERDERA IZQUIERDO, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, *La Ley*, vol. 7, 1571; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, *op. cit.*, 96; LETE DEL RÍO, J. M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *op. cit.*, 148, «constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor»; CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil, *La Ley*, vol. 4, 1502; PRADA GONZÁLEZ, J. M. (1992). La patria potestad tras la reforma del Código civil, *op. cit.*, 389, establece que «el juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente»; CARBALLO FIDALGO, M. (2006). «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», *Revista de Derecho de Familia*, número 30, enero-marzo, 48, señala que, se trata de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia; 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; y, FLORIT CANALS, C. (1989). El régimen de visitas en la práctica judicial española, *La Ley*, vol. 4, 1069.

En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6843); las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas, Baleares, 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, 1 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 2487); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, 27 de enero de 1999 (*AC* 1999, 387); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001, 75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 168197); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 25 de julio de 2005 (*AC* 2005, 1314); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336897); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 4 de julio de 2008 (*JUR* 2009, 32560) señala que, los menores tiene derecho a conocer y tratar personalmente a los ascendientes más próximos en grado; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 26 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 226124) que precisa que «ha de tenerse en cuenta con carácter principal que este derecho-deber de visitas no tiene otra finalidad que propiciar la continuación o reanudación de las relaciones paterno o maternos filiales e incluso las existentes entre los hijos y la familia del progenitor que no tenga confianza su guarda, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, por estimar que el adecuado desarrollo de su personalidad se garantiza de mejor manera



manteniendo relaciones lo más amplias y normalizadas posibles con ambos progenitores y las familias extensas de los mismos en cuenta la mayor relación del progenitor no custodio con su hijo durante las vistas, amplía la posibilidad por parte del citado de seguir ejerciendo las funciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones que el otro progenitor en el desarrollo y crecimiento de los mismos; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 2.ª, 5 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 260217).

<sup>42</sup> Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991,3108), si bien para el derecho de visita de los progenitores.

<sup>43</sup> Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, 13 de junio de 1992 (*AC* 1992, 877); de la Audiencia Provincial de Cádiz, 4 de junio de 1992 (*AC* 1992, 846); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1371).

<sup>44</sup> GARCÍA CANTERO, G. (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003, op. cit.*, 39 y 103; del mismo autor (1982). En torno al derecho de visitas, *op. cit.*, 247; SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, número 2, 966. Para ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, op. cit.*, 30 considera que el derecho de visitas del progenitores no custodio es un derecho subjetivo encuadrable dentro de los derechos de la personalidad.

<sup>45</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1982). El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, *AAVV El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona: Eunsa, 236-237; del mismo autor (1997). *El derecho de visita*, Barcelona: Bosch, 393 quien afirma, además, para el derecho de visitas a favor de «otros parientes y allegados», que «este derecho no siempre pertenece al ámbito familiar, pues puede ser reclamado y ejercido por no familiares del menor (relaciones personales con la madrina, con la novia; comunicación con el confesor); y afecta más a la esfera de la personalidad del individuo, tanto del derechohabiente como del menor, con lo que, junto a su destacado carácter personalísimo, está emparentado con [si no es que pertenece directamente a los derechos de la personalidad, en su doble faz y orientación (hacia el titular y hacia el menor)]; y «está en el ámbito de las más importantes necesidades psíquicas o espirituales del menor como persona en un estadio concreto de su vida incluíble entre los derechos principales de la persona menor (en general, entre los derechos de la personalidad), y creo que identificable con lo que en otro orden llamamos derecho al libre desarrollo de la personalidad» (p. 139).

En esta misma línea, SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *op. cit.*, 966; BOTANA GARCÍA, G. (2004). Derecho de visita de los abuelos, *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo, 551, quien añade que «su finalidad no es otra que el fomento de las relaciones de afectividad entre abuelos y nietos; por otro lado, trata de paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que supone para el menor la dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad».

<sup>46</sup> DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC), *op. cit.*, 354.

De la misma opinión COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia, op. cit.*, 42; SAN ROMÁN, J. R. (1982). Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visitas en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar, *AAVV El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona: Eunsa, 280; CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), *op. cit.*, 494.

<sup>47</sup> En esta línea, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), *op. cit.*, 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.

<sup>48</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, op. cit.*, 328.

<sup>49</sup> En esta línea, COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia*, op. cit., 58 a 64; ROMERO COLOMA, A. M<sup>a</sup>. (2010). Derecho de visitas de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo, 64; CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), op. cit., 496.

En este sentido, también se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3977); de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722); de 11 de junio de 1998 (R.J. 1998/4681); y, de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, 2 de julio de 1994 (AC 1994, 1230); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 22 de septiembre de 1995 (AC 1995, 1575); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 4 de diciembre de 1996 (AC 1996, /2413); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de octubre de 1998 (AC 1998, 2036); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2000 (AC 2000, 3425); de la Audiencia Provincial de Burgos, 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 172649); de la Audiencia Provincial de Barcelona, 21 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 245126); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.<sup>a</sup>, 25 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 103428); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 30189) deseo de la niña de ver a sus abuelos; de la Audiencia Provincial de Badajoz, 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 44534); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 93272); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2003 (AC 2003, 824); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2003 (*JUR* 2004, 24736); de la Audiencia Provincial de Barcelona, 4 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 91617); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de junio de 2004 (AC 2004, 1076); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.<sup>a</sup>, 28 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 206798); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 197047); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 776793); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 213579); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 106713); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 153862); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.<sup>a</sup>, 31 de julio de 2012 (AC 2012, 1232); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 10 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 41890); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 39133); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 275153).

<sup>50</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 217614) señala que, el derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos tiene su fundamento en el afecto.

<sup>51</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 959); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Orense, secc. única, 3 de mayo de 1999 (AC 1999, 1012); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de junio de 2004 (AC 2004, 1076). En nuestra doctrina, se señala que el interés del menor se ha convertido en un principio general del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *Vid.*, LETE ACHIRICA, J. (2001). La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001), *Actualidad Civil*, vol. 3, 1188; Díez Pícazo, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos (tout pour l'enfant). En: J. González Porras (dir.), *La tutela de los Derechos del menor*, Córdoba, 1273; LINACERO DE LAFUENTE, M<sup>a</sup>. (1999). La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *Actualidad Civil*, vol. 4, 1573 a 1626; ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y en la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil* vol. 1, 17 a 40, quien realiza, además, un análisis de la evolución, a lo largo de los tiempos, de este principio de protección del interés superior del niño.

<sup>52</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 10 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010, 343677) resulta acreditado que Teófilo va a ver a su abuelo con cierta

habitualidad sobre todo cuando va con su madre a ver a su abuelo paterno que vive cerca y del que la actora está separada; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 29 de diciembre de 2017 (LA LEY 214261/2017) se argumenta que, la concesión del derecho de los abuelos a relacionarse y permanecer en compañía de su nieto de forma autónoma al que corresponde a su hijo progenitor solo está justificado en aquellos supuestos en los que dicho progenitor mantiene malas relaciones con sus padres y se niega, sin justa causa, a compartir con ellos su tiempo de permanencia con el menor. En este caso, no hay problema alguno en la relación entre el hijo progenitor y los abuelos paternos, el establecimiento de un régimen de visitas autónomo a favor de los abuelos supondría en la práctica una ampliación por vía indirecta de las visitas del propio hijo, a expensas de la progenitora que ostenta la custodia y de su familia extensa. Además, multiplicar, con el fin de cumplir las visitas de los abuelos paternos, las entregas y recogidas del menor, que actualmente tienen tres años, no parece una medida que redunde en beneficio del menor.

<sup>53</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 343. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 31047); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 25 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 77835); y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Mislata (Valencia), número 2, 8 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 4426). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 18 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 173374) señala que «el régimen de comunicación entre el menor y sus abuelos no es parte del régimen que tiene el padre para con él, es decir, no es subsidiario o supletorio, sino que, justamente por ser un derecho del hijo y no de los familiares, tiene entidad propia».

<sup>54</sup> En este sentido, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), op. cit., 498 precisan que «por ejemplo, si la madre es guardadora, los abuelos maternos se relacione con los nietos en los periodos en que su hija ejerce la custodia de los mismos, en tanto que los abuelos paternos deberían relacionarse con ellos en ellos en los momentos en que es el padre quien ejerce su propio derecho de visitas». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 25 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 91238) dispone al respecto que hay un dato de especial relevancia que no puede desconocerse: el padre de los menores vive, de forma más o menor continuada o regular, en casa de sus padres —los abuelos—; de hecho, tienen allí su domicilio y por más que digan sus padres que entra y sale y a veces no duerme, lo cierto que allí tiene la habitación y no es conocido otro domicilio. Ante esta situación, señala que «con inevitable frecuencia resultará que la entrega de los hijos al padre por razón del régimen de visitas que él tiene establecido, habrá de convertirse en estancia compartida por los abuelos. Por consiguiente, no estamos ante unos abuelos alejados de los nietos, con dificultad de relación, sino comprendidos e implicados en el propio círculo convencional y familiar del padre en la medida que este sin otro domicilio conocido e independiente, mantiene habitación en casa de sus padres»; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 3 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 343136) se puede relacionar con su nieta a través de su hijo conforme al régimen de vistas establecido a favor del mismo, la abuela y el padre de la niña comparten el mismo domicilio y el progenitor no impide ni obstaculiza la relación de su hija con su madre.

<sup>55</sup> DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados, op. cit., 355 y 356; CARCABA FERNÁNDEZ, M. (2000). *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Madrid: Tecnos, 15; COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visitas, estancias, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., 68-69; CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2001). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil, op. cit., 1505. En esta línea, *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670); y de la Audiencia Provincial de Toledo, 21 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 147342).

<sup>56</sup> Adoptando también una interpretación extensiva en los casos de personas sometidas a tutela, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ ,C. (2002). «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil», op. cit., 363; RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997). *El derecho de*

visita, *op. cit.*, 200; COLÁS ESCANDÓN, A. (2004). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, 71; RIVERA ÁLVAREZ, J. M<sup>a</sup>. (2000). El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º párrafos del Código civil, *Revista de Derecho Privado* septiembre, 650; GARCÍA CANTERO G. (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, *op. cit.*, 139 quien afirma que «en todo caso, si el menor ha sido declarado incapaz, y tanto si ello se realiza antes o después de alcanzar la mayoría, hay razones humanitarias, en ausencia de un texto expreso, para seguir considerándole sujeto activo y pasivo del *ius visitandi*, cualquiera que sea su edad»; ORDAS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 340-341. *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 172649) derecho a relacionarse con el hijo declarado incapaz.

<sup>57</sup> En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A. (2004). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia*, *op. cit.*, 70-71; TORRES PEREA, J. M. (2001). El artículo 160.2.º y 3.º del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padre y abuelos, *op. cit.*, 1347; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 1325) en cuyo *Fundamento de Derecho tercero* se indica que «(...) hay que poner de manifiesto el carácter enriquecedor de las relaciones abuelos y nietos, que no puede ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea».

<sup>58</sup> LA LEY 49414/2018. La Sra. Valcheva es la abuela de Christos Babanarakis, nacido el 8 de abril de 2002 del matrimonio entre la Sra. Mariana Koleva, hija de la Sra. Valcheva y el Sr. Georgios Babanarakis. Este matrimonio fue disuelto por un órgano jurisdiccional griego, que concedió la custodia de Christos Babanarakis a su padre. El juez griego estableció el régimen de ejercicio del derecho de visita entre la madre y el hijo, incluyendo contactos por internet y por teléfono, así como encuentros personales en Grecia durante varias horas, una vez al mes. Tras alegar la Sra. Valcheva que no tenía la posibilidad de mantener contactos de calidad con su nieto y que había pedido ayuda a las autoridades griegas sin éxito, solicitó a un órgano jurisdiccional búlgaro de primera instancia, al amparo del artículo 128 del Código de Familia, que estableciera el régimen de ejercicio del derecho de visita entre ella y su nieto menor de edad. Este órgano jurisdiccional de primera instancia consideró que carecía de competencia para examinar la pretensión de la Sra. Valcheva. Con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento número 2201/2003, el órgano jurisdiccional que conoció del recurso interpuesto por la Sra. Valcheva confirmó la resolución dictada en primera instancia. El órgano jurisdiccional de apelación declaró que este Reglamento se aplica a asuntos referentes al derecho de visita del menor por un círculo familiar amplio que incluye a los abuelos y que, en virtud del artículo 8 del citado Reglamento, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, es decir, a los tribunales griegos. La Sra. Valcheva interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente. Dicho órgano jurisdiccional señala que, comparte en lo esencial lo resuelto por el órgano jurisdiccional de apelación, aunque añade que, para determinar el órgano jurisdiccional competente, necesita saber si el Reglamento nº 2201/2003 se aplica al derecho de visita de los abuelos. En estas circunstancias, el Varhoven kasationsen sad (Tribunal Supremo de Casación, Bulgaria) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la citada cuestión prejudicial.

<sup>59</sup> LETE DEL RÍO, J. M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *op. cit.*, 149.

<sup>60</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4321); de 14 de noviembre de 2013 (LA LEY 179526/2013) se mantiene la pernocta en casa de los abuelos el último fin de semana de cada mes y una semana de vacaciones en verano y otra en Navidad. Dicha pernocta no es una medida novedosa pero tampoco generalizada, debiéndose estar a las circunstancias del caso; y, de 28 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4580). Asimismo, *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 2012) la corta edad del menor no hace aconsejable de momento la estancia del mismo en el domicilio de sus abuelos paternos; y las Senten-

cias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2010 (*JUR* 2011, 12731) comprende pernoctar en casa o pasar una temporada con los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 177125) pernocta en periodo de vacaciones.

Si bien, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), *op. cit.*, 499 advierten que «solo debe establecerse cuando las relaciones entre abuelos y nietos estén presididas por una importante afectividad y siempre que la corta edad de los niños no lo desaconsejen».

<sup>61</sup> TORRES PEREA, J. M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padre y abuelos, *op. cit.*, 1347, 1352 y 1353. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.<sup>a</sup>, 20 de junio de 2001 (*JUR* 2001, 238645).

<sup>62</sup> En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, 3 de junio de 1994 (*AC* 1994, 1126); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 5473); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670).

<sup>63</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4321) «(...) la expresión relaciones personales que (...) adolece de evidente vaguedad y se presta al debate, sin embargo (...) permite una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor que, constituye un principio rector en la actuación de los poderes públicos (...); y, de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280) en relación con el derecho a relacionarse como allegado, de la conviviente de la madre biológica tras la ruptura de la unión de hecho, respecto del hijo concebido por inseminación artificial dispone que el juez debe tener en cuenta: «1. La situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; 2. Las conclusiones a las que se ha llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; 3. La intensidad de las relaciones anteriores; 4. La no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia; 5. En general todas aquellas que sean convenientes para el menor». Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 28289) tía del menor que, tiene interés en mantener el vínculo con su sobrino.

<sup>64</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 355-356 afirma que «los abuelos no tienen que reemplazar ni sustituir a los progenitores ni tienen que corregir las deficiencias en las que estos hubieran incurrido en relación con sus hijos, sino que su relación con los nietos es a través o en virtud de un título autónomo respecto de la patria potestad. La respuesta es que ese derecho de visitas se incardina en el afecto, en el cariño y en la especial protección que el contacto con los abuelos proporciona en situaciones de normalidad». A lo que añade que «en consecuencia, ni el contenido ni extensión pueden ser iguales que cuando del establecimiento del régimen de visitas a cumplir por el progenitor no custodio se trata»; LETE DEL RÍO, J.M. (1992). Derecho de visitas de los abuelos, *op. cit.*, 149; DE TORRES PEREA, J.M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *op. cit.*, 1353. Por su parte, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 767) indica que la extensión del derecho no puede ser equiparable al de los padres separados; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 134273) subordinación a la relación paterno-filial por no ser el derecho de visitas de los abuelos sustituto de aquella relación; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 233243) no es igual este derecho que el que tienen los progenitores no custodios; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 9 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 90467) un régimen de visitas progresivo, si bien que no acabe yendo en detrimento de la custodia atribuida a la madre; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 19 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 149498) se reduce el sistema de visitas de los abuelos por ser demasiado amplio y se aproxima a un régimen paterno-filial —un domingo al mes de 10 a 19 horas, dos tardes a la semana, de 17.30 a 19.30, el día 24 o 31 de diciembre de 10 a 12 y el día 6

de enero de 17.30 a 19.30—; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de febrero de 2016 (LA LEY 26200/2016) no pueden ser lo mismo las relaciones que corresponden a los abuelos con las que pueden corresponder a otros parientes y allegados, a mayor grado de parentesco corresponde mayor grado o mayor tiempo en las relaciones con los hijos, nietos o sobrinos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 45077) limitación a un fin de semana al mes en beneficio de los menores; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 1103) no se trata de atribuir a la abuela las mismas visitas que corresponden a su hijo, sino las derivadas de su propio y específico parentesco. Visitas intersemanales y fines de semana alternos. De todas formas, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 2199) apuesta por un régimen gradual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 265116) establecimiento de un régimen de visitas progresivo; y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 25 de julio de 2005 (*AC* 2005, 1314) concreta que, se irá modificando el derecho de visitas conforme la edad del menor que, ahora tiene seis meses.

<sup>65</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 152845) se considera más conveniente que la comunicación con los abuelos maternos tenga lugar en la localidad de Plasencia, donde al parecer se encuentra la familia materna, de tal manera que así se verá satisfecha la conveniencia del contacto con el núcleo familiar próximo de la madre y el interés de los menores de estar con sus primos; y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 28 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 71041).

<sup>66</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120536) preferencia a que la menor sea llevada por su padre al domicilio de la abuela materna a que esta tenga que recogerla; pues, hay una gran distancia entre ambos domicilios, teniendo el padre vehículo propio a diferencia de la abuela que tiene que coger dos autobuses y dedicar casi una hora de trayecto; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 4 de junio de 2008 (*JUR* 2009, 32569) seis horas en un día al mes en el domicilio de la abuela materna.

<sup>67</sup> En los que habitualmente una serie de profesionales cualificados en el ámbito de la psicología, la pedagogía y el trabajo social, orientan y asesoran a los implicados, y facilitan las entregas de los hijos menores y el cumplimiento de regímenes de comunicación y visitas en determinados casos de especial conflictividad, en colaboración directa con la autoridad judicial. *Vid.*, por todos, MAGRO SERVET V. (2003). La necesidad de implantar en España los puntos de encuentro familiar, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 565, 13 de febrero, 1 a 5. Asimismo, el artículo 233-13 del Código civil catalán y, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4444) dos horas al mes en el punto de encuentro; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 7 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1031); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 30 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005, 8841); de la misma Audiencia Provincial, secc. 22.<sup>a</sup>, 13 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 238143); de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.<sup>a</sup>, 24 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 222621); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 16 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 357712); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 13 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010, 398221); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 4 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 742456); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 24 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1232) una vez al mes durante dos horas en el punto de encuentro de la ciudad.

<sup>68</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4577) se fija el siguiente régimen de visitas: «1. Los domingos alternos (dos al mes) los abuelos le recogen en el domicilio del padre a las 10.00 de la mañana y lo devuelven a las 19.00 horas; 2. En periodos tales como vacaciones: en caso de vacaciones navideñas, Pascua los abuelos pueden disfrutar de su nieto de la siguiente forma: desde esta resolución al menos este año con su padre los días enteros de Nochebuena y Navidad y el próximo año en estas mismas dos fechas corresponderá a los abuelos tener al menor y así de forma alterna cada año. En Pascua de estos años los días jueves y viernes santo les corresponde tener al menor sus abuelos y el próximo año en estas dos fechas al padre y, así de forma alterna cada año»; y, de 14 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7264) una vez

por semana fijando como día el miércoles de 18.00 a 20.00 horas recogiendo y entregando a los menores en el domicilio paterno. Si no pueden realizar las visitas el día indicado por enfermedad de los menores, por tener programada una salida con la madre, ser día festivo, tener los menores alguna actividad escolar o extraescolar programada, se disfrutará el jueves en el mismo horario. En caso de vacaciones, si los menores estuvieran de vacaciones con la madre, se suspenderán las visitas hasta el regreso de vacaciones. En cuanto a los fines de semana, los abuelos podrán tener a los menores el segundo y cuarto domingo de cada mes desde las 12.00 a 20.00 horas entregando y recogiendo a los menores en el domicilio materno, salvo que la madre avise con antelación suficiente en caso que tenga programada una salida, exista cualquier otra razón justificada o se encuentre de vacaciones en cuyo caso se suspenderán. En caso que el domingo que, corresponda a los abuelos coincida con vacaciones de Navidad, Semana Santa las visitas se reducirán a dos horas por la tarde de 18.00 a 20.00 horas; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Aragón, 30 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 59466) se acuerda un régimen de visitas de los abuelos paternos entre semana recogiendo a sus nietos Paulino y Plácido a la salida del colegio 16.30, los miércoles de cada semana, pudiendo estar con ellos por espacio de dos horas y entrarlos en el domicilio de los padres, pudiendo en ese momento visitar al menor Prudencio de 4 meses de edad. Cuando Prudencio cumpla un año y medio, los abuelos paternos podrán estar con él durante el mismo tiempo y día que con sus hermanos. Asimismo, los abuelos podrán estar con sus dos nietos los sábados alternos ininterrumpidamente desde las 11 horas en que los recogerán del domicilio de los padres hasta el domingo a las 11 horas en que los entregarán en el mismo domicilio. Podrán comunicarse telefónicamente con sus nietos dos días a la semana, lunes y viernes, en horario de 19.30 a 20.30. Los días de cumpleaños de cada uno de los nietos, los abuelos podrá pasar con los mismos una hora, de 18 a 20 horas, pudiendo llevarlos a su domicilio. Durante las vacaciones: El Pilar: podrán pasar dos horas con sus nietos la tarde del día del Pilar, de 18 a 20 horas, ya que los menores se visten de baturros; el día de Navidad y el día de Reyes podrán estar en compañía de sus nietos dos horas por la tarde de cada uno de dichos días de 18 a 20 horas para hacerles entrega de los regalos, pudiendo llevarlos a su domicilio, así como dos días seguidos en vacaciones de Navidad a determinar por los padres, recogidos a las 10 de la mañana con pernocta y hasta las 20 horas del día siguiente en que los devolverán al domicilio de sus padres; y, los abuelos podrán estar en compañía de sus nietos durante una semana en el mes de agosto, semana que será propuesta por los padres; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.<sup>a</sup>, 17 de enero de 1998 (*AC* 1998, 129) derecho de comunicación durante dos horas en sábados alternos; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, 19 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2969) sábados alternos desde las 12 a las 18 horas; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de noviembre de 2000 (*JUR* 2000, 69668) sin perjuicio del derecho de comunicarse con su nieto por los medios habituales (teléfono, carta...), siempre que ello no sea obstáculo para cumplir con sus obligaciones escolares y régimen habitual de vida, tiene derecho a visitarlo y tenerlo en su compañía el primer fin de semana de cada mes, desde las 11 horas del sábado a las 20 horas del domingo; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 54057) comunicación durante el mes de agosto entre la abuela materna y el nieto; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 11 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 203978) limitación a dos horas cada quince días; de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 101398) al tratarse de menor con siete años, huérfano de padre, y los abuelos residen en otra ciudad, se fija un periodo anual de 15 días seguidos; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 134273) domingos alternos de 12 horas a 20 horas; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2006 (*JUR* 2008, 140577) la abuela recogerá al menor del colegio las tardes de días alternos, con la obligación de no realizar comentarios al nieto sobre su padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 192172) sábados alternos de 11.00 a 19.00 horas y miércoles de las semanas que no disfrute el sábado de la compañía de la menor; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 1 de febrero de 2008 (*AC* 2008, 1852) dos domingos consecutivos al mes entre las 12.00 y 19.00 horas y previa comunicación al progenitor con al menos cuatro horas y visitar a la nieta en el

domicilio de esta los días laborales. No se acuerda pernocta en el domicilio del abuelo por existir un enfrentamiento entre el padre y cuñada que convive con el abuelo; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 51418) fallecimiento de la madre y abuela materna, y a favor del abuelo materno por ser depositario de la memoria familiar y fuente de afecto. Dos tardes a la semana y domingos alternos; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 314769) de dos miércoles de cada mes de 17:30 a 20:30 horas; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 4 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 324854) se establece un régimen progresivo de visitas que comenzarán en un fin de semana al mes sin pernocta en el Punto de Encuentro de la localidad de residencia de los niños —Segovia—, y que se ampliará a varios días en periodo vacacional y a la pernocta el fin de semana, en función del contenido de los informes del Punto de Encuentro, del examen pericial, y de la exploración judicial de los menores, transcurridos cuatro meses desde la efectividad de las visitas; de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 9887) una hora al mes bajo supervisión de los técnicos de servicios sociales y conforme las pautas que fija la Gerencia Territorial; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 17654) se fija un fin de semana al mes desde las 10.00 del sábado a las 20.00 del domingo y una semana durante las vacaciones de verano; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 10329) cuatro fines de semana al año sin pernocta, debiendo trasladarse la abuela a la localidad de residencia de la nieta; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225689) dos horas a la quincena y supervisado; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 283624) miércoles de 17 a 20 horas de la tarde.

<sup>69</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 6140); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 3425) se realizarán las visitas en presencia de la madre o de la persona de confianza que esta designe; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 177519); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 27 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 128272) visita con los abuelos una hora semanal un día a la semana y en presencia de una persona de confianza designada por la madre; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 9 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 246832) en presencia de la madre de las menores.

<sup>70</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4321) (Fundamento de Derecho segundo) al considerar que el término relaciones personales comprende el pernoctar en casa o pasar una temporada con los abuelos. Estos breves periodos regulares de convivencia con abuelos, además se entiende que no perturban el ejercicio de la patria potestad; y de 14 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7264) fijación de pernocta de un fin de semana al mes y vacaciones de una semana al año ante la estrecha relación de los nietos (de tres años de edad) con los abuelos por haber vivido en piso superior del negocio familiar, además de ser beneficioso para los menores. Asimismo, en esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, op. cit., 367; COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2004). *Relaciones familiares de los niños con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., 59.

<sup>71</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 265785) la relación entre la abuela paterna y la menor es inexistente, lo que unido a la personalidad del menor, que se caracteriza por una emocionalidad estable y reposada, aunque poco expresiva, socialmente integrada, aunque con tendencia a la introversión, determina tal y como se señala en el informe psicosocial emitido por la psicóloga y la Trabajadora Social adscritas a los Juzgados «la conveniencia de que los encuentros se reinicien de forma gradual, sin pernocta en principio, en un contexto supervisado por los profesionales del Punto de Encuentro Familiar de Burgos; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 1 de febrero de 2008 (*AC* 2008, 1852) no pernocta en el domicilio del abuelo por enfrentamiento entre el padre y cuñada que convive con el abuelo.

<sup>72</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 370. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña,



secc. 5.ª, 25 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 305844) señala que no será de aplicación el régimen de visitas a favor de los abuelos paternos los días principales de la Navidad.

<sup>73</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 101398) a favor de los abuelos el segundo fin de semana de cada mes, cuatro días de vacaciones escolares de Navidad y diez días de las de verano; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 3 de diciembre de 2015 (*JUR* 2015, 8623) supresión de la visita intersemanal durante las vacaciones escolares de verano. El primer año al terminar la clase y el segundo al comenzar el curso y así sucesivamente; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 15 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 86095), por su parte, considera adecuado concretar en Navidad una semana que el menor pasará con sus abuelos, que se acordará de mutuo acuerdo, y en su defecto, un régimen de comunicación de las 10.00 horas del 27 de diciembre a 20.00 horas del 29 del mismo mes, o de las 10.00 horas del 2 de enero a las 20.00 horas del 4 de enero. En vacaciones de Navidad y Semana Santa los abuelos pueden tener en su compañía a la menor la tarde de 17.00 a 20.00 horas, así como el domingo de Pascua de 17.00 a 20.00 horas. La entrega y recogida se realizará en el punto de encuentro de Pontevedra. Podrán tener al menor el primer fin de semana de cada mes desde las 11.00 horas del sábado a las 20.00 horas del domingo en otoño e invierno y 21.00 horas en primavera y enero con pernocta. Podrán sacarles a comer y/o merendar cuando las actividades escolares lo permitan, el día del cumpleaños de los abuelos en años pares e impares y el día del cumpleaños de la menor tan solo los pares; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 25 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 77835) tras el fallecimiento del padre de la menor, los abuelos paternos podrán estar en compañía de su nieta los martes y jueves de cada semana desde la salida del colegio o desde las 18.00 hasta las 20.00 horas o 21 horas en verano. Vacaciones de Semana Santa divididas por mitad, eligiendo la madre. En verano, se conceden 15 días continuados a los abuelos, a elegir por la madre, y en Navidad, también se divide por mitad, eligiendo la madre.

<sup>74</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336897) derecho de visitas el día de cumpleaños de la abuela.

<sup>75</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 5 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 238132); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, 14 de abril de 2011 (AC 2011, 1084); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 15 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 85645); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 18 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 173374) comunicaciones dos días por semana, siempre en horas en que se respeten las actividades habituales de los menores; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 5 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 260217) comunicación telefónica entre los abuelos y nietos una vez a la semana y por tiempo máximo de media hora.

<sup>76</sup> *Vid.*, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, 7 de mayo de 1992 (AC 1992, 749); de la Audiencia Provincial de Segovia, 7 de abril de 1994 (AC 1994, 615); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 19 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 160847); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 198116), de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 64648); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 14 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 158356); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 1 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 2310); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 134273); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 9 de abril de 2008 (AC 2008, 1358) señala que, no puede los abuelos introducirse en la vida de ellos con el régimen de visitas que se pretenden obtener cuál si se tratara de una madre biológica, pues, recordemos que lo que se pretende, es un amplio abanico de comunicación centrado en fines de semana alternos desde viernes a domingo, dos tardes a la semana, y mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 10 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010, 343677) precisa que, no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto, pero todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor, que deberá ser oído al respecto, pues, rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener

siempre como guía fundamental el interés superior del menor, y no se olvide que el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, es un derecho de menor intensidad que el que tiene los padres, a quienes nunca pueden los abuelos pretender equipararse o sustituir, y si bien, esas relaciones no se pueden impedir sin justa causa»; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 21 de abril de 2017 (*Diario La Ley*, núm. 9133, sección jurisprudencia, 6 de febrero de 2018) aunque los abuelos maternos tienen derecho a relacionarse con su nieto, no procede establecer un régimen igual o equiparable al que se atribuye al progenitor no custodio. De ahí que, se limite a un sábado al mes desde las 12 a las 19 horas a llevar a cabo en uno de los dos fines de semana que corresponden a la madre no custodia, o en su caso, en el periodo vacacional atribuido a la misma, de manera que las relaciones del menor con su progenitora y los abuelos se realicen de forma conjunta; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 10 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 248861).

<sup>77</sup> En este mismo sentido, GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *op. cit.*, 98; VERDERA IZQUIERDO, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, *La Ley*, vol. 7, 8; LETE DEL RÍO, J. M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *op. cit.*, 149; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, 3 de junio de 1994 (AC 1994, 1126); de la Audiencia Provincial de Lleida, 28 de febrero de 2000 (AC 2000, 767); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 30189); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 14 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 158356).

<sup>78</sup> ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos*, *op. cit.*, 32, precisa que la extensión del derecho debería incluir fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones escolares, es decir, la misma extensión que correspondería a un padre o madre separados.

<sup>79</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 15 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 82242); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 6 de julio de 2017 (AC 2017, 1201). Respecto de la publicación en redes sociales de imágenes de sus hijos por los progenitores tras la crisis matrimonial o de pareja se requiere, igualmente, el consentimiento de ambos progenitores y, en caso de controversia, será necesario acudir al juez para obtener autorización, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 15 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 153621); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 13 de enero de 2020 (LA LEY 2099/2020).

<sup>80</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 5 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 147535) se solicitan la modificación de la media de guarda y custodia. Atendiendo a las circunstancias concurrentes se justifica el cambio de guarda y custodia y la atribución al padre, condicionándola a la convivencia de este con los abuelos paternos, en quien el progenitor paterno delega mucho el cuidado de los niños. Aunque estos no están desprotegidos o mal atendidos cuando están con su madre, el entorno de esta y las relaciones con su familia extensa no son muy estables, con salidas precipitadas y cambios de pareja a los que arrastra a sus hijos. La madre cada cierto tiempo tiene nuevas relaciones de pareja que no son beneficiosas para los niños influyéndoles negativamente; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 7 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 89587) la desatención del padre en el cuidado de su hijo que, suplen los abuelos paternos constituye una alteración esencial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó la guarda y custodia compartida que, justifica la modificación de la medida de guarda y custodia y la atribución de la misma a la madre. Las funciones parentales que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento, no pudiendo exonerarse por considera que el menor está bien cuidado por los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 21 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 165305) señala al respecto que, aunque es verdad que los abuelos no son los padres y por tanto, no pueden suplantar su función; no obstante, los abuelos pueden ser extraordinarios colaboradores de los padres. Y, más todavía en supuestos como este, donde prácticamente puede hablarse de padres adolescentes. Argimiro y Araceli tuvieron a su hijo Lucas con diecinueve años. La atención y crianza de un bebe o de un niño de dos años, evidentemente, no está al alcance de cualquiera. Eso es así. Los psicólogos califican tanto la maternidad como la paternidad de prácticas sociales complejas. Por ello, con razón, es casi una tradición que las madres y padres primerizos busquen consejo

y auxilio de los abuelos. Las familias, no solo la nuclear, sino también la extensa, juega un papel muy importante en el desarrollo de los menores. La familia es la institución social más importante, y ello porque en general es la primera fuente de enseñanza que tenemos. El entorno familiar pesa mucho y por tanto, cobra mucha relevancia cuando tenemos que emitir un juicio sobre el interés superior del menor.

<sup>81</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, op. cit., 346 considera que, se puede ampliar a otros parientes.

<sup>82</sup> ARIAS DÍAZ, M.<sup>a</sup> D. (2005). Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, op. cit., 3, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, op. cit., 347.

<sup>83</sup> En esta línea, MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, op. cit., 6 quien considera que la falta de consentimiento constituye justa causa para no fijar este régimen de relación. Por su parte, el artículo 233-12 del Código civil catalán y el artículo 5.11 de la Ley 7/2015 del País Vasco también exigen el consentimiento del interesado.

<sup>84</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, op. cit., 348-349 señala que «los artículos 90 y 94 aluden al necesario consentimiento de los abuelos, incluso a la audiencia de los padres, pero se guarda silencio en orden al derecho del menor a ser oído y escuchado». Audiencia que para la autora «no obstante, el silencio legal, estima necesaria si hubiera suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años».

<sup>85</sup> Reconoce legitimación activa a los abuelos, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 281032); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1102) a favor de la abuela del menor; y a petición del Ministerio Fiscal, *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de junio de 2004 (*AC* 2004, 1076).

<sup>86</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 31 de octubre de 2001 (*JUR* 2002, 18460).

<sup>87</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (2000). *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, op. cit., 20; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, op. cit., 375-376. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 14 de octubre de 2013 (*JUR* 2013/374117) no procede por el turbulento pasado de malos tratos y situaciones de abandono y violencia familiar llevada a cabo por quien insta las visitas cuando tenía el cuidado de sus tres hijos, que resulta negativo para los nietos. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 60673) establece el derecho de la demandante a relacionarse, visitar y estancias con su nieto, hijo de los demandados, fijándose a su favor y en interés del menor un derecho de visitas y estancia con dicho menor. Son los progenitores lo que desde hace años le vienen impidiendo el contacto con su nieto de forma unilateral, arbitraria o injustificada, perjudicando al menor, dada su corta edad, independiente de las malas relaciones personales entre ellos. Por lo que no constituye justa causa para privarle de su derecho a relacionarse con su nieto, pues, se entiende que, el derecho de visita y estancia del menor con el abuelo paterno, será beneficioso para la estabilidad de las comunicaciones con el menor y el entorno de la familia paterna y, asimismo, para la estabilidad emocional y desarrollo evolutivo de dicho menor.

<sup>88</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1982). *El derecho de visita. Ensayo de una construcción*, op. cit., 177.

<sup>89</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Comentario al artículo 161 del Código civil. En: M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1076.

<sup>90</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil, *La Ley*, vol. 4, 1502.

<sup>91</sup> *JUR* 2017/164742.

<sup>92</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 377-378. En esta línea, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial

de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 23 de febrero de 2018 (*JUR* 2018/142746) no procede el régimen de visitas de abuelos con su nieto por el grave conflicto abuelos e hijos que provoca un riesgo emocional o psicológico para el menor.

<sup>93</sup> Siguiendo aquí a COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con los abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, 141 a 155; SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos, *op. cit.*, 952 a 958; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 374 a 407.

<sup>94</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 114817) manifiesta el menor su indiferencia a la abuela materna, y una negativa por parte del mismo a relacionarse con esta; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2009 (*AC* 2009, 2093) menor de 18 meses de edad sin relación con los abuelos desde que cumplió 3 meses; enfrentamientos y conflictividad entre los padres y abuelos con una distancia considerable; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010, 45292) contactos escasos y ausencia de vínculos afectivos sólidos.

<sup>95</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 24 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1232).

<sup>96</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 353631) la abuela padece trastornos de ansiedad y de la personalidad, recibiendo tratamiento psiquiátrico y psicológico, además de no haber tenido apenas contacto con sus nietos. El equipo psicosocial recomienda en su informe que el no establecimiento de comunicaciones y/o visitas con sus nietos, pues, su implantación pone en riesgo la estabilidad emocional y familiar de los menores; de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, 10 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 39530) se deniega el régimen de visitas que los padres de la menor solicitan que se imponga a la abuela, ingresada en una residencia y afectada de una esquizofrenia paranoide estabilizada. Los actores no pretenden el bienestar e interés superior de su hija ni de la abuela, sino satisfacerse sus propios intereses imponiendo a la abuela un régimen de visitas que no quiere, lo que no puede ser judicialmente amparado, por no responder a la finalidad de la norma. La actuación de la abuela, negándose a las visitas, ampara el interés de la nieta a quien quiere y a la vez asegura su propia salud y estabilidad psicológica y emocional; y, de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 208376) que, sin embargo, señala que, pese a que se ha acreditado la enfermedad psiquiátrica de la abuela, lleva a cabo un tratamiento médico y farmacológico, lo que no implica falta de aptitud de la misma para poder relacionarse con su nieta y ejercitar el derecho de visitas.

<sup>97</sup> Añadir que el riesgo de infección en la enfermedad contagiosa debe ser tal que no se elimine con unas sencillas medidas de profilaxis, *Vid.*, en este sentido, DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados, *op. cit.*, 368, *nota* 127, afirma que el hecho de que los abuelos sufran el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) no es por sí solo causa bastante para denegar el derecho, puesto que con las debidas precauciones profilácticas no existe riesgo de contagio.

<sup>98</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 11 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 216630).

<sup>99</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.<sup>a</sup>, 11 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000, 299472) posible agresión sexual del tío que convive con la abuela; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 221592) atendiendo las especiales circunstancias concurrentes: padre de las menores asesinado por la madre, con un enfrentamiento de las familias y un fuerte rechazo y tensión emocional de las menores ante la presencia de la abuela paterna, hace aconsejable no señalar un régimen de visitas alguno a favor de aquella por el momento, y en tanto en cuanto las circunstancias actuales persistan, dado que resulta evidente que las mencionadas niñas se encuentran en la actualidad y en la convivencia que mantienen con el padre adoptivo, estabilizadas emocionalmente y una alteración de tal convivencia con la introducción de una forzada relación con distintos miembros de la familia paterna, les desestabilizaría profundamente»;

de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 11 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 193717); de la misma Audiencia Provincial, secc. 5.<sup>a</sup>, 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 180633); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.<sup>a</sup>, 9 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 341418) el hecho de que los abuelos vean a su nieto puede ser perjudicial para este, debido a la tensión existente entre sus abuelos maternos y sus padres.

<sup>100</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 14 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 155482) aunque durante las estancias con los abuelos no se revela que el padre estuviese presente, realmente es la parte apelante a la que corresponde procurar probar que no tienen lugar tales relaciones. Aquí resulta irrelevante que el padre pretenda incumplir la medida cautelar —orden de alejamiento respecto de sus hijas—, sino que lo que hay que reprochar es la conducta de los abuelos paternos, pues, al margen de las sospechas, que pueda concitar las mismas, lo cierto es que objetivamente se coloca a los menores en situaciones tales que facilita que se eluda la medida, incluso de forma no querida, sin garantía alguna que en ningún caso la comunicación no se produzca; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 55304) entiende la Sala que «no hay garantías suficientes para poder acordar un régimen de visitas fuera de cualquier supervisión en el domicilio de los abuelos, en definitiva que no hay garantías que se cumpla la resolución judicial que ha restringido la relación entre padre e hijos, y que no puede desvincularse la decisión que se adopte en este procedimiento del desarrollo y evolución de la relación paterno-filial. No hay garantías que los abuelos pongan límite y distanciamiento frente a la posible y más que probable presencia del padre». Es por ello que, «en aras de garantizar la relación entre abuelos y nietos y considerando también como acertadamente hace la sentencia de instancia que debe darse satisfacción al derecho de los niños de mantener relación con sus abuelos paternos con los que tenían relación antes de producirse la ruptura, fija un régimen restringido y supervisado, restricción y supervisión que es necesaria para proteger a los menores de cualquier riesgo y puede servir, asimismo, para canalizar y normalizar, si ello es posible, la relación entre los abuelos y la madre restableciendo canales de confianza mutua imprescindibles para que la relación entre abuelos y nietos se produzca de forma satisfactoria para los menores».

<sup>101</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 19 de octubre de 2007 (*JUR* 2008, 33377).

<sup>102</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 175415) no procede dado el estado de salud del nieto Luis Alberto que padece un retraso madurativo del 47% y tiene problemas para relacionarse, aislamiento y un grado inferior de fortaleza ante las dificultades. Además se constata una desvinculación absoluta, el menor no conoce a su abuelo y no ha tenido ningún tipo de relación. Luis Alberto está adquiriendo poco a poco mayores habilidades sociales y evolucionando en el lenguaje, por lo que se estima que someterlo a una situación de estrés, que puede resultar traumática no es lo aconsejable, dado que puede afectar a la progresión en su evolución, máxime cuando el abuelo parece que carece de habilidades parentales, al menor no ha ejercido como tal con sus hijas. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 85371) establece un régimen de relaciones de los abuelos con sus dos nietos, aun cuando uno de ellos padece autismo y el otro, trastorno en la alimentación.

<sup>103</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 364323) procede, sin embargo, la comunicación abuela paterna y nieto, al considerar irrelevantes las cuestiones penales relativas al esposo de la actora y a uno de sus hijos.

<sup>104</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 93272) peligro que la comunicación menor-abuela paterna afecte a la relación de las menores con sus padres, pues, la crisis matrimonial fue consecuencia de la intromisión de la abuela paterna en el matrimonio.

<sup>105</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.<sup>a</sup>, 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 152717).

<sup>106</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 13589) falta de relación con el nieto, no habiendo tenido el más mínimo interés en visitar y ayudar al menor desde que se produjo el ingreso en prisión de su hijo y

padre del menor que, ha sido condenado por delito de maltrato entre otros; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 21 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 188434).

<sup>107</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 11 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 193717).

<sup>108</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Guipúzcoa, secc. 1.ª, 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 221592) padre de las menores asesinado por la madre, además de existir un enfrentamiento de las familias; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 19 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 96951).

<sup>109</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1152); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, 9 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 341428) el menor es de muy corta edad y su evolución psicológica se puede ver afectada si detecta tensiones en su entorno, no fácilmente explicables y asimilables por él, pudiendo, incluso, desestabilizar su actual régimen convivencial.

<sup>110</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de septiembre de 2019 (Diario La Ley, núm. 9545, sección jurisprudencia, 2 de enero de 2020) se deniega el régimen de visitas solicitado por la abuela materna. La ausencia de comunicación y de relación con su hija durante muchos años se ha cronificado. Además se aprecian habilidades en la abuela para relacionarse con sus nietos, pero no para restaurar la relación materno-filial, para lo cual no ha habido ni siquiera un intento. La hija, madre de los menores, tiene una percepción de haber sido víctima de maltrato por parte de su madre, mostrando un temor insuperable hacia dicha figura. Sin restauración de dicha relación, se coloca a los menores en una situación de vulnerabilidad importante, pues se les sitúa en medio de un conflicto grave, lo que afecta a su desarrollo como personas, pues carecen de herramientas para gestionar dicha situación.

<sup>111</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4242), y, de 5 de noviembre de 2019 (LA LEY 159861, 2019) recuerda, asimismo, que el derecho de los abuelos para relacionarse con sus nietos no es absoluto.

<sup>112</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 47074).

<sup>113</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 164944) falta de acreditación que la abuela genere en la menor animadversión contra su madre; obligación de esta de evitar cualquier alusión a la menor contra su madre.

<sup>114</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2002 (LA LEY 7868, 2002).

<sup>115</sup> No prosperó esta causa de alegación, ya que primó el beneficio del menor, en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722); de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1870); de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 8462); y, de 24 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3393). En la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 15 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 8483) en su *Fundamento de Derecho primero* indica que: «(...) de existir malas relaciones mencionadas —entre el padre del menor Francisco Javier y la abuela materna—, estas se deben única y exclusivamente a la actuación de los mayores y, por lo tanto, dentro de su esfera personal deben permanecer, y no deben hacer partícipe al menor de las diferencias que entre ellos pudiera existir y ello porque en todo caso han de procurar el interés del menor»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 767) en cuyo *Fundamento de Derecho cuarto* se señala que: «(...) no es posible afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle una adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad»; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 19 de enero de 2001 (*AC* 2001, 507); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 112501) donde se insiste, igualmente, en que «los problemas entre los adultos no puede constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha

sido estrecha y beneficiosa para la niña» (Fundamento de Derecho segundo); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 9 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 357810); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 296569); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 30 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 153684) no puede sustentarse en las malas relaciones con los progenitores. Visita de dos horas al mes; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 21 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 110470) las malas relaciones familiares no deben repercutir en los menores, ni suponer un obstáculo para su adecuado desarrollo emocional, considerándose beneficioso para los menores, no romper los vínculos con su familia paterna; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 39247); y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, 20 de mayo de 2019 (*AC* 2019, 965) en todo caso los desplazamientos para realizar las visitas los realizarán los abuelos al ser un viaje largo y tratarse de un menor de dos años y medio.

Por el contrario, en algunas sentencias —ciertamente las menos— se ha considerado que las tensiones entre abuelos y progenitores constituyen una justa causa para negar el derecho a las relaciones personales: así, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 583) los informes periciales de los profesionales coinciden con la conclusión del Tribunal de no acceder a la petición de los demandantes (abuelos paternos) de establecer un sistema de comunicación con sus nietos, al entender que son perjudiciales para el menor, pues, no se trata simplemente por la falta de entendimiento de los abuelos con la progenitora, sino a la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por presunto abuso sexual respecto de ellos; 27 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4242) se entiende que hay riesgo para las niñas, atendiendo al comportamiento anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera. Absoluta desvinculación familiar durante un considerable periodo de tiempo; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 93272); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 24 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 207884); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 5 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 238132); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 16 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 104586) animadversión, hostilidad e indisimulado rechazo de la abuela materna a su yerno; por lo que, no resulta beneficioso para los menores en edad infantil que, la abuela materna cuestione la figura de su progenitor paterno. Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 2012) se considera improcedente el derecho de visitas a favor de los abuelos paternos, habiendo fallecido el padre, su hijo, en atención a la corta edad del menor, a que residen en distintas localidades y las tensas relaciones entre la madre y la familia del difunto padre.

<sup>116</sup> *RJ* 2019, 4972. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6843) se dispone en su *Fundamento de Derecho* cuarto que: «(...) atendiendo a la jurisprudencia más reciente como la sentencia del Tribunal Supremo 576/2009 en la que se señalaba «que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas; la sentencia de este mismo Tribunal 858/2003, de 20 de septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente». Asimismo, señala que «el artículo 160.2 del Código civil, a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deben enjuiciar. Y la sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría «repercutir en la integridad psicológica del menor»; es decir que, la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, sí puede

valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho».

<sup>117</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 16 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 357712).

<sup>118</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de diciembre de 2007 (LA LEY 283065, 3007) la simpe negativa del menor a ver a su familia no puede impedir su relación con ella. Los menores tienen derecho a una integración familiar y social que, lógicamente, no se puede conseguir si se priva al niño, en contra de su derecho a relacionarse con sus abuelos y demás parientes; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 30 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 238392) menor de quince años que manifiesta su voluntad expresa de no querer un régimen de visitas, estancia y comunicación con su abuela. Se trata de un menor que conoce perfectamente el alcance de las visitas, negando toda influencia negativa de sus padres en su decisión. Supone el derecho del menor a tomar decisiones que directamente le afectan. Estamos ante un derecho de la menor a mantener relaciones con su abuela, pero sin imposición de ningún tipo; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 2 de julio de 2015 (LA LEY 92703, 2015) los menores están manipulados y esa manipulación solo puede venir de una dirección. Era sorprendente que los niños no citaran ni una sola vez a su madre biológica, con la que tenían una relación muy intensa y normalizada antes de su fallecimiento, pero sorprende menos si sabemos que cuando la madre fallece, los padres estaban separados y dicha separación no debió ser muy pacífica, por lo que se desprende de la documentación aportada. Es evidente, concluye el Tribunal que, a los niños se les ha puesto un telón negro delante de todo lo que puede recordar a la figura materna y por ende, a los abuelos maternos. Y, desgraciadamente, esto terminará por pasar factura cuando los niños tengan suficiente madurez. Por lo que el Tribunal considera conveniente reanudar un régimen «normalizado» de comunicación y visitas. No se trata de obligar a los menores a ver a sus abuelos, no se trata de satisfacer la mera conveniencia de estos. Se trata de indicar que es necesario y conveniente la relación de un menor con su familia extensa y concretamente con los padres de su madre fallecida, para que no pierdan el contacto de quienes al final son sus herederos —dos días a la semana en horario que no altere sus actividades escolares y descanso, para lo cual el padre facilitará el número de teléfono de los menores; y podrán estar en compañía de sus nietos un día a la semana en horario y día que convengan las partes después de oír a los menores. En defecto de acuerdo, el día será los jueves de 17.00 a 19.00 horas en horario de invierno y de 19.00 a 21.00 horas en horario de verano—; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 24 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 269282) menor de dieciséis años que, no tiene ninguna relación con sus abuelos y manifiesta la nieta una negativa a las visitas con dichos abuelos.

<sup>119</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 15 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 232463).

<sup>120</sup> TORRES PEREA, J. M., (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *op. cit.*, 7.

<sup>121</sup> COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, 161; RIVERA HERNÁNDEZ, FCO. (1982). *El derecho de visita*, *op. cit.*, 250-252.

<sup>122</sup> GARCÍA CANTERO, G., Las relaciones familiares entre nietos..., *op. cit.*, 152; COLÁS ESCANDÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, 161. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 19 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 8174) señala que la separación de los abuelos durante cinco años no excluye el beneficio que para los menores se obtiene al reanudar la relación.

<sup>123</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 1 de junio de 2016 (LA LEY 130553, 2016) ante una orden de alejamiento del padre, la madre intenta suprimir el régimen de visitas, de los abuelos paternos, pero la Audiencia decide mantenerlo, aunque con carácter transitorio, condicionándolo a que los abuelos garanticen la estabilidad y seguridad de la niña y prohibiendo que directa o indirectamente induzcan a la misma a mantener ningún tipo de relación con el padre. Se considera que transcurrido ya un año y medio desde la instauración del régimen de visitas con los abuelos, no se ha producido



ningún incidente, por lo que es posible mantener la relación entre la niña y abuelos; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 19 de enero de 2017 (AC 2017, 192) las medidas cautelares adoptadas respecto del padre no son extensibles a los abuelos. Además no se acredita que el contacto pueda serles perjudicial a los nietos. Se acuerda un régimen de visitas y comunicaciones en un punto de encuentro familiar con intervención de sus técnicos; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 8 de noviembre de 2017 (LA LEY 175493, 2017) dispone que, el hecho que existen medidas cautelares de alejamiento adoptadas respecto del padre de los menores, no son extensibles a los abuelos paternos y tampoco se ha acreditado que el contacto con estos pueda serle perjudicial. Si bien, en caso de un hipotético riesgo que pudiera existir no ve inconveniente alguno en que el régimen de visitas y comunicaciones mínimo se realice a través de un Punto de Encuentro Familiar con intervención de los técnicos del PEF.

<sup>124</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 28 de julio de 2005 (JUR 2005, 206798).

<sup>125</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 5 de septiembre de 2019 (JUR 2019, 2722797) menor que cuenta con un año y seis meses de edad. Edad que, no obstante, aconseja en ausencia (por fallecimiento) del padre, no solo instaurar cuanto antes un régimen de visitas a favor de los abuelos paternos, sino también en el propio interés de la menor y para su adecuada formación integral y de apego con la familia paterna que dicho régimen sea lo suficientemente amplio para llenar dichas exigencias. La situación de conflicto entre la madre y la familia paterna extensa no puede impedir el señalamiento de un régimen de visitas.

<sup>126</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 160 del Código civil, *op. cit.*, 817 entiende que, el hecho de figurar en primer lugar, puede ser porque «el legislador ha caído en la cuenta que los hermanos merecen algo más que esa triste y desvaída expresión “otros parientes o allegados”». *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, 10 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2353) petición del hijo mayor de edad de su derecho de relación respecto de los hermanos menores de edad. No se concede, pues, se entiende que se puede encauzar a través del régimen de visitas otorgado al padre con quien vive; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 7 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 49489) a favor de la hermanastra por ser esa la voluntad del menor y la ausencia de prueba de perjuicios; y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 2 de diciembre de 2011 (*Diario La Ley*, número 7812, sección reseña de jurisprudencia, 6 de marzo de 2012) comunicación con los hermanos mayores edad. Salvo casos excepcionales, no tiene sentido que se reproduzca el modelo de régimen paterno-filial en las comunicaciones entre hermanos. Limitación de la visita de la demandante con su hermana a una tarde intersemanal, un sábado mensual y una semana del mes de julio o agosto alternativamente.

<sup>127</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 1 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2487) a favor de los abuelos y la tía materna a raíz del fallecimiento de la madre; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 5 de marzo de 2014 (JUR 2014, 271905) a favor de la tía paterna los miércoles por la tarde desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas y un fin de semana al mes desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20.00 horas, así como en vacaciones de verano una semana a elegir los años pares por el abuelo y tía y los impares por la madre del menor en caso de desacuerdo; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 1 de marzo de 2012 (*Diario La Ley*, núm. 7866, sección jurisprudencia, 25 de mayo de 2012) a favor de los abuelos y tíos paternos. Inexistencia de justa causa que impida el establecimiento. No se aprecia que ocasione un perjuicio directo a la menor. Desarrollo de las visitas en el punto de encuentro familiar, constatadas las desavenencias entre las partes, con el fin de garantizar su adecuado desenvolvimiento. Fijación de un periodo de visitas de un sábado al mes por 2 horas; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 16 de marzo de 2018 (AC 2018, 338) a favor de los tíos carnales maternos, pese a la situación de conflicto entre la madre y sus hermanos. Esta situación no puede impedir el señalamiento de un régimen de visitas, al existir lazos de afectividad entre los menores y sus tíos. Se concreta en dos tardes al mes.

<sup>128</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 681) se mantiene la custodia del menor a favor de la demandante, tía paterna

del niño y se establece un régimen de visitas a favor de sus abuelos maternos. La actora ha desempeñado adecuadamente la custodia, cuidando de su sobrino. Como debe prevalecer el interés del menor, no hay motivo para cambiar el sistema de guarda al no considerarse como tal las malas relaciones de la tía con los abuelos. El entorno de estos no garantiza la estabilidad del niño. Sus derechos se garantizan con las visitas que a su favor se establecen.

<sup>129</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *op. cit.*, 4 entiende por allegado «la persona que se encuentra en el círculo afectivo del menor»; y respecto de los allegados «muy cualificados» —pareja del progenitor— considera que ha de tener un régimen de visitas más amplio.

<sup>130</sup> DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2), *op. cit.*, 369; DE TORRES PEREA, J.M. (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *op. cit.*, 1347. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 409 precisa que, prescindiendo de toda presunción, para facilitar todas las relaciones —abuelos, parientes y allegados— deberán ser objeto de oportuna prueba.

<sup>131</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 22 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 331973) a favor de una de las integrantes respecto del hijo habido durante la convivencia por la otra miembro de la pareja, concebido por inseminación artificial e inscrito en el Registro Civil, exclusivamente como hijo de la madre biológica. La situación real es que el menor ha tenido desde su nacimiento una situación familiar consistente en la existencia de dos madres; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 14 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011, 426731) establecimiento de un régimen de visitas respecto de un menor adoptado en el seno de una pareja sentimental formada por dos mujeres. Consta acreditado que las dos litigantes formaron en su día una pareja sentimental, durante la cual la demandada procedió a la adopción del menor.

<sup>132</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 634) pese a estimarse la acción de impugnación de la paternidad, no procede acceder a la solicitud de la madre del cese de todas las relaciones de la hija menor con el demandado. El informe psicosocial afirma que la brusca ruptura de relaciones de la menor con el que tuvo como padre en los tres primeros años de su vida ha sido un error y que la supresión de las visitas no supone ventaja alguna, sino todo lo contrario. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7824) se otorga a quien ha impugnado la paternidad de sus hijos, la guarda y custodia.

<sup>133</sup> DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 160 del Código civil, *op. cit.*, 1641-1642; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 408 y 411-412.

*Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, 5 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 302090) a favor de tíos maternos y abuelo materno asimilado. Se concede legitimación activa a este último. Ha sido la pareja estable de la abuela materna, fallecida. Durante muchos años, ha ejercido *de facto* el papel de padre de la madre de la menor. Por ello se ha de entender que ha desempeñado el papel de abuelo del niño, creando unos vínculos afectivos análogos a los que puede existir entre abuelo y nieto biológico —un fin de semana al mes (el segundo) desde las 11.00 horas del sábado a las 19.00 horas del domingo. El viernes de la cuarta semana del mes, desde la salida del colegio hasta las 19.00 horas, pudiendo cambiarse por otro día por razones de estudios o viaje del menor. En navidades, un año el día de Nochebuena y Navidad y al año siguiente el de Noche Vieja y Año Nuevo, haciéndose cargo los demandantes de recogerlos del domicilio paterno a las 17.00 horas del día en que comienza esa visita y devolverlo en el mismo domicilio a las 11.00 horas del día 26 de diciembre o 2 de enero según corresponda—; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 1 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 343434) a favor de los abuelos con inclusión del marido de la abuela paterna en el sistema de visitas establecido a favor de este. Se incardina en el concepto de allegado a aquellas personas cercanas que tengan cierto grado de vínculo afectivo con el menor: Consideración del actor como abuelo político o por afini-

dad del niño, y tan allegado a la familia que ha convivido con la abuela y con el padre del menor desde que tenía tres años y tiene una hija de aquella; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 15 de enero de 2016 (AC 2016, 377) se concede a aquellas personas que se han encargado de cuidar al menor desde los tres meses hasta los seis años de edad. Se ha acreditado que, mantener la relación del niño con los apelantes es buena para el niño y no deben cesar en ningún caso de forma súbita.

<sup>134</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 7 de febrero de 2002 (JUR 2002, 124675) no procede a favor de los abuelos y tío paterno, pues supondría la privación parcial del derecho del padre de la menor a visitarla y tenerlo en su compañía; y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 2.ª, 31 de mayo de 2006 (JUR 2006, 270765) se ejercita por la tía paterna de la menor. Se compagina con el régimen ya establecido a favor de la abuela paterna, por lo que no procede concederle un régimen de visitas independiente.

<sup>135</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, op. cit., 418 habla de preferencia de los padres, luego de los hermanos respecto de los abuelos u otros parientes y allegados y así sucesivamente; MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, op. cit., 4.

<sup>136</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4197) no se accede a la solicitud de establecimiento de relaciones de la tía paterna con la hija de su hermano por no considerarse beneficioso para el menor, al concurrir justa causa para denegar tal contacto, dado el notorio enfrentamiento existente entre los hermanos y la negativa influencia que podría tener sobre la menor relacionarse con su tía que no conoce. La esposa del padre no fue aceptada en la familia, viéndose obligado a trasladar su lugar de residencia para obviar la presión familiar. El informe pericial desaconseja la relación de tía y sobrina para evitar estrés en la niña. No se trata de una relación interrumpida sino inexistente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 25 de marzo de 2009 (JUR 2009, 233243) no procede a favor de los abuelos y tíos maternos. Se trata de una familia desestructurada con un historial de denuncias y amenazas derivadas de las malas relaciones entre los padres y la familia materna. Existencia de una orden de alejamiento del abuelo y tíos respecto de la demandada y sus hijos, que aún se encuentra vigente; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, 4 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 45292) no procede la comunicación de los menores con su abuelo y tío paterno por la conflictividad del grupo familiar y la ausencia de vínculos afectivos sólidos por los contractos escasos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 12.ª, 13 de mayo de 2010 (JUR 2010, 35073) la comunicación del menor con sus tías maternas no procede por estar aquel en acogimiento preadoptivo y supone un perjuicio para el proceso de adopción del menor por la nueva familia; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 28 de septiembre de 2018 (AC 2019, 669) no se reconoce la relación con su tío demandante de relacionarse con su sobrina de 17 años al considerarse que tal relación no resulta beneficiosa para su formación.

<sup>137</sup> RJ 2009, 5490. Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *Diario LA LEY*, número 9318, sección doctrina, 14 de diciembre, 7 señala que «se trata de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares».

<sup>138</sup> LA LEY 8301, 2007.

<sup>139</sup> JUR 2018, 290538.

<sup>140</sup> JUR 2019, 234779.

<sup>141</sup> JUR 2019, 37631.

## Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios

### *The IRPH index in mortgage loans: a jurisprudential review*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** Los préstamos hipotecarios, o préstamos garantizados con hipoteca, se caracterizan por ser préstamos a largo plazo debido a lo elevado de la cuantía de la obligación asegurada. Por ello, el tipo de interés de estos préstamos suele ser variable, y sometido a los vaivenes y fluctuaciones de la moneda en que se concedió el préstamo. Esos intereses remuneratorios se calculan, sumando un diferencial a alguno de los índices de referencia que recoge la ley: sea el EURÍBOR; el MIBOR; el CECA, o el IRPH (índice de referencia del préstamo hipotecario), que miden el precio del dinero. Este último índice de referencia, para el cálculo de los intereses en un préstamo garantizado con hipoteca, ha estado en el punto de mira: primero, por su cuestionada validez, y más recientemente, por los perjuicios que supone al consumidor, ya que los intereses debidos conforme a su cálculo son muy superiores a los generados por el EURÍBOR, por ejemplo. La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020 aclara las cuestiones sobre su validez y abusividad por falta de transparencia, arrojando luz sobre el asunto. En este trabajo hacemos un repaso a todas las cuestiones jurisprudenciales controvertidas sobre el mismo, tratando de concluir sobre su viabilidad y oportunidad.

**ABSTRACT:** *Mortgage loans, or loans guaranteed with a mortgage, are characterized by being long-term loans, due to the high amount of the insured obligation. For this reason, the interest rate of these loans is usually variable, and subject to the swings and fluctuations of the currency in which the loan was granted. These remunerative interests are calculated by adding a differential to one of the interest rates that the law includes: be the EURÍBOR; the MIBOR; the CECA, or the IRPH (benchmark mortgage loan index), which measure the price of money. This last benchmark for the calculation of interest on a secured mortgage loan has been in the spotlight: first, because of its questioned validity, and more recently, for the damages that it entails to the consumer since the interest due under their calculation are much higher than those generated by the EURÍBOR, for example. The recent STJUE March 3, 2020 clarifies questions about its validity and abuse due to lack of transparency. In this work we review all the controversial jurisprudential questions about it, trying to conclude on its feasibility and timeliness.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas abusivas. Consumidor. Hipoteca. Préstamo hipotecario. Índice de referencia de intereses. IRPH.

*KEY WORDS: Unfair terms. Consumer. Mortgage. Mortgage loan. Interest rate. IRPH.*

**SUMARIO:** I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO E INTERESES.—II. EL ÍNDICE IRPH: 1. LA CLÁUSULA IRPH COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 2. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL IRPH.—III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA CLÁUSULA IRPH: 1. LA CLÁUSULA IRPH PUEDE SER ABUSIVA. 2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA IRPH. 3. CONFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO E INTERESES

Los préstamos garantizados con hipoteca sobre un bien inmueble son, normalmente, préstamos con un principal asegurado de cuantía elevada, porque en muchas ocasiones sirven para adquirir el propio inmueble que los garantiza, y estos se caracterizan por su elevado precio, o bien, simplemente son elevados y por eso requieren una garantía inmobiliaria de alto valor que los cubra. Además del principal, hay que devolver los intereses del préstamo, los intereses remuneratorios, que son el precio del dinero prestado, que suponen el beneficio para el acreedor prestamista. El elevado importe del préstamo hace que deba ser amortizado, devuelto, en varios plazos dilatados en el tiempo para disminuir la cuota mensual. Por este motivo, es normal que los préstamos hipotecarios sean préstamos a medio o largo plazo; pero, esta característica que favorece su amortización al deudor, disminuyendo la cuota, trae como riesgo inherente el que el préstamo, y su precio (intereses remuneratorios), se vean sometidos a las fluctuaciones de la moneda en el tiempo; de forma que puede encarecerse o abarataarse el préstamo en función de la variación del tipo de interés al que se ven sometidos en ese largo periodo.

Para evitar esas fluctuaciones puede establecerse un tipo de interés fijo, para todo el periodo de devolución del préstamo, pero, si no, el tipo de interés, como hemos dicho, es variable, y sometido a los cambios monetarios. En cualquier caso, tanto si son intereses fijos como variables, debe establecerse cuál es el criterio de determinación de la variación o fijeza del tipo.

Si se trata de intereses a tipo fijo, este generalmente será un tipo nominal, que generalmente es el EURÍBOR o CECA<sup>1</sup> del momento en que se constituyó la hipoteca. Aunque, para inscribirse en el Registro, no pueden hacerlo por el tipo nominal, sino que deben hacerlo en forma TAE. Ya que, si no, como indica YSAS SOLANES<sup>2</sup>, se produce un desajuste entre lo reclamado en ejecución por los ellos, y lo que aparecería como exigible según los datos del Registro, con base en el tipo nominal.

Los intereses variables, que aparecen para compensar los riesgos de la variación del precio del dinero en una obligación a largo plazo, son más complejos, y suponen, asimismo, una mayor indeterminación respecto a su cuantía, pues esta se desconoce, ya que va cambiando con el transcurso del tiempo. Respecto a los mismos, habrá que especificar cuál es el criterio que determina su valor en cada momento, que deberá ser objetivo<sup>3</sup>.

Generalmente, la determinación de su valor se hace de la siguiente forma: se fija, al inicio y para el primer periodo determinado, un tipo de interés inicial, que es un porcentaje del capital garantizado y puede ser cualquiera, aunque generalmente coincide con el EURÍBOR y, posteriormente, un tipo de referencia (EURÍBOR) que se compara con el inicial y se le suma o no un diferencial para calcular el tipo aplicable a cada periodo. Como no se conoce la cantidad de la que responde la finca hipotecada en cada momento por estos intereses, se hace necesario establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria por aquellos, cumpliendo, así, con las exigencias del principio de determinación<sup>4</sup>.

Es decir, en todo préstamo hipotecario, y como consecuencia del principio de determinación respecto a estos intereses, se exige que conste: 1) máximo de responsabilidad hipotecaria, o hipoteca de máximo sobre ellos; 2) tipo de interés inicial; 3) tipo de referencia; 4) el diferencial fijo; 5) el momento y forma en que se revisa el interés. Por supuesto, habrá que establecer el tipo o porcentaje en que consisten. Es decir, habrá que cuantificar cuál es la parte o porcentaje del principal con la que se identifican (vgr. un 2, un 5, 10 % del capital).

Pues bien, entre esos índices o tipos de referencia de los intereses variables, nos encontramos con los más frecuentes y usados en la práctica que son: EURÍBOR, CECA y IRPH.

El EURÍBOR (European Interbank Offered Rate, tipo europeo de oferta interbancaria) es el índice de referencia del tipo de interés del mercado interbancario europeo; es decir, es el tipo de interés al que se prestan el dinero los bancos entre sí, en Europa. Es un índice de referencia hipotecario, que se publica diariamente, y se calcula utilizando como referencia los tipos de interés de las transacciones entre los principales bancos europeos mediante depósitos interbancarios y depende del tipo de interés establecido por el Banco Central Europeo.

El CECA es el índice de referencia en préstamos hipotecarios de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, publicado en el BOE, de un valor superior al EURÍBOR y al IRPH, que se obtiene de redondear la media aritmética de los préstamos personales formalizados en operaciones a plazo de uno a tres años y la media aritmética de los préstamos con garantía hipotecaria de más de tres años, concedidos por las extintas cajas de ahorro, hoy entidades bancarias. El índice de referencia CECA dejó de aplicarse con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, en su disposición adicional decimoquinta.

Por último, el IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios), objeto de análisis en este artículo, es el índice que se calcula con la media aritmética de los préstamos hipotecarios concedidos a más de tres años, existiendo tanto el de cajas de ahorro como el de entidades bancarias, siendo el tipo medio del IRPH Entidades la media de estos dos que, por lo tanto, engloba todos los préstamos hipotecarios de más de tres años, tanto de bancos como cajas de ahorro. El índice IRPH Cajas también dejó de existir y aplicarse a raíz de la Ley 14/2013 citada.

## II. EL ÍNDICE IRPH

Este índice de referencia de préstamos hipotecarios que, como hemos dicho, proviene de calcular la media de todos los préstamos hipotecarios de entidades

financieras de más de tres años, fue utilizado con frecuencia en el pasado, si bien, desde la entrada en vigor del EURÍBOR su utilización fue cada vez menor; pero claro, al establecerse en préstamos que son a largo plazo, hoy todavía, existen préstamos hipotecarios referenciados a él<sup>5</sup>.

En cualquier caso, se trata de un índice que nunca ha estado exento de polémica, ya que se ha cuestionado en diversas ocasiones su validez, y últimamente, al ser «más caro» que el propio EURÍBOR, se ha puesto en tela de juicio porque perjudica al deudor hipotecario que se ve obligado a devolver unos intereses mayores de su préstamo, como consecuencia de este índice, que en los préstamos referenciados, por ejemplo, al EURÍBOR, cuyo importe es normalmente más bajo; de tal forma que, de haber sabido sus inconvenientes, probablemente no habría contratado con ese índice. Por eso, se ha vuelto a cuestionar la inclusión de este índice de referencia por su falta de transparencia material, ya que la entidad que lo incluyó en el clausulado del préstamo no informó debidamente al deudor de las desventajas de este índice, ni la forma de calcularlo es clara y fácilmente comprensible para un consumidor medio, lo que hace improbable que ese deudor pudiera llegar a entender el alcance del mismo.

Lo vemos.

#### 1. LA CLÁUSULA IRPH COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

En primer lugar y antes de abordar la posible abusividad por falta de transparencia de la cláusula que incluye el índice IRPH, en un préstamo hipotecario, debemos pararnos a reflexionar si se trata de una condición general de la contratación que deba estar sometida al control de abusividad y transparencia o por el contrario no lo es.

Se han mantenido posturas encontradas a este respecto por parte de la jurisprudencia, si bien, con carácter general, como ahora veremos, se ha admitido que, efectivamente, se trata de una condición general de la contratación, no el propio índice, si no la cláusula que lo incorpora.

Los argumentos para defender que no se trata de una condición general de la contratación son precisamente que los intereses (que se regulan y establecen en esa cláusula que contiene el IRPH) forman parte de un elemento esencial en el contrato de préstamo, como es el precio, pues son ellos los que determinan el precio del dinero prestado. De este modo, si se trata de un elemento esencial del contrato, su regulación contractual debe hacerse a través de cláusulas particulares negociadas y no de condiciones generales pre redactadas.

Hay que decir que la propia jurisprudencia ya ha admitido en otras ocasiones que la cláusula relativa al precio del préstamo hipotecario (intereses), a pesar de afectar a un elemento esencial, sí puede considerarse como una condición general de la contratación y, por tanto, sometida al control de transparencia.

Tal fue el caso de la propia STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, donde el Tribunal Supremo confirmó dicha posibilidad, basándose en lo establecido en la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que afirma lo siguiente.

«(En la LCGC) Desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que, por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienación de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley». Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de

otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitivas del «objeto principal», por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

142. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE (RCL 1978, 2836) y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces «los legítimos intereses económicos de los mismos».

Antes de esta conclusión, la propia STS recoge cuáles son los caracteres para considerar a una cláusula como condición general, basándose en lo que la propia LCGC establece. Estos rasgos son:

a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse».

Teniendo en cuenta lo aquí dispuesto, parece que nada obsta para considerar a la cláusula que recoge el IRPH como una condición general de la contratación, pues es contractual (préstamo hipotecario), predispuesta por la entidad financiera (son los bancos los que redactan el contrato), impuesta (pues normalmente no hay negociación sobre este índice, máxime —como ahora veremos— cuando las propias entidades entendían que era una obligación legal o administrativa que debía imponerse a los clientes), y desde luego, general, en cuanto se incorpora a una pluralidad de préstamos hipotecarios.

Pero, no obstante, el carácter de condición general de la cláusula que recoge el índice de referencia del interés se siguió discutiendo por la jurisprudencia, hasta la STS de 14 de diciembre de 2017 que analizó, en concreto, la validez de la cláusula IRPH y su posible abusividad por falta de transparencia.

Esta sentencia afirmó que, efectivamente, esta cláusula se trataba de una condición general de la contratación, y después de recoger lo dispuesto por la



STS de 9 de mayo de 2013 transcrita, y tras cotejar con otras SSTS como las de 18 de junio de 2012, 7 de abril de 2014, y 29 de abril de 2015, el Alto Tribunal concluyó lo siguiente:

«Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo). En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril, indica:

«[...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU».

Esta sentencia incide en esta idea de que es posible que una cláusula sobre un elemento esencial del contrato sea una condición general, pues es posible que no haya sido objeto de negociación individual cuando se trata de contratos de consumo: «Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario».

Posteriormente, recoge jurisprudencia europea en el mismo sentido, como es la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso «Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos». En este caso, «la legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación «contra proferentem» (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del «Burgerlijk Wetboek» (Código civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las «prestaciones esenciales», que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no solo al artículo 5 de la Directiva (interpretación «contra proferentem»), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)».

Y concluye el Tribunal Supremo, después de este repaso jurisprudencial, en su Fundamento Primero que «En consecuencia, 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».

Si la cláusula que contiene el índice de referencia del tipo de interés es una condición general de la contratación puede estar sometida, entonces, al control de abusividad y transparencia de toda condición general, y según ese resultado, ¿puede considerarse esta cláusula como abusiva?

## 2. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL IRPH

Si estamos de acuerdo en que nada obsta para considerar a esta cláusula que recoge un elemento esencial del contrato de préstamo como condición general de la contratación, debemos analizar, a continuación, si sobre la misma cabe control de abusividad y de transparencia, y en consecuencia si es válida, o por el contrario, esta estipulación puede considerarse abusiva por incorporar un índice impuesto, perjudicial para el deudor hipotecario consumidor y no superar el control de transparencia.

Esta cuestión ya se analizó en la citada STS de 14 de diciembre de 2017, y venía precedida por una serie de sentencias de tribunales menores (Audiencias provinciales) donde mayoritariamente se consideró que la cláusula del IRPH forma parte del elemento esencial del contrato, en la que no cabía el control de abusividad, aunque sí el control de transparencia, como a continuación veremos.

La STS de 14 de diciembre de 2017, después de analizar y considerar, como ya hemos dicho, que se trata de una condición general de la contratación, sin embargo, entendió, al igual que esas sentencias menores, que no cabía aplicar el control de abusividad a esa concreta cláusula pues se refería a un elemento esencial del contrato, y que superaba el control de transparencia porque se trataba de un índice legalmente impuesto, no negociado (siempre que no hubiera sufrido modificación contractual), controlado por la administración, correspondiendo a esta el control y adecuación del mismo a la legalidad vigente, donde el banco no tenía capacidad de información o maniobra. De este modo, si este índice responde a una disposición administrativa, queda excluido del control de incorporación y transparencia tal y como se desprende del artículo 4.2 LCGC y artículo 1.2 Directiva 93/13 de cláusulas abusivas<sup>6</sup>, y no correspondería al juez valorar su validez.

A continuación, la sentencia aludida argumentó cómo esta condición general se excluía del control de abusividad y superaba el doble control formal de incorporación y transparencia.

Parte, como hemos adelantado, de la premisa de que el IRPH es un índice impuesto legalmente, donde no cabe su control judicial: «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. Por ello, es a la Administración pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.

La Administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

2. En consecuencia, 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. El artículo 4 LCGC 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: “(c)onsiderando 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; que 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; que 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 acuerdo”».

Y continúa afirmando que «como reconoce la propia sentencia recurrida, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos 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».

Con posterioridad, explica que, como el cliente fue informado y la cláusula que contiene el IRPH estaba redactada de forma clara, supera el control de inclusión: «se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida».

Y por último, con respecto al control de transparencia, después de definirlo como aquel que «tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo», la sentencia también lo considera superado, reincidiendo en los argumentos que ya explicó con anterioridad, del carácter impuesto y de disposición administrativa del índice IRPH, estableciendo que “para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable”. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media

de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo».

Además, el Tribunal Supremo, en relación con el control de transparencia hace una serie de afirmaciones que conducen a su conclusión final de que no se infringe la transparencia como son: a) El hecho de que el IRPH sea menos favorable al deudor hipotecario que otros índices, como el Euríbor o Ceca, no tienen nada que ver con la transparencia, de forma que no alteran esta, porque a ese índice se le suma un diferencial que puede hacer variar el tipo final de interés a aplicar, no siendo este más favorable que los de otros índices de referencia, b) el cálculo del IRPH es comprensible por el deudor, pues se ofrece un índice legal y se describe el modo de variación del tipo c) el Banco no tiene porque ofrecer distintas alternativas de índices al deudor para cumplir el deber de transparencia, d) la comprensión del deudor hay que analizarla en el momento de la contratación y no en su devenir a lo largo de los años, y el prestamista no puede informar del comportamiento futuro —ni pasado— de ese índice.

Con estas consideraciones, concluye finalmente que sí se da por superado el control de transparencia, y en consecuencia la validez de la cláusula que contiene el IRPH, que puede seguir siendo eficaz en aquellos contratos de préstamos en los que estaba incorporada.

No obstante, hay que poner de relieve que en esta sentencia se incorporó un voto particular (del magistrado Javier ORDUÑA MORENO) que difería de esta doctrina, en el que el ponente del mismo considera que esta cláusula con el IRPH no supera el control de transparencia, y por lo tanto debía declararse su nulidad. Fundamentan su voto particular en el hecho de que el concepto, interpretación y aplicación del control de transparencia que ha hecho el Tribunal Supremo en esta sentencia, para la cláusula del IRPH, no es adecuado porque, por el hecho de ser un índice legal, no puede por ello entenderse que es perfectamente comprensible por el deudor hipotecario, máxime cuando se destaca la propia dificultad de cálculo de este índice<sup>7</sup> y la poca o nula información que la entidad ofreció sobre el mismo al deudor, apartándose de lo dispuesto por el TJUE respecto al control de transparencia<sup>8</sup>. No se cumplieron los deberes de información precontractual exigidos por el control de transparencia. En este voto particular se «redefine» o se «reestructura» qué debe entenderse por control de transparencia y cómo debe aplicarse al caso concreto.

De este modo, se afirma que «la utilización del tipo o índice de referencia, como elemento específico de la cláusula predispuesta, queda comprendida en el marco del control de transparencia, la aplicación de dicho control debe ser también metódica y completa, tanto con relación a la caracterización y contenido que ha delimitado la doctrina jurisprudencial del TJUE, como con el plano normativo que regula el alcance de estos índices de referencia en la contratación predispuesta con consumidores y usuarios. No basta, por tanto, como hace la sentencia, reconducir el control de transparencia hacia conceptos más amplios o generales que, por más que quiera señalar que resultan ilustrativos, no permiten valorar al prestatario, de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesi-

dad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del “propio” índice de referencia aplicado por la entidad bancaria. Caso de los supuestos indicados que reconducen la comprensibilidad del índice a los conceptos de remuneración del interés o a la mera fluctuación del interés variable (fundamento sexto, apartados 4 y 7), o de aquellos que lo reconducen alternativamente a una fórmula meramente descriptiva “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de entidades de crédito” (fundamento sexto, apartado 9 de la sentencia)».

Para concluir, este voto particular considera que, así entendido, el control de transparencia —con un ámbito mucho más objetivo y extenso— implica unos mayores deberes de información por parte de la entidad para explicar las dificultades propias del mismo, que no pueden entenderse cumplidos simplemente por el hecho de que se trate de un índice legalmente establecido y que se trate de parte de un elemento esencial como es el precio del préstamo. Los deberes de información deben alcanzar de forma objetiva a la comprensión por parte de cualquier consumidor medio<sup>9</sup> y debe probarse que la entidad financiera ofreció toda la información necesaria para la comprensión de este antes de contratar, para asegurar su libre y consciente consentimiento a tal contratación.

Transcribimos las palabras del voto particular donde se concluye lo que se acaba de expresar: «En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente litis es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH-Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, este debió realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se sufre por la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de este índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor».

Compartimos la opinión de este voto particular. Los deberes de información precontractual son esenciales para la validez de las cláusulas insertas en el con-

trato, pues solo así puede asegurarse la perfecta comprensión de las mismas y de su alcance por el consumidor. En este caso, el cálculo complicado, la dificultad de conocer la forma de obtención del mismo por las entidades financieras, y lo complejo de su aplicación y devenir a lo largo del tiempo, parecen exigir mayores deberes de información por parte de la entidad prestamista, sin que puedan reconducirse esos deberes a la publicidad legal que del mismo se hace por el Banco de España. Habría que analizar en este caso concreto si dicho índice fue o no entendido por el deudor para concluir si superó o no el control de transparencia y en consecuencia se declarase su abusividad.

### III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA CLÁUSULA IRPH

#### 1. LA CLÁUSULA IRPH PUEDE SER ABUSIVA

A pesar de esta sentencia favorable a la validez de la cláusula que contenía el índice IRPH, la cuestión no resultó todavía clara, con discrepancias entre los jueces, que llevan a plantear una cuestión prejudicial sobre este asunto en el JPI Barcelona número 38, en el caso de Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, relativo a la cláusula de interés variable y remuneratorio contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre ambos, que estaba referenciado a este índice IRPH.

En este caso, el juez de instancia planteó esa cuestión para que el TJUE resolviera sobre la validez de dicha cláusula, o si podía considerarse como abusiva por falta de transparencia, contraviniendo la normativa de protección de consumidores.

En concreto, el juez de instancia pregunta sobre

- a) Si el hecho de que el IRPH sea un índice regulado tiene como consecuencia que sea aplicable la excepción del artículo 1.2 Directiva 93/13.
- b) Si debe informarse al consumidor de la forma de cálculo de ese índice y de su evolución anterior a la contratación.
- c) Si en el caso de que la cláusula fuera contraria al Derecho de la Unión, si sería procedente sustituir dicho índice por otro similar (vgr. Euríbor).

La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020 analiza la cuestión y resuelve el tema de una forma, podemos decir, equitativa, sin dar la razón a ninguna de las partes enfrentadas (bancos y consumidores), pues entiende que dicha cláusula es válida, pero deberá ser analizada en cada caso para ver si ha sido suficientemente explicada, y comprendida por el consumidor, antes de concluir si supera o no el control de transparencia. Es decir, es una cláusula en principio válida pero que puede verse sometida al control de transparencia y no superarlo, contradiciendo en este punto a lo establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia 14 de diciembre de 2017.

En concreto, los puntos fundamentales de esta sentencia pueden resumirse en los siguientes<sup>10</sup>:

- a) Los bancos o entidades prestamistas no tienen obligación legal de imponer el índice IRPH en los préstamos hipotecarios, pudiendo utilizar otros índices. De esta forma, no puede decirse que se trate de una disposición administrativa obligatoria que escape al control de abusividad y transparencia conforme al ar-

título 4.1 LCGC y al artículo 1.2 de la Directiva 93/13<sup>11</sup>, sino que esta cláusula entra de lleno en las condiciones generales de la contratación sobre las que puede establecerse esos controles, conforme a la Directiva 93/13 CEE. No puede decirse que Bankia estuviera obligada a establecer este índice o alguno de los oficiales publicados ya que este no es el resultado de «una disposición legal o reglamentaria imperativa». Por ello, concluye el tribunal europeo respecto de esta primera cuestión que «de ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa».

b) Los jueces, en consecuencia, pueden y deben entrar a valorar esta cláusula aún siendo un elemento esencial del contrato, sin que pueda oponerse la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13<sup>12</sup>, pues siempre debe poder analizarse si la cláusula controvertida está redactada de forma clara y comprensible para el consumidor. De este modo, concluye 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».

c) Pero, es que, además, el índice IRPH es un índice complejo, no es fácil de calcular ni de entender para un consumidor medio. Por eso se hace más necesario que la redacción de la cláusula que lo contiene sea clara, sencilla y comprensible, para que el consumidor medio pueda entender el funcionamiento del cálculo de ese índice, y aceptar —o no— el alcance y consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula que lo contiene. Pero, la exigencia de transparencia «no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44)».

d) Por ello, y para ello, corresponde a la entidad prestamista informar al consumidor de todo aquello que resulte necesario para la debida comprensión de la cláusula. En este sentido, los deberes de información precontractual deben ser detallados, y adaptados a las circunstancias, para conseguir la comprensión de su importancia y alcance económico y jurídico para ese consumidor medio y, entiende el Tribunal, que debe informarse al consumidor sobre el procedimiento de cálculo del interés (y que este sea comprensible), y de la evolución del índice

en los dos años anteriores a la contratación. El juez debe entrar a examinar si se ha proporcionado dicha información y si esta ha sido clara y comprensible para el consumidor, con el fin de asegurar que contrató asumiendo las consecuencias económicas de la cláusula.

e) Si se prueba que esos deberes no se cumplieron, esa cláusula no supera el control de abusividad, por falta de transparencia y debe declararse nula.

En esta sentencia, tal y como confirma el magistrado Javier ORDUÑA MORENO, y ya adelantó en su voto particular de la STS de 14 de diciembre de 2017, se está interpretando correctamente el control de transparencia, que no puede quedarse en un plano meramente formal (redacción clara, sin errores), sino que desciende el plano sustantivo o material alcanzando la verdadera comprensión del consumidor. Esto se deduce claramente de las palabras del TJUE cuando afirma que «para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

Se produce una clara extensión del control de transparencia a los deberes de información precontractual concretos sobre el procedimiento del cálculo del índice y de la evolución del mismo con anterioridad al contrato; pero, también, como dice ORDUÑA MORENO, se produce una extensión de este control de transparencia al quedar dentro del mismo la posibilidad de examinar si se han cumplido esos deberes de información con respecto a una cláusula que recoge un índice que es consecuencia de una disposición legal o administrativa; porque no es el índice el que se somete al control de transparencia, si no el cumplimiento de los deberes de información precontractual sobre el mismo.

Coincido con ORDUÑA MORENO en que hay que empezar a considerar la importancia del control de transparencia en la contratación con consumidores porque se está convirtiendo en un «principio informador de la contratación predispuesta», y se está produciendo —como afirma este autor— una «interpretación vertebradora y extensiva del control de transparencia»<sup>13</sup>. Son ya varias las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del TJUE, que continúan en esta línea iniciada, a mi modo de ver, con la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, y hoy ya parece consolidarse. Fui crítica en un principio con esa extensión del control de abusividad, por las exigencias que el mismo suponía para el caso concreto y la dificultad de comprobar la comprensión de cada consumidor, pero está claro que la generalización del control de transparencia objetiva, sobre la capacidad de un consumidor medio, es algo conveniente y creo que, ya, necesario.

## 2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA IRPH

Si esa cláusula en el caso concreto no supera el control de transparencia porque no se informó al consumidor —y este no comprendió— el alcance y consecuencias jurídicas del índice IRPH, el juez podrá declarar la cláusula nula



por ser abusiva, debe expulsarse del contrato, tal y como nos dice la TRLDCU y la normativa europea.

En principio, el juez no puede integrar el contrato con otro índice. El problema de la expulsión del contrato es que al tratarse de un elemento esencial (precio), y tener que suprimirlo, su nulidad conlleva la nulidad de todo el contrato en cuestión, pues este no puede subsistir sin aquella, debiendo, en consecuencia, reestablecerse las prestaciones (art. 1303 CC); es decir, el consumidor, declarada la nulidad de la cláusula IRPH, tiene que devolver todo el préstamo, todo el capital prestado. Esto le supone un perjuicio mayor que el que puede ocasionar la propia cláusula, tal y como dice el TJUE. Por eso, y en aras de esa protección del consumidor, se facilita al juez nacional la posibilidad de sustituir ese índice IRPH por otro, para que el contrato siga desarrollando sus efectos, contestando así a la tercera cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia. En concreto, el juez nacional podrá «en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprimir 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 (véanse, en este sentido, las Sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48)».

Esta decisión se basa en los siguientes argumentos:

La propia Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores que eliminó definitivamente el IRPH, ya previó un índice sustituto, «índice supletorio» salvo que las partes dispusieran otra cosa, en su disposición adicional decimoquinta<sup>14</sup>. Es decir, en España, ya se contempla un índice supletorio al IRPH, por lo que la sustitución que puede realizar el juez nacional está ya prevista en nuestra legislación, haciendo posible lo que plantea el TJUE, sin contravenir la normativa europea.

Además, tal y como afirma el TJUE, esta decisión supone el menor perjuicio del consumidor, ya que si la nulidad de la cláusula implica la no subsistencia del préstamo que deviene nulo en su totalidad, como ya hemos dicho, el consumidor debería devolver todo el principal, cuestión económicamente complicada para él ya que le supondría un gran esfuerzo. De este modo, se perjudica a quien se pretende proteger, y viceversa, el prestamista no se vería disuadido de volver a incorporar una cláusula de este tipo porque realmente a él no le perjudica<sup>15</sup>.

Por último, la jurisprudencia ya ha considerado esta opción en otras ocasiones, y ha entendido que es posible acudir a una disposición supletoria de derecho nacional para evitar el perjuicio al consumidor, y evitar, asimismo, el efecto disuasorio para el prestamista de no incorporar más esa cláusula sustituida. Se trata con esta medida de «reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas». Esto ocurrió ya en relación con la cláusula que contenía el vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, que se permitió sustituir la cláusula declarada nula por la disposición legal en vigor del momento (art. 693 LEC), en cuanto al número de plazos impagados para hacer posible el

vencimiento anticipado (STJUE 26 de marzo de 2019), y asimismo en la STJUE de 30 de abril de 2014.

En definitiva, es posible sustituir el índice IRPH por otro legalmente establecido en la legislación nacional<sup>16</sup>; en este caso, hoy, normalmente se sustituye por el EURÍBOR, que es el índice de referencia más utilizado en la práctica, tal y como confirma el informe de ASUFIN, que señala que el IRPH se ha sustituido por el EURÍBOR en un 60,53% de los casos, mientras que en un 37,04% ha dejado el préstamo sin interés<sup>17</sup>. Compartimos esta solución como la más adecuada para conseguir esa protección del deudor consumidor ante la existencia de una cláusula abusiva.

### 3. CONFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Nada más publicarse la STJUE de 3 de marzo de 2020, han confirmado su doctrina dos sentencias de juzgados de primera instancia, a favor del control de transparencia de la cláusula que contiene el IRPH, su declaración de nulidad por no superar este control y de la sustitución de este índice por otro (el EURÍBOR), tal y como contempla la sentencia europea.

En efecto, la SJPI núm. 4 de Burgos de 4 de marzo de 2020, en el caso de un particular contra el Banco de Santander, discutiendo sobre la validez de la cláusula que incorporaba el índice IRPH Entidades en el préstamo hipotecario, entra a valorar si se cumplieron las exigencias del principio de transparencia y los correspondientes deberes de información precontractual, considerando que no fue así y declarando la nulidad de la cláusula: «no es necesario que el consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos; pues de la prueba practicada, 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 en virtud de la cual la actora pudieran valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euríbor, que era lo habitual en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, ni tampoco figura información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euríbor. 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. No se cuenta con la declaración de la actora, habiendo declarado el testigo que no recuerda la operación, ni si el IRPH en el momento de la formalización del préstamo era superior o inferior al Euríbor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los demandantes, figura el índice de referencia IRPH enmarcado en la cláusula Tercera. Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3.º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005».

Igualmente, suscribe la tesis del TJUE en cuanto que, si no puede eliminarse la cláusula nula sin que afecte al contrato, podrá sustituirse por otro índice, en este caso, el EURÍBOR: «En base a ello, las consecuencias de la declaración de nulidad del tipo de referencia IRPH-entidades y tipo de referencia sustitutivo IRPH-Bancos, la declaración de nulidad de la cláusula 3 bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2005 conlleva la eliminación de esta cláusula, y siguiendo el criterio del Voto Particular contenido en la Sentencia

del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor más el diferencial del 0,50% que se indica en la cláusula 3. bis. D. El Euríbor más 0,150% se aplicará con efectos retroactivos durante toda la vida del préstamo en que se haya aplicado el tipo de referencia IRPH Entidades y en consecuencia la entidad bancaria deberá devolver a la parte actora la diferencia que resulte de la sustitución de tipo de referencia IRPH Entidades por el tipo de referencia Euríbor más 0,50% junto con los intereses, lo que será calculado en ejecución de sentencia. Igualmente, desde el dictado de la presente resolución será de aplicación el artículo 576 de la LEC».

En el mismo sentido resuelve la SJPI núm. 6 de Lérida, de 9 de marzo de 2020, en un caso contra Caixabank, entendiendo que la cláusula IRPH no ha superado el control de transparencia, y lo sustituye, en virtud de lo establecido en la STJUE 3 de marzo de 2020, por el EURÍBOR<sup>18</sup>.

Entiendo que esta es la senda que se abre en este momento y que, a partir de ahora, en una probable avalancha de demandas, los sucesivos juzgados, siguiendo la puerta abierta por el Tribunal Europeo, entrarán a analizar si la cláusula que contiene el índice de referencia IRPH supera el control de transparencia o no, interpretado extensivamente como adelantaba el voto particular de la sentencia del Supremo y confirma el tribunal europeo. De ese análisis extensivo del control de transparencia, me atrevo a aventurar que una gran mayoría entenderá que no se han cumplido los deberes de información precontractual y, en consecuencia, que no se supera el control de transparencia, declarando nula dicha cláusula, y sustituyéndola, en su mayoría, por el EURÍBOR. Nuevos problemas judiciales, nueva etapa de saturación judicial y, en definitiva, nuevo perjuicio económico para todos.

Probablemente, sería necesario, como comentábamos antes que, para poner fin a este escenario judicial, y de incertidumbre financiera que se puede provocar, el control de transparencia material, extensivo, se reconozca totalmente como principio informador de la contratación en masa o predispuesta. Esperemos que, a partir de ahora, y con las modificaciones que a este respecto introdujo la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), los nuevos préstamos se constituyan sin deficiencias en cuanto al control de transparencia.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Los préstamos hipotecarios, normalmente a largo plazo, se ven sometidos a las fluctuaciones monetarias. Los intereses variables, que aparecen para compensar los riesgos de la variación del precio del dinero en una obligación a largo plazo, son más complejos, y suponen, asimismo, una mayor indeterminación respecto a su cuantía, pues esta se desconoce, ya que va cambiando con el transcurso del tiempo. Para su cálculo, existen diversos índices de referencia a los que se suma un diferencial previamente determinado.

II. Uno de esos índices de referencia es el IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios), que proviene de calcular la media de todos los préstamos hipotecarios de entidades financieras de más de tres años. Este índice de referencia dejó de existir definitivamente en 2013, pero todavía persiste en numerosos préstamos hipotecarios.

III. Sobre este índice se ha cuestionado su validez en cuanto que no supera el control de transparencia material, y el perjuicio que supone para el consumidor con respecto a otros índices de referencia, más baratos.

IV. La STS 14 de diciembre de 2017 estableció que la cláusula que contenía este índice era una condición general de la contratación, a pesar de referirse a un elemento esencial del contrato como es el precio. Además, añadió que sobre ella no cabía aplicar el control de abusividad y que superaba el control de transparencia porque se trataba de un índice legalmente impuesto, no negociado, que responde a una disposición administrativa donde el banco no tenía capacidad de información o maniobra sobre el mismo. Es decir, si este índice responde a una disposición administrativa, queda excluido del control de incorporación y transparencia tal y como se desprende del artículo 4.2 LCGC y 1.2 Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, y no corresponde al juez valorar su validez.

V. Pero, la STJUE de 3 de marzo de 2020 no confirmó la tesis del Tribunal Supremo español sino que consideró que, esta cláusula se trata, efectivamente, de una condición general de la contratación, que puede y debe verse sometida al control de transparencia por el juez nacional, pues las excepciones previstas en los artículos 4.2 LCGC y artículo 1.2 de la Directiva 93/13 se refieren a condiciones impuestas en normas de carácter imperativo, lo cual no es el caso de la legislación española al prever el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios.

VI. Es necesario que el juez nacional examine en cada caso si se supera o no el control de transparencia material de la cláusula controvertida, con el fin de averiguar si el consumidor medio-tipo, entendió y pudo entender las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula y valorar a la hora de contratar el esfuerzo económico que la misma supone. Para ello, es necesario que el prestamista informe debidamente y con carácter previo al consumidor sobre el procedimiento de cálculo del índice IRPH y de la variación en los años anteriores, para que el consumidor otorgue su consentimiento perfectamente formado.

VII. Si el juez considera que no se ha superado ese control de transparencia, declarará la cláusula nula, y se eliminará del contrato. Pero, si el contrato no puede subsistir sin ella, y se declara nulo, esto puede producir un mayor perjuicio para el consumidor que se ve avocado a devolver todo el principal del préstamo. Por eso, en este caso, se permite al juez nacional que sustituya el índice IRPH, en virtud de una disposición supletoria de Derecho nacional, por otro índice allí contemplado.

VIII. Se produce, en consecuencia, una nueva interpretación extensiva y objetiva del control de transparencia, que lleva a establecerlo como un principio necesario e informador de toda la contratación en masa que, entiendo, así debe configurarse, y del que ya no debe caber duda, con el fin de acabar con la incertidumbre jurídica y el sinfín de demandas en relación con la declaración de nulidad de cláusulas abusivas. Es de esperar que la nueva regulación a través de la LCCI, ponga ya fin a ello.

## V. ÍNDICE RESOLUCIONES

### SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- 18 de junio de 2012
- 7 de abril de 2014

- 29 de abril de 2015
- 14 de diciembre de 2017
- 9 de mayo de 2013

#### SENTENCIAS TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

- 10 de mayo de 2001
- 14 de marzo de 2013
- 30 de abril de 2014
- 10 de septiembre de 2014
- 20 de septiembre de 2017
- 26 de marzo de 2019
- 3 de octubre de 2019
- 3 de marzo de 2020

#### SENTENCIAS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Burgos, núm. 4, 4 de marzo de 2020
- Lérida, núm. 6, 9 de marzo de 2020

#### RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

- 26 de octubre de 1984
- 31 de octubre de 1984
- 21 de enero de 1988
- Septiembre de 1988
- 16 de febrero de 1990
- 26 de diciembre de 1990
- 14 de enero de 1991
- 17 de marzo de 1994
- 9 y 10 de octubre 1997
- 24 de agosto de 1998

#### VI. BIBLIOGRAFÍA

- AHEDO PEÑA, O. (2019). Contratos de préstamo, singular consideración del préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. En *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch. Disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- ASUFIN (2020). Estudio Jurisprudencial ASUFIN 2019. Especial IRPH. Disponible en [https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN\\_ESPECIAL\\_IRPH\\_DEF-1.pdf](https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN_ESPECIAL_IRPH_DEF-1.pdf)
- DEL OLMO, A. (2020). La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema?. Disponible en <https://blog.sepin.es/2020/03/sentencia-tjue-clausula-irph-marzo-2020/>.

ORDUÑA MORENO, J. (2020). Dossier: Francisco Javier ORDUÑA analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH. Disponible en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/francisco-javier-orduna-analiza-la-sentencia-del-tjue-sobre-el-irph>.  
YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo, *DN*, 1993, núm. 34/35, 3 y sigs.

## NOTAS

<sup>1</sup> Anteriormente, y antes de la entrada en la Unión Europea, era muy frecuente el uso de MIBOR, y como luego apuntaremos, hoy el índice CECA está suprimido.

<sup>2</sup> Cfr. YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, 1993, núm. 34, 35, 2 y 17.

<sup>3</sup> RDGRN de 7 de septiembre de 1988: declara que la fijación de ese tipo objetivo no puede quedar al arbitrio de una de las partes; y RRDGRN de 16 de febrero de 1990; 26 de diciembre de 1990; 14 de enero de 1991; 17 de marzo de 1994.

<sup>4</sup> RRDGRN de 26 de octubre de 1984; 31 de octubre de 1984; 21 de enero de 1988; 16 de febrero de 1990; 26 de diciembre de 1990; 14 de enero de 1991; 17 de marzo de 1994, 9 y 10 de octubre de 1997, y 24 de agosto de 1998.

<sup>5</sup> El índice de referencia IRPH para préstamos hipotecarios surgió en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que facultó al Ministerio de Economía y Hacienda, o al Banco de España, a publicar los índices de referencia de los préstamos a interés variable. Y fue el Banco de España en Circular 5/1994, de 22 de julio de quien estableció los índices IRPH Cajas, IRPH Bancos e IRPH Entidades. Véase sobre este extremo a AHEDO PEÑA, O. (2019). Contratos de préstamo, singular consideración del préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. En *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch. Disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>6</sup> Artículo 4 LCGC: «La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes».

Y el artículo 1, apartado 2, de la Directiva dispone lo siguiente:

«Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, [en los que] los Estados miembros o la [Unión Europea] son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».

<sup>7</sup> Afirma la sentencia en este sentido: «presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace “idóneo” como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre».

<sup>8</sup> Continúa la sentencia: «La aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predisuelta por la que el profesional utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia».

<sup>9</sup> Continúa la sentencia: «la exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Esto es, en los términos del propio TJUE, que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013).

<sup>10</sup> En este sentido, hace un buen resumen de los puntos esenciales de esta sentencia DEL OLMO, A. (2020). La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema? Disponible en <https://blog.sepin.es/2020/03/sentencia-tjue-clausula-irph-marzo-2020/>

<sup>11</sup> Para que proceda tal exclusión es necesario que esa cláusula refleje una disposición legal o reglamentaria y que sea imperativa (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 y 20 de septiembre de 2017) cuestión esta última que no se da en el supuesto analizado, pues según el TJUE «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 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».

<sup>12</sup> Artículo 4.2. Directiva 93/13: «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».

<sup>13</sup> ORDUÑA MORENO, J. (2020). Dossier: Francisco Javier ORDUÑA analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH. Disponible en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/francisco-javier-orduna-analiza-la-sentencia-del-tjue-sobre-el-irph>.

<sup>14</sup> Disposición adicional decimoquinta Ley14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, párrafo 2.º y 3.º:

«2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior —IRPH Cajas y Bancos— serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo».

<sup>15</sup> Esto se desprende claramente de las palabras del TJUE en esta sentencia de 3 marzo 2020: «Si, en una situación como la descrita en el apartado 58 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio 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».

<sup>16</sup> No olvidemos que también es posible, ante la nulidad de la cláusula que contiene el índice IRPH, que se opte por no devolver los intereses, pero sí el principal, sin tener que sustituir ese índice.

<sup>17</sup> Véase el reciente informe de ASUFIN (Asociación de usuarios financieros), sobre la jurisprudencia y el índice IRPH. ASUFIN (2020). Estudio Jurisprudencial ASUFIN 2019. Especial IRPH. Disponible en [https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN\\_ESPECIAL\\_IRPH\\_DEF-1.pdf](https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN_ESPECIAL_IRPH_DEF-1.pdf)

<sup>18</sup> SJPI núm. 6 Lérida, de 9 de marzo de 2020: «por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de 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 concreto 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». Y continúa «En este orden de cosas, será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURÍBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euríbor; más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia».



## 1.4. Sucesiones

# Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria

## *About the protection of a family members through the trust replacement*

por

TOMÁS NOGUERA NEBOT

*Profesor titular (E.U.) de Derecho civil. Universidad de Huelva*

**RESUMEN:** En relación a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre reforma, podemos destacar algunas ideas. En primer lugar, hay que resaltar que permite alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretende proteger no es aquel a quien, en principio, trata de tutelar toda la Ley (la persona con discapacidad), sino otro distinto que no tiene que coincidir con aquel: el incapacitado judicialmente. También es resaltable el que se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones.

**ABSTRAC:** *In relation to Law 41/2003, of November 18 reform, we study some ideas. First of all, it should be noted that it allows us to alter the traditional principle of the intangibility of the legitimacy. With this particular reform, the subject to whom it is intended to protect is not the one who, in principle, tries to protect the entire Law (the person with a disability), but a different one it does not have to coincide with that one: the legally incapacitated. It is also noteworthy that it is a partial reform of inheritance law.*

**PALABRAS CLAVE:** Sustitución fideicomisaria. Legítima.

**KEY WORDS:** *Trustee replacement. Legitimate.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS FAMILIARES MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 2. REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DISCAPACIDAD, INCAPACITACIÓN Y DEPENDENCIA. 3. POSIBLES FAMILIARES PROTEGIDOS MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—III. BREVE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Constitución Española —en su Título Preliminar— establece en el artículo 9.2 que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Y dentro de «los principios rectores de la política social y económica» el artículo 49 dispone que «los poderes públicos realizarán 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<sup>1</sup> otorga a todos los ciudadanos».

Son muchos los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes.

En ese sentido podemos destacar 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, que fue publicada en el BOE de 19 de noviembre de 2003 y que entró en vigor al día siguiente.

Dicha Ley fue aprobada en un momento de especial sensibilización de la sociedad y de los poderes públicos hacia las personas con discapacidad: el año 2003 fue declarado «Año Europeo de las personas con discapacidad».

El objeto inmediato de dicha ley —destaca su exposición de motivos— es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

El contenido de la Ley 41/2003 —precisa su exposición de motivos— no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Hay que destacar que estas modificaciones se realizaron siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación.

En concreto, el artículo 10 de la citada Ley 41/2003 modificó el Código civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, a los artículos 782, 808, 813.2; dando nueva redacción al primero y al último y añadiendo un nuevo párrafo tercero al artículo 808, todo ello con el fin de que pueda gravarse el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en la que sean fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.

En relación a esta reforma, podemos destacar algunas ideas<sup>2</sup>. En primer lugar, hay que resaltar que permite alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima<sup>3</sup>. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretende proteger no es aquel a quien, en principio, trata de tutelar toda la Ley (la persona con discapacidad), sino otro distinto que no tiene que coincidir con aquel: el incapacitado judicialmente. También es resaltable el que se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones.

De entre la rica problemática que tal reforma del Código civil plantea, vamos a ocuparnos de algunas cuestiones.

## II. LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS FAMILIARES MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

### 1. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El Código civil establece en su artículo 781 que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Como ha resaltado la doctrina, nuestro Código nos ofrece en el artículo 781 una aproximación inicial extraordinariamente pobre de la sustitución fideicomisaria. De una parte, no llega ni siquiera a indicar que el *tercero* al que alude es también heredero (heredero fideicomisario), y, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de *el encargo* hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (fideicomitente). Ambos son herederos del testador, aunque lo sean de forma sucesiva en el tiempo, quedando obligado el primero de ellos a conservar los bienes a favor del segundo.

Como muy claramente expone el profesor LASARTE<sup>4</sup>, el supuesto de hecho de la sustitución fideicomisaria requiere que se den los siguientes presupuestos:

— Una determinación testamentaria expresa establecida por el testador al respecto, pues la constitución de la sustitución fideicomisaria solo puede encontrar fundamento en la libre voluntad del causante.

— Pluralidad de herederos instituidos que, al menos, deben ser dos, pero que pueden ser más. El testador decide, por ejemplo, que alguien sea heredero durante un determinado periodo de tiempo (normalmente, duración vitalicia) y que, después, sea llamado otro heredero, al que el artículo 781 denomina de forma imprecisa «tercero». Hay, por tanto, un doble (o, en su caso, múltiple) llamamiento a una misma herencia.

— Tal llamamiento ha de caracterizarse necesariamente por contener un orden o una ordenación sucesiva y temporal de los dos (o más) herederos.

— El heredero llamado en primer lugar (o varios de ellos en caso de llamamiento múltiple) queda obligado a conservar los bienes hereditarios en atención o beneficio del sustituto subsiguiente.

También hay que destacar como nota muy sobresaliente de la sustitución fideicomisaria su riguroso carácter temporal. De ahí la radical prohibición y nulidad de las disposiciones testamentarias que pretendan establecer un orden

plural y sucesivo de herederos de forma perpetua o indefinida. Tal idea se encuentra recogida en el Código, estableciendo el artículo 785.2 que «no surtirán efecto...las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781».

Pues bien, el Código civil —tras la reforma introducida por la Ley 41/2003— permite que el testador pueda gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria; pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Como mantiene la generalidad de la doctrina, ello supone alterar la regla de la intangibilidad de la legítima<sup>5</sup>. Como hemos dicho anteriormente, en esta materia los artículos afectados por la reforma son: el artículo 782 que tiene una nueva redacción; el artículo 808, al que se añade un nuevo tercer párrafo —pasando a ser cuarto el anterior párrafo tercero; y el artículo 813, a cuyo párrafo segundo se da nueva redacción.

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 41/2003, el artículo 813.2 del Código civil disponía: «Tampoco podrá imponer sobre ella —la legítima— gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

El nuevo artículo 813.2 ya prevé la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, al expresar: «Tampoco podrá imponer sobre ella —la legítima— gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados». Por su parte el citado artículo 808, en su nuevo párrafo tercero, dispone: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Por otro lado, el antiguo artículo 782 disponía: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Con redacción muy distinta —en lo que se refiere a la legítima— establece el nuevo artículo 782: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808». Mantiene sin cambio el gravamen de la mejora al establecer: «Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

## 2. REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DISCAPACIDAD, INCAPACITACIÓN Y DEPENDENCIA

Tenemos que resaltar que en la mayoría de las reformas que la Ley 41/2003 realiza en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, el ser una persona con discapacidad aparece como el requisito determinante de las medidas de protección previstas; bastará en dichos casos que concorra en la persona alguna de las minusvalías a las que hace referencia su artículo 2, sin que sea necesaria la incapacitación judicial. Sin embargo, para poder gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente es imprescindible que dicho legitimario se encuentre incapacitado judicialmente. No es suficiente que el hijo o descendiente tenga la consideración de persona con discapacidad para establecer en su favor una sustitución fideicomisaria.

Los conceptos discapacidad e incapacitación<sup>6</sup> no son idénticos, aunque tampoco incompatibles.

Como sabemos, para precisar cuál es el significado de la expresión *persona con discapacidad* debemos acudir a la disposición adicional cuarta del Código civil (añadida por el art. 13 de la Ley 41/2003) que establece: «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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».

Y conforme al artículo 2.2 de la citada Ley «únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento».

Por su parte el párrafo tercero del mismo artículo 2 nos indica cómo se acredita el grado de minusvalía, a saber «mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Al no haber sido aprobada la normativa reglamentaria propia prevista en la disposición final segunda de la Ley 41/2003<sup>7</sup>, tenemos que recurrir al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>8</sup>, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, aun cuando como se reseña en el propio texto reglamentario lo es en el ámbito de los Servicios sociales y de la Seguridad Social.

Sin embargo, como el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 se refiere a tres minusvalías (psíquica, física y sensorial) y a distintos porcentajes para su atribución, se hizo necesario añadir una disposición adicional única (tarea realizada por el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero) al citado Real Decreto 1971/1999, la cual bajo la rúbrica de «Reconocimiento del Tipo de minusvalía» dispone que: «En los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía expedidos por organismo competente, se hará constar en lo sucesivo como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física y sensorial, según corresponda»

Cabe plantearse si esa «o resolución judicial firme» del artículo 2.3 de la Ley 41/2003 es un modo de acreditación de la discapacidad distinto del certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por el contrario es punto final del recurso planteado ante la jurisdicción social previsto en el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social contra las resoluciones sobre reconocimiento del grado de minusvalía del artículo 12 del Real Decreto 1971/1999.

En relación con lo anterior, la profesora TORRES GARCÍA<sup>9</sup> se decanta por la segunda opción, ya que considera —de forma acertada— que el único medio de acreditar a una persona con discapacidad es el procedimiento regulado el Real Decreto 1971/1999.

En cuanto a la incapacitación, como se sabe, se encuentra regulada en los artículos 199 y siguientes del Código civil, habiendo sido derogados los artículos 202 a 214 por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la cual regula los procesos que versen sobre la capacidad de las personas (arts. 748 a 755 LEC) y los de declaración de prodigalidad (arts. 756 a 763 LEC). Según el artículo 200 del Código civil «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas

gobernarse por sí misma». Además, para que una persona sea incapacitada no es suficiente con que en ella concurra alguna causa de incapacitación, sino que es imprescindible la correspondiente sentencia judicial que así lo declare (según el art. 199 CC).

La propia exposición de motivos de la Ley 41/2003 explica al referirse a los beneficiarios de patrimonios protegidos, que en las personas con discapacidad pueden concurrir o no las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código civil y, concurriendo, tales personas pueden haber sido o no judicialmente incapacitadas. Es decir, para tener la consideración de «*persona con discapacidad*» no es imprescindible estar judicialmente incapacitado; solo es necesario estar afectado por los grados de minusvalía señalados en el artículo 2.2; y el grado de minusvalía se puede acreditar —como hemos dicho antes— «mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente».

Por tanto, con este concepto de persona con discapacidad estamos ante una institución de nuevo corte para el Derecho Civil.

A los conceptos de discapacidad e incapacitación hay que unir, a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el de dependencia, que es definido en su artículo 2.2 como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental de otros apoyos para su autonomía personal». Las «Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD)» son, según el artículo 2.3 de la Ley 39/2006 «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas»; según el artículo 2.4, las «necesidades de apoyo para la autonomía personal» son «las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad», lo cual está relacionado, según el anexo I del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, con la capacidad para tomar decisiones, de modo que la misma será valorada en esas personas con discapacidad intelectual o mental para valorar o determinar su grado de dependencia. Según el citado Anexo I del Real Decreto 504/2007, esta capacidad para tomar decisiones consiste en la «capacidad de controlar, afrontar, y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo a las normas y preferencias propias. Agrupa la toma de decisiones relativas a las actividades de auto cuidado, actividades de movilidad, tareas domésticas, interacciones personales básicas y complejas, usar y gestionar el dinero y uso de servicios a disposición del público». Pues bien, cabe la posibilidad de que una persona sea declarada dependiente<sup>10</sup> por ser incapaz de tomar decisiones, motivo por el que podrá requerir de la ayudas o apoyos correspondientes que puedan derivar de la Ley 39/2006 y del Real Decreto 504/2007 y, además, por la misma razón, sea incapacitada judicialmente, nombrándosele un tutor o curador, según estime oportuno el juez competente<sup>11</sup>.

Así pues, una misma persona puede reunir los caracteres de dependiente e incapacitada; si bien una persona puede ser dependiente y no estar incapacitada judicialmente.

### 3. POSIBLES FAMILIARES PROTEGIDOS MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Conforme a los artículos 782, 808.3 y 813.2 del Código civil, el familiar que puede ser protegido como fiduciario mediante una sustitución fideicomisaria tiene que estar incapacitado judicialmente; no es suficiente que sea una persona con discapacidad ni tampoco que sea una persona declarada dependiente.

Además de incapacitado judicialmente, debe ser hijo o descendiente del testador. Por tanto, no puede serlo un padre o ascendiente, ni tampoco el cónyuge viudo. Es curiosa la opción del legislador, puesto que —dadas las avanzadas edades que se alcanzan en nuestros días y las enfermedades físicas y psíquicas que en ellas suelen aparecer y que pueden ser causa de incapacitación— es frecuente que los familiares incapacitados sean, no los hijos o descendientes del testador, sino su cónyuge o sus padres y que sea a ellos a quienes se quiera favorecer, sin que la ley haya previsto la misma posibilidad que para los hijos y descendientes<sup>12</sup>. Si los hijos pueden verse privados temporalmente de su legítima para favorecer a un hermano incapacitado ¿por qué no en beneficio de un ascendiente incapacitado, sobre todo si este es su padre o su madre? Al no encontrar un motivo que justifique la negativa, la profesora DÍAZ ALABART<sup>13</sup> entiende que no existe inconveniente insalvable para establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los hijos a favor del cónyuge o ascendiente incapacitado del testador. Sobre esta cuestión, nosotros pensamos igual que la profesora MARTÍN MELÉNDEZ<sup>14</sup>: que, aunque nos está justificada la exclusión de esas personas, la ley es muy clara al referirse solo a los hijos o descendientes, con lo que el cónyuge o el ascendiente del testador no podrán beneficiarse como fiduciarios de la sustitución fideicomisaria que estudiamos<sup>15</sup>.

Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2003, si se quería favorecer en especial a un descendiente, el titular de los bienes podía utilizar a tal fin el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Si ese mismo descendiente era, además, legitimario conservaba sus derechos respecto del tercio de legítima estricta que compartía, en su caso, con los restantes descendientes legitimarios. Lo que no podía hacer el testador era asignarle íntegramente el tercio de legítima estricta si existían otros legitimarios, ni gravar la legítima de estos en su beneficio.

Tras la reforma de la Ley 41/2003, la libertad del testador ha resultado muy ampliada. Como muy bien destaca la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>16</sup>, la reforma citada amplía la libertad del testador porque reconoce a este una facultad que antes no tenía. Lo hace en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permite al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en *particular al legitimario que esté incapacitado judicialmente*. Como indica el artículo 808.3 del Código civil, si alguno de los hijos o descendientes ha sido judicialmente incapacitado, el testador puede establecer un orden sucesivo de llamamientos al tercio de legítima estricta, en el cual el fiduciario va a ser el legitimario incapacitado y fideicomisarios los restantes coherederos forzosos, quienes tendrán que esperar a la muerte del incapacitado para disfrutar de sus derechos legitimarios. De esta forma el testador puede asegurar el disfrute del tercio íntegro de legítima a aquel de sus descendientes legitimarios incapacitado, con el consiguiente aplazamiento para los restantes legitimarios. En conclusión, como las posibilidades de disposición del testador en relación a los tercios de mejora y de libre disposición no han variado, todos sus bienes podrán ir a parar, aunque algunos no de forma definitiva, al descendiente incapacitado.

Una cuestión que se puede plantear es que el testador tenga varios hijos o descendientes incapacitados y otros que no lo sean. Si decide constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, ¿podrá ser fiduciario uno solo o deberán ser fiduciarios todos los hijos o descendientes incapacitados? Nosotros pensamos que el testador podrá nombrar fiduciario a uno, algunos o todos los hijos o descendientes incapacitados<sup>17</sup>. Ello a pesar de la literalidad —en plural— del artículo 808.3 del Código civil: «siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados», lo que podría llevar a pensar que, si son varios los hijos o descendientes incapacitados, todos deberían ser fiduciarios. Pensamos que el tenor literal del artículo obedece a una forma habitual de expresarse el legislador, puesto que ordinariamente utiliza el plural para referirse a los sucesores del causante, ya que lo normal es que sean varios (así, por ejemplo, suele referirse a los herederos forzosos, hijos o descendientes, padres y ascendientes...). Pero, sobre todo, pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos o descendientes incapacitados, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos<sup>18</sup>.

Por otro lado, para que surta efecto la sustitución fideicomisaria es imprescindible que la incapacitación se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión. Como bien señala la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>19</sup>, si la incapacitación termina antes del fallecimiento del testador desaparece la causa que le habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta y los herederos forzosos, a menos que se haya puesto para tal supuesto una cautela de opción compensatoria, podrán hacer efectivos sus derechos inmediatamente. También por faltar el presupuesto legal, si el designado fiduciario falleciere antes que el testador, accediendo a la condición de legitimarios por derecho de representación sus descendientes (no incapacitados), quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria.

Llama la atención la diferencia de trato que el nuevo régimen establece entre los descendientes legitimarios con discapacidad, pero no incapacitados y los descendientes legitimarios que sí estén incapacitados. A los primeros se les puede beneficiar con el tercio de mejora y con el tercio de libre disposición, pero no se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Por el contrario, a los descendientes judicialmente incapacitados, además de con los tercios de mejora y de libre disposición, se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de los demás legitimarios.

Sabemos que en el ámbito de la sustitución fideicomisaria podemos distinguir entre la sustitución ordinaria o pura y la sustitución fideicomisaria condicional. La diferencia básica entre ambas radica, como muy bien expresa el profesor LASARTE<sup>20</sup>, en que en la sustitución ordinaria o pura la delación hereditaria a favor del fideicomisario se considera producida en el mismo momento del fallecimiento del fideicomitente, mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional el llamamiento del fideicomisario depende obviamente de que acaezca el hecho futuro o incierto elevado al rango de condición. En el supuesto de la sustitución fideicomisaria a que se refieren los artículos 782, 808.3 y 813.2 nos encontramos con una sustitución pura. El derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el mismo momento de la muerte del fideicomitente. El fallecimiento del fiduciario marca el momento en el que los bienes fideicomitados pasarán a los fideicomisarios. En aplicación del artículo 784 del Código civil, si algún heredero fideicomisario, habiendo sobrevivido al testador, muere antes



que el fiduciario, los bienes objeto del fideicomiso que hubieren correspondido al citado fideicomisario irán a parar a sus herederos, cuando fallezca el fiduciario.

Vamos a continuar con otras cuestiones que merecen ser comentadas.

El tercio de legítima comprende, según dispone el artículo 806 del Código civil, «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», es decir, la legítima corresponde a los llamados legitimarios, a quienes no se puede privar de sus derechos si no existe una justa causa de desheredación. Y la legítima es de distribución igualitaria salvo que opere el derecho de representación.

Quiénes son legitimarios nos lo dice el artículo 807 del Código civil:

«1.º. Los hijos y descendientes respecto de los padres y ascendientes.

2.º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3.º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este código».

Pues bien, en la sustitución fideicomisaria a que se refiere el nuevo artículo 808.3, tanto fiduciarios<sup>21</sup> como fideicomisarios, tienen que ser legitimarios. Concretamente el citado artículo señala que los fiduciarios serán «hijos o descendientes judicialmente incapacitados» y los fideicomisarios serán «los coherederos forzosos».

La peculiaridad consiste en que el testador, a partir de la reforma introducida por la Ley 41/2003, puede aplazar el disfrute de los bienes que por legítima estricta le correspondan a ciertos descendientes, concretamente a los designados como fideicomisarios; ello en beneficio de los hijos o descendientes designados fiduciarios. Sin embargo, el testador, si bien puede hacer lo anterior, no puede ampliar el grupo de beneficiarios de la legítima estricta, la cual tiene que ser distribuida por partes iguales, aún con la salvedad prevista en el artículo 808.3, entre las personas designadas en la ley.

Los fideicomisarios pueden ser varios (en el supuesto de que sean varios los legitimarios no incapacitados) y todos ellos son sustitutos directos del fiduciario y no son sustitutos entre sí. Podemos plantearnos que sucedería si, por algún motivo, faltase algún fideicomisario. En el supuesto que un fideicomisario muriese antes que el testador o no pudiese sucederle por estar incurso en causa de indignidad, sería suplido por sus propios descendientes como legitimarios por derecho de representación. Un caso distinto sería que un fideicomisario renunciare a su porción de legítima, supuesto en el que según lo dispuesto en el artículo 985.2 «sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer». El fiduciario, de todas formas, mantendría en su poder los bienes —que hubiesen sido objeto de la sustitución fideicomisaria— mientras viviese.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

De entre las posibles cuestiones que se pueden tratar sobre el objeto de la sustitución fideicomisaria, vamos a referirnos a algunas de ellas.

Una cuestión importante es la relativa a precisar si para poder establecer la sustitución fideicomisaria que estamos estudiando es necesario, o no lo es, haber dispuesto de los demás bienes a favor del incapacitado.

Parece que lo que se persigue con el artículo 808.3, al establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del incapacitado, es

que se pueda mejorar la sucesión de este más de lo permitido antes de la reforma de la Ley 41/2003, que era dejarle el tercio de libre disposición entero, el tercio de mejora entero y su parte en el tercio de legítima estricta. Ahora, además de eso, se puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre la parte de legítima estricta de sus coherederos forzosos y nombrarle fiduciario.

¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los coherederos forzosos? Nosotros pensamos que no. Solo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima corta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado<sup>22</sup>. El legislador, con la reforma de la Ley 41/2003, ha alterado el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto sobre esta, según rezaba el anterior artículo 813.2, no podía imponerse «gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». Parece de sentido común que una reforma de tal calado e importancia se haya realizado para que el incapacitado reciba más de lo que podía recibir antes de la misma. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos —con la importancia y trascendencia que ello conlleva para los mismos: privación temporal, que podría ser muy prolongada, de la misma— pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios.

Además, la postura que aquí mantenemos se puede apoyar en la exposición de motivos de la Ley 41/2003, según la cual: «se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, *pero solo cuando ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado». Se puede entender que la exposición de motivos se refiere a que dicha sustitución fideicomisaria *beneficiare* al incapacitado más de lo el testador ya podía beneficiarlo —antes de la reforma— dejándole, aparte de su legítima estricta, los tercios enteros de mejora y de libre disposición<sup>23</sup>.

Por otro lado, en acertada opinión de la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>24</sup>, la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios del artículo 808.3 hace entender que la facultad reconocida al testador no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de otros hijos o descendientes en quienes concurran la misma circunstancia<sup>25</sup>; o lo que es lo mismo, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador decide hacer uso de la medida prevista en los artículos 782, 808.3 y 813.2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados.

Otra cuestión que se puede plantear es la relativa a los bienes que pueden ser objeto de la sustitución fideicomisaria y que, tras la muerte del fiduciario, pasarán a los fideicomisarios. Los nuevos artículos 782 y 808.3 —que pretenden favorecer al legitimario incapacitado judicialmente— se refieren a una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Aunque dichos artículos no lo matizan, parece claro que la sustitución fideicomisaria no recaerá sobre la porción de legítima que le corresponda por derecho propio al fiduciario<sup>26</sup>, es decir, dicha sustitución no recaerá sobre todo el tercio de legítima estricta<sup>27</sup>, si no solo sobre la porción de ella que no corresponda de forma individual —por derecho

propio— al fiduciario beneficiado. Los bienes que reciba el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarán gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrán que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibe libre de toda carga.

### III. BREVE CONCLUSIÓN

La reforma que la Ley 41/2003 ha realizado en el Código civil, permitiendo la constitución de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no merece un juicio favorable, entre otras, por las siguientes razones.

En primer lugar, se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que supone alterar el principio tradicional de la intangibilidad de la legítima; ello provoca la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil. La reforma de dicho sistema legitimario, si es que se considera conveniente, debería hacerse de forma global, no a modo de parches aislados como el que supone la reforma de 2003<sup>28</sup>.

En segundo lugar, en la mayor parte de las ocasiones, el beneficio económico que obtendría el incapacitado fiduciario no sería muy importante. En el supuesto de que existan dos hijos, el incapacitado y un hermano no incapacitado, el beneficio obtenido por aquel solo supondría una sexta parte del patrimonio hereditario, ya que —incluso antes de la reforma estudiada— el testador es libre de dejarle al incapacitado el tercio de libre disposición y el de mejora<sup>29</sup>.

Por último, hay que destacar que el beneficio económico que puede obtener el incapacitado tiene como contrapartida que sus hermanos no incapacitados se verán privados —al menos temporalmente— de su parte de legítima. Ello puede conllevar que consideren al incapacitado culpable de dicha privación y se desentiendan de él y no le presten las atenciones y cuidados necesarios.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). La protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 16.
- CARRASCO PERERA (2003). Acoso y derribo de la legítima hereditaria, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580.
- CORDERO CUTILLAS, I. (2005). Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?, *Estudios Financieros*, números 55-56.
- DÍAZ ALABART, S. (2006). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *Aranzadi Civil*, volumen I, primera edición (Tomo XV).
- (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección

- patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, enero-marzo.
- FUENTESECA, C. (2004). Aspectos sucesorios 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, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, coordinadores: González Porras, J. M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1.º edición.
- LASARTE ÁLVAREZ (2013). *Principios de Derecho Civil*, Sucesiones, Ed. Marcial Pons. Madrid.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2006). Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, Discapacitado, patrimonio separado y legítima, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX-2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2010) *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.ª F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *RCDI*, número 687, enero-febrero.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2007). *Compendio de Derecho civil, T. V, Derecho de Sucesiones*, Dijusa, Madrid.
- PUIG FERRIOL, L. (2005). Protección del discapacitado: aspectos sucesorios, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2006). La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol, vol. II*, coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2006). Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia*, coeditan IDADFE, UNED y El Derecho Editores, Madrid, 27-29 de junio de 2005, Madrid.
- SERRANO GARCÍA, I. (2005). Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- TORRES GARCÍA, T. F. (2006). Discapacidad e incapacitación, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> Título I «De los derechos y deberes fundamentales».

<sup>2</sup> Esta reforma es estudiada en profundidad en el magnífico trabajo de MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

<sup>3</sup> Modificación ya reseñada, entre otros, por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Aranzadi Civil,

núm. 16, enero-2.004, página. 12. También el profesor CARRASCO PERERA se refirió a la legítima hereditaria al hacer un comentario al entonces Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en Acoso y derribo de la legítima hereditaria, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 2003, página. 3.

<sup>4</sup> *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, páginas 108 y 109.

<sup>5</sup> PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 688, sin embargo, argumenta que «la regla general sigue siendo la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima». Lo que hace el legislador es ampliar las excepciones a la misma. Si antes de la reforma de 2003 la única excepción que se permitía era el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes que suponía la legítima del cónyuge viudo, que grava el tercio destinado a la mejora, la Ley de 2003 añade una nueva excepción: el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado. La diferencia es que, en el supuesto anterior el tercio que resultaba gravado era el de mejora. Ahora será el de legítima estricta.

<sup>6</sup> Sobre este tema, se pueden consultar: TORRES GARCÍA, T. F.: Discapacidad e incapacitación, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, 437 y sigs.; CORDERO CUTILLAS, I., Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?, *Estudios Financieros*, números 55-56, año 2005, 7 y sigs.; MORETÓN SANZ, M.ª F.: Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *RCDI*, número 687, enero-febrero de 2005, 61 y sigs.; RUIZ JIMÉNEZ, J.: Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 de junio de 2005, Madrid, 2006, 231 y sigs.

<sup>7</sup> Disposición final segunda. Desarrollo reglamentario: «El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor».

<sup>8</sup> BOE número 22 de 26 de enero de 2000.

<sup>9</sup> TORRES GARCÍA, T. F., Discapacidad e incapacitación, *op. cit.*, 450 y sigs.

<sup>10</sup> En cuanto a la declaración de dependencia, el artículo 27.1 de la Ley 39/2006 establece que «las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir...»; el artículo 28.2, que «el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado»; y el artículo 28.3 que dicha resolución «determinará los servicios o prestaciones que correspondan al solicitante según el grado y nivel de dependencia».

<sup>11</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 60, así lo estima, acertadamente.

<sup>12</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, 2005 y 2006, dice «...estas consideraciones no impiden que el testador nombre fiduciario sobre la legítima estricta a su cónyuge, a un ascendiente o un descendiente no incapacitado: si lo hace se trataría de un gravamen que no está permitido por la ley y las designación podría ser impugnada por los legitimarios descendientes... Pero también es posible que los legitimarios descendientes consientan el gravamen, incluso en el caso de que no reciban una compensación con cargo a la parte disponible de la herencia».

<sup>13</sup> DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), 2110; DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2004, 263.

<sup>14</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 52.

<sup>15</sup> En este sentido FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios 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, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1.º edición, 2004, 1.478.

<sup>16</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero de 2004, 361.

<sup>17</sup> En contra: PUIG FERRIOL, L.: Protección del discapacitado: aspectos sucesorios, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela, 2005, 281, que piensa que, si hay varios descendientes incapacitados, todos los incapacitados serán fiduciarios y todos los no incapacitados fideicomisarios.

<sup>18</sup> En ese sentido: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 67 y 68; y PEREÑA VICENTE, M., *La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?*, op. cit., 693 y 694.

<sup>19</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, op. cit., página. 362.

<sup>20</sup> En Principios de Derecho Civil, op. cit., 111.

<sup>21</sup> El profesor LASARTE, en Principios de Derecho Civil op. cit., 110, estima que el fiduciario ha de ser legitimario: «Debemos observar finalmente en este punto que tanto los trabajos preparatorios de la Ley cuanto el tenor literal de los artículos transcritos pone de manifiesto que indudablemente el gravamen del tercio de legítima estricta solo es admisible en beneficio de un legitimario descendiente que no solo sea una persona con discapacidad, sino que se requiere que haya sido judicialmente incapacitada en sentido técnico...».

<sup>22</sup> Tienen la misma opinión: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 100; SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, 115, entiende que el tercio de mejora y el de libre disposición han de haberse atribuido al incapacitado fiduciario; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, T.V, Derecho de Sucesiones*, Dijusa, Madrid, 2007, op. cit., 161.

<sup>23</sup> En contra de la opinión aquí mantenida se manifiestan: ALBALADEJO GARCIA, M., A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm. 37, 2007, 170 y sigs., quien, a pesar de su postura final contraria, sin embargo reseña argumentos favorables a la postura aquí mantenida: «Que hubiera de dejarle todo para poder; además, nombrarle fiduciario en el gravamen de esa legítima corta de los demás legitimarios, lo abonaría el que así se le deja el disfrute de legítimas cortas de otros, y parecería que esto no sea aceptable sino cuando no quedan otros bienes (el tercio libre y el de mejora) que dejarle, porque si los hay, da la impresión de ser rechazable que se pueda acudir a la legítima estricta de otros para dejar más bienes (que, por supuesto se puede pensar que, por su incapacidad, los necesita) al incapacitado. Esto lo abonaría también otro razonamiento, el de que siendo en principio, no gravable la legítima corta, no es de creer, que, aunque lo sea excepcionalmente en el caso del incapacitado, lo pueda ser si cabe dejarle otros bienes por el camino normal del tercio libre, el de mejora y el de su legítima estricta. Ahora bien, esos dos razonamientos que he expuesto, me parece que son vencidos por...»; LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 191 y 192. Una postura intermedia la mantiene DÍAZ ALABART, S., *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de*

habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *op. cit.*, 2115, y La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *op. cit.* 267 y 268; que entiende que el tercio de mejora ha de ir necesariamente y por completo al incapacitado, pero del tercio de libre disposición el testador puede disponer como estime oportuno.

<sup>24</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *op. cit.*, página. 363.

<sup>25</sup> En ese sentido PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *op. cit.* 695; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 53, enero-marzo, 2005, 139, dice: «Tenemos que convenir en que esto es lo que parece deducirse de la literalidad de la norma («siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados», dice el art. 808,3 CC). La solución quizá no concuerda bien con el designio del legislador de dotar de mayor margen de maniobra al causante, pues bien podría suceder que la situación personal o patrimonial de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados solo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quieran ser fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta».

<sup>26</sup> En ese sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *op. cit.*, 363; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 96 y 97, dice: «Ahora bien, del hecho de que la letra de los citados artículos diga que la sustitución fideicomisaria en estudio “grava la legítima estricta” (a.782 CC) o se “establece sobre el tercio de legítima estricta” (a. 808, 3 CC), no creemos que pueda deducirse, tal y como han entendido algunos autores, que esta sustitución fideicomisaria hay de recaer sobre *todo* el tercio, es decir, tanto sobre la parte correspondiente a los legitimarios no incapacitados, como sobre la parte correspondiente al incapacitado fiduciario si es legitimario, de modo que aquellos reciban al morir aquel o cumplirse el plazo fijado y de forma definitiva, no solo la porción que por legítima estricta a ellos les correspondería, sino también la que, en otro caso, hubiese correspondido al fiduciario. No creemos admisible como argumento a favor de tal postura, el que de esta forma tanto el legitimario incapacitado como los legitimarios capacitados obtendrían una cierta mejora y un cierto perjuicio y se produciría una compensación. Por el contrario, nosotros pensamos que la sustitución fideicomisaria solo puede gravar la parte de la legítima estricta de los fideicomisarios legitimarios, no incapacitados, de modo que solo podrá gravar todo el tercio si el fiduciario no es legitimario».

<sup>27</sup> Aunque hay autores que consideran que esta sustitución fideicomisaria ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 142 y 143; DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *op. cit.*, 2105, nota 22; LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, *op. cit.* 193 y 194.

<sup>28</sup> En ese sentido: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 154, 155 y 156.

<sup>29</sup> En ese sentido los profesores Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 11.ª edición, 2012, 109.

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios

## *IRPH clause in mortgage loans*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Doctora de Derecho civil*

*Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** De nuevo la Justicia europea analiza una de las cláusulas financieras que ha generado gran controversia en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario. Con la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18) se resuelven varias cuestiones prejudiciales planteadas desde un juzgado español en relación con la posible abusividad de la cláusula de interés variable atendiendo a un índice de referencia IRPH. En este trabajo se analizan la naturaleza y características de esta cláusula y dicho índice de referencia, la previa STS de 14 de diciembre de 2017 (de Pleno) que abordó esta cláusula sentando doctrina, no unánime en cuanto se acompañó de un voto particular discrepante de dos magistrados, y, por último, los fundamentos de esta reciente STJUE de 3 de marzo de 2020.

**ABSTRACT:** *Once again the European Justice analyzes one of the financial clauses that has generated great controversy in the field of mortgage loan contracts. With the STJUE of March 3, 2020 (Gómez del Moral Guasch case, C-125/18) several preliminary questions raised by a Spanish Court in relation to the possible abusiveness of the variable interest clause based on a reference index are resolved IRPH. This work analyzes the nature and characteristics of this clause and said reference index, the previous STS of December 14, 2017 (plenary) that analyzed this clause establishing doctrine, not unanimous as it was accompanied by a dissenting individual vote of two Magistrates, and, finally, the legal grounds of this recent STJUE of March 3, 2020.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas abusivas. Consumidor. Control de transparencia. Índice IRPH. Intereses remuneratorios variables. Nulidad. Préstamo hipotecario.

**KEY WORDS:** *Abusive clauses. Consumer. Transparency control. IRPH index. Variable-rate remuneration interests. Nullity. Mortgage loan.*

**SUMARIO:** I. BREVE PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—II. EL ÍNDICE IRPH COMO REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. TRANSPARENCIA Y CONTROL DE LA «CLÁUSULA IRPH»: 1. LA «CLÁUSULA IRPH» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 2. OBJETO DEL CONTROL JUDICIAL DE TRANSPARENCIA. 3. LA STS NÚM. 669/2017, DE 14 DE DICIEMBRE. 4. LA STJUE DE



3 DE MARZO DE 2020. 5. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

## I. BREVE PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

En los últimos años han sido constantes las alusiones al control de transparencia en el marco de distintas cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario y, especialmente, como fundamento para interesar su nulidad por abusivas ante esa falta de transparencia. Una transparencia que tiene como pilar esencial los deberes de información del prestamista al consumidor prestatario.

Un último capítulo en el ámbito de las controversias judiciales lo constituye la llamada «cláusula IPRH» o con más rigor, «cláusula de intereses remuneratorios a tipo de interés variable con referencia a un índice IRPH». Un índice este que es oficial, reconocido legalmente y por el Banco de España, con una fórmula concreta de cálculo, pero que ha generado gran controversia especialmente a raíz de la evolución en los últimos años de los tipos de interés Euríbor (el mayoritariamente aplicado en la práctica) y de este índice IRPH: mientras el Euríbor pasó a niveles negativos el IRPH no ha bajado tanto, y siempre se ha mantenido una diferencia más o menos constante de unos dos puntos entre ambos índices de referencia. Lo cual ha dado lugar a que los prestatarios con «cláusulas IRPH» abonen más intereses que los que tenían intereses con referencia al Euríbor: y entonces, viendo que un índice sí bajaba pero sus intereses no bajaban tanto, los prestatarios se dieron cuenta de que ese índice IRPH no evolucionaba como pensaban ni se parecía al Euríbor o, directamente, advirtieron que ese índice de referencia no entendían a qué se refería.

De ahí que surgieran, al amparo de esa exigencia de transparencia y de cumplimiento de unos mínimos deberes de información precontractual, la gran controversia en torno a estas cláusulas, que motivó la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre (que cuenta con un voto particular discrepante firmado por dos magistrados), y posteriormente, la reciente STJUE de 3 de marzo de 2010 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18).

En este trabajo, se analizarán críticamente ambas resoluciones, incluido el voto particular a la STS de 14 de diciembre de 2017, pero antes, en primer lugar, se tratará de concretar qué es y en qué consiste ese índice IRPH.

## II. EL ÍNDICE IRPH COMO REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Aunque a nivel teórico no es un elemento esencial para la validez de los préstamos, lo cierto es que la práctica ha impuesto el tipo de interés remuneratorio como cláusula habitual y relevante en el marco de los préstamos inmobiliarios e hipotecarios, máxime en cuanto a su concesión por entidades bancarias.

Puede afirmarse que existen básicamente dos modalidades de tipos de interés remuneratorios: fijo o variable. En muchas ocasiones, como en el caso objeto de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, esos intereses remuneratorios en un inicio se fijan acogiendo un tipo fijo durante un determinado periodo de tiempo (por ejemplo, un año), pero a partir de entonces se acuerda que se aplicará un interés variable atendiendo principalmente a un índice de referencia al que, eventual y frecuentemente, se sumará un margen o diferencial fijo, de modo que el resultado de esa suma será el tipo de interés final que durante un

determinado periodo de tiempo (semestral, anual..., dependiendo de lo que se fije en el contrato como periodo de tiempo en que se revisará el tipo de interés actualizando el índice de referencia a tener en cuenta en el nuevo periodo temporal) se aplicará y deberá abonarse por el prestatario.

En los últimos años en los préstamos hipotecarios se ha utilizado fundamentalmente el índice Euríbor (*Euro InterBank Offered Rate*), que hace referencia al tipo de interés al que las principales entidades bancarias europeas se prestan dinero entre sí en el mercado interbancario; habitualmente se acoge la referencia del Euríbor a un año y se añade un diferencial o margen que es un elemento esencial en el marco de la comparación entre ofertas de préstamos de diferentes entidades bancarias<sup>1</sup>.

Ahora bien desde 1994 (con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela) las entidades prestamistas podían reflejar también en los préstamos, como índices de referencia de los intereses remuneratorios variables fijados en sus contratos de préstamo, otros tipos de referencia oficiales; y entre ellos se encontraba el IRPH, considerado como el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, calculado como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos, las cajas de ahorros o del conjunto de entidades de crédito en el mes a que se refiere el índice (anexo VIII de la Circular 5/1994; y en similar sentido, pero sin referencia expresa al conjunto de entidades de crédito, anejo 8.1 de la Circular 5/2012, del Banco de España). Inicialmente este IRPH tenía tres modalidades, atendiendo al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos o renovados por bancos (IRPH-Bancos), por cajas de ahorro (IRPH-Cajas) o por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH-Entidades) en el mes al que se refiriese el índice (a partir de enero de 1997, sin embargo, el IRPH-Entidades se calculó atendiendo únicamente a los datos declarados por bancos y cajas). Posteriormente, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular que la desarrolla (Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España) determinaron la desaparición del IRPH-Bancos y el IRPH-Cajas como índices de referencia oficial del mercado hipotecario, pasando a ser considerado únicamente el IRPH-Entidades atendiendo al tipo medio de préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos o renovados para la adquisición de vivienda libre por bancos y cajas de ahorro en el mes de referencia. Y este índice se calculaba conforme a la siguiente fórmula (anejo 8.1 de la Circular 5/2012, similar al anexo VIII.3 de la Circular 8/1990, modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España):

$$I_c = \frac{\sum i_b + \sum i_{ca}}{n_b + n_{ca}}$$

Siendo:

$I_c$  = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de entidades

$i_b, i_{ca}$  = Los tipos de interés medios ponderados de los préstamos de cada banco y caja de ahorros, respectivamente.

$n_b, n_{ca}$  = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

Sin embargo, dado el amplio régimen transitorio previsto en esas normas, realmente la desaparición del IRPH como estaba configurado inicialmente de bancos y cajas se produjo definitivamente a partir del 1 de noviembre de 2013 con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores, que advierte de que el Banco de España desde ese 1 de noviembre de 2013 dejaría de publicar y dar difusión al IRPH de Bancos y Cajas en su sede electrónica, además de determinar la sustitución automática de ese índice IRPH a partir del 1 de noviembre de 2013 por el índice sustitutivo previsto en los propios contratos, y si ello no se hubiera previsto, por «el tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo» (disposición adicional decimoquinta de la referida Ley 14/2013).

Por tanto, a partir de lo expuesto, cabe advertir que este índice IRPH viene determinado en cierta medida por las propias entidades financieras en atención a los productos que ellas mismas ofrecen a sus potenciales clientes. Cierto es que tanto la Orden de 1994 (art. 6.2) como la posterior de 2011 (art. 26) advertían que esos índices de referencia oficiales solo podrían usarse bajo las siguientes condiciones: que se calculasen a coste de mercado, que no dependieran exclusivamente de la entidad financiera oferente y que no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; además de que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo (forma de cálculo que se recogía en las circulares del Banco de España antes indicadas); y además dichos índices tendrán una publicidad y difusión periódica por el Banco de España y en el BOE mensualmente. Pero, dado que los tipos medios ponderados que se acogen para tomar la media simple de los mismos (media simple que es la que se fijará como IRPH) serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros como los utilizados por ellos en sus operaciones financieras del mes anterior (de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta de la Circular 5/2012) son las entidades las que, aun no llegando a hablar de control o manipulación pues se trata de un índice legal oficial basado en varias operaciones del conjunto de entidades y calculado con base a una fórmula matemática, sí que puede afirmarse al menos que tienen un más fácil acceso a información y una mayor información directa sobre ese índice y su posible evolución.

Por otro lado, cabe tener en cuenta, además, en relación con el índice Euríbor que, dado que este último índice se habrá usado añadiendo un margen o diferencial en la mayoría de operaciones de préstamos hipotecarios declarados por las entidades y tomadas después como referencia para calcular el IRPH, finalmente aunque el Euríbor bajase conforme instrucciones del Banco Central Europeo, al añadirsele un marginal a ese Euríbor (marginal cada vez mayor para compensar las bajadas de ese índice de referencia), los tipos de interés declarados por cada entidad mensualmente al Banco de España y tomados en cuenta para la media que calcule el IRPH son siempre más elevados que el Euríbor (pues se incluye ya el diferencial o margen medio ponderado aplicado por las entidades en sus operaciones), y por tanto el IRPH siempre será más elevado que el Euríbor<sup>2</sup>; y si, como sucede en el caso de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, al IRPH

además se le añade un margen o diferencial (aunque normalmente sea menor que el aplicado en los préstamos con Euríbor), pues entonces la brecha comparativa con el uso del Euríbor es más amplia. De hecho, cabe advertir que así como el Euríbor desde 2007 ha ido sufriendo importantes bajadas hasta llegar a tipos negativos a partir de 2016, el IRPH, aunque también se ha reducido desde 2007, se ha mantenido en tipos más constantes en estos últimos años y con una diferencia con el Euríbor de unos dos puntos, tal y como puede observarse en la siguiente tabla (fuente: <https://www.rankia.com/blog/euribor/3510686-irph-2017-mientras-euribor-baja-vuelve-situarse-cerca-2>, última consulta el 15 de marzo de 2020):

	2011		2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor
Enero	2,918%	1,55	3,716%	1,837	3,216%	0,575	3,274%	0,562	2,436%	0,298	2,014%	0,042	1,928%	-0,095
Febrero	2,962%	1,714	3,737%	1,678	3,216%	0,594	3,199%	0,549	2,457%	0,255	2,007%	-0,008	1,881%	-0,105
Marzo	3,120%	1,924	3,624%	1,499	3,415%	0,545	3,177%	0,577	2,324%	0,212	1,919%	-0,012	1,880%	-0,110
Abril	3,226%	2,086	3,617%	1,368	3,378%	0,528	3,181%	0,604	2,251%	0,18	2,030%	-0,01	1,906%	-0,119
Mayo	3,455%	2,147	3,453%	1,266	3,331%	0,484	3,164%	0,592	2,156%	0,165	1,890%	-0,013	1,947%	-0,127
Junio	3,458%	2,144	3,481%	1,219	3,363%	0,507	3,064%	0,513	2,161%	0,163	1,970%	-0,028	1,913%	-0,149
Julio	3,540%	2,183	3,488%	1,061	3,438%	0,525	3,033%	0,488	2,152%	0,167	2,007%	-0,056	1,929%	-0,154
Agosto	3,533%	2,097	3,430%	0,877	3,474%	0,542	3,021%	0,469	2,182%	0,161	1,957%	-0,048	1,953%	-0,156
Septiembre	3,570%	2,067	3,347%	0,74	3,467%	0,543	2,949%	0,362	2,117%	0,154	1,903%	-0,057	1,873%	-0,168
Octubre	3,586%	2,110	3,078%	0,65	3,252%	0,541	2,819%	0,338	2,127%	0,128	1,921%	-0,069	1,904%	-0,185
Noviembre	3,696%	2,044	2,992%	0,588	3,393%	0,506	2,606%	0,335	2,132%	0,08	1,936%	-0,074	-	-
Diciembre	3,626%	2,004	3,023%	0,549	3,287%	0,543	2,557%	0,329	2,054%	0,059	1,874%	-0,08	-	-

Y similar tendencia tuvo en el año 2018 como puede verse en esta tabla (fuente: [https://www.irph.es/irph\\_comparado.php](https://www.irph.es/irph_comparado.php), última consulta el 15 de marzo de 2020):

	ene-18	feb-18	mar-18	abr-18	may-18	jun-18	jul-18	ago-18	sep-18	oct-18	nov-18	dic-18	ene-19
■ Euribor	-0,189	-0,191	-0,191	-0,190	-0,188	-0,181	-0,180	-0,169	-0,166	-0,154	-0,147	-0,129	-0,116
■ IRS	0,369	0,480	0,425	0,381	0,381	0,318	0,279	0,291	0,337	0,397	0,333	0,254	0,183
■ IRPH Entidades	1,938	1,900	1,895	1,905	1,892	1,862	1,854	1,932	1,891	1,932	2,009	2,037	2,022

Evolución y diferencias entre ambos índices que se siguen evidenciando desde 2019 hasta la actualidad<sup>3</sup>.

### III. TRANSPARENCIA Y CONTROL DE LA «CLÁUSULA IRPH»

#### 1. LA «CLÁUSULA IRPH» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

Un primer paso necesario en todo análisis de las cláusulas cuya posible abusividad, o falta de transparencia o, en todo caso, nulidad se pretende en los asuntos conflictivos que llegan a los tribunales o que se plantean como un clamor social popular contrario a su justa admisibilidad, es la de determinar si la referida cláusula litigiosa debe calificarse o no como condición general de la contratación. Tal calificación como tal no es baladí en la medida que la declaración de abusividad y, por ende, la nulidad por tal motivo pretendidas por los demandantes en estos supuestos cabría en cuanto se tratase de cláusulas no negociadas individualmente, pues son las condiciones generales de la contratación relativas a elementos esenciales del contrato las que se encuentran sujetas a esos especiales controles de incorporación y de transparencia que han

sido el mecanismo esencial sobre el que ha basado nuestro Tribunal Supremo en los últimos años sus resoluciones en materia de protección de consumidores frente a cláusulas litigiosas en préstamos fundamentalmente hipotecarios: entre otras, SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo, núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre. De hecho, precisamente es alegación usual por la entidad financiera (así también se hizo en el caso de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre) que tales cláusulas no son una condición general de la contratación; y en el caso de la «cláusula IRPH» se viene a alegar que, tratándose de una cláusula relativa a los intereses remuneratorios, precisamente se viene a negociar individualizadamente, de modo que no ha sido impuesta ni prerredactada por una de las partes unilateralmente.

Teniendo en cuenta el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)<sup>4</sup>, se vincula la existencia de estas cláusulas generales a las siguientes notas: prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión, sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante (adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo); y utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS núm. 406/2012, de 18 de junio). Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 de la referida Directiva). La negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del que la alegue, concretamente del profesional o empresario. Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación: a) contractualidad (que sean cláusulas contractuales, no incorporadas en cumplimiento de una norma imperativa); b) predisposición (prerredactada por una de las partes, de modo que no es consecuencia de un acuerdo ni negociación previa); c) imposición (la cláusula se impone por el empresario al adherente, de modo que este no puede más que acatarse a la inclusión de la cláusula o no acceder al bien o servicio objeto del contrato); d) generalidad o pluralidad de contratos a los que esa misma cláusula se ha incorporado; y e) resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor. Por otro lado, en el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 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 (en adelante, TRLCU) ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

En relación con ello, cabe aludir asimismo a la doctrina consolidada ya desde la citada STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y reiterada en sentencias posteriores (como las SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entre otras), además de a la doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de

2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriciuc* C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y a su control. Conforme a esta doctrina jurisprudencial en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en: por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los arts. 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria); y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación. Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, y núm. 608/2017, de 15 de noviembre).

Expuesto lo anterior y atendiendo concretamente a la cláusula de intereses remuneratorios variables referidos al índice IRPH cabe concluir que se trata de una cláusula que efectivamente se refiere al objeto principal del contrato en cuanto configura el precio o contraprestación a abonar por el deudor como remuneración del préstamo recibido. En cuanto a su carácter de condición general, en la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre se advierte que no consta que dicha cláusula fuera negociada individualmente, de modo que cabe otorgarle tal consideración, reuniendo como reúne todos los requisitos que se han señalado que deben concurrir para que se califique como tal.

## 2. OBJETO DEL CONTROL JUDICIAL DE TRANSPARENCIA

A este respecto, a efectos del control judicial, debe diferenciarse entre el índice IRPH y la cláusula que incorpora ese índice.

Tal y como advierte la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre y también su voto particular, no puede controlarse por los tribunales un índice oficial fijado legal o administrativamente, como es el caso del IRPH-Entidades. La propia LCGC en su artículo 4 y la Directiva 93/13/CEE ampararían tal postura al advertir que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las cláusulas que se limiten a recoger disposiciones legales o administrativas.

Sin embargo, aunque el índice IRPH-Entidades no pueda controlarse como tal índice en cuanto a su cálculo, fórmula y determinación cuando se ajusta a las previsiones legales (pues ese control de legalidad viene implícito en la disposición legal que lo contempla y regula su aplicación), sí que podrá controlarse cómo se ha usado ese índice dentro de la contratación bajo condiciones generales, fundamentalmente en el marco de los especiales deberes de información exigibles a la entidad predisponente.

Y en ese marco es en el que se encuadra el control desarrollado por la STS núm. 669/2017: lo que se controla judicialmente es la cláusula o condición general del concreto contrato que incluye el IRPH-Entidades como índice de referencia para la determinación de los intereses remuneratorios de ese préstamo, y no el IRPH en sí mismo, como tal índice de referencia oficial o legal.

A estos efectos, y en el marco de la previsión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, cabe indicar también que la aplicación de este índice IRPH no es imperativa para la entidad financiera, sino que podía haber optado por otros índices o tipos de referencia oficiales (como el Euríbor, que es, tal y como se señaló anteriormente, el mayoritariamente usado en los préstamos hipotecarios).

### 3. LA STS NÚM. 669/2017, DE 14 DE DICIEMBRE

Como punto de partida, el Tribunal Supremo en este asunto resuelto por la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, asume (sin que se plantee contradicción en el voto particular emitido), en cuanto que era una cuestión afirmada en la sentencia recurrida, que la «cláusula IRPH» litigiosa supera el control de incorporación pues cumple con los requisitos formales y gramaticales de claridad y comprensibilidad, así como de conocimiento de la existencia de tal cláusula. Así, pues, se centra el Tribunal Supremo en el control de transparencia, y para ello acoge la definición de este control respecto a las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato indicada en las SSTS núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 593/2017, de 7 de noviembre, como «parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta» con el objeto de que el adherente conozca claramente la carga económica y jurídica derivada del contrato; y, asimismo, tiene en cuenta la exigencia advertida en las SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo y núm. 171/2017, de 9 de marzo, de que en el caso de las cláusulas referidas a intereses remuneratorios variables, además de que la redacción de la cláusula debe ser clara y comprensible, debe quedar claro que el precio del crédito está constituido por un índice de referencia variable (en este caso sería el IRPH-Entidades) al que se le suma un diferencial pactado.

Atendiendo a todo ello, el Tribunal Supremo considera que el análisis del cumplimiento del control de transparencia debe centrarse en determinar si al consumidor se le había informado, y por tanto era consciente, de que esa cláusula de intereses era un elemento esencial del contrato y de cómo se calculaba ese interés variable (índice de referencia oficial concreto más diferencial). Y concluye que «dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica», así como que era conocedor de que el interés a pagar se correspondía con un índice oficial calculado como media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actúan en España al que se le sumaba un margen o diferencial (en este caso de 0,50). Y apoyándose en distintos argumentos que a continuación se expondrán, nuestro Alto Tribunal concluye que se supera tal control de transparencia, y por

ello estima el recurso de casación planteado por la entidad financiera y acuerda la revocación de la sentencia recurrida y la de primera instancia en lo referido a esta cláusula de intereses remuneratorios, al no considerarla abusiva ni, por tanto, nula. Una decisión y su argumentación en cuanto a la aplicación del control de transparencia en la sentencia con la que discrepa el voto particular emitido por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, por considerar que no se ajusta a la doctrina que el TJUE ha establecido al respecto.

Entiende el Pleno del Tribunal Supremo que no es necesario ni exigible a la entidad que informe más sobre el IRPH ni explique pormenorizadamente cómo se determina pues se trata de un índice oficial, supervisado por el Banco de España y que goza de publicidad y difusión periódica pública y accesible para cualquiera (aunque debe advertirse que desde el 1 de noviembre de 2013 dejó de publicarse en la sede electrónica del Banco de España), de modo que, siendo un índice oficial, un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» podía conocer el sistema de cálculo del interés variable y comparar las condiciones de las ofertas de los distintos prestamistas, y comparar también otros índices que también son de publicidad periódica. Señala que el estándar de validez de este tipo de cláusulas viene ya marcado por la normativa bancaria y por el hecho de que el consumidor pueda conocer y comprender fácilmente qué tendrá que pagar: un índice de referencia variable, que tiene oportuna difusión, más un diferencial indicado en el contrato. El Tribunal Supremo en este caso viene a señalar que por el hecho de que se acoja un índice oficial supervisado por una entidad pública no es exigible ninguna información a la entidad prestamista más allá de indicar cuál es el índice de referencia acogido y cuál el diferencial o margen que se le sumará. Pero con esta postura el Tribunal Supremo no sigue las pautas advertidas a este respecto por él mismo en sentencias anteriores ni por el TJUE acerca de la exigencia, de cara al control de transparencia de las condiciones generales de la contratación relativas al objeto principal del contrato de préstamo (como son las relativas al precio o intereses del capital a devolver), de un plus de deber de información por el prestamista para garantizar la comprensibilidad real de la carga asumida por el adherente en el contrato; con esta postura no atiende a la función y finalidad del control de transparencia.

A este respecto, en el voto particular a esta sentencia emitido por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, se critica este argumento y que se entienda superado así el control de transparencia, sin exigir al prestamista que aporte al prestatario ninguna información más, y que se presuma la comprensibilidad del prestatario dando por sentado que «un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables». Los magistrados firmantes de este voto particular entienden que debe hacerse una valoración extensiva de los deberes de información exigibles a profesionales y entidades prestamistas, que van más allá de la mera referencia a un índice oficial. Advierten de la complejidad y dificultad de comprensión del concepto de IRPH y de su mecanismo de aplicación a los contratos; complejidad medida atendiendo a parámetros abstractos bajo la posición de un consumidor medio «que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJUE de 3 de septiembre de 2015,



*Costea*, C-110/14)». Una complejidad que se extiende, advierten también, a la fórmula matemática prevista para su cálculo, a la cual también debe alcanzar la exigencia de transparencia: como advierte el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), el profesional debe articular «los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado».

Efectivamente debe procurarse en todo momento (especialmente en la fase precontractual, pero también en la perfección y ejecución del contrato) la comprensión oportuna del adherente de la carga económica y jurídica que asumirá con el contrato. Y por facilidad informativa y facilidad en el acceso a la información y por su cualificación, conocimientos y experiencia profesional, es la entidad prestamista quien debe asumir esa carga informativa y proporcionar al consumidor ese «plus informativo» sobre condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato exigido por el TJUE y el Tribunal Supremo. Máxime en cláusulas como las que nos ocupan que, tal y como se señala en el voto particular, son de evidente complejidad en su funcionamiento, configuración, aplicación y cálculo. Ahora bien, a este respecto, en mi opinión no creo que haya acreditación de manipulación del IRPH por las entidades, aunque los datos usados para el cálculo de ese índice provengan de ellas mismas: esos datos proceden de muy diversas operaciones y hay una supervisión al respecto del Banco de España; y mientras no se acredite algún tipo de connivencia y abuso a este respecto para manipular el índice conjuntamente por todas las entidades, no creo que pueda hablarse de manipulación a tal efecto. Pero esta forma de cálculo lo que sí pone de manifiesto es la complejidad de su cálculo y que las entidades tienen una información directa sobre el mismo y sobre su evolución previa y también datos irrelevantes para una predicción de la evolución futura: el que esa información no se haga llegar al adherente debe considerarse como falta de transparencia y un mantenimiento de la asimetría informativa que precisamente se pretende eliminar con el control de transparencia. El deber de transparencia tiene como función y finalidad lograr la contratación eficiente y consciente por los consumidores con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica asumida. Para ello se requiere que el consumidor medio adherente cuente con la información oportuna, debiendo evitar y eliminar las asimetrías informativas propias de contratos financieros de adhesión como es el préstamo hipotecario.

Dada esa complejidad cuestionable del índice IRPH, de comprensión para un consumidor medio de su fórmula de cálculo y su configuración, el control de transparencia, a juicio de los magistrados firmantes del voto particular, exige que la entidad prestamista (que cuenta con experiencia y conocimientos adecuados: cfr. STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriiciuc*, C-186-16) facilite activamente información sobre la aplicación y funcionamiento de este índice y la cláusula en el concreto contrato, no pudiendo dar por supuesta la comprensión del consumidor en una cláusula como esta por la mera indicación de un índice oficial aplicable o a la composición del interés a abonar (índice más diferencial); esas meras indicaciones no son suficientes para reflejar el alcance del compromiso y de la carga realmente asumida por el consumidor cuya comprensión es el fin del control de transparencia. Tal y como se señala en este voto particular, el deber de transparencia tiene como función «restablecer la simetría de información» que consustancialmente se ve alterada por este tipo de contratación, con el fin de que el consumidor medio pueda contratar con pleno conocimiento de la carga

económica y jurídica asumida, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado de los elementos esenciales del contrato. El profesional podría acudir a diversos medios o parámetros para lograr esa comprensibilidad, pero dentro de la jurisprudencia (así, STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y STJUE de 20 de septiembre de 2017, entre otras) se resalta la importancia y el deber de aportar al consumidor posibles escenarios que comporten la aplicación de los mecanismos propios de la operativa financiera objeto del litigio; escenarios de situación previa y de la evolución previsible.

Por otro lado, advierte el Pleno del Tribunal Supremo en esta STS núm. 669/2017 que tampoco es exigible a la entidad prestamista ofrecer ni varios índices oficiales (no solo el IRPH-Entidades) ni la posibilidad de contratar otros productos usando otro índice oficial de referencia (como el Euríbor). Entiende, además, que no cabe afirmar la posibilidad de manipulación del IRPH por las entidades ni cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía era más ventajoso para el prestamista. La media simple en que se basa el cálculo del IRPH atiende a todas las operaciones con intereses realizadas por las entidades principales de toda España. Asimismo, la diferencia entre Euríbor e IRPH anterior al contrato era pequeña, y teniendo en cuenta que el diferencial aplicable al IRPH era menor, al final los intereses eran similares con uno u otro índice. Advierte el Tribunal Supremo que lo relevante no era la diferencia entre Euríbor e IRPH antes del contrato, sino cuál sería la evolución futura, pero resulta imposible exigir información sobre previsiones futuras ni siquiera que la entidad prestamista pudiera conocer esa evolución, especialmente en un préstamo a treinta y cinco años. A lo sumo, según el Tribunal Supremo, podría informarse de que, si el IRPH evolucionaba peor que el Euríbor eso podría perjudicar al prestatario, pero eso es obvio y consustancial al hecho de que existan varios índices oficiales y cada prestatario se verá afectado por el concreto que le sea aplicable, viéndose afectado por su respectiva evolución, por lo que no entiende el Tribunal Supremo que no informar sobre ello afecte a la transparencia de la cláusula.

El Tribunal Supremo critica a la Audiencia Provincial de Álava que en la sentencia recurrida:

a) se tenga muy presente la evolución más favorable del Euríbor respecto al consumidor porque, dice el Tribunal Supremo, se tiene en cuenta desde un sesgo retrospectivo no admisible para el control de transparencia;

b) que no se tenga en cuenta que el interés a abonar se forma no solo con el índice de referencia sino también con un diferencial o margen que se le suma, y que no consta que los diferenciales aplicables a los préstamos referidos al Euríbor fueran más favorables (de hecho, advierte de que estadísticamente el diferencial aplicable al IRPH ha sido siempre menor que el aplicable al Euríbor, para hacer más competitivo al primer índice);

c) que no se atiende al hecho de que el diferencial aplicable se fija también en función de otros datos contractuales (como la vinculación del cliente con la entidad por otros productos, la domiciliación de nómina o recibos, etc.), «por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro tipo índice oficial»;

d) porque no puede afirmarse que el IRPH es en todo caso más caro pues el plazo de vigencia del préstamo es muy amplio y quedan más de dos tercios de cumplimiento. Critica el Tribunal Supremo, por considerarlo inadmisibles, que de hecho la Audiencia Provincial esté haciendo un control de precios como base de su pronunciamiento declarativo de nulidad.

Ahora bien, cabe advertir que la mención de definición descriptiva del IRPH contenida en la cláusula litigiosa es la definición prevista en la normativa pero realmente no ilustra ni informa suficientemente sobre el contenido real de la carga asumida, cómo funciona ese índice, con base en qué se calcula realmente, cuál fue su evolución anterior, cuál su posible previsión en un futuro... Ciertamente que no puede exigirse a la entidad una responsabilidad de cara a una predicción futura, y por ello podría incluso excluirse esa exigencia de hacer predicciones futuras (aunque, aun con ese carácter de mera predicción, de cara al control de transparencia sin duda esa información podría ayudar al consumidor en la adopción de su decisión conscientemente). Pero la entidad podía sin ningún problema (pues tenía acceso a esa información directa y fácilmente) informar al consumidor sobre la evolución previa del índice IRPH, sobre su cálculo y determinación, así como el diferencial aplicable. De la evolución previa a la celebración del contrato del IRPH en comparación con el Euríbor, que sin duda era conocida por la entidad predisponente, se observa que el IRPH siempre ha tenido una evolución superior al Euríbor (que es el índice más conocido para el consumidor medio), pero de eso no se informó al adherente; que después los diferenciales podían ser distintos, menor el del IRPH que el del Euríbor, y por ello al final el tipo de interés a abonar sería similar, pues lo cierto es que tampoco se dio información oportuna al consumidor que permitiera comprobarlo y con base en ello tomar más conscientemente la decisión de contratar o no el préstamo ofrecido o preferir otro. Lo más probable para un consumidor medio es que, ante distintas ofertas de préstamos a interés variable, compararía los diferenciales o márgenes a aplicar al índice de referencia, y al ser el del IRPH menor que el del Euríbor, optar por el primero pensando que le sería más beneficioso, sin darse cuenta de que el IRPH ya tenía un valor superior que el del Euríbor, por lo que la comparativa entre márgenes aplicables (frecuente a la hora de comparar y valorar ofertas de préstamos) en estos casos no era eficiente y llevaba a errores, que con una información adecuada sobre el IRPH podían evitarse.

Sobre esta cuestión, precisamente el voto particular emitido a esta STS de 14 de diciembre de 2017 advierte que, teniendo en cuenta que el control de transparencia debe realizarse atendiendo al momento de celebración del contrato, no cabe duda de que en este concreto caso la entidad prestamista conocía la configuración del IRPH respecto de otros índices oficiales, su incidencia específica en el contrato celebrado y el carácter residual de su utilización con respecto al Euríbor (un índice este con el que el consumidor medio estaba más familiarizado y le era más accesible), además de que desde su aplicación el IRPH siempre ha estado en valores superiores al Euríbor. Sin embargo, se ha acreditado que no se proporcionó información específica o adicional en cuanto al alcance y funcionamiento de ese índice de referencia IRPH en el concreto contrato ofertado; la entidad prestamista en este caso no aportó al consumidor adherente la información debida y exigible en el marco del deber de transparencia, pese a la complejidad que rodea el IRPH y pese a los conocimientos y experiencia del profesional y entidad prestamista. No se cumplió con ese plus de información exigible y por ello entienden los magistrados firmantes del voto particular que no se puede entender superado el control de transparencia y debió haberse declarado la abusividad de la cláusula. Si bien, en contra de lo señalado por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, consideran los Magistrados firmantes de este voto particular que la consecuencia no habría sido excluir la cláusula de intereses remuneratorios y dejar el préstamo sin intereses, sino señalar como índice aplicable el Euríbor, conforme a lo previsto en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

Una cuestión esta última con la que discrepo, por cuanto, precisamente, entiendo que la solución aportada por la Audiencia Provincial de Álava y el Juzgado de Vitoria es la más oportuna y la que se ajusta mejor a la doctrina del TJUE (así, Sentencias de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13): tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, sino que debe dejarse sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no afecte al consumidor. Por lo tanto, en este caso, debía dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses no es esencial. El voto particular en la decisión de aplicar el Euríbor se basaba en lo previsto en la STS número 608/2017, de 15 de noviembre, relativa a la llamada hipoteca multidivisa, en la que se declara la nulidad de las cláusulas de referencia a divisa extranjera en un préstamo hipotecario. En esta última sentencia se declara la nulidad parcial del contrato y se determina la eliminación de las referencias que se hagan a la denominación en divisas del préstamo para referirse a un préstamo en euros. Se acuerda esa nulidad parcial y no total «porque si se eliminase por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente» (apartado 53, del fundamento octavo de la referida STS núm. 608/2017). Se declara la nulidad parcial y no total para no perjudicar al consumidor más que al predisponente (pues aquel en ese caso debería amortizar de una sola vez el capital pendiente de amortizar); se sustituye el régimen contractual para evitar esa nulidad total y ese mayor perjuicio para el consumidor (atendiendo en esto a lo señalado por la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), partiendo además de que ya en el contrato se recogía el régimen contractual acogido como sustituto (al reverse la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros).

Pero esta doctrina excepcional no es extrapolable al caso que nos ocupa del IRPH. La cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede subsistir sin intereses. La sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predisponente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia, salvo que en el contrato se previera expresamente un índice sustitutivo de ese IRPH. La sustitución contractual que se acuerda en la STS núm. 608/2017 sobre la hipoteca multidivisa es una decisión que excepciona la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro. Y en este caso del IRPH la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, no encuentra tal justificación.

#### 4. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

En esta resolución del Tribunal de Justicia europeo en el asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, de 3 de marzo de 2020, se atiende a una petición de

decisión prejudicial en relación con diversas cuestiones planteadas desde el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona relativas al control de la cláusula de interés variable atendiendo a un índice de referencia IRPH; en concreto, se atendía a un IRPH-Cajas, si bien, las consideraciones son igualmente atendibles para el caso del índice IRPH-Entidades, que es al que se refería la STS de 14 de diciembre de 2017 anteriormente analizada.

El TJUE, en primer lugar, advierte que esta cláusula que acoge un índice IRPH sí que esta comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En tal sentido, en los apartados 33 a 36 de la STJUE se advierte que la normativa nacional aplicable no imponía la utilización en préstamos a interés variable de un concreto índice de referencia oficial, «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»; de modo que la entidad bancaria tenía la facultad de definir de otro modo el tipo de interés variable. Considera el TJUE por ello que esta cláusula no refleja disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo a los efectos del artículo 1.2 de la referida Directiva, de modo que esa cláusula sí es susceptible de control de abusividad.

Y a tales efectos advierte, además, el TJUE que deberá comprobarse siempre por el juzgador nacional que estas cláusulas referidas al objeto principal del contrato sean claras y comprensibles con independencia de que, como sucede en el Derecho español, no se haya adaptado el ordenamiento jurídico a lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (apartado 47 de la STJUE analizada); no pudiendo limitarse esa exigencia de comprensibilidad al plano formal y gramatical (apartado 46, con referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), sino que debe permitir «que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto 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 (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51)» (apartado 51).

Y para controlar que esta claridad y comprensibilidad se haya cumplido en este tipo de cláusula el TJUE advierte que el juzgador nacional debe atender a todos los elementos de hecho pertinentes, como la publicidad y la información proporcionada en el marco de la negociación del préstamo, y más concretamente, señala que «incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo» (apartado 52); debe buscarse por tanto la comprensibilidad real en cuanto al funcionamiento de la forma y fórmula de cálculo del interés remuneratorio que le será aplicable y en cuanto a que pueda valorar el consumidor las consecuencias económicas que se derivarían de esa cláusula.

Por lo tanto, la información vuelve a manifestarse como la piedra angular del control de transparencia y la comprensibilidad del contenido y consecuencias económicas de las cláusulas contractuales sobre las obligaciones financieras asumidas por el consumidor. A este respecto, alude el TJUE al hecho de que los

elementos principales relativos al cálculo del IRPH resulten asequibles a cualquier persona pues aparecen en una circular del Banco de España, publicada en el BOE, y por ello un consumidor medio podría comprender tal cálculo (apartado 53). En este punto, no obstante, en mi opinión, considero que no puede basarse la comprensibilidad del cálculo de un índice en el hecho de que se publique en el BOE la norma con la fórmula, sino que debiera incidirse más en el hecho de que se informe realmente sobre los conceptos utilizados en la fórmula publicada, pues la comprensibilidad de la aplicación de esa fórmula matemática y los conceptos o elementos objeto de la misma, sí que exigen mayor información que la remisión a una circular y al BOE (esto atendiendo a lo que se ha venido estableciendo como requisito de transparencia en los últimos años también por el TJUE). Sí que resulta muy pertinente la advertencia del TJUE en esta sentencia de 3 de marzo de 2020, en su apartado 54, de que para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la entidad de crédito deba informar al consumidor de la evolución del IRPH (pasada o futura), como ya exige la Circular del Banco de España 5/2012, y ya antes lo exigía la Circular 8/1990. Como señala el TJUE: «Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés» (apartado 54).

Por último, alude el TJUE a los efectos que la declaración como no transparente y abusiva de la «cláusula IRPH» pudiera conllevar. Tras reiterar su doctrina sobre la prohibición de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula considerada abusiva (SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53), advierte también en el apartado 61 de esta STJUE de 3 de marzo de 2020 que, no obstante, también es doctrina de este Tribunal, justificada por la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, que si el contrato no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula considerada abusiva y nula, y si, de anularse totalmente el contrato, ello supondría mayores y especiales perjuicios para el consumidor (lo que frustraría el efecto disuasorio de la anulación del contrato), entonces se permite al juzgador que sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48).

Para el caso que nos ocupa sobre la cláusula IRPH, el TJUE parte de la consideración de que el contrato no puede subsistir sin esa cláusula, pues ni siquiera se plantea la opción de que simplemente se anule la cláusula del interés remuneratorio y persista el contrato de préstamo, pero sin intereses. No. Sin atender a tal posibilidad, lo que a mi juicio es un error, simplemente atiende a la posibilidad de que sea sustituida la cláusula con un índice IRPH-Cajas por un índice, que a su juicio sería el índice sustitutivo previsto en la Ley 14/2013 «siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio» (apartado 66). Pero, ¿y si no se configura como índice supletorio? ¿Y, a qué índice se refiere exactamente? La Ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta acogía el régimen de transición para la

desaparición de tipos de interés de referencia. Como indiqué al comienzo de este trabajo, el 1 de noviembre de 2013 dejaron de publicarse en la sede electrónica del Banco de España los índices IRPH-Bancos e IRPH-Cajas, y en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 se determinó, además, la sustitución automática de esos índices IRPH por el índice sustitutivo previsto en los propios contratos; pero si no se hubiera previsto, entonces se preveía su sustitución por «el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España» aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo». Ahora bien, este último es el índice IRPH-Entidades al que se ha aludido en este trabajo y se atendía en la STS de 14 de diciembre de 2017 también comentada. No tiene sentido que se hable de sustituir un índice IRPH por otro, sobre el que la información y la comprensibilidad sobre la aplicación de la fórmula está igualmente en entredicho. El TJUE advierte de esta posible sustitución atendiendo al índice IRPH-Cajas existente en el caso controvertido del que derivó la cuestión prejudicial; pero es que este índice desapareció en 2013 y desde entonces ya se le aplicaba al contrato, conforme a lo previsto en la referida disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, el índice sustitutivo indicado en dicha norma. El problema es que ese índice «sustitutivo» es igualmente controvertido en la práctica, y sobre él no se habrá aportado la información oportuna y suficiente al consumidor para poder determinar la comprensibilidad real exigida como cláusula transparente. En todo caso, la alusión del TJUE al índice sustitutivo supletorio legal no es claro, pues como he indicado antes la Ley 14/2013 a lo que alude es a otro índice IRPH, igualmente controvertido; y la previsión del Euríbor, por muy mayoritaria que sea su aplicación, aun tratándose de un índice oficial, en modo alguno puede considerarse como índice legal supletorio. De modo que, a mi juicio, el TJUE no aporta una solución efectiva a la cuestión.

A este respecto, cabe recordar cómo el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, abogaba por la sustitución del índice IRPH por el índice Euríbor. Consideraba que la consecuencia de la nulidad de la «cláusula IRPH» que debió considerarse como no transparente, debiera suponer, conforme a la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, la aplicación del Euríbor y no, como hace la Audiencia Provincial de Álava y el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria, eliminar la cláusula de intereses remuneratorios y convertir el préstamo en uno sin intereses.

Como ya expuse en un anterior apartado, discrepo de esta apreciación de ese voto particular y, por las mismas razones, también de la apreciación del TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020 al respecto de la integración de la «cláusula IRPH» considerada no transparente, abusiva y nula, por entender que la solución más oportuna y más ajustada a la doctrina del TJUE<sup>5</sup> es que tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, sino que debe dejarse sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no afecte al consumidor. Por lo tanto, en ese caso, debió dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede subsistir sin intereses.

A mi juicio, la sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predisponente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia, salvo que en el contrato se previera expresamente un índice sustitutivo de ese IRPH.

En este caso del IRPH, la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, y en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en mi opinión, no encuentra la justificación que sí cumplía la integración acogida en la STS número 608/2017 sobre la hipoteca multidivisa (que excepciona la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro).

En todo caso, con el control de transparencia no se trata de hacer cálculos matemáticos de qué índice es más conveniente o ventajoso económicamente para el consumidor. No es un control para que el tribunal determine si a su juicio esa cláusula es o no más favorable para el consumidor que otras posibles que pudieran ofrecérselo; no se trata de un mecanismo para inmiscuirse o alterar el principio de libertad de contratación. El Tribunal ciertamente no puede limitarse ni reducirse a señalar que no está acreditado que el IRPH fuese más caro que el Euríbor u otro índice o que, aunque fuera más alto ese índice, hay otras posibles condiciones que podían justificar su contratación.

De lo que se trata es de comprobar si cuando el consumidor firmó ese contrato de préstamo lo hizo contando con toda la información que le permitiera adoptar la decisión oportuna y conscientemente de cuál es la carga asumida con ese contrato. Con el control de transparencia se busca la eficiente y consciente contratación libre y voluntaria del consumidor adherente y para ello debe eliminarse la asimetría informativa. El elemento clave que define la transparencia es la información.

Si en estos casos de IRPH al consumidor se le informa oportunamente de en qué consiste este índice, su funcionamiento, cómo se calcula, cuál ha sido su evolución hasta ahora, su comparativa con el Euríbor como índice de referencia más conocido, el marginal aplicable, etc., la decisión que después adopte el adherente (incluida la de contratar el préstamo con IRPH y no otro préstamo bajo otro índice de referencia distinto) será libre y consciente y por ello amparada en el principio de la autonomía y de la libertad contractual.

Consecuencia de todo lo anterior; estimo que, efectivamente si no hay información suficiente y específica del prestamista al consumidor en los términos exigidos y que se han expuesto en relación con esta «cláusula IRPH», debe declararse que no se supera el control de transparencia y, por tanto, declararse la nulidad de la cláusula y suprimirla del contrato, sin posibilidad de integración de este ni de la cláusula de intereses con referencia a otro índice (salvo que se previera expresamente en el contrato un índice sustitutivo del IRPH), por cuanto no cumple el presupuesto para ello relativo a que la supresión de la cláusula declarada nula implique la imposibilidad de que el contrato subsista: un préstamo puede existir sin intereses remuneratorios; y, además, esa consecuencia sería realmente disuasoria ante el comportamiento no transparente del prestamista.

##### 5. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

Los pronunciamientos de juzgados y audiencias provinciales tras dicha Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 han sido diversos y contradictorios<sup>6</sup>.



Los juzgados de primera instancia que se han pronunciado hasta la fecha tienden a anular la cláusula que incluye el IRPH como índice de referencia por no superar el control de transparencia y lo sustituyen por el Euríbor (así, los Juzgados de Primera Instancia n.º 4 de Burgos, n.º 6 de Lérida, n.º 6 de Orihuela, n.º 2 bis de Jaén, n.º 2 de Cornellá de Llobregat y n.º 17 de Palma de Mallorca) o por Euríbor más un diferencial (así, el Juzgado Mixto n.º 4 de Guadalajara y los Juzgados de Primera Instancia n.º 4 de Sanlúcar La Mayor, n.º 4 de Ourense y n.º 14 de Vigo).

Entre las Audiencias Provinciales, la tendencia es considerar válida la cláusula que incluye el IRPH. Así, las de Barcelona (Sección 15ª), Sevilla (Sección 5ª), Alicante (Sección 8ª), Cáceres (Sección 1ª), Huelva (Sección 2ª) y Granada (Sección 3ª). Solo la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha anulado la cláusula que incluye el IRPH como índice de referencia por no superar el control de transparencia y lo ha sustituido por Euríbor más un diferencial. Por su parte, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona ha anulado la cláusula que incluía el IRPH-Cajas y el sustitutivo que se preveía en el contrato (el CECA) lo ha sustituido por el IRPH-Entidades.

Ante las dudas que suscita la STJUE de 3 de marzo de 2020 y que se refleja en dicha disparidad de criterios judiciales dictados tras la misma, el magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona que ya planteó la cuestión prejudicial que resolvió dicha sentencia está considerando el sometimiento de nuevas peticiones concretas al TJUE y así lo ha planteado a las partes de dicho procedimiento. Habrá que esperar si el TJUE las aclara.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/2010)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto *Andriciuc*, C-186-16)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18)
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo
- STS núm. 464/2013, de 8 de septiembre
- STS núm. 171/2017, de 9 de marzo
- STS núm. 367/2017, de 8 de junio
- STS núm. 593/2017, de 7 de noviembre
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre
- STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre

NOTAS

<sup>1</sup> Sobre la definición y cálculo del Euríbor, *vid.*: anejo 8, apartado 4, de la Circular 5/2012 del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos: «4. Referencia interbancaria a un año (euríbor). Se define como la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia euríbor® que figura en el Anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016, por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo. El índice se refiere al euríbor® al plazo de doce meses». Asimismo, *vid.* artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y norma decimocuarta de la citada Circular 5/2012.

<sup>2</sup> Así se ha evidenciado desde el comienzo de la aplicación del IRPH como índice de referencia. Una comparativa de la evolución de ambos índices de referencia desde el año 2000 hasta enero de 2019 puede verse en [https://www.irph.es/irph\\_comparado.php](https://www.irph.es/irph_comparado.php); y en relación a la evolución del Euríbor desde 1998 a la actualidad puede consultarse en <http://www.euribordiarario.com.es/articulos/valor-euribor-historico/> (última consulta: 15 de marzo de 2020).

<sup>3</sup> Así se observa de los gráficos y análisis expuesto en la siguiente web: [https://www.irph.es/irph\\_comparado.php](https://www.irph.es/irph_comparado.php) (última consulta: 15 de marzo de 2020).

<sup>4</sup> Artículo 1 LCGC: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas pre-dispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

<sup>5</sup> Así, SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13.

<sup>6</sup> Vid. al respecto: <https://www.asufin.com/2020/05/irph-el-juez-que-llego-al-tjue-plantea-ra-una-segunda-cuestion-a-luxemburgo-porque-aun-hay-dudas/> y <https://www.asufin.com/sentencias-listados/irph/> (última consulta: 30 de mayo de 2020).

## 1.6. Responsabilidad Civil

# Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y periodismo de investigación: la utilización de cámaras ocultas en reportajes televisivos

## *Illegitimate interference with the right to one's own image and investigative journalism: the use of hidden cameras in television reporting*

por

ISABEL ESPÍN ALBA

*Profesora titular de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela*

**RESUMEN:** La utilización de la cámara oculta como una herramienta del periodismo de investigación es una realidad presente en diferentes formatos televisivos y ocasiona una serie de litigios relacionados con la vulneración de derechos fundamentales, en particular, el derecho a la propia imagen. Este trabajo presenta un análisis crítico de la doctrina constitucional sobre la libertad de información reflejada en la STC 25/2019, en lo que respecta a su impacto en la jurisprudencia sobre responsabilidad civil por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y reflexiona sobre el futuro de su protección en ese ámbito.

**ABSTRACT:** *The use of the hidden camera as a tool of investigative journalism is a reality present in different television formats and causes a series of disputes related to the violation of fundamental rights, in particular the right to one's own image. This work presents a critical analysis of the constitutional doctrine on freedom of information reflected in STC 25/2019, with regard to its impact on the jurisprudence on civil liability for illegitimate interference with the right to one's own image and reflects on the future of its protection in this area.*

**PALABRAS CLAVE:** Intromisión ilegítima. Derecho a la propia imagen. Libertad de información. Cámara oculta. Periodismo de investigación. Responsabilidad civil.

**KEY WORDS:** *Civil liability. Illegitimate interference. Right to one's own image. Freedom of information. Hidden camera. Investigative journalism.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA CÁMARA OCULTA, EL DERECHO Y EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN.—II. LIBERTAD DE IN-

FORMACIÓN ANTE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA CE. 2. DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. 3. SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. A. Protección civil de la propia imagen: marco normativo. B. Necesaria ponderación. C. Alcance de la indemnización por daños.—III. CÁMARAS OCULTAS Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE REPORTAJES DE INVESTIGACIÓN: 1. DIFERENTES ETAPAS. 2. DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CÁMARAS OCULTAS EN LAS SSTC 12/2012, 24/2012 Y 74/2012. 3. CRITERIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 4. LA STC 25/2019 DE 25 DE FEBRERO: ANÁLISIS.—IV. BREVES CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA CÁMARA OCULTA, EL DERECHO Y EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN

La videovigilancia empresarial, el control de la intimidad de los familiares, los límites de la actuación de los detectives privados, el valor probatorio de las grabaciones no consentidas y un largo etcétera de cuestiones justificarían un monográfico sobre las grabaciones con cámaras ocultas y el Derecho. Del entramado de temas complejos que emergen, destacamos en el presente artículo la responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen debido a la utilización de cámaras ocultas en reportajes televisivos, en los parámetros marcados por la STC 25/2019, de 25 de febrero.

El conocido como periodismo de investigación o de infiltración utiliza métodos de ocultación de la identidad del periodista como mecanismo para acceder a información de interés público, con la premisa de que de otra manera no se podría alcanzar su contenido protegido y oculto, fuera del alcance de ese público que debería conocerlo. Una situación muy típica es la del periodista que se hace pasar por cliente de un establecimiento o de un profesional en particular, con el fin de obtener información y denunciar posibles comportamientos ilícitos o actuaciones poco éticas.

La utilización de medios de grabación, en especial las cámaras ocultas, aporta credibilidad a la denuncia informativa y apoya la veracidad de su contenido. Como pone de manifiesto la STS de 20 de mayo de 2010 «se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con naturalidad que en otro caso no tendrían».

En España, alrededor de los primeros años del siglo XXI, la cámara oculta fue un instrumento ampliamente utilizado en programas de televisión con una marcada pauta de denuncia social<sup>1</sup>, incluso se realizaron producciones cuyo formato era exclusivamente de reportajes de cámara oculta, alguno de ellos todavía presentes, con distintos nombres, en la programación de diferentes canales televisivos en abierto o en plataformas y televisiones de pago.

La irrupción del método suscitó desde el principio una importante respuesta judicial desde la perspectiva de la invasión del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los grabados —incluso del honor, cuando la edición de las imágenes comunicaba una información deliberadamente falsa y atentatoria a la reputación de los aludidos—, pero también dudas desde la perspectiva de las normas deontológicas del ejercicio de la profesión periodística<sup>2</sup>. Sobre este último aspecto, los detractores del uso generalizado de dispositivos ocultos recuerdan que ello puede causar la pérdida de confianza y credibilidad de los periodistas frente a los ciudadanos.

La técnica requiere previo engaño y ocultación de la identidad del periodista que realiza la grabación. Por ende, la persona grabada y filmada es embaucada y el carácter oculto de la cámara impide que pueda rechazar o prestar su consentimiento para dicha grabación y su posterior publicación. En efecto, se genera la noticia por medio de una auténtica provocación con preguntas y acciones por parte del periodista —por ejemplo, haciéndose pasar por un enfermo de cáncer y solicitando los servicios de un curandero— y el carácter clandestino se suele mantener hasta el momento mismo de la emisión del programa, aunque en unos pocos de los casos aquí descritos se consultaron a las personas grabadas antes de la emisión, por si querían participar y aclarar aspectos del reportaje (STEDH de 24 de febrero de 2015. Caso Haldimann y otros contra Suiza).

En medio de ese debate deontológico, los tribunales fueron diseñando respuestas jurídicas desde el punto de vista de la responsabilidad civil por la intromisión ilegítima en los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en un periodo que se puede ubicar en la década 2009-2019<sup>3</sup>. Ahí se encuentran unas diez sentencias del TS, seguidas de una doctrina constitucional consolidada en al menos cuatro pronunciamientos, de los que se destaca el más reciente de la STC 25/2019, en el que se recoge una doctrina construida a la luz de otras resoluciones del TEDH.

Un acercamiento a los litigios analizados permite marcar la premisa de que son una especialidad dentro del tratamiento de la jurisprudencia de los derechos protegidos por el artículo 18.1 CE, ya que la utilización de cámaras ocultas en el periodismo de investigación se plantea como un supuesto de especial gravedad desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las personas grabadas, principalmente bajo la óptica de la protección del derecho a la propia imagen.

Y no podría ser de otra forma, a la vista de que el uso invasivo de nuevas tecnologías ha atraído la atención de segmentos mucho más amplios de la población, con el consecuente aumento de los efectos negativos de la intromisión en la esfera privada de los sujetos de las grabaciones<sup>4</sup>. La capacidad de impacto y difusión del material obtenido por cámara oculta es muy superior que en formato escrito o en imágenes genéricas<sup>5</sup>. Incluso porque, una vez divulgado el reportaje es frecuente que su contenido se reproduzca de modo viral por diferentes medios y redes sociales (STEDH de 16 de enero de 2014)<sup>6</sup>.

El propio legislador, antes incluso de su empleo generalizado en los reportajes de investigación, ya tuvo a bien estipular en la LO 1/1982 que la simple colocación de dispositivos que permitan la grabación de imagen o sonidos se considerase como regla general una intromisión ilegítima (art. 7.5), de tal forma que «No es preciso que tales dispositivos sean efectivamente utilizados, bastando su simple emplazamiento para que la conducta ya sea merecedora de la calificación de intromisión ilegítima» (YZQUIERDO TOLSADA, 2017, 363).

## II. LIBERTAD DE INFORMACIÓN ANTE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA CE

El reconocimiento del derecho a la información en la Constitución de 1978 ha sido determinante para la formación de una opinión pública libre y plural, así como para la consolidación del Estado social y democrático de Derecho. El derecho a la información a la vez que constituye un derecho subjetivo de libertad

cumple también una función de garantía institucional en las sociedades democráticas. Es decir, la existencia de un derecho a difundir y recibir información veraz permite que la prensa pueda desempeñar sus funciones con independencia, formando una opinión pública consciente y ampliamente informada.

En consecuencia, se suele primar la libertad de información sobre otros derechos fundamentales, ya que en caso contrario, sin una prevalencia general, la prensa no podría jugar su papel indispensable de «perro guardián» público<sup>7</sup>. Como se pone de relieve en las SSTC 68/2008, de 23 de junio, 58/2018, de 4 de junio, y 25/2019, de 25 de febrero, la razón de la preeminencia del derecho a comunicar libremente información veraz en nuestro ordenamiento reside en que «no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático».

La libertad de información tiene entidad propia respecto de la libertad de expresión. En esa línea, la doctrina del TC entiende como libertad de expresión en sentido estricto «aquella que expresa y difunde libremente pensamientos, ideas y opiniones...» [20. 1 a) CE], mientras el derecho a la información establece «el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [20. 1 d) CE]. La libertad de expresión se refiere a juicios y opiniones, mientras que el derecho a la información es la manifestación de los hechos y solo protege la información veraz. Así, por una parte, el objeto de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones (juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a la información está más relacionado con los hechos y las noticias, que constituyen un objeto más concreto y objetivo. Por otra parte, el derecho a la información versa sobre hechos, residiendo en el campo de lo objetivo, la libertad de expresión lo hace sobre opiniones, entrando en el campo subjetivo.

Por ello, se suele indicar que la libertad de información es una forma concreta y derivada de libertad de expresión (MACÍAS CASTILLO, 2012). No siempre es sencillo separar opinión e información en la tarea periodística, pues «Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión» (STC 6/1988, de 21 de enero). En defensa del uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación se suele decir que esta técnica de estricta comunicación informativa favorece la neutralidad, y ofrece hechos frente a opiniones y conjeturas.

Ahora bien, no se trata de una prevalencia absoluta. El artículo 20.1.d) dispone, en todo caso, que el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a protección de la juventud y de la infancia».

## 2. DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

Los bienes de la personalidad llamados sociales, en cuanto que, aun separables de la propia persona, le atañen muy directamente, son el honor —y

la fama—, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Los derechos fundamentales existentes sobre ellos están consagrados en el artículo 18.1 CE, dedicándose a regular su protección civil la LO 1/1982, de 5 de mayo (ROGEL VIDE/ESPÍN ALBA, 2018).

### 3. SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La noción de «vida privada» es un concepto amplio, no susceptible de una definición exhaustiva que abarca la integridad física y moral de la persona y puede, por tanto, englobar múltiples aspectos de la identidad del individuo, tales como el nombre o elementos referidos al derecho de su imagen<sup>8</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, los tres derechos fundamentales relacionados con la vida privada tienen sustantividad y contenido propio, de tal suerte que ninguno queda subsumido en el otro (FJ 7, STC 18/2015 de 16 de febrero).

En esa línea, la doctrina constitucional y la jurisprudencia han caracterizado el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad, con un contenido propio, específico y diferenciado de los demás, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas<sup>9</sup>. La principal consecuencia del reconocimiento de esa sustantividad propia es que cuando la libertad de información colisiona con la imagen, pero también con el honor y/o la intimidad personal y familiar, la respuesta judicial debe ser diferenciada.

En la materia objeto de comentario, la utilización de cámaras ocultas en reportajes de investigación, esa sustantividad del derecho a la propia imagen se hace más evidente, pues en el análisis de la jurisprudencia, se observa que se diferencia muy bien entre las varias intromisiones ilegítimas. Por lo pronto, en el juicio de ponderación para excluir la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen por la divulgación de imágenes obtenidas por dispositivos ocultos se tienen en cuenta criterios más estrictos que aquellos aplicados en la colisión con otros derechos fundamentales, como por ejemplo el honor. Ello justifica que en muchas ocasiones se estime justificada la intromisión respecto del derecho al honor y a la intimidad —siempre que respetados los criterios de veracidad, interés general o relevancia pública de la noticia, reportaje neutral, etc.—, en aras del fortalecimiento de la libertad de información y/o expresión, mientras en el mismo caso se considera infringido el derecho a la propia imagen.

#### A. *Protección civil de la propia imagen: marco normativo*

A los efectos de la temática analizada, se prescinde de la dudosa distinción entre aspectos civiles y constitucionales del derecho a la imagen (DE VERDA Y BEAMONTE, 2017, 86) y se parte de que de acuerdo con el artículo 1.1. LO 1/1982 «El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente<sup>10</sup> frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica».

La LO 1/1982 está organizada sobre la base de lo que se entiende o no como una intromisión ilegítima por medio del juego de delimitaciones positivas (arts. 2.1 y 7) y negativas (arts. 2.2 y 8) (IZQUIERDO TOLSADA, 2014). Considera expresamente<sup>11</sup> como intromisión ilegítima el mero emplazamiento de aparatos

y la mera captación no autorizada de la imagen ajena<sup>12</sup>, con las excepciones previstas en el mismo precepto. Dice:

Artículo 7.1: «El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas».

Artículo 7.2: «La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción».

En particular, es un atentado al derecho a la propia imagen, Artículo 7.5: «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos».

En lo concerniente al alcance de la protección, la imagen del individuo es uno de los atributos principales de su personalidad que le permite diferenciarse de sus congéneres. Como señala, entre otras<sup>13</sup>, la STS de 8 de mayo de 2013, «Es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». Tiene, según la doctrina constitucional, un aspecto positivo en el sentido de que el sujeto tiene el poder sobre la publicidad de la información y un aspecto negativo que le permite resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación por terceros o la publicidad no deseada (DE VERDA Y BEAMONTE, 2017, 69).

La propia imagen queda así protegida como derecho fundamental, con independencia de que revelen aspectos íntimos o no, en tanto «constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual» (STC 231/1988, de 2 de diciembre). De esa forma, es garantía del ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característicos, propios e inmediatos, como por ejemplo es la imagen física (figura humana visible), el nombre o la voz (STC 177/1994, de 25 de abril).

La inclusión de la propia imagen en el catálogo de derechos fundamentales especialmente protegidos por la CE está íntimamente vinculada a la tutela de la dignidad personal (STC 81/2001, de 26 de marzo), pues garantiza al individuo decidir la relación consigo mismo y su entorno, es decir, una «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 193/2003, de 27 de octubre).

### *B. Necesaria ponderación*

Es una constante en la doctrina del TC la utilización de la técnica de la ponderación para resolver conflictos entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Con carácter general, la jurisprudencia establece la prevalencia del derecho a la información



sobre los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas (MAGDALENO ALEGRÍA, 2019, 99).

Esa eficacia legitimadora (STS de 14 de noviembre de 2019) requiere que el juez examine las circunstancias del caso a los efectos de estimar en una situación concreta si en el ejercicio de las libertades de expresión y/o información concurren los requisitos necesarios para determinar su prevalencia sobre los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE. Como recuerda MESSÍA DE LA CERDA (2014) «la ponderación de la libertad de información y los derechos a la intimidad y la propia imagen requiere analizar la relevancia pública de la información, su veracidad y la ausencia de injurias en la misma, aunque el segundo de los factores mencionados ve reducido su juego en el caso de la intimidad —pues la intromisión se produce con independencia de la veracidad o no de lo difundido— y la propia imagen».

En efecto, la STC 104/1986, de 17 de julio, apunta la prevalencia o preferencia del derecho a la libre expresión y a la no menos libre información [artículo 20.1.a) y d)] sobre los derechos personalísimos como aquellos contenidos en el artículo 18.1 CE. Sostiene «Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor». Aunque dicha prevalencia no es absoluta, ni automática, de modo que siempre resulta necesario ponderar.

Así la reciente STC 25/2019, de febrero de 2019, sobre cámaras ocultas declara «la legitimidad del uso de la cámara oculta como método periodístico de obtención de la información está sometida a unos criterios estrictos de ponderación dirigidos a evitar una intromisión desproporcionada y, por tanto, innecesaria en la vida privada de las personas». De ahí que su uso «debe ser restrictivo, como último recurso y conforme con las normas deontológicas».

### C. Alcance de la indemnización por daños

Al amparo del artículo 9.3 de la LO 1/1982, la existencia de perjuicio se presume en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y corresponderán no solo la de los perjuicios materiales, sino también de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos. Es suficiente, por lo tanto, acreditar la intromisión ilegítima para que el perjuicio esté probado.

Las dudas sobre el alcance objetivo de la presunción se fueron solventando en doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que afecta al daño moral «quedando en cambio el daño patrimonial sujeto a la exigencia de prueba propia de las acciones indemnizatorias comunes» (IZQUIERDO TOLSADA, 2014). Por lo tanto, en este tipo de acción resarcitoria, el elemento crucial es la determinación del carácter ilegítimo de la intromisión, como se puede constatar en la jurisprudencia que a continuación se comenta.

## III. CÁMARAS OCULTAS Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE REPORTAJES DE INVESTIGACIÓN

### 1. DIFERENTES ETAPAS

En la dinámica de la protección de la libertad de información, las primeras sentencias que abordaron la materia de las cámaras ocultas, hicieron prevalecer

la libertad de información, siempre que cumplidos los criterios de garantía de una información veraz, neutral y de interés general<sup>14</sup>; hasta que la STS de 16 de enero de 2009 —confirmada por la STC 12/2012— puso sobre la mesa la especialidad del carácter intrusivo de las cámaras ocultas y de una especificidad en la ponderación de derechos, al menos en lo concerniente al derecho a la propia imagen, hasta el punto de que algunos se hayan preguntado por la pervivencia de las cámaras ocultas como método de investigación periodística.

En esta senda, y con posterioridad, se pueden citar, entre otras: a) La STS de 6 julio de 2009 —cuyo recurso de amparo no prosperó (STC de 17/2012, de 13 de febrero)— trataba de la emisión en medio televisivo, sin consentimiento de la afectada, de grabación de imagen y voz de persona identificable obtenida con cámara oculta por periodistas de investigación en la sede de un partido político para un reportaje sobre el resurgimiento de la extrema derecha en España. Se trataba de una imagen de una persona carente de notoriedad, en lugar no abierto al público y prescindible para la información ofrecida con ella; b) La STS 20 de mayo de 2010 —confirmada por la STC 24/2012, de 27 de febrero— sobre un reportaje con cámara oculta sobre las clínicas de medicina estética. La imagen de la persona grabada sin consentimiento la hacía perfectamente reconocible y no era necesaria a los efectos de la información. La periodista se había hecho pasar por una cliente que solicitaba asesoramiento para un tratamiento de adelgazamiento; c) La STS de 25 de marzo de 2010 entiende que hubo intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de una persona grabada con cámara oculta para un reportaje sobre prácticas abusivas en la contratación en el mundo futbolístico. Ha sido importante para la admisión de que hubo una intromisión ilegítima el hecho de que no se emplearan técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos hasta hacerlos irreconocibles y que en todo caso se podría haber evitado su utilización, puesto que cuando el fin pretendido con el reportaje y la posterior tertulia no era la crítica de la conducta del actor, sino la censura de las referidas prácticas abusivas; y d) La STS de 6 junio de 2011 sobre turismo sexual, trató de un reportaje televisivo sobre el turismo sexual femenino en el Caribe, y entendió innecesaria y desproporcionada la grabación al fin informativo del reportaje.

Tal vez la STS de 29 de abril de 2014 haya añadido algún elemento de reflexión más en esta etapa, pues está referida a la imagen de un personaje público y como puso de manifiesto CHAPARRO MATAMOROS (2015, 348) «Ello propicia que la ponderación de algunos elementos sea ligeramente distinta a la que se efectúa en el periodismo de investigación de denuncia social. Así, en los casos de denuncia social, el estafador no tiene el carácter de personaje público, lo que supone un grave inconveniente para las productoras y cadenas de televisión a la hora de justificar su aparición en el reportaje. Por lo demás, en los casos de denuncia social el interés general de la información está más difuso que en los supuestos de reportajes de reconstrucción de hechos históricos, en los que, en buena medida, se presume».

## 2. DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CÁMARAS OCULTAS EN LAS SSTC 12/2012, 24/2012 Y 74/2012

La especialidad que empezó a representar el resultado de la ponderación la colisión entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen con la libertad de información, alcanzó su máxima expresión en la STC 12/2012, de 30 de enero,

que deniega el amparo solicitado por una entidad productora de programas para televisión contra la STS de 16 de enero de 2009, en la medida en que declaró inconstitucional la utilización de cámaras ocultas.

El trasfondo fáctico trata de un supuesto de grabación oculta y difusión de las imágenes de una naturópata que tres años antes del reportaje había sido condenada por intrusismo profesional por ejercer como fisioterapeuta sin contar con el título habilitante. La productora Canal Mundo envió a una reportera que se hizo pasar por una cliente que sufría dolor de espaldas y grabó el desarrollo de la consulta, contenido emitido por la televisión autonómica valenciana, de tal modo que se reconocía perfectamente la imagen y la voz de la persona grabada.

La esteticista presentó demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen que fue desestimada, tanto en primera como en segunda instancia, sobre la base de que prevalecían las libertades de información y expresión, ante el cumplimiento de los criterios de reportaje neutral y toma de imágenes en un espacio de la vivienda dedicado a la consulta.

La STS de 16 de enero de 2009<sup>15</sup> casa la sentencia de la Audiencia Provincial argumentando que el hecho de que el reportaje fuese veraz y neutral, y que la denuncia de intrusismo profesional fuese de interés no eran suficientes, a la vista de las circunstancias del caso, para fijar la prevalencia de la libertad de información. A propósito del derecho al honor, no lo entiende violado, puesto que la información fue veraz y en el programa no se hicieron comentarios vejatorios o denigrantes; sin embargo, por lo que a la intimidad se refiere, fueron intromisiones ilegítimas tanto la captación de las imágenes como la emisión televisiva de la grabación. En todo caso, no considera ajustado a derecho el sacrificio de la intimidad y la imagen porque: no se acredita suficientemente que la afectada carezca del título habilitante para ejercer de fisioterapeuta; no se explican las razones que justifican que se personalice en ella la denuncia; la utilización de la cámara oculta no era imprescindible para descubrir la verdad de lo que acontecía en la consulta y hubiera bastado con entrevistar a clientes de la misma; no resulta necesario identificar a la afectada plenamente con todos los rasgos físicos. Como resultado, la productora, la periodista, la cadena que emitió la grabación y el director del programa fueron condenados solidariamente al pago de 30.050'61 euros de indemnización.

En definitiva, entiende que «el material obtenido con la investigación careció de la relevancia necesaria para justificar el sacrificio de un derecho fundamental como era la intimidad de la demandante y el método utilizado, la llamada cámara oculta, no era imprescindible para descubrir la verdad de lo que acontecía en la consulta de la actora».

La sentencia fue recurrida en amparo por la productora, así como por la cadena de televisión que transmitió el reportaje, alegando una vulneración de la libertad de información *ex* artículo 20.1. d) CE.

El fallo del TC deniega el amparo y, por primera vez, se consideró absoluta la ilegitimidad de la utilización de cámaras ocultas. La STC 12/2012 dispuso concretamente que no era solo una cuestión de que no fuese necesario a los fines del reportaje la utilización de una cámara oculta «sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta) por las razones que antes hemos expuesto».

El impacto doctrinal y mediático de esa prohibición de la utilización del método generó expectativas sobre una eventual matización en las siguientes resoluciones del órgano constitucional.

La STC 24/2012, de 27 de febrero, no insiste en la prohibición constitucional, pero en el caso concreto subraya que «desde la perspectiva legitimadora del ejercicio de este derecho, no resultaba necesario ni adecuado acudir a la captación y reproducción de la imagen de la afectada sin su consentimiento para cumplir la finalidad informativa pretendida, ya que existían métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla que no implicara la incidencia que tiene esta concreta técnica de la cámara oculta en otros derechos con rango y protección constitucional». En efecto, en el recorrido judicial quedó demostrado que las imágenes se obtuvieron y reprodujeron sin el consentimiento de la persona afectada y su emisión se efectuó, de forma que, si bien estaba algo difuminada parte del rostro, ello no impedía reconocer plenamente a la afectada.

Pero la STC 74/2012 recibe la doctrina de la STC 12/2012, que entiende que la utilización periodística de cámaras ocultas no resulta necesaria ni adecuada y además está constitucionalmente prohibida, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, cuando existan otros «métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no quedan comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional». En su interpretación más literal reiteraba la proscripción de las cámaras ocultas por la jurisprudencia.

Ese pronunciamiento tan contundente ha sido recibido, sin embargo, una respuesta doctrinal que llamaba a su flexibilización (GÓMEZ SÁEZ, 2013, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, 2017, 202)<sup>16</sup>, para afirmar que «la prohibición no es absoluta» (RAGEL SÁNCHEZ, 2012). De lo contrario, se estaría de modo contradictorio e incoherente elevando a categoría lo que fue la prohibición en un caso muy concreto (MAGDALENO ALEGRÍA, 2019, 101).

Aunque la visión más restrictiva tuvo su impacto en alguna resolución judicial en tribunales inferiores (CRUZ GARCÍA, 2015), la STS de 28 de octubre de 2013 atemperó la contundencia de la doctrina constitucional e interpretó que «La alegada ilicitud de las imágenes y el sonido obtenidos mediante cámara oculta, habría exigido un esfuerzo de motivación más detallado» además de «una tarea de ponderación que, ante todo, huya de reglas estereotipadas o de interpretaciones apresuradas e irreflexivas de la jurisprudencia constitucional». Realizó, por consiguiente, una interpretación más allá de la literalidad de los fallos constitucionales del 2012, ya que «La lectura detenida de las tres sentencias que condensan la doctrina constitucional pone de manifiesto que su objeto nada tiene que ver con una hipotética prohibición absoluta y excluyente de un determinado medio de prueba en el proceso penal. Lo que la STC 12/2012 proclama es la prevalencia, en esos casos concretos, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) frente a la libertad de información [art. 20.1.d) CE]».

Con todo, la realidad era que en diferentes recursos de amparo, el TC tuvo la oportunidad de mantener que la difusión de las grabaciones obtenidas mediante cámara oculta no resultaba legítima, a la vista no solo de la forma y el lugar en el que se obtuvieron esas grabaciones, sino también a la forma en que se difundieron posteriormente y a la existencia o no de métodos menos intrusivos para obtener la información<sup>17</sup>; mientras doctrina y jurisprudencia seguían reclamando un criterio más ajustado que, al menos en los supuestos de distorsión de la imagen considerase legítimo el uso de la cámara oculta. En esa línea, RAGEL SÁNCHEZ (2012, 269) opinaba que «la técnica de la cámara oculta podrá ser adecuada cuando se difumine la imagen de la persona captada del tal manera que la haga irreconocible».

El resumen de esa fase que hace NAVARRO MARCHANTE (2014, 114) indica que: no procede la calificación de «reportaje neutral» para las grabaciones con cámara oculta; es preciso, con carácter previo al juicio de ponderación, verificar que se trate de información veraz y de que no haya insultos o manifestaciones vejatorias; desde la perspectiva del derecho a la intimidad no tiene cabida las grabaciones no consentidas en domicilios particulares y lugares asimilados; los despachos profesionales generan una expectativa razonable de que son espacios seguros frente a las intromisiones no consentidas; aunque haya interés en la noticia, el método es declarado inconstitucional; aunque podrían ser admisibles las grabaciones con cámara oculta si son veraces, no vulneran la intimidad y las personas grabadas no resultan reconocibles.

Ahora bien, en cualquier caso, como se verá en el siguiente apartado, una prohibición absoluta de la cámara oculta chocaba frontalmente con la doctrina expuesta por el TEDH, especialmente en la STEDH de 24 de febrero de 2015 (Haldimann y otros contra Suiza), lo que provocará una revisión matizada de la doctrina constitucional en la STC 25/2019, de 25 de febrero.

### 3. CRITERIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

Desde muy pronto<sup>18</sup> el TEDH ha marcado una pauta de prevalencia de las libertades de información y expresión sobre otros derechos fundamentales.

En las resoluciones aquí comentadas, en el equilibrio entre los artículos 8 (derecho al respeto a la vida familiar y familiar) y 10 (libertad de expresión) CEDH prevalece el derecho de la prensa de informar al público y comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público, así como el derecho del público de recibirlas.

Sobre la materia objeto de este estudio, nos encontramos con demandas interpuestas por periodistas o medios de comunicación sancionados por utilizar cámaras ocultas o por difundir las imágenes así obtenidas, al igual que con demandas promovidas por las personas grabadas subrepticamente y cuyos derechos no fueron debidamente protegidos en la vía judicial interna.

MAGDALENO ALEGRÍA (2019, 103) resume la doctrina contenida en los fallos, en los siguientes criterios: el interés público de la información y su contribución a un debate de interés general, la notoriedad de la persona en causa, la naturaleza del lugar donde se obtuvieron las imágenes, los códigos deontológicos periodísticos y el carácter reconocible de la persona o personas grabadas. Se debe añadir, según la tendencia marcada por las dos sentencias de Gran Sala de 7 de febrero de 2012 (Axel Springer contra Alemania y Von Hannover contra Alemania), la forma y repercusiones de la publicación y la gravedad de la sanción impuesta.

En lo particular de las cámaras ocultas en los reportajes de investigación, si bien el TEDH no se erige en el guardián de la ética periodística, advierte de los riesgos de sobrepasar ciertos límites que implicarán una violación de otros derechos fundamentales. De ese modo, reconoce que los métodos de la información objetiva y ponderada varían considerablemente y que, por tanto, no le corresponde sustituir con sus propios puntos de vista aquellos de la prensa en cuanto a qué técnica periodística debería adoptarse o el modo de informar. Es decir, no se indica, como lo hizo en su momento la STC 12/2012, de 30 de enero, métodos que sean de *per se* contrarios a derecho.

Ahora bien, a pesar de esa libertad de elección de las herramientas periodísticas, el TEDH advierte de que la discreción editorial no es ilimitada, de tal

forma que la prensa no puede traspasar los límites que infrinjan los derechos de los demás, y asimismo debe obrar de buena fe sobre la base de hechos veraces y deben ofrecer una información «fiable y precisa» de acuerdo con la ética periodística. Tal exigencia de buena fe es, en todo caso, uno de los parámetros para la evaluación de la *lex artis* del informador, pues a las exigencias básicas como la fiabilidad y contraste de fuentes (MACÍAS CASTILLO, 2012), también se exige un comportamiento ético sobre la base de las líneas maestras de los principales códigos deontológicos.

Con estas premisas, las libertades de expresión y de información parten con ventaja en los juicios de ponderación siempre centrándose en si la publicación atiende al interés público, y no si el público puede tener interés en leerla. Ventaja que, sin embargo, tiende a desvanecerse cuando de lo que se trata es de la imagen de los sujetos grabados o fotografiados.

Todo ello aparece contenido, a grandes rasgos, en las resoluciones que a continuación se comentan, en particular, en el más reciente Caso Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia contra Grecia (STEDH de 22 de febrero de 2018).

En la STEDH de 10 de mayo de 2011 (Caso Mosley contra Reino Unido) contempla el supuesto de un reportaje que incluía material obtenido por medio de cámaras ocultas en el que se revela información privada e íntima de la persona grabada. El demandante ante el Tribunal europeo no pretendía una mayor indemnización del periódico, sino formular una queja sobre la falta de un marco normativo interno que hubiera impedido la publicación del artículo que vulneró su derecho al respeto de la vida privada<sup>19</sup>. Por ello, a los efectos que aquí interesan conviene remarcar que el Tribunal añadió gravedad al contenido conseguido por medio de la grabación con cámaras ocultas. Indica que el material audiovisual obtenido de forma clandestina tuvo un impacto mucho mayor que los propios artículos.

Significativo es el Caso Haldimann y otros contra Suiza (STEDH de 24 de febrero de 2015), teniendo en cuenta que el TEDH legitima el uso de la cámara oculta y da relieve a que la persona grabada no lo fue en actividades de su vida íntima o personal, sino como representante de una categoría profesional particular, estimando de ese modo la demanda presentada por cuatro ciudadanos suizos contra la Confederación Suiza por considerar que la condena impuesta por la emisión de una grabación con cámara oculta en la televisión vulneró su libertad de expresión.

Los hechos tuvieron lugar en febrero de 2003, cuando el editor de un programa semanal de protección al consumidor («Kassensturz») emitido en la televisión suiza germánica (SF DRS) elaboró un documental basado en las ventas de seguros de vida, con la intención de poner el foco sobre prácticas empleadas por los corredores de seguros. El editor utilizó entrevistas con clientes y corredores a través de una cámara oculta. Como suele pasar en estos formatos, un periodista se hizo pasar por cliente y tuvo un encuentro con un agente de seguros de la empresa investigada. Fueron colocadas cámaras en la sala donde se hizo la entrevista que retransmitían en una sala vecina, donde había otro periodista con un especialista en seguros. Al término de la entrevista se le comunicó al entrevistado que se había usado una cámara oculta y él se negó a ir como invitado el día en que se emitió el programa, razón por la cual su testigo fue reproducido pero con una cara y voz distorsionadas.

Los periodistas fueron denunciados en noviembre de 2007 y posteriormente condenados a pagar multas que oscilaban entre 120 y 4.200 francos suizos, por la utilización indebida de cámaras ocultas. Recurrieron y el Tribunal Supremo

de Zúrich, el 24 de febrero de 2009, redujo la sanción impuesta. Posteriormente, los demandados alegaron que su condena era una injerencia desproporcionada a su derecho de libertad de expresión y el TEDH les ha dado la razón, entendiendo que ese tipo de sanción podría disuadir a la prensa de llevar a cabo actividades de investigación para contribuir al debate público sobre las malas prácticas del sector de los seguros.

Ha sido decisivo para excluir el carácter ilegítimo de la utilización de una cámara oculta el hecho de la emisión de la imagen pixelada del rostro del agente distorsionando sus rasgos físicos y asimismo se modificó su voz, de tal manera que el reportaje estuvo centrado en las prácticas fraudulentas en el sector de los seguros y no en ese agente en particular<sup>20</sup>.

Otro asunto de interés, siguiendo la misma estela del asunto Haldimann, es el Caso Bremner contra Turquía (STEDH de 13 de octubre de 2015) sobre la emisión de un reportaje sobre proselitismo religioso grabado con cámara oculta en el que se descubría la identidad del demandante<sup>21</sup>. En el análisis de la violación de los artículos 10 y 8 del CEDH, los fundamentos de la decisión tienen en cuenta la ausencia de notoriedad pública del personaje y que la difusión de la imagen no aporta ninguna contribución a un debate de interés general para la sociedad. En efecto, la emisión no contenía un ataque personal gratuito; sin embargo, no había justificación para el hecho de que el reportaje se hubiera emitido sin la precaución de difuminar la cara del demandante, pues ni era un personaje público ni la difusión de su rostro era necesaria para contribuir al debate público (apartados 80-81).

Citando el caso De la Flor Cabrera, el Tribunal en el Apartado 76 indica que, con respecto al método utilizado para realizar el reportaje «la utilización de una técnica tan intrusiva y tan atentatoria contra la privacidad como es la de la cámara oculta, en principio debe ser restringida. No obstante, el Tribunal no ignora la importancia de medios de investigación secretos para la realización de ciertos reportajes. De hecho, en algunos casos, la utilización de la cámara oculta puede considerarse necesaria para el periodista, cuando, por ejemplo, es difícil de obtener la información por otros medios (...) No obstante, este medio debe utilizarse como último recurso y en el respeto de las reglas deontológicas y dando pruebas de moderación». De ese modo, reconoce los peligros de su utilización pero no aboga por la proscripción de su uso, sino que apuesta por la moderación, distanciándose del criterio presente en la STC 12/2012, de 30 de enero.

Hace hincapié en que el Tribunal no observa cuál sería la contribución que podría aportar al debate general la difusión de la imagen del demandante, y tampoco dónde estaría la justificación de interés general por la que los periodistas decidieron difundir la imagen del demandante sin tomar ningún tipo de precaución tal como velar su rostro<sup>22</sup>.

Cierra este conjunto de decisiones, el asunto que ha influido más directamente en los criterios desarrollados por la STC de 25/2019, de 25 de febrero, el Caso Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia contra Grecia (STEDH de 22 de febrero de 2018). Los acontecimientos relevantes que dieron lugar a la sentencia remontan al año 2002, cuando la emisora de canal de televisión griego Alpha transmitió un programa de televisión llamado «Jungla» en el que tres vídeos realizados con cámara oculta mostraban a un político, miembro del Parlamento y presidente del comité interpartidista sobre juegos de azar electrónicos, mientras jugaba en una sala de juegos recreativos y apuestas.

Durante el procedimiento interno, la emisora alegó que el uso de la técnica de la cámara oculta estuvo justificada por el hecho de que el parlamentario era

una figura pública y que no había otra manera para verificar su actividad de juego, pero el Consejo Nacional de Radio y Televisión entendió que no estaba justificada su utilización y advirtió de los peligros de generalizar su uso, fijando una indemnización de 200.000 euros. El recurso presentado por el medio de comunicación ante la Suprema Corte Administrativa fue desestimado, y la Corte reiteró el argumento de que la difusión televisiva de imágenes obtenidas por medios secretos no puede estar cubierta por el ejercicio legítimo del derecho a informar, teniendo en cuenta que la noticia había sido obtenida violando un derecho fundamental de una persona.

En su demanda ante el TEDH la emisora planteaba la violación de su libertad de información y justificaba la utilización de cámaras ocultas por el hecho de que el parlamentario era una figura pública y su participación en las actividades de juego era una cuestión de interés público, especialmente debido a su función de presidente de la comisión parlamentaria sobre los juegos de azar electrónicos. Por su parte, el Gobierno defendía que en ningún momento se ha restringido la libertad de informar, sino que la sanción administrativa estuvo referida a la captación y difusión de la imagen del político por medios ilícitos.

La decisión del TEDH, después de subrayar que el tema tratado era de interés público, se ha centrado en la proporcionalidad de la restricción de la libertad de información, incluso en lo referido a las grabaciones, pues entiende que el uso de una cámara oculta no está absolutamente prohibido, sino que se encuentra sujeto a condiciones específicas. Para ello, analizó los siguientes criterios: la contribución del reportaje a un debate de interés público; la conducta previa de la persona afectada; las circunstancias en las que se grabó el video; el contenido, la forma y las consecuencias de la emisión; así como la severidad de la sanción<sup>23</sup>. La Corte europea ha entendido únicamente en uno de los videos que hubo vulneración de la libertad de información, puesto que se cumplían todos los requisitos de legitimidad de la intromisión.

Como se puede observar, los casos Haldimann y Alpha tuvieron distintos resultados, algo que no puede extrañarnos en cuanto estamos en un terreno de ponderación de derechos de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. De hecho, en la STEDH de 24 de febrero de 2015, la injerencia en la vida privada del corredor de seguros no ha sido lo suficientemente grave como para prevalecer sobre el derecho a recibir una información de interés público y veraz, mientras la STEDH de 22 de febrero de 2018, en relación con dos de los videos, consideró que la filmación que involucraba a una figura pública en un local privado no estaba cubierta por el derecho a informar.

Pero, en todo caso, y como resume la STC 25/2019 de 25 de febrero «En definitiva, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido expuesta, la legitimidad del uso de la cámara oculta como método periodístico de obtención de la información está sometida a unos criterios estrictos de ponderación dirigidos a evitar una intromisión desproporcionada y, por tanto, innecesaria en la vida privada de las personas».

#### 4. LA STC 25/2019 DE 25 DE FEBRERO: ANÁLISIS

La STC 25/2019, de 25 de febrero estima parcialmente el recurso de amparo presentado contra la STS (Sala Civil) de 23 de noviembre de 2017, por entender que se había desatendido la doctrina establecida en las SSTC 12/2012 y 74/2012, relativa a la utilización de la técnica de cámara oculta.



El supuesto de hecho descrito por el fallo constitucional indica que el 3 de diciembre de 2010, los periodistas doña A.R. y don E.C. acudieron al despacho de T.E.H., que ejerce como coach, mentor y consultor personal y es director ejecutivo y propietario de la entidad H.S., S.L., haciéndose pasar por clientes y fingiendo uno de ellos que padecía cáncer, y grabaron la visita con cámara oculta. Al día siguiente los periodistas regresaron al mismo despacho para recoger la grabación de la visita ya que el Sr. H. grababa a su vez todas las visitas y proporcionaba una copia a sus clientes: los periodistas también grabaron esa nueva visita con cámara oculta.

La trayectoria judicial empieza con que el Sr. H. y la entidad H.S., S.L. formularon conjuntamente demanda de juicio ordinario contra la cadena televisiva Antena 3, la asociación Red UNE y el presidente de esta última asociación por intromisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, interesando la condena de los demandados a la difusión íntegra en el programa de televisión «Espejo Público», en la web oficial de la cadena Antena 3 durante dos días y en la página web de la asociación Red UNE durante dos años, del encabezamiento y el fallo de la sentencia que se dictase y a indemnizar a T.E.H. y a H.S.S.L. por una cantidad de 506.527 euros. Se basaban en que, por un lado, los reportajes eran sesgados, por consistir en fragmentos objeto de manipulación, que faltaban a la verdad y que su contenido, al igual que los comentarios de los reporteros y los colaboradores del programa «Espejo Público», eran difamatorios y que en ellos se habían mostrado imágenes suyas grabadas y difundidas sin su consentimiento y, por otro lado, que la asociación Red UNE había enviado correos difamatorios dirigidos a quienes tenían o habían tenido relación con el demandante, invitándoles a difundirlos, y que asimismo había publicado en su página web artículos periodísticos de contenido difamatorio con relación a su persona.

La sentencia recurrida en amparo consideraba que la prevalencia de la libertad de información era evidente, porque tanto los reportajes de Antena 3 como los correos y página web de Red UNE, tenían por finalidad esencial denunciar una actividad del demandante de amparo de licitud dudosa. En efecto, relataba una actividad que podía dañar la salud pública por sospecharse que, por cuanto existían sospechas de que una persona sin titulación adecuada estaba ofreciendo servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin la menor base científica y, si cabe más grave, estaba ejerciendo una influencia negativa en sus clientes que, según información proporcionada por familiares, estaban dejando los tratamientos médicos, ya que estaban sometidos a técnicas de control propias de sectas.

Con estos indicios, la Sala Civil del Tribunal Supremo razonó que en el caso hubo proporción entre fines y medios para la divulgación de una información veraz en lo esencial. Argumentó el Tribunal Supremo que «La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre los derechos al honor y a la intimidad, y no se discute que la información, incluida la gráfica, tenía interés general, pues si se trataba de alertar de prácticas fraudulentas, ... engañosas, generadoras de riesgos para la salud, qué duda cabe de que, ante la evidencia de que podían ser muchas las personas con las que había contactado el demandante, y también muchas las potenciales víctimas futuras, no era desproporcionado que se ofreciera su imagen, fuera en pantalla o como complemento de la información ofrecida en las respectivas webs. Además, la jurisprudencia viene declarando que «la veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica» (sentencias 652/2012, de 24 de julio, 547/2011,

de 20 de julio, y 92/2011, de 25 de febrero, todas ellas mencionadas por la más reciente 80/2017, de 13 de febrero lo que no acontece en el presente caso. Por lo que respecta a Antena 3, ciertamente se grabó y difundió la imagen del demandante sin su conocimiento, mostrándose sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente, y es verdad también que la consulta privada no es un lugar público. Pero, a diferencia de otros casos en que esta sala apreció desproporción entre fines y medios, no se puede hablar de un pobre resultado de la grabación difundida (Sentencia 225/2014, de 29 de abril).

Por lo que a la utilización de cámaras ocultas se refiere, el TC enfatiza que cuando la información de relevancia pública se haya obtenido mediante esa técnica, el enjuiciamiento constitucional debe incorporar un juicio de proporcionalidad específico (FJ 7).

El eje central del razonamiento no está en el interés general de la información transmitida sino en la necesidad de utilizar un medio tan intrusivo. En el juicio de proporcionalidad es preciso analizar si no había otra forma de informar, ya que «La relevancia pública de una información puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas».

El TC evidencia la recepción de los criterios del TEDH en las sentencias descritas en este trabajo y en aplicación de los mismos el criterio de prohibición absoluta de la STC 12/2012 cuando dice que la CE excluye, por regla general, la utilización periodística de la cámara oculta. Ya no se trata de una exclusión absoluta, de tal suerte que, aunque sea excepcionalmente, se puede llegar a admitir la legitimidad de su utilización.

En cuanto a los criterios de ponderación empleados, respecto del lugar, fue determinante para considerar la ilegitimidad del uso de cámara oculta que la información fuera captada subrepticamente en un ámbito privado como es una consulta profesional, en cuyo seno se desarrollan relaciones de naturaleza profesional que están también protegidas por el derecho a la intimidad, y en las que, por consiguiente, existe igualmente una legítima expectativa de resguardo frente a la intromisión de terceros. Pone el acento en la importancia de la relación entre esa expectativa de privacidad y el resguardo de la imagen que ofrecen los espacios más íntimos del hogar o zonas específicas de locales públicos<sup>24</sup>.

El amparo se ha concedido por lo que el derecho a la propia imagen se refiere, pues «en los diversos programas televisivos posteriormente emitidos no solo se informó sobre su identidad, sino que también su imagen y su voz fueron difundidas sin distorsión alguna. La difusión de la imagen y, en su caso, la voz del demandante de amparo solo habría estado justificada si se hubiera tratado de un personaje público o ello hubiera sido estrictamente necesario para contribuir al debate público. Sin embargo, el demandante de amparo no era un personaje público, y no se han ofrecido ni se atisban argumentos que justifiquen, en circunstancias concurrentes, la necesidad de difundir su imagen y su voz para contribuir a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública.

En suma, con la difusión de la imagen y la voz del demandante de amparo en diversos programas televisivos no solo no se restringió, sino que se amplificó enormemente la injerencia inicial en el derecho fundamental a la propia imagen, sin que ello viniera requerido por la necesidad de contribuir a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública». De esa manera, el TC se decanta por mantener una postura garantista del derecho a la intimidad y a la propia imagen, pero abandona la contundencia de una supuesta inconstitucio-

nalidad del método de las cámaras ocultas, para quedarse con una referencia a una «regla general».

El fallo final indica «el restablecimiento del Sr. Hertlein en la integridad de sus derechos fundamentales [art. 55.1 c) LOTC] comporta la declaración de nulidad parcial de la sentencia 634/2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2017, únicamente en lo relativo a la revocación de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Illes Balears en el recurso de apelación núm. 228-2015 en los que dicha resolución estimó las vulneraciones de los derechos fundamentales de don Thomas Erich Hertlein a la intimidad personal, la propia imagen y el honor por la entidad mercantil Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., y fijó el *quantum* indemnizatorio por dichas vulneraciones, pronunciamientos que, por tanto, se declaran firmes».

#### IV. BREVES CONCLUSIONES

I. En una dinámica social en la que «voluntariamente» vamos perdiendo el control sobre nuestra intimidad e imagen, la utilización de cámaras ocultas en reportajes periodísticos es un tema ya clásico que puede servir para reflexionar sobre el devenir de la responsabilidad por daños debido a la intromisión ilegítima en esos derechos de la personalidad.

II. Los criterios definidos por el TEDH se resumen en la idea de que la legitimidad del uso de la cámara oculta como método periodístico de obtención de la información está sometida a unos criterios estrictos de ponderación dirigidos a evitar una intromisión desproporcionada —y, por tanto, innecesaria— en la vida privada de las personas.

III. El TC ha incorporado un juicio de proporcionalidad específico para el uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación, inicialmente con una cierta confusión generada por la afirmación del carácter inconstitucional de la propia herramienta de grabación oculta, en la STC 12/2012, de 30 de enero; pero a la luz de doctrina del TEDH contenida, principalmente, en los Casos Hadilmann y otros contra Suiza, Bremner contra Turquía y Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia contra Grecia, la más reciente STC 25/2019, de 25 de febrero dejó claro que el uso de cámaras ocultas debe ser tratado con rigor en la ponderación con otros derechos fundamentales —en particular el derecho a la propia imagen—; con todo, no se trata de una prohibición absoluta de su utilización, sino de limitar su uso para garantizar el valor de la dignidad de la persona contenido en los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE.

IV. De ese modo, se deja un margen de actuación para que el periodismo de investigación pueda seguir utilizando cámaras ocultas en sus reportajes de denuncia de temas de interés social.

Ahora bien, el carácter altamente casuístico de estos supuestos no permite afirmar que la cuestión esté totalmente cerrada, pues las circunstancias pueden llevar a soluciones más o menos restrictivas del mecanismo invasivo de la cámara oculta.

V. Por ello, es adecuado cerrar este trabajo con una mención especial a la importancia de los mecanismos de autorregulación del sector. Ya el TEDH puso de manifiesto el valor de los códigos deontológicos a la hora de realizar los juicios de ponderación. Por un lado, proporcionan a los profesionales conocimiento sobre los límites impuestos a la actuación periodística por los propios medios, y

por otro lado, permiten valorar si en el caso concreto los periodistas actuaron de buena fe, a la vista de la *lex artis* de su profesión. Por ello, es importante que los mecanismos de autorregulación tengan en cuenta el contenido de la STC 25/2019, de 25 de febrero. La inclusión de los criterios de la doctrina constitucional en sus normas de conducta es una medida de especial importancia para la prevención o reducción de los eventuales daños al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y fundamentalmente —por lo que a las cámaras ocultas se refiere— a la propia imagen.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO GASCÓ, F. (2008). Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen. En *Bienes de la personalidad*. Murcia: APDC y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 13-92.
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2015). Responsabilidad por el uso indebido de la cámara oculta en el periodismo de investigación. comentario a la STS núm. 225/2014, de 29 de abril. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 345-358.
- DE LAS HERAS VIVES, L. (2018). El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero, 435-453.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2017). Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria. *Revista Boliviana de Derecho*, 23, 54-111.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, (2017). Del derecho a la información y sus límites: especial atención a la reciente controversia en torno al uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 30, 179-211.
- GÓMEZ SÁEZ, F. (2013). Reportajes de investigación con cámara oculta y jurisprudencia constitucional, *Revista de Derecho de la UNED*, 12, 293-325.
- MACÍAS CASTILLO, A. (2012). El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 100, Sección Estudios, Consultado en LA LEY 4804/2005.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A. (2019). El uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación: una certeza y una incógnita. *Revista de Derecho Político*, 104, 87-116.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2014). Intimidad, honor, propia imagen y reportajes con cámara oculta. *Actualidad Civil*, núm. 9. Consultado en LA LEY 4815/2014
- MIRANDA STRAMPES, M. (2012). Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística, *Diario La Ley*, 7830, 2012. Consultado en LA LEY 3311/2012.
- NAVARRO MARCHANTE, V.J. (2014), La utilización de cámaras ocultas por los periodistas: una aproximación a la situación en España. *Dilemata*, 14, 99-119.
- RAGEL SÁNCHEZ, F. (2012). Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de un reportaje con utilización de una cámara oculta. *Derecho Privado y Constitución*, 26, 239-271.
- ROGEL VIDE, C./ESPÍN ALBA, I. (2018). *Derecho de la Persona*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Reus.

YZQUIERDO TOLSADA, M.(2014), Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). En L. Fernando Reglero Campos (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5.ª ed. Thomson Reuters Aranzadi. Consultado en Westlaw Aranzadi BIB 2014\152.

## VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 17 de octubre de 2019 (Gran Sala). Caso López Ribalda contra España (*JUR* 2019, 289974)
- STEDH de 22 de febrero de 2018 (Sección 1.ª). Caso Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia contra Grecia (*JUR* 2018\67265)
- STEDH de 13 de octubre de 2015 (Sección 1.ª). Caso Bremner contra Turquía (TEDH 2015\113)
- STEDH de 24 de febrero de 2015 (Sección 3.ª). Caso Haldimann y otros contra Suiza (TEDH 2015\34)
- STEDH de 16 de enero de 2014 (Sección 5.ª). Caso Tierbefreier contra Alemania (TEDH 2014\10)
- STEDH de 7 de febrero de 2012 (Sección 3.ª). Caso Axel Springer AG contra Alemania (*JUR* 2014\46200)
- STEDH de 7 de febrero de 2012 (Gran Sala). Caso Von Hannover contra Alemania (2). (TEDH 2012\10)
- STEDH de Sentencia de 10 de mayo de 2011 (Sección 4.ª). Caso Mosley contra Reino Unido (TEDH\2011\45)
- STEDH de 24 de junio de 2004 (Sección 3.ª). Caso Von Hannover contra Alemania (1). (TEDH 2004\45)
- STEDH de 23 de septiembre de 1994. Caso Jersild contra Dinamarca (TEDH 1994\36)
- STEDH de 26 de abril de 1979. Caso Sunday Times contra Reino Unido (TEDH 1979\1)

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 25/2019, de 25 de febrero (RTC 2019\25)
- STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018\58)
- STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013\176)
- STC 74/2012, de 16 de abril (RTC 2012\74)
- STC 24/2012, de 27 de febrero (RTC 2012\24)
- STC 12/2012, de 30 de enero (RTC 2012\12)
- STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010\23)
- STC 77/2009, de 23 de marzo (RTC 2009\77)
- STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003\14)
- STC 117/2003, de 16 de junio (RTC 2003\117)
- STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002\83)
- STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001\81)
- STC 177/1994, de 25 de abril (RTC\1994\177)
- STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988\231)
- STC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986\104)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de noviembre de 2019. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2019, 4681)
- STS de 19 de diciembre de 2018. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2018, 5534)
- STS de 11 de noviembre de 2015. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2015, 5499)
- STS de 29 de abril de 2014. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2014, 2670)
- STS de 8 de mayo de 2013. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2013, 4947)
- STS de 6 de junio de 2011. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2011, 5713)
- STS de 11 de marzo de 2011. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2011, 2886)
- STS de 20 de mayo de 2010. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2010, 3709)
- STS de 25 de marzo de 2010. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2010, 2529)
- STS de 6 de julio de 2009. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2009, 4452)
- STS de 26 febrero de 2009. Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup> (RJ 2009, 1516)
- STS de 16 enero de 2009. Sala de lo Civil, Sección Pleno (RJ 2009, 419)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Zaragoza de 13 de junio de 2019 (Sección 5.<sup>a</sup>) (AC 2019, 1362)
- SAP de Castellón de 28 de febrero de 2018 (Sección 3.<sup>a</sup>) (JUR 2019, 98949)

NOTAS

<sup>1</sup> La recepción en España de ese tipo de formato televisivo fue más tardía y se ha centrado fundamentalmente en la denuncia social. NAVARRO MARCHANTE recuerda que en el ámbito del periodismo anglosajón también comenzaron como denuncia social —ej. los reportajes sobre «Las habitaciones de la muerte» en los orfanatos chinos— o como en Estados Unidos para destapar casos de fraude ej. restaurantes que no cumplen con las normas básicas de higiene [NAVARRO MARCHANTE, V.J. (2014), La utilización de cámaras ocultas por los periodistas: una aproximación a la situación en España. *Dilemata*, 14, 99].

<sup>2</sup> Como se verá más adelante, en más de una ocasión el TEDH, en el tratamiento del tema de las cámaras ocultas, toma en consideración la ética periodística contenida en las normas deontológicas, por lo pronto, como baremo de buena fe, en el sentido de si se ha actuado o no de manera deliberadamente contraria a las reglas deontológicas (apartado 61 del Caso Hadilman y otros contra Suiza, STEDH de 24 de febrero de 2015). Cfr. también el apartado 76 del caso Bremner contra Turquía (STEDH de 15 de octubre de 2015).

<sup>3</sup> El grupo de sentencias que conforman la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo vigentes se ubican en ese periodo de aproximadamente una década, ya que los conflictos que propiciaron las demandas tuvieron lugar en los años anteriores, a partir de los años 90 del siglo XX, coincidiendo con un momento de abandono de la cámara oculta como método accesorio y último recurso para obtener una información veraz, para su utilización como método principal —y único en ciertos formatos televisivos— para obtener y difundir información de interés.

<sup>4</sup> Advertencia presente en el apartado 70 de la STEDH de 24 de junio de 2004 (Caso Van Hannover contra Alemania), en un supuesto relativo a una captación fotográfica de imágenes a una distancia significativa.

<sup>5</sup> Apartado 31 de la STEDH de 23 de septiembre de 1994 (Caso Jersild contra Dinamarca).

<sup>6</sup> En el asunto Tierbeffeier contra Alemania (STEDH de 16 de enero de 2014) el objeto del litigio era una medida cautelar que prohibía seguir con la divulgación en la página web

de la asociación demandante de una película, realizada a partir de las grabaciones tomadas de un reportaje de investigación de un periodista, sobre las actividades de una empresa autorizada para la práctica de experimentos con animales.

<sup>7</sup> La tesis del «whatch dog» propia del liberalismo clásico norteamericano y británico destaca la doble función informativa y fiscalizadora del periodista y está presente en las SSTEDH de 25 de marzo de 1985 (Caso Barthold contra Alemania), 26 de noviembre de 1991 (Caso Observer y Guardian contra Reino Unido), 23 de septiembre de 1994 (Caso Jersild contra Dinamarca), 24 de junio de 2004 (Caso Von Hannover contra Alemania) y 10 de mayo de 2011 (Caso Mosley contra Reino Unido).

<sup>8</sup> Apartado 62 STEDH de 13 de octubre de 2015 (Caso Bremner contra Turquía).

<sup>9</sup> FD 3.º de la STS de 26 de febrero de 2009, siguiendo la doctrina constitucional marcada por las SSTC 81/2001, 83/2002, 14/2003, 117/2003, entre otras.

<sup>10</sup> Como pone de manifiesto DE LAS HERAS VIVES, desde el punto de vista penal, «la resolución de los casos es distinta, ya que la jurisprudencia ha venido exigiendo una efectiva lesión de la intimidad, y no de la imagen (la imagen es el objeto del delito) para que los hechos cobren relevancia criminal. Estamos ante un delito en que el derecho a la propia imagen no es el bien jurídico, sino que se está protegiendo la intimidad a través de la imagen como objeto materia (art. 197.7 CP)». [DE LAS HERAS VIVES, L. (2018). El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero, 450].

<sup>11</sup> El mismo criterio normativo se repite en lo concerniente a la protección de menores y su mejor interés. Así, la intromisión ilegítima al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar se define en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor como «...cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra y reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

<sup>12</sup> Hay un sector doctrinal muy crítico con la consideración de la mera captación como una intromisión ilegítima, pero los ejemplos y argumentos desarrollados no se refieren a técnicas tan agresivas como las cámaras ocultas. De modo que, las captaciones que no supongan perjuicio alguno, moral o material, no deberían dar lugar a indemnizaciones por el mero emplazamiento de los aparatos o la captación de las imágenes. Es la postura de BLASCO GASCÓ, F. (2008). Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen. *Bienes de la personalidad*. Murcia: APDC y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 13-92.

<sup>13</sup> Se pueden citar las SSTS de 11 de abril de 1987, 9 de mayo de 1988, 9 de febrero y 13 de noviembre de 1989, 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992, 7 y 21 de octubre de 1996, 30 de enero y de 18 de julio de 1998, 27 de marzo de 1999, 24 de abril de 2000, 15 de junio de 2011 y 26 de marzo de 2012.

<sup>14</sup> *Vid.*, por ejemplo, la SAP de Madrid, de 6 de junio de 2006 que consideró legítima la grabación de imágenes con cámara oculta en consulta médica de clínica de cirugía estética, en la que los periodistas se hicieron pasar por potenciales clientes. Declara la primacía del derecho de información, pues el reportaje cumplía con los requisitos de veracidad, interés público y objetividad y hace hincapié en la notoriedad pública de la actora, en la carencia de titulación para el ejercicio de la medicina y la cirugía, y asimismo, en que la sociedad de la que es coordinadora carecía de autorización para la práctica de cirugía estética.

<sup>15</sup> En un caso similar, la STS de 30 de junio de 2009 se refiere a un reportaje sobre un parapsicólogo. Aquí también se entiende que no hubo intromisión en el derecho al honor y a la intimidad, pero sí una vulneración del derecho a la propia imagen del demandante, fijando una indemnización de 6000 euros. Se tuvo en cuenta para mantener el carácter ilegítimo de la intromisión el hecho de que el demandante no era un personaje público ni la grabación se hizo en un lugar público. No se ocultó su rostro y, asimismo, la utilización de su imagen «no era un elemento imprescindible para la finalidad es grabado en un lugar público», ya que no se ocultó su rostro y su imagen «no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, y bien pudo difuminarse, como se hizo en el reportaje con la imagen de los propios reporteros».

<sup>16</sup> MIRANDA STRAMPES, M. se preguntó si no sería el fin del periodismo de investigación en Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística, *Diario La Ley*, 7830, 2012. Consultado en LA LEY 3311/2012.

<sup>17</sup> SSTC 12/2012, de 30 de enero, 74/2012, de 16 de abril y 176/2013, de 21 de octubre.

<sup>18</sup> *Vid.* SSTEDH de 26 de abril de 1979 (Caso Sunday Times contra Reino Unido).

<sup>19</sup> De hecho, el tribunal interno se pronunció favorablemente al demandante y fijó una indemnización considerable (60.000 GBP).

<sup>20</sup> También se ha analizado el comportamiento de los periodistas y redactores que procedieron en todo momento de buena fe y en la creencia de estar actuando de acuerdo con las normas deontológicas de la profesión. Se puede leer en el FJ 61 «En este sentido, a pesar de que el Tribunal considera que el agente puede haberse sentido embaucado por parte de los demandantes, no es más cierto que no se les puede culpar de la conducta deliberadamente contraria a las reglas deontológicas. De hecho, los demandantes no ignoraron las reglas periodísticas establecidas por el Consejo Suizo de la Prensa (Véase ap. 29) que limitan el uso de la cámara oculta, sino que concluyeron, erróneamente en opinión del más alto tribunal suizo, que el objeto del reportaje les permitía la utilización de la cámara oculta. El Tribunal observa que esta cuestión no fue objeto de unanimidad en el seno de los tribunales suizos que, en primera instancia absolvió a los demandantes de cualquier condena penal. Por lo tanto, el Tribunal es de la opinión que los demandantes deben beneficiarse de la duda en cuanto a su voluntad de respetar las normas éticas aplicables a este caso, en relación con el modo de obtener la información».

<sup>21</sup> El supuesto de hecho se refería a una persona grabada, sin ocultar su rostro, mediante cámara oculta, mientras conversaba sobre el cristianismo con un periodista —que le ocultó su condición profesional— y que lo había contactado previamente a tal fin, a partir de un anuncio de distribución gratuita de libros. Posteriormente, esa grabación fue emitida en un programa de televisión sobre las actividades de proselitismo religioso llevada a cabo por ciudadanos extranjeros.

<sup>22</sup> Cita los casos Peck contra Reino Unido y Gourguenidze contra Georgia.

<sup>23</sup> *Vid.* los apartados 89 a 109 del Caso Axel Springer AG (STEDH de 7 de febrero de 2012).

<sup>24</sup> Por ejemplo, lavabos o vestidores. Sobre esta expectativa de privacidad, en el análisis de la proporcionalidad de las medidas empresariales de videovigilancia, la STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda contra España) mantiene que es preciso tener en cuenta los diversos lugares en los que se llevó a cabo dicha intromisión a la vista de las expectativas de privacidad del empleado, de tal modo que se pueden distinguir espacios más sensibles (lavabos, áreas de trabajo cerradas) de otras con una mayor visibilidad y tránsito de personas, colegas de trabajo o público en general.



El derecho de retracto arrendaticio urbano  
para arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013,  
al Real Decreto Ley 21/2018  
y al Real Decreto Ley 7/2019

*The preferential acquisition right for lease  
contracts subject to Law 4/2013, Royal Decree  
Law 21/2018 and Royal Decree Law 7/2019*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** El derecho de retracto del arrendatario está condicionado por el régimen jurídico relativo a la venta voluntaria y forzosa de la finca urbana arrendada (es decir, a la subsistencia o no del arrendamiento tras tales transmisiones). Este régimen ha sufrido variaciones en las diversas redacciones que ha tenido la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Puesto que el derecho de retracto es un límite al dominio en interés de los particulares, opera a su vez como excepción a la fe pública registral, de manera que es ejercitable incluso frente a un tercero hipotecario que pueda desconocer el arriendo, pues el derecho de retracto nació en el momento de la transmisión y en dicho instante entró en el patrimonio del arrendatario, por lo que existió hasta el momento de la inscripción con los requisitos de los artículos 32, 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.

A pesar de que según el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por Ley 4/2013, el arrendamiento no inscrito antes que la hipoteca se extingue por ejecución de esta y, consiguientemente, no habría derecho de retracto (por ser accesorio al arrendamiento), una interpretación conjunta de los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la consideración de la buena o mala fe del acreedor hipotecario respecto del arrendamiento anterior no inscrito puede determinar la subsistencia del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria y la consiguiente existencia del derecho de retracto, que no estaría, por lo tanto, necesariamente condicionado a la inscripción registral del arrendamiento.

**ABSTRACT:** *The preferential acquisition right is conditioned to the legal regime related to the voluntary and forced sale of the leased urban property (that is, to the subsistence or not of the lease after such transmissions). This regime has undergone variations in the different wording that the Urban Leasing Law of 1994 has had. Since the preferential acquisition right is a limit to the domain in the interest of individuals, it in turn operates as an exception to the public registration faith, of so that it is exercisable even in front of third acquirer protected by public registry faith who may be unaware of the lease,*

since the preferential acquisition right was born at the time of the transfer and at that moment it entered the assets of the lessee, so it existed until the time of registration with the requirements of articles 32, 34 and 36 of Mortgage Law.

Despite the fact that according to article 13 of the LAU in the wording given by Law 4/2013, the lease not registered before the mortgage is extinguished by its execution, and consequently there would be no right of preferential acquisition (as it is accessory to the lease), a joint interpretation of articles 13 and 14 LAU and the consideration of the good or bad faith of the mortgagee with respect to the previous unregistered lease, may determine the subsistence of the lease after the foreclosure and the consequent existence of the right of preferential acquisition which would not, therefore, be necessarily conditioned to the registration of the lease.

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento. Venta del inmueble arrendado. Derecho de retracto.

**KEY WORDS:** Lease. Sale of the leased property. Preferential acquisition right.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ARRENDATARIO EN LA LEY 29/1994, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO: 1. EL CIERRE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 25.5 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA DECLARACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA DE HABER RENUNCIADO EL ARRENDATARIO AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. 2. INSCRIPCIÓN DE DECRETO DE ADJUDICACIÓN DICTADO EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CIERRE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 25.5 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y CON EL ARRENDAMIENTO PARA USO DIVERSO DE VIVIENDA: A) *Doctrina en relación con el arrendamiento de vivienda.* B) *Doctrina en relación con el arrendamiento para uso diverso de vivienda.* 3. LA CUESTIÓN DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDATARIO DE LA ESCRITURA DE VENTA.—III. EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO BAJO LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE y TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER: 1. EL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO BAJO LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE. 2. EL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I.- INTRODUCCIÓN

La legislación arrendaticia especial (ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos) ha venido reconociendo derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) al arrendatario de finca urbana, ya se destinase esta a vivienda (art. 25 LAU), ya se destinase a uso distinto de vivienda (art. 31 LAU).

Dichos derechos de adquisición preferente constituyen un límite legal al dominio, concretamente a la libre transmisibilidad del bien, estando establecidos en interés de los particulares (arrendatarios) y constituyendo una excepción a la fe pública registral conforme al artículo 37.3.º de la Ley Hipotecaria, según el cual, si bien las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán

contra tercero que haya inscrito su título adquisitivo con los requisitos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, se exceptúan las acciones de retracto legal que sí podrán ser hechas efectivas en perjuicio de tercero hipotecario en los casos y términos que las leyes establecen. Se trata de una situación (derecho real creado directamente por la ley) que aun sin registración puede afectar al tercero hipotecario, suponiendo una excepción a la fe pública registral.

Efectivamente, «siendo el derecho de retracto de naturaleza real y de configuración jurídica, con eficacia oponible *“erga omnes”*, de origen legal, cuya publicidad deriva de esta, sin que se le imponga la necesidad de asiento registral, ni se perjudique por el asiento de dominio u otro derecho real que se practique en la finca, será la acción que funde *ejercitable contra cualquier adquirente de la vivienda arrendada*, aun cuando concurren en él las circunstancias del tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»<sup>1</sup>.

Para que surja el derecho de retracto debe haberse producido «una transmisión real y no... un simple acuerdo obligacional, esto es, enajenación consumada *«ex parte venditoris»*, no bastando la mera perfección del contrato de compraventa, sin que el comprador haya entrado en posesión de la cosa por tradición real o simbólica, de modo que el sujeto pasivo del derecho de retracto adquirente debe haber entrado en posesión de la cosa transmitida. Se documente como se documente la transmisión, basta que la cosa haya sido poseída, sin necesidad de que el precio se haya entregado. *También habrá retracto en la venta forzosa formalizada en el correspondiente documento público»*<sup>2</sup>.

Ahora bien, siendo el derecho de adquisición preferente un derecho condicionado por la *existencia y subsistencia del contrato de inquilinato* (es accesorio a este), las reglas de la Ley de Arrendamientos Urbanos en torno a la subsistencia o no del arriendo en caso de venta voluntaria o forzosa de la finca arrendada condicionan la existencia o no del derecho de adquisición preferente del arrendatario<sup>3</sup>.

Es por este motivo, que el régimen de la Ley 4/2013, de 4 de junio, que dio nueva redacción a los artículos 9 (relativo al plazo mínimo de duración del contrato de arrendamiento de vivienda), 10 (prórroga del contrato), 13 (resolución del derecho del arrendador) y 14 (enajenación de la vivienda arrendada), junto a la introducción del párrafo 2.º del artículo 7 (todos ellos del título II de la LAU, relativo al arrendamiento de vivienda), condicionó el régimen de los derechos de adquisición preferente del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al que se añadió un párrafo 8.º que estatuyó la libre disponibilidad de los mismos, eliminando la imperatividad introducida por la de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994 en su redacción originaria<sup>4</sup>.

Exponemos a continuación el régimen de estos derechos en la redacción dada a la Ley 29/1994 por Ley 4/2013 (aplicable desde el 6 de junio de 2013, hasta el 18 de diciembre de 2018 y desde el 24 de enero de 2019, hasta el 5 de marzo de 2019). Igualmente, el régimen aplicable durante la vigencia del Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre (del 19 de diciembre de 2019, hasta el 23 de enero de 2019) y el régimen aplicable tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo (o sea, a partir del 6 de marzo de 2019).

## II. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ARRENDATARIO EN LA LEY 29/1994, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO

El artículo 25 Ley 29/1994, en redacción dada por la Ley 4/2013, establece:

«1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

2. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.

Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código civil, cuando no se hubiese hecho la notificación prevenida o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

4. El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.

5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.

6. Cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios de la vivienda por el mismo arrendador a que se refiere el artículo 3, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente solo sobre la vivienda.

7. No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble.

Si en el inmueble solo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo.

8. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente.

En los casos en los que se haya pactado dicha renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa».

Diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) han formado una doctrina hipotecaria en relación a dicho precepto (aplicable en el procedimiento registral), partiendo del sometimiento del arrendamiento al régimen general de los principios que rigen la publicidad registral. Régimen establecido por la

Ley 4/2013, la cual suprimió la excepción a la fe pública registral estatuida por los iniciales artículos 13 y 14 de la Ley 29/1994 durante el periodo de prórroga legal obligatoria del contrato (5 años), en favor del arrendatario y en perjuicio de tercero hipotecario.

Hemos pues de partir de que conforme al artículo 7.2 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por la Ley 4/2013, el arrendamiento no inscrito no perjudica al tercero hipotecario (arts. 32, 34 y 36 LH); perjudicando el arrendamiento al adquirente de la vivienda arrendada, si el arrendamiento consta inscrito en el Registro antes que la transmisión (art. 10.2 LAU), o el contrato de arrendamiento es presentado a Registro (e inscrito) antes que el título adquisitivo del dominio, o bien cuando el adquirente no reúne los requisitos para ser tercero hipotecario de los arts. 32, 34 y 36 de la Ley Hipotecaria (cuestión esta que no puede ser resuelta en el seno del procedimiento registral sino en sede judicial). *Siempre, pues, que subsista el arrendamiento en caso de venta de la vivienda arrendada* (lo que continúa siendo la regla general subyacente de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tras la reforma de 2013, según GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS), *el arrendatario tendría derecho de adquisición preferente con arreglo al artículo 25 de la Ley 29/1994*<sup>5</sup>.

Igualmente, en caso de resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria (art. 13 en relación con el artículo 25 LAU), de acuerdo con la literalidad del precepto legal, si el arrendamiento consta inscrito antes que la hipoteca, el arrendatario tendrá derecho de retracto legal ejercitable frente al adjudicatario o rematante que en el proceso de ejecución adquieren la propiedad de la vivienda arrendada.

Analizaremos a continuación la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), y trataremos de aportar una visión crítica de la misma.

#### 1. EL CIERRE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 25.5 LAU Y LA DECLARACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA DE HABER RENUNCIADO EL ARRENDATARIO AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

El artículo 25.8 Ley 29/1994, en redacción dada por la Ley 4/2013, en relación con los artículos 4.2 y 4.4 de la misma norma y los artículos 6.2 y 1255 del Código civil, permite la exclusión de la ley aplicable antes de que el derecho haya nacido (como consecuencia de la venta), en el propio contrato de arrendamiento.

La RDGRN 1095/2016, de 11 de enero de 2016 señala que si bien la nota de calificación que dio origen al recurso gubernativo cuestiona *la certeza de la manifestación hecha por el vendedor arrendador en la escritura de compraventa de la vivienda arrendada, de haber renunciado el arrendatario a su derecho de adquisición preferente*, ya que ni se unió a la escritura copia del contrato de arrendamiento celebrado, ni constaba en la escritura que el mismo se hubiese exhibido al notario, ni se acompañó copia del contrato de arrendamiento al presentar a registro la escritura de compraventa, *debe estimarse el recurso interpuesto por el notario autorizante que alega una razón de analogía (art. 4.1 CC) para que se aplique a la declaración del vendedor, relativa a que en el contrato de arrendamiento se ha excluido el derecho de adquisición preferente, los mismos requisitos formales que se aplican y se exigen legalmente para declarar si la vivienda está o no arrendada.*

El recurso es estimado por la Dirección General de los Registros y del Notariado que viene, pues, a considerar que basta la declaración del vendedor hecha

en escritura pública de que el arrendatario renunció a sus derechos de adquisición preferente para que la escritura sea inscrita (*arg. ex art. 25.5 en relación con el art. 25.8 LAU*). Y no sería exigible ningún requisito adicional «porque es precisamente en estos supuestos de manifestación inexacta del vendedor —arrendador sobre la situación de estar libre de arrendamientos la vivienda transmitida o la manifestación de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente, donde la inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad adquiere toda su importancia al objeto de que el mismo le sea oponible al tercer adquirente, de tal modo que no puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendatarios o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente». No procedería, pues, imponer mayores exigencias al comprador para la inscripción de la escritura que la señalada en el artículo 25.5 Ley 29/1994, pues el arrendatario pudo proteger su derecho mediante la inscripción del contrato y de este modo hacer constar frente a terceros la existencia de su derecho de adquisición preferente (arts. 2 y 4 Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos) <sup>6</sup>.

Ahora bien, siendo esta solución válida en el procedimiento registral, si el arrendamiento (que el comprador conoce por la propia escritura de venta) se encontrase en su período de prórroga legal obligatoria (3 años *ex art. 9 LAU*, en redacción dada por Ley 4/2013) sería oponible al comprador que no es tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria al conocer el arrendamiento (carece de buena fe), debiendo subrogarse en el mismo. Y si verdaderamente la manifestación hecha en la escritura no fuese cierta, el arrendatario (que lo sigue siendo tras la venta), podría ejercitar su derecho de retracto frente al comprador (*arg. ex art. 37.3.º LH y 14 y 25 LAU*). De lo que cabe deducir, que la inscripción no es siempre necesaria para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente frente al comprador, *por derivar el derecho de retracto de un precepto legal. Esto es, el derecho de retracto del arrendatario no tiene un origen contractual, sino legal, que se impone a las partes contratantes si no lo han excluido expresamente (art. 25.8 LAU) y tal derecho de adquisición preferente de origen legal se impone al tercero hipotecario con arreglo al artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria, como excepción a la fe pública registral.*

Si el contrato de arrendamiento de nuestro ejemplo se encontrase en período de prórroga tácita o de prórroga convencional, efectivamente el derecho de adquisición preferente podría hacerse efectivo frente al comprador si constase inscrito en el Registro de la Propiedad el contrato de arrendamiento (art. 10.2 LAU) o la prórroga convencional (arts. 5 y 6.1 Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos), pues el arrendamiento perjudica al comprador y subsiste forzosamente tras la compraventa (arts. 1549 CC y 32 LH *a sensu contrario* y artículos 7, 10.2, 14 y 25 LAU 1994, en redacción dada por Ley 4/2013) <sup>7</sup>. En este caso, *el comprador conoce por el Registro la existencia del arriendo y, en su caso, la falta de exclusión del derecho de adquisición preferente y, por lo tanto, debe verificar las notificaciones del artículo 25.5 a efectos de lograr la inscripción de su escritura (arg., ex art. 17 LH y 25.5 LAU).*

Ahora bien, si en tales circunstancias de prórroga tácita o convencional el arrendamiento no estuviera inscrito, aun no siendo el comprador de nuestro ejemplo tercero de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, entiendo que no estaría

obligado a subrogarse en el arrendamiento (*arg. ex art. 14 LAU en su redacción originaria y 3.1 CC en cuanto a los precedentes legislativos y arts. 10.2 y 14 LAU en redacción dada por Ley 4/2013*), pues la ley solo trata de asegurar al arrendatario una vigencia mínima de su contrato durante 3 años, pudiendo por lo tanto hacer uso en dicho caso del artículo 1571 Código civil (venta quita renta si lo pide el comprador) y aplicándose la norma del artículo 14.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por analogía. Ahora bien, como se ha producido una venta (y esta no extingue automáticamente el arriendo, lo que solo se produciría con la inscripción con los requisitos del art. 34 LH), *el arrendatario tiene derecho de retracto, pese a que no se le haya hecho la notificación del artículo 25.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se haya inscrito la venta sobre la base de las declaraciones (inexactas) formuladas por el vendedor en cuanto a la renuncia del derecho de adquisición preferente en la escritura de venta (art. 25.5 LAU). Nuevamente, pues, existe derecho de retracto para el inquilino, aun sin inscripción del arriendo, por derivar dicho derecho de un precepto legal, siendo tal derecho oponible al comprador*<sup>8, 9</sup>.

2. INSCRIPCIÓN DE UN DECRETO DE ADJUDICACIÓN DICTADO EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y EL CIERRE REGISTRAL DEL ARTÍCULO 25.5 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y CON EL ARRENDAMIENTO PARA USO DIVERSO DE VIVIENDA

A) *Doctrina en relación con el arrendamiento de vivienda*

En la RDGRN 3846/2017, de 24 de marzo de 2017, se resuelve un recurso contra la calificación negativa del registrador de la propiedad por la que se suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria a favor de Banco Santander, S. A., entidad acreedora, ya que encontrándose la finca arrendada, según constaba en el apartado 1 de la parte dispositiva de la resolución, no constaba que se hubiesen practicado las notificaciones prevenidas en el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a los ocupantes del inmueble, lo que constituía un defecto subsanable, a juicio del registrador, que impedía la inscripción, por resultar el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos aplicable también a las ventas forzosas.

La Dirección General de Registros y del Notariado, no obstante, estimó el recurso y revocó la nota de calificación del registrador señalando que «es doctrina clásica de este Centro Directivo (*vid. a modo de ejemplo la Resolución de 20 de noviembre de 1987*) que, como tesis de principio, *la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa*. De ahí que el Código civil al referirse a ellas las llame venta pública (*cf. art. 464 CC*) o venta en subasta pública o judicial (*cf. entre otros los arts. 1459, 1489 y 1493 CC y 1514 y sigs. y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento civil*).

Por ello se comprende que el derecho de tanteo o retracto establecido para el supuesto de compraventa voluntaria, se reconozca también en los supuestos de ventas judiciales (*cf. arts. 1636 y 1640 CC*). De ahí que sea necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en una ejecución forzosa, también como tesis de principio, *que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada*».

Pero, a continuación, la Dirección General de Registros y del Notariado matiza:

«Sin embargo, respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, ... deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto [con arreglo al artículo 13 LAU], si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad [antes que la hipoteca], puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca» ... «De una interpretación conjunta del citado artículo [13 LAU] y de lo dispuesto en el artículo 7.2 ... resulta la extinción del contrato de arrendamiento salvo que se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho, en este supuesto la hipoteca, que se ejecuta y que determina la extinción del derecho del arrendador y en consecuencia del propio contrato de arrendamiento y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto.

*Consecuentemente con lo anterior y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta.*

*En este último caso la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda, provocará que el arrendatario pueda, en su caso, ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el artículo 25.*

*En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá «ipso iure» conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos..., no habrá lugar a retracto, sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado.*

*Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad [como en este caso], lógicamente no habrá lugar a derecho alguno».*

De acuerdo, pues, con lo expuesto, la Dirección General de Registros y del Notariado entiende que «en el presente caso, enajenada judicialmente la finca, el derecho del arrendador queda extinguido y con él el contrato de arrendamiento y sus accesorios como el derecho de retracto, y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial»<sup>10</sup>.

Parece, pues, que si la finca se encuentra hipotecada, la única forma de hacer efectivo el derecho de retracto es mediante la inscripción (previa a la hipoteca) del contrato de arrendamiento, ya que dicha inscripción sería la única que garantizaría la subsistencia del arrendamiento tras la ejecución y consecuentemente, que siguiendo ostentándose la condición de arrendatario, este pudiera hacer uso del retracto legal con arreglo al artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, operando entonces el cierre registral del artículo 25.5 mientras no constase practicada la correspondiente notificación. La oponibilidad a terceros del derecho de retracto, por lo tanto, vendría condicionada por la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad (arts. 13 y 25 LAU), lo que constituiría una excepción al artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria<sup>11</sup>.

A falta de inscripción, la extinción del arriendo sería automática sin necesidad de ser instada por el acreedor adjudicatario o el rematante en la subasta, por lo que no sería necesaria notificación alguna para practicar la inscripción del nuevo título de dominio.

Parece, pues, que el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por Ley 4/2013, aplica un criterio de estricta prioridad registral



en la determinación de la subsistencia o no del arriendo tras la ejecución hipotecaria (art. 17 LH), criterio que sigue la Dirección General de los Registros y del Notariado y que repercute en su consideración de no ser necesaria la notificación del artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para obtener la inscripción de dominio.

Sin embargo, teniendo presente el principio de fe pública registral, *que puede jugar o no en favor del adquirente de la hipoteca en relación con arrendamientos no inscritos (constituídos con anterioridad), dicho criterio inicial entiendo que debe ser matizado.*

En efecto, en relación con la hipoteca, de acuerdo con el artículo 13 y 14 de la Ley 29/1994 en redacción dada por Ley 4/2013, la adquisición del rematante o del acreedor adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria *trae causa del derecho real de hipoteca del acreedor hipotecario, debiendo verificarse en el estado en que la hipoteca fue adquirida por este*, razón por la que si operó el principio de fe pública registral a favor del acreedor hipotecario (arts. 32 y 34 LH), su derecho real, purificado por el juego de la fe pública registral de los derechos anteriores no inscritos (en este caso, arrendamientos no inscritos), *es el que da origen al derecho de propiedad libre de cargas del rematante o del acreedor adjudicatario.*

Sentado este principio, habría que indicar que al rematante o al adjudicatario no le pueden perjudicar arrendamientos posteriores a la hipoteca al ser inoponibles al acreedor hipotecario (arts. 7.2 y 10.2 LAU y 32 y 34 LH). Aplicando simples reglas de Derecho Civil puro, resuelto el derecho del que da (propietario hipotecante) por la ejecución de la hipoteca, quedan resueltos los derechos concedidos, o sea, el arrendamiento posterior a la hipoteca. *Es claro, pues, que el arrendamiento constituido e inscrito (o no inscrito) en el Registro de la Propiedad después de la constitución de la hipoteca queda extinguido, como consecuencia de la realización de la hipoteca, por las razones expuestas, pues no puede ser de mejor condición el arrendamiento posterior no inscrito que el inscrito (arts. 13 LAU, 134 LH y 674 LEC).*

Igualmente es claro que el arrendamiento constituido e inscrito antes que la hipoteca, subsiste tras la realización de esta durante el plazo que hemos indicado antes (arts. 7 y 10.2 y 13.1 LAU).

Ahora bien, *en cuanto al arrendamiento constituido antes de la inscripción de la hipoteca e inscrito después que esta es evidente que caben tres alternativas.* Primera, aplicar un criterio de estricta prioridad registral (arts. 17 y 134 LH y 674 LEC), lo que conduciría en todo caso a la extinción del derecho de arrendamiento por haber sido inscrito después que la hipoteca. *Esta solución no la encontramos acertada por su carácter estrictamente formalista, al no tener en cuenta la buena o mala fe que pudo haber concurrido en su día en el acreedor hipotecario.* Segunda, atender a la posición del rematante o acreedor adjudicatario *autónomamente*, respecto de la posición del acreedor hipotecario al adquirir con la inscripción su hipoteca, midiendo respecto de aquellos la buena o la mala fe concurrente. De manera que, inscrito el arrendamiento antes de su adquisición, el rematante o adjudicatario tendrían siempre mala fe (derivada de la afección de la inscripción) y deberían soportar dicho arrendamiento. Y no inscrito el arrendamiento, pero conocido por el rematante o el acreedor adjudicatario, perjudicaría a estos aunque en su día, al adquirir e inscribir la hipoteca, el acreedor hipotecario hubiera sido tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el arrendamiento. Tercera, entender que el rematante o el acreedor adjudicatario pueden resultar protegidos indirectamente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si en su día fue protegido en su adquisición por dicho precepto

el acreedor hipotecario. Por lo que si operó la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH y 7.2 y 10 y 14 LAU) en beneficio del acreedor hipotecario, el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca e inscrito (o no) después que esta, no perjudicará al rematante o al propio acreedor adjudicatario, al traer su adquisición causa de la que verificó en su día el acreedor hipotecario. Por el contrario, si el acreedor hipotecario tuvo mala fe en su adquisición (art. 10.2 LAU a sensu contrario, según el cual el arrendamiento no inscrito es oponible a terceros adquirentes que no reúnan los requisitos del artículo 34 LH y arg. ex art. 14 LAU), ese arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca perjudicaría al rematante o al propio acreedor adjudicatario ya que no operó la fe pública registral a favor del acreedor hipotecario ni tampoco puede operar en favor de aquellos por impedirlo la inscripción. Si el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca no hubiese sido inscrito, no reuniendo el acreedor hipotecario la condición de tercero hipotecario, habría que tener en cuenta entonces, autónomamente, si el rematante es tercero hipotecario en relación con el mismo (arts. 10.2 LAU y 32 y 34 LH). Esta posición tiene la ventaja de matizar la prioridad registral que se expresa en la purga de cargas posteriores a la hipoteca (art. 17 LH) con el principio de fe pública registral y la buena fe (arts., 32 y 34 LH)<sup>12</sup>.

En conclusión, en relación con la venta forzosa derivada del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, producida la resolución del derecho del arrendador por la ejecución de la hipoteca, el arrendamiento constituido e inscrito con posterioridad deberá quedar purgado y cancelado, pudiendo subsistir el arrendamiento si fuese anterior a la hipoteca en función de los casos<sup>13</sup>.

Es decir, como el adquirente por efecto de la hipoteca debe adquirir el bien en las condiciones en que el acreedor hipotecario adquirió la hipoteca, si este la adquirió como libre de la carga de arrendamientos (el arrendamiento no constaba previamente inscrito y desconocía su existencia), en tales condiciones debe adquirir el bien el rematante o el adjudicatario. Pero si el acreedor hipotecario conocía el arriendo al constituirse la hipoteca, el arriendo debería perjudicarlo (si se adjudica el bien) y también al rematante, pues trae causa del derecho de hipoteca, salvo que la fe pública opere en su favor (lo que no ocurrirá si el arriendo se inscribió después que la hipoteca pero antes que la transmisión al rematante).

Esta subsistencia posible del arrendamiento tras la ejecución de la hipoteca en supuestos diversos de la inscripción del contrato de arrendamiento antes que la hipoteca que se ejecuta, nos llevaría a la conclusión de que el derecho de retracto legal del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no está estrictamente condicionado por aquella.

Cabría, pues, que a pesar de operar el registrador en los términos indicados en la RDGRN de 24 de marzo de 2017, en sede judicial pudiera hacerse valer una acción de retracto legal. En este sentido, la redacción del artículo 13 Ley 29/1994 plantearía alguna incompatibilidad con el artículo 25 de la misma en la medida en que no protege adecuadamente en sede registral el derecho legal de retracto que puede asistir al arrendatario, imponiendo a este la carga de la inscripción, una inscripción no frecuente tratándose de arrendamientos de vivienda. En este sentido resulta de interés el AJM núm. 9 de Barcelona de 3 de octubre de 2017 (AC/2018/238) que indica que «tras conocerse quién es el mejor postor, el letrado de la Administración de justicia dicta un decreto de aprobación del remate a su favor, otorgándole el plazo de 40 días hábiles para que consigne la diferencia de precio. Acreditada esa consignación, el letrado de la Administración de justicia dicta un decreto de adjudicación, susceptible de inscripción registral, siendo este el momento en que debe entenderse consumada la venta y cuando se produce el efecto traslativo del dominio.

Por tanto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, es en ese momento cuando el juzgado tiene que notificar a los inquilinos esta resolución e informarles de su derecho a ejercitar el retracto legal con arreglo a lo previsto en el artículo 1518 Código civil, al que se remite el artículo 25.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tal derecho deberá ejercitarse mediante demanda de retracto a presentar en el plazo de 30 días naturales y consignar la totalidad del precio, a fin de subrogarse «en las mismas condiciones» que el adjudicatario (art. 1521 CC)<sup>14</sup>.

#### B. *Doctrina en relación con el arrendamiento para uso diverso de vivienda*

En relación con el arrendamiento para uso diverso de vivienda resulta de interés la RDGRN 13377/2018, de 14 de septiembre. Se planteó recurso contra la calificación negativa del registrador de la propiedad, el cual había suspendido la inscripción de un testimonio de decreto de adjudicación recaído en ejecución hipotecaria seguida contra finca arrendada a una sociedad la cual, según resultaba del decreto de adjudicación, tenía derecho a permanecer en el inmueble en calidad de arrendataria (art. 29 LAU, según el cual hay subrogación en el arrendamiento para uso diverso de vivienda, salvo que el comprador sea tercero del art. 34 LH). El motivo de suspensión de la inscripción radicaba en que no se habían realizado las notificaciones del artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El recurrente alegaba que el derecho de adquisición preferente no era de aplicación porque en la Ley de Arrendamientos Urbanos se establece para la venta y no para la enajenación forzosa y que el arrendatario había tenido conocimiento en todo momento del procedimiento antes de la subasta. Si bien la resolución parte de la argumentación vertida en la RDGRN de 24 de marzo de 2017, reiterando su argumentación, concluye que como en el presente supuesto [al que no sería aplicable lo dispuesto en el art. 13 LAU, relativo a vivienda arrendada] «del decreto objeto de calificación resulta que la finca está arrendada a una entidad ocupante *con derecho a permanecer en el inmueble como arrendataria. Por ello debe acreditarse que se le ha notificado la enajenación formalizada, de suerte que pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente.*

A ello no puede oponerse en el presente caso, como alega el recurrente, que el arrendatario «ha intervenido en el procedimiento teniendo conocimiento del mismo, obteniendo el derecho a permanecer en el inmueble, estando personado con su representación personal, antes de la realización de la subasta y posterior adjudicación, habiendo tenido por tanto conocimiento en todo momento de la ejecución, no habiendo ejercitado, en caso de que libremente hubiera querido, ningún derecho de tanteo». En primer lugar, dicha intervención y el conocimiento del precio y restantes condiciones concretas de la venta judicial son circunstancias que no han quedado acreditadas en este expediente. Y, en segundo lugar, cabe recordar que según la STS de 30 de junio de 1994, «(...) *nunca se puede afirmar, como afirma la Audiencia, que la participación en la subasta entraña perder el derecho a retraer en las mismas condiciones que el adquirente. Eso ni se desprende de la ley ni de la jurisprudencia,...* pues no renuncia al retracto quien en el encante [venta en pública subasta, según el DRAE 2001] no está en situación de igualar posturas (que eso permitiría hablar de tanteo, porque en la práctica de la subasta no cabe) ni de subir el precio en la puja (...)». Expedido pues el testimonio del decreto de adjudicación, debe ser notificado al arrendatario a efectos del ejercicio del derecho de retracto

y a efectos de poder practicar la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad (art. 25.5 LAU), por lo que la Dirección Geeneral de los Registros y del Notariado confirma la nota de calificación.

Resulta así, que por aplicación de los artículos 29, 31 y 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 34 de la Ley Hipotecaria, el arrendatario para uso diverso de vivienda tiene mayor protección en caso de ejecución hipotecaria de la finca que ocupa que el arrendatario de vivienda, al que se impone la carga de la inscripción registral (art. 13 en relación con art. 25 LAU) para poder ser notificado de su derecho a ejercitar el retracto, con la peculiaridad de que según doctrina del Tribunal Supremo no cabe derecho de tanteo en las ventas judiciales.

El criterio seguido en esta resolución no es seguido por la RDGRN 15118/2018, de 11 de octubre de 2018. En este caso se trataba de la adjudicación en un procedimiento de ejecución hipotecaria de un local y de un trastero, señalando el registrador en su nota de calificación como defecto no haberse realizado la declaración arrendaticia respecto de las dos fincas adjudicadas en los términos establecidos en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tras mencionar la doctrina sentada por la RDGRN de 24 de marzo de 2017, la RDGRN señala «ha de tenerse en cuenta que la doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos suscritos antes de entrar en vigor (6 de junio de 2013) la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio,... En estos casos el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme a la redacción vigente hasta el 6 de junio de 2013, disponía un plazo mínimo de subsistencia para el arrendamiento de vivienda de cinco años, plazo que habría de respetarse aunque se produjera la ejecución de la hipoteca que gravaba la finca y aunque el arrendamiento no figurase inscrito en el Registro: «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada».

Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos suscritos antes del 6 de junio de 2013, debe aclararse que, a partir del día 6 de junio de 2018, es decir, una vez transcurridos los cinco años de plazo mínimo a que se refería este precepto, [deben] quedar extinguidos cuando se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución de hipoteca, siendo por tanto ya innecesario exigir la declaración arrendaticia a los efectos derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos<sup>15</sup>.

No obstante, cuando se trate de contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (que es el caso objeto de este expediente), tanto antes

como después de la mencionada reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, *al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución hipotecaria, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta* (vid. art. 29 LAU).

Por tanto, salvo que se hubiese inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca, la ejecución de esta determinará la extinción del derecho del arrendador y, en consecuencia, del propio contrato de arrendamiento, y con él de sus derechos accesorios como el derecho de retracto. Extinguido el arrendamiento y el derecho de retracto, deja de ser necesario realizar la declaración a que alude el artículo 25 de la ley, por lo que procede revocar la nota de calificación del registrador.

En esta Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado ofrece una interpretación diversa del artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, intentando homologarlo al artículo 13 de la misma.

Siguiendo a GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, en relación con los arrendamientos para uso distinto de vivienda, no está expresamente regulada (ni con el texto originario de la Ley 29/1994, ni con la reforma operada por ley 4/2013), la cuestión de la resolución del derecho del arrendador.

El artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos regularía la adquisición de finca arrendada para uso distinto del de vivienda sin diferenciar si la adquisición es consecuencia de venta voluntaria o forzosa. El criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia «tiende a asimilar a quien adquiera en un procedimiento de ejecución forzosa dentro del concepto genérico de adquirente a que se refiere el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos». De modo que si el adquirente es tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria el arrendamiento no inscrito no le perjudicaría, extinguiéndose por la inscripción, pero debería subrogarse en el mismo en caso contrario.

Sin embargo, también se ha propugnado excluir las enajenaciones forzosas del artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siguiendo la regla general del Código civil (art. 1571), basada en el principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*. El arrendamiento sería inoponible a situaciones reales anteriores (p.e. hipoteca) que hubiesen accedido al Registro de la Propiedad, lo que determinaría la purga de los arrendamientos posteriores (solicitándolo el adquirente ex art. 1571 CC, por lo que la resolución no sería automática).

Pero según la doctrina mayoritaria, «el adjudicatario quedaría subrogado en la posición del arrendador sin derecho por tanto, a que termine el arrendamiento. Tal conclusión resultaría incluso extensiva a los arrendamientos concertados tras la inscripción de hipoteca, y aun los no inscritos, salvo que el adjudicatario tenga la condición de tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», teniendo presente además que la publicidad de la situación posesoria, establecida para la subasta en el artículo 661 en relación con el artículo 675.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, excluiría en la mayoría la buena fe del adjudicatario de la subasta<sup>16</sup>.

Si por lo tanto, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la regla general es que el adquirente (también en venta forzosa) se subroga en la posición del arrendador (salvo que sea tercero del art. 34 LH, cuestión que no puede ventilarse en el procedimiento registral), debió verificarse la notificación al arrendatario a efectos de que pudiera hacer uso del derecho de

retracto y la práctica de tal notificación constituía requisito *sine qua non* para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

### 3. LA CUESTIÓN DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDATARIO DE LA ESCRITURA DE VENTA

Exigiendo el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la notificación fehaciente al arrendatario de la transmisión efectuada, a fin de que ejercite su derecho de retracto, resulta relevante determinar cuándo se entiende producida esta notificación fehaciente, cuestión a la que alude la RDGRN 15555/2019, de 29 de agosto de 2019.

La escritura objeto de calificación fue una escritura de compraventa en la que se hacía constar la existencia de un arrendatario en virtud de contrato privado de arrendamiento de fecha anterior a 1964, manifestando el comprador que recibía un ejemplar del contrato y que se subrogaba en la posición contractual del arrendador, requiriendo a continuación al notario autorizante para que notificase la transmisión al arrendatario mediante envío al domicilio por correo certificado con acuse de recibo de la copia simple de la escritura, a los efectos del derecho de retracto establecido en la legislación arrendaticia. En la misma escritura constaba diligencia acreditativa de que, en cumplimiento del citado requerimiento, el notario remitió la notificación referida según resguardo de imposición en la oficina de correos, haciendo constar en dicha diligencia «Devuelto», «Sobrante» y «Ausente de Reparto. Se dejó aviso llegada en el buzón».

El registrador suspendió la inscripción por no acreditarse que se hubiera cumplido el requisito exigido por la legislación arrendaticia de la *notificación fehaciente de la venta al arrendatario*.

Señala la Dirección General de los Registros del Notariado que el artículo 25.2, 3 y 5 de la Ley 29/1994 contiene un marco normativo sustancialmente coincidente con los artículos 47, 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y con la regulación contenida en la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1956, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, vigente a la fecha de contrato del arrendamiento. Igualmente indica que el Tribunal Supremo en relación con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 había indicado que pese a la necesidad de notificación fehaciente, la práctica de la notificación en forma devenía innecesaria cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma, criterio recogido en las SSTS de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004 y 14 de diciembre de 2006, manteniendo su vigencia tras la LAU 1994. Por otro lado los tribunales han equiparado la recepción de la notificación con los supuestos en que la falta de recepción o conocimiento sea debida a la pasividad o falta de diligencia del destinatario, pese a la naturaleza recepticia de la notificación (SAP de Madrid, sección 142/2017, de 29 de marzo y SSTC 82/2000, de 27 de marzo y 145/2000, de 29 de mayo y RRDGRN de 21 de noviembre de 1992 y 14 de mayo de 2019).

Sin embargo, señala la Dirección General, una diligencia en la escritura como la expresada no puede cambiar los efectos de la notificación pues no garantiza el efectivo conocimiento por el destinatario de la transmisión que es la finalidad funcional de la notificación. Tales efectos de la notificación infructuosa serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse

de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, sin que de este reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con acuse de recibo produzca los efectos de una notificación. En el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada al principio constitucional de tutela efectiva que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario, esto es, el procedimiento previsto en el artículo 202 de dicho reglamento, «de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo». Por lo tanto, siguiendo el criterio de las RRDGRN de 16 de diciembre de 2013, 3 de agosto de 2017 y 14 de mayo de 2019, «debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, como ha sucedido en el presente caso, debe verificarse *una notificación personal del notario a fin de satisfacer la exigencia legal de la notificación fehaciente de la transmisión al arrendatario a los efectos del eventual ejercicio del derecho de retracto, como requisito necesario para el levantamiento del correspondiente cierre registral*».

En sentido contrario a esta RDGRN se manifiesta la SAP de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>) 142/2017, de 29 de marzo, según la cual, el Reglamento Notarial (arts. 202 y 203) permite realizar notificaciones o requerimientos mediante envío de carta por correo certificado con acuse de recibo, en lugar de personalmente, siempre que de una norma legal no resulte lo contrario; e igualmente permite tener por realizada la notificación, si el interesado, su representante, o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción. Lo cual, puesto en relación con el artículo 32.1 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios Postales, según el cual el envío (de la notificación de la venta) hecha por correo certificado con acuse de recibo se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada por este reglamento, lleva al Tribunal a afirmar:

«En el caso de autos, acreditado que la notario remitió al actor hasta dos veces la notificación de las condiciones esenciales de la venta del inmueble, a través de correo certificado con acuse de recibo, siguiendo los preceptos contenidos en la normativa más arriba examinada, sin embargo el demandante apelado dejó caducar los avisos en la oficina de Correos, no pasó a recoger las cartas, por causas no justificadas.

De tal situación hemos de extraer dos conclusiones. La primera que, conforme al Reglamento de prestación de servicios postales, el envío ha de considerarse entregado. La segunda, que la actitud del destinatario de la comunicación postal ha de equipararse a su resistencia, pasiva, a la recepción de la notificación, según regula el Reglamento Notarial, teniéndose aquella por realizada».

Es por este motivo que la sentencia estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia que había condenado a la compradora a otorgar en favor del actor arrendatario escritura de retracto de la venta de la finca urbana, para la subrogación de aquel en la posición de la compradora. El Juzgado de instancia había considerado que el arrendatario actor no pudo conocer las condiciones esenciales de la venta hasta que no le fue exhibida la escritura pública de compraventa como consecuencia de las diligencias preliminares entabladas contra la compradora.

### III. EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO BAJO LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE Y TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER

#### 1. EL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO BAJO LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE

El Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, vigente desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 23 de enero de 2019 (pues su acuerdo de derogación de fecha 22 de enero de 2019 se publicó en el BOE de 24 de enero de 2019), mantuvo en lo esencial, en cuanto al tema objeto de estudio, la regulación anterior.

Si bien se establecía un plazo de prórroga obligatoria para el arrendador de cinco años, o de siete años si el arrendador era persona jurídica, y una prórroga tácita de tres años (arts. 9 y 10 LAU), los artículos 7.2, 10.2, 13 y 14 de la Ley 29/1994 permanecieron en esencia inalterados en lo relativo a sujetar los arrendamientos de vivienda al principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH), manteniendo la supresión de la excepción a la fe pública registral en beneficio del arrendamiento no inscrito; por lo que el régimen jurídico en caso de venta voluntaria o forzosa de finca urbana arrendada destinada a vivienda permanecía idéntico (con la salvedad de excluir de este régimen regulado en el título II a los arrendamientos de vivienda suntuaria, *arg. ex art.* 4.2 LAU, en los que podría pactarse p.e., la inexistencia de prórroga obligatoria). Es decir, la reforma mantuvo el principio de publicidad registral, no legal, del arrendamiento de vivienda introducido por la Ley 4/2013<sup>17</sup>.

Igualmente permanecieron idénticos los artículos 29 y 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referidos a arrendamientos para uso diverso de vivienda. En cuanto al artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sufrió una modificación en su apartado séptimo que quedó redactado del siguiente modo:

«No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble. *En tales casos, la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos.*

Si en el inmueble solo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo».

En todo caso, lo expuesto hasta el momento en materia de derechos de adquisición preferente sería aplicable a estos arrendamientos celebrados entre el 19 de diciembre de 2018 y el 23 de enero de 2019.

#### 2. EL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO

El Real Decreto Ley 7/2019 ha dado nueva redacción a los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, recuperando la excepción a la fe pública



registral en favor del arrendamiento no inscrito de vivienda no suntuaria, el cual perjudicará al tercero hipotecario por el periodo de prórroga legal obligatoria de cinco o siete años, si el arrendador es persona jurídica (arts. 9 y 10 LAU).

Siempre, pues, que se proceda a una enajenación (compraventa, permuta, dación en pago, donación, ejercicio de una opción de compra, venta forzosa en ejecución ordinaria o hipotecaria...) posterior a la celebración del contrato de arrendamiento, resultarán de aplicación los artículos 14 y 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con su periodo de duración mínima legal garantizada del arrendamiento frente a tercero hipotecario. También cuando la enajenación tiene por objeto la totalidad del edificio o una venta conjunta de las indicadas en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su primera parte<sup>18</sup>.

Así el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción indica:

«El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, *aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, o superior a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, *salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años en caso de persona jurídica*, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda arrendada extinguirá el arrendamiento el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica».

Del precepto se desprende que «si bien ya no es necesario inscribir el contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros por los primeros cinco años del contrato, o siete años si el arrendador es persona jurídica, sí será necesario inscribirlo para que tenga eficacia por el resto de tiempo de duración del mismo» (art. 1549 CC y 32 LH *a sensu contrario*)<sup>19</sup>.

Poniendo en relación este artículo 14 con el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, resultará que siempre que el adquirente deba soportar el arriendo (que no se extingue por la enajenación), el arrendatario tendrá derecho de retracto. Caso de ser tercero hipotecario y no tener que soportar el arriendo no inscrito (duración mayor a cinco o siete años y enajenación después de dicho plazo), aun así, como la condición de tercero hipotecario que es la que extingue el arriendo se alcanza con la inscripción con los requisitos de los artículos 32, 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, hasta ese momento el arriendo subsiste y el arrendatario tendrá derecho de retracto, que será oponible al tercero hipotecario (art. 37.3 LAU). *Si las partes han pactado que la enajenación de la vivienda arrendada extinguirá el arriendo (lo que parece diverso a la previsión del art. 1571 CC) siendo el arriendo por plazo superior a cinco o siete años, y produciéndose la venta tras dichos plazos, entonces el arrendatario (que deja de serlo por la*

enajenación, no llegando a entrar en su patrimonio el derecho de retracto), no tendrá dicho derecho de adquisición preferente (art. 25 en relación con el art. 14.3 LAU). Mediante dicho pacto se permite al arrendatario renunciar al régimen del artículo 14.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el caso de que el adquirente no sea tercero hipotecario, e incluso para el caso de que el arriendo sea inscrito en el Registro; y al derecho de retracto que normalmente genera la venta (art. 25.8 en relación con el art. 14.3 LAU), ya que esta, en principio, no extingue el arriendo (art. 14.2 LAU).

Ahora bien, en este último supuesto, «si la decisión de transmitir se verificara antes de extinguido el arrendamiento, y se realizara la comunicación de la transmisión después de extinguido [sin permitir el tanteo] para que el derecho del arrendatario quede frustrado, podría atacarse la transmisión por fraude de ley ex artículo 6.4 Código civil»<sup>20</sup>.

En relación con el artículo 13.1 LAU, la nueva redacción del precepto indica:

*«Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.*

*En contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, o los primeros siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada».*

Esta redacción modifica necesariamente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expresada en la RDGRN de 24 de marzo de 2017. Como señalan FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES, «el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, ha modificado la redacción de este precepto legal para volver al sistema de publicidad legal durante el plazo de la duración mínima del contrato de los cinco años o siete años si el arrendador es persona jurídica, en idéntico sentido a la regulación anterior a la reforma de la Ley 4/2013.

*Lo que significa que en los supuestos de resolución del derecho del arrendador, como es el caso de las ejecuciones hipotecarias y las enajenaciones forzosas en vías de apremio procedentes de embargo de la finca entre otros (art. 13 LAU), el adquirente podrá dar por terminado el contrato transcurridos los cinco primeros años de duración si el arrendador era persona física, o los siete años si era persona jurídica, salvo que el contrato de arrendamiento hubiere accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción o anotación de los derechos de los que dimana la resolución del derecho del arrendador»<sup>21</sup>.*

Lo que significa, en relación con el derecho de retracto, que conservando el arrendatario de vivienda su condición de tal durante el tiempo señalado en este precepto, incluso si su arrendamiento no consta inscrito, y ya sea anterior

o incluso posterior a la hipoteca que se ejecuta (pues el precepto no distingue, aunque en este caso cabría sostener que el acreedor hipotecario adjudicatario o rematante en la subasta adquiere el bien en las condiciones en que se encontraba al suscribir la hipoteca y que la protección del art. 13.1 es solo para el *arrendamiento anterior no inscrito*), tendrá derecho de preferente adquisición frente al adjudicatario o rematante en la subasta, produciéndose el cierre registral del artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos si faltase la notificación fehaciente al mismo de la transmisión producida. Salvo que pudiese acreditarse que el arrendatario había renunciado a sus derechos de preferente adquisición en el contrato de arrendamiento, caso en que no procedería el cierre registral (art. 25.8 en relación con el art. 25.5 LAU). En todo caso, inscrita la transmisión en el Registro sin notificación fehaciente al inquilino (p.e. por constar en el decreto de adjudicación de forma inexacta la inexistencia de arrendatarios), aun así tendrá el arrendatario derecho de retracto incluso frente al tercero hipotecario, siempre que subsistiese su arrendamiento pese a la ejecución (art. 13.1 LAU y 37.3 LH)<sup>22</sup>.

Si se considerase subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca por el plazo indicado en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en todo caso, el acreedor hipotecario o adjudicatario podría ejercitar acción rescisoria del arrendamiento, si este se concertó en términos fraudulentos para perjudicar su derecho de realización de valor.

En relación con el retracto a favor del arrendatario de finca urbana para uso diverso de vivienda, sigue siendo aplicable lo antes señalado en relación con los artículos 29 y 31 de la Ley 29/1994, que permanecen sin modificación.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de retracto arrendaticio es oponible al tercero hipotecario de los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un límite a la fe pública registral.

II. El derecho de retracto arrendaticio se ve condicionado por el régimen jurídico relativo a la venta voluntaria y forzosa de la finca urbana arrendada.

III. Aunque en el régimen de la Ley 4/2013, el arrendamiento no inscrito no perjudica a tercero hipotecario por el periodo de prórroga legal, siendo la inscripción con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la que extingue tal arrendamiento, hasta ese instante el arriendo subsiste y el derecho de retracto entra en el patrimonio del arrendatario, pudiendo, pues, ejercitar el derecho de retracto incluso frente a tercero hipotecario.

IV. Pese a la literalidad del artículo 13 Ley 29/1994 en redacción dada por Ley 4/2013, el arriendo anterior a la hipoteca, aun no inscrito, puede perjudicar al adquirente en la ejecución hipotecaria y consecuentemente existir derecho de retracto a favor del arrendatario, sin estar dicho derecho de adquisición preferente necesariamente condicionado por la inscripción registral.

#### V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 2 de octubre de 1997
- STC de 27 de marzo de 2000
- STC de 29 de mayo de 2000

- STS de 30 de junio de 1994
- STS de 21 de julio de 1998
- STS de 9 de marzo de 1999
- STS de 6 de marzo de 2000
- STS de 14 de noviembre de 2002
- STS de 13 de marzo de 2004
- STS de 14 de junio de 2004
- STS de 14 de diciembre de 2006
- STS de 9 de septiembre de 2008
  
- SAP de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2001
- SAP de Madrid, Sección 9.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2017
- SAP de Valencia, Sección 11.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2017
- SAP de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2019
  
- AAP de Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2000
  
- RDGRN de 19 de noviembre de 1987
- RDGRN de 20 de noviembre de 1987
- RDGRN de 21 de noviembre de 1992
- RDGRN de 5 de noviembre de 1993
- RDGRN de 22 de marzo de 1999
- RDGRN de 6 de febrero de 2001
- RDGRN de 20 de septiembre de 2002
- RDGRN de 15 de marzo de 2006
- RDGRN de 8 de noviembre de 2012
- RDGRN de 16 de diciembre de 2013
- RDGRN 1095/2016, de 11 de enero de 2016
- RDGRN 1096/2016, de 11 de enero de 2016
- RDGRN de 11 de julio de 2016
- RDGRN de 24 de marzo de 2017
- RDGRN de 20 de junio de 2017
- RDGRN de 3 de agosto de 2017
- RDGRN de 14 de septiembre de 2018
- RDGRN de 11 de octubre de 2018
- RDGRN de 10 de octubre de 2019
- RDGRN de 14 de mayo de 2019
- RDGRN de 29 de agosto de 2019

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACÓN ORTEGO, I. (2009). Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de tanteo y retracto arrendaticio. *Cuaderno de arrendamientos urbanos*, núm. 301, 19-27.
- APARICIO, J. (2006). Discriminación en cuanto al tercer adquirente en el derecho de retracto arrendaticio. *Economist & Jurist*, núm. 103, 38-53.
- BELLO JANEIRO, D. (2011). Sentencia de 7 de julio de 2010: Retracto arrendaticio urbano. Conocimiento real de las circunstancias de la venta. Precio actual de la finca y gastos legítimos. Diferencia entre el precio que figura en

- el contrato y el real. Caducidad de la acción. Constancia de pleno y exacto conocimiento de las condiciones de la transmisión. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, 997-1016.
- DIÉZ DE SOTO, C. M. (2017). *Los tanteos y retractos legales a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial*. Madrid: Editorial Reus.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2008). Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2007: retracto arrendaticio urbano en caso de dación en pago del inmueble arrendado. Inscripción sin notificación al arrendatario. Competencia del Registrador para apreciar la simulación en el procedimiento registral. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, 1235-1247.
- (2010). Sentencia de 29 de abril de 2009: Retracto arrendaticio urbano. Aplicabilidad del artículo 135.1 LECiv/2000 al ejercicio del retracto. Momento en que comienza el plazo para retraer ante la falta de notificación fehaciente de la venta al arrendatario. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 301-316.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2015). Especialidades de la transmisión del dominio en el derecho de adquisición preferente arrendaticio por retracto. *Actualidad Civil*, núm. 7-8.
- FORTEA GORBE, J.L. (2018). Derecho de retracto arrendaticio y liquidación concursal. *Actualidad Civil*, núm. 2.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2019). Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1500-1519.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. (2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, núm. 8130, 1-9.
- QUINTANA FERREIRA, F. R. (2015). Retracto arrendaticio urbano: última jurisprudencia. *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, núm. 326, 14-17.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2000). *Los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos urbanos*. Sedaví (Valencia): Editorial Práctica de Derecho.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.A. (1996). *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- WOLTERS KLUWER (2019). *Manual práctico de arrendamientos urbanos*. Madrid: Wolters Kluwer.

## NOTAS

<sup>1</sup> WOLTERS KLUWER, 2019, 200.

<sup>2</sup> WOLTERS KLUWER, 2019, 191.

<sup>3</sup> Como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA «otra de las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de retracto [además de producirse el acto o negocio desencadenante del derecho], no por obvia menos importante, es que el retracto solo puede ser ejercido por quien en ese momento (cuando se ha vendido la finca arrendada) sea el arrendatario de la finca. Es imprescindible, por tanto, la condición de arrendatario del retrayente. Esto implica que si el derecho de arrendamiento se resolvió o extinguió, el arrendatario ya no es tal, y por tanto no podrá en ningún caso ejercitar el retracto (v.gr. el plazo del arrendamiento llegó a su fin, el derecho del arrendador se resuelve por cualquier causa ajena al arrendatario, art. 13 LAU). Si ya no hay derecho de arrendamiento, no hay retracto, pues este trae causa de aquel» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2019, 1507). En sentido similar se ha indicado:

«el derecho de tanteo y retracto del artículo 25 LAU 1994, en la práctica, resulta totalmente marginal, puesto que solo afecta a los propietarios de viviendas que no tienen más remedio que vender inesperadamente durante el plazo mínimo del contrato de arrendamiento o alguna de las prórrogas tácitas ...» (WOLTERS KLUWER, 2019, 165). Y también: «el momento en que el derecho de tanteo ingresa efectivamente en el patrimonio del arrendatario es aquel en el que se cumple la *conditio iuris* consistente en que el arrendador decida vender la finca arrendada (no en el momento en que haya un contrato de compraventa perfecto, puesto que entonces procedería, en su caso, el derecho de retracto). (WOLTERS KLUWER, 2019, 185). E insistiendo en la misma idea: «Cuando se es titular del derecho de preferente adquisición en función de la cualidad ostentada, la titularidad se pierde con la condición arrendaticia, puesto que, extinguido el vínculo no hay limitación de la facultad dispositiva de quien no es arrendador por este motivo» (WOLTERS KLUWER, 2019, 191).

<sup>4</sup> La Ley 29/1994 1994 en su redacción originaria solo admitió la validez de la renuncia previa a los derechos de adquisición preferente en caso de contratos de duración pactada superior a los cinco años (art. 25.8 LAU 1994). Ahora bien, esta disposición era relativa al arrendamiento de vivienda, pues estaba contenida en el título II de la LAU. En el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda (regulado en el título III), dichos arrendamientos se regían, sin perjuicio de la aplicación imperativa de los títulos I, IV y V de la Ley, por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el título III y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil (art. 4 LAU 1994, en su redacción originaria). Por lo tanto, dado que el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que declaraba aplicable a dichos arrendamientos el artículo 25, pertenecía al título III, los derechos de adquisición preferente en este tipo de arrendamiento, cualquiera que fuera su duración, tenían carácter dispositivo para las partes contratantes. En este sentido, SAP de Valencia (Sección 11.ª) de 13 de octubre de 2017, que señala que el pacto de renuncia al retracto es plenamente exigible por el tercero (art. 1257 CC) y que «por mor del artículo 4.3 LAU 1994 [en su redacción originaria] los arrendamientos de uso distinto a los de vivienda se rigen por la libertad de pacto (*pacta sunt servanda*) del artículo 1255 del Código civil, y por ello el arrendatario no puede ir contra un acto propio tan concluyente y por ello es perfectamente válida la renuncia al retracto que efectuó en el preciso instante de la firma del contrato. Las medidas de protección al arrendatario se conceden por disposición legal con la finalidad de satisfacer la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no cuando se trate de otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas. Y así la exposición de motivos de la Ley 29/1994 señala que, para ello, en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código civil, contemplándose así, con carácter supletorio de la voluntad expresa del arrendador y arrendatario, el derecho de adquisición preferente». La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 quiso así «sustituir la normativa proteccionista que regía parte de los contratos en la legislación anterior, como es el caso de los locales de negocio».

<sup>5</sup> Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, 2013, 2.

<sup>6</sup> El mismo razonamiento sigue la RDGRN 1096/2016, de 11 de enero de 2016 (relativa también a la venta de una vivienda arrendada) y la RDGRN 7830/2016, de 11 de julio de 2016 (relativa a la compraventa de una nave industrial arrendada a favor de una sociedad). Señala esta última que la Ley de Arrendamientos Urbanos no exige que el arrendatario comparezca en el Registro a efectos de ratificar la renuncia al derecho de adquisición preferente con el contrato de arrendamiento debidamente liquidado, cuando el arrendamiento no esté inscrito, a efectos de inscribir una escritura de compraventa. En este caso se trataba de la compraventa de una nave industrial arrendada a favor de una sociedad, por lo que resultaba aplicable el artículo 29 y 31 de la Ley 29/1994, según los cuales, «el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» y «lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley será de aplicación a los arrendamientos que regula este título [III]». Insistiendo la RDGRN en que «ya que si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la

finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no del derecho de adquisición preferente. Este criterio queda reforzado por el propio artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no exigir expresamente que se acredite dicha renuncia a diferencia de lo que ocurre con las notificaciones que señala el mencionado artículo en caso de venta de finca arrendada a efectos de los derechos de tanteo y retracto (art. 25.5). Tampoco se precisa que el contrato de arrendamiento esté previamente liquidado del impuesto, por cuanto no se pretende su inscripción, por lo que no es aplicable el cierre registral establecido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria». Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos. Artículo 2. Títulos inscribibles: «Serán títulos suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato». Artículo 4. Otros datos del título: «Se harán constar en este, además de la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado». Artículo 6. Inscripción en el Registro: «El contrato inicial y sus modificaciones serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada».

<sup>7</sup> Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero. Artículo 5. Modificaciones posteriores. «Los títulos señalados en el artículo 2 permitirán la inscripción en el Registro de la Propiedad de los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos».

<sup>8</sup> Incluso si un comprador fuera tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria frente al arrendamiento no inscrito (arts. 7.2 y 14 LAU) porque se manifestó falsamente en la escritura la inexistencia de arrendatarios, en todo caso, la extinción del arriendo se produce por la inscripción con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que en el periodo que media entre el otorgamiento de la escritura de venta y la inscripción registral, el arriendo subsiste y el comprador vio nacer en su favor el derecho legal de retracto *ex* artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos el cual es oponible a tercero hipotecario (art. 37.3 LH).

<sup>9</sup> Hay que tener en cuenta también que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el fundamento de la excepción prevista al 34 de la Ley Hipotecaria en el artículo 37.3 de la misma se encuentra en la existencia de *una publicidad derivada de la ley de estos retractos legales que hace innecesaria su constancia en el Registro de la Propiedad, unida a la fijación de un plazo breve de ejercicio*. Inicialmente no era admitida tal excepción por la Ley Hipotecaria de 1861, pero sí se incorporó en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 porque el Código civil estableció escasos supuestos de retractos legales, fijó breves plazos para su ejercicio, y el cómputo del plazo se fijó a partir de la inscripción registral (art. 1524 CC), lo que vino a justificar la existencia del artículo 37.3 Ley Hipotecaria, de manera que el retracto legal afectara a tercero hipotecario en los casos y términos que las leyes establezcan. La STS de 9 de marzo de 1999 afirmó que «el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto». Y la STS de 14 de junio de 2004 señaló que «el retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en [el] estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto; es decir, si el adquirente “retraído” realiza actos de disposición sobre la cosa tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro de la Propiedad se cancelarán las inscripciones». No obstante, señala la STS de 9 de septiembre de 2008 «la excepcionalidad de los supuestos contemplados en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en cuanto excluyentes de la normal protección del tercero hipotecario a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, exige una interpretación restrictiva y rigurosa de los mismos atendiendo a su finalidad y a los propios intereses en conflicto». En el caso que resuelve esta sentencia el retracto se ejercitó transcurridos más de dos años desde que se produjo el negocio jurídico origen del mismo, de modo que los terceros hipotecarios (en este caso, acreedores hipotecarios adquirentes de hipotecas sobre la finca objeto de la venta que genera el retracto)

«al constituirse la garantía hipotecaria la obtienen sobre un bien que aparece transmitido a los deudores [propietarios] hipotecantes con antelación suficiente como para descartar cualquier posibilidad de acción alguna de carácter retractual» y por otro lado, «lo que incluso resulta de mayor relevancia», en el proceso de retracto se alcanzó una transacción, por lo que el retracto no se impone sino que resulta de un convenio, lo que priva al mismo de su carácter legal o forzoso en cuanto no se ha llegado a constatar por el Tribunal que la acción se haya ejercitado oportunamente y que la misma viniera referida «a los casos y términos que las leyes establecen» como exige el citado artículo 37.3.º LH». Ello llevó al Tribunal Supremo, a mantener el pronunciamiento de instancia y revocar el de apelación, lo que supuso mantener la condición de tercero hipotecario del acreedor hipotecario y del rematante en el procedimiento de ejecución derivada de la misma, rematante que conserva la propiedad adquirida, en detrimento del retrayente.

<sup>10</sup> En términos similares se ha pronunciado la Dirección General de Registros y de Notariado en Resolución de 20 de junio de 2017, en relación con un arrendamiento rústico inscrito tras la expedición de la certificación de dominio y cargas en la ejecución hipotecaria seguida contra la finca arrendada. Solicitada la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación a favor del acreedor hipotecario ejecutante y la cancelación de cargas posteriores (y por lo tanto, del arrendamiento), el registrador denegó la práctica de tales asientos por entender que el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre), en su redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, reconoce un derecho de adquisición preferente al arrendatario en caso de transmisión *inter vivos* de la finca arrendada, debiendo acreditarse al registrador la práctica de las notificaciones previstas en dicho artículo al arrendatario, para poder inscribir los títulos de transmisión. También por entender que el arrendamiento no debía ser cancelado pues el adquirente debía subrogarse en el mismo por la totalidad de su duración con arreglo al mismo artículo 22 de la Ley de Arrendamientos y por no ser tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (al constar inscrito el arrendamiento antes que su adquisición y por lo tanto, serle oponible e impedir su buena fe). Recurrida la calificación por el adjudicatario, la Dirección General de Registros y de Notariado estima el recurso por entender que el registrador debía proceder a cancelar el arrendamiento ya que aunque en la Ley de Arrendamientos 2003 no hay precepto tan claro como el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a la misma solución puede llegarse aplicando los arts. 131 y 134 de la Ley Hipotecaria, 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los arts. 10.1.º y 24.g) de la Ley de Arrendamientos, según los cuales el arrendamiento *termina al extinguirse o resolverse el derecho del arrendador*. Lo contrario supondría mermar la eficacia de la hipoteca pues el hipotecante podría disminuir el valor del bien hipotecado gravándolo con arrendamientos posteriores que subsistirían tras la ejecución. Además, el arrendatario que constituye el arrendamiento una vez hipotecada la finca, sabe que el derecho del arrendador puede quedar resuelto como consecuencia de la ejecución hipotecaria, no siendo lógico que la hipoteca conlleve la extinción de derechos reales y en cambio deban subsistir derechos personales como el arrendamiento. Además la subrogación en obligaciones del transmitente en relación con la cosa, al excepcionar el artículo 1257 del Código civil, es de interpretación estricta, y no puede alcanzar a obligaciones nacidas una vez que el dueño ha limitado su dominio con una hipoteca preferente que puede determinar la vuelta de la finca a la situación jurídica anterior a la constitución de la hipoteca, *pues la transmisión que genera la hipoteca se produce siempre con el alcance que tenía el derecho de propiedad al tiempo de constituirse la hipoteca*. Partiendo de la extinción del arriendo inscrito con posterioridad a la hipoteca por la ejecución de la hipoteca, el arrendatario va a tener noticia de la ejecución o bien por comunicación del registrador al expedirse la certificación de dominio y cargas o bien, si se inscribió después de practicada la nota marginal acreditativa de su expedición, por dicha nota marginal. Por lo tanto, es en sede del procedimiento de ejecución hipotecaria donde el arrendatario debe hacer valer sus derechos. La negativa del registrador a inscribir por falta de notificación al arrendatario para el ejercicio del retracto, no tiene sentido, ya que el arrendamiento ha quedado resuelto automáticamente desde la culminación de la ejecución hipotecaria con la correspondiente adjudicación de la finca, y por lo tanto, ha quedado también extinguido el retracto accesorio al arrendamiento.



<sup>11</sup> Si el arrendamiento constase inscrito antes que la hipoteca entonces perduraría tras la ejecución por la duración indicada en el artículo 10.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y artículo 5 del Real Decreto 297/1996 (o sea, por todo el plazo pactado; o por el periodo de prórroga legal y, en su caso, por el periodo de prórroga tácita si esta ya está en curso o no estándolo, es posteriormente admitida por el acreedor adjudicatario o rematante en la subasta; o por el periodo de prórroga convencional inscrito).

<sup>12</sup> En relación con la redacción originaria del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 señalaba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa tras la ejecución hipotecaria (incluso no estando inscrito) hasta completar los cinco primeros años de vigencia del contrato (arts. 13.1 y 14 LAU 1994). El arrendamiento anterior con una duración superior a los cinco años solo afectaba al tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por el tiempo que restase hasta completar un periodo de cinco años. En este sentido indicaba: «Cuando se lleve a cabo la ejecución hipotecaria, el arrendamiento anterior a la hipoteca no afectará a quien en la ejecución resulte adjudicatario si el acreedor hipotecario (de quien el adjudicatario trae causa) resultaba ya por sí protegido frente al arrendamiento por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y aunque el adjudicatario conozca la existencia del arrendamiento anterior a la hipoteca. También podrá resultar directamente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria el mismo adjudicatario de la finca arrendada si en él —y no en el acreedor hipotecario— se reúnen los requisitos exigidos por dicho artículo». El arrendamiento anterior a la hipoteca que accedió al Registro antes que esta continuaría durante la duración pactada, tras la ejecución (art. 13.1.2.º LAU 1994, en su redacción originaria). (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 201-203).

<sup>13</sup> El Tribunal Constitucional sentó en una doctrina abandonada que para el desalojo y lanzamiento del arrendatario que estuviese poseyendo el inmueble objeto de realización de la garantía hipotecaria por el procedimiento del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no bastaban las diligencias judiciales consiguientes al acto de adjudicación del bien sino que era preciso como exigencia constitucional que la cuestión del lanzamiento del arrendatario fuese decidida en un proceso declarativo en el que fuese demandante el adjudicatario y demandado el arrendatario. No bastaba que el arrendatario pudiera iniciar después del lanzamiento un proceso declarativo (art. 132 LH, hoy art. 698 LEC). Posteriormente, por STC de 2 de octubre de 1997, el Tribunal Constitucional decidió que para el lanzamiento del arrendatario o de otros poseedores bastaba que estos tuviesen conocimiento de la ejecución y tuviesen la posibilidad de acudir la existencia de un derecho que en apariencia pudiese subsistir, correspondiendo al juez decidir si el título exhibido por el poseedor acreditaba o no una situación posesoria que debiese persistir tras la ejecución. Quedando abierta, en todo caso, la posibilidad de acudir al declarativo ordinario del artículo 132 de la Ley Hipotecaria para ventilar la cuestión de tal subsistencia si se produjo el lanzamiento. Esta doctrina, reiterada por el Tribunal Constitucional, fue acogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en el anuncio de la subasta se expresará con el posible detalle la situación posesoria del inmueble o que por el contrario, el inmueble se encuentra desocupado. A estos efectos se notificará antes la ejecución a los ocupantes del inmueble para que en el plazo de diez días presenten al tribunal título que justifique su situación. El ejecutante puede pedir que antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare en un procedimiento especial sin fuerza de cosa juzgada si los poseedores del inmueble tienen derecho a permanecer en el mismo una vez producida la enajenación forzosa, declaración que se hará constar en el anuncio de la subasta. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el artículo 675.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tribunal realizará tal declaración por medio de auto no recurrible, cuando el ocupante pueda considerarse de mero hecho o sin título suficiente (p.e., se trata de un arrendamiento constituido e inscrito después que la hipoteca que deberá quedar purgado conforme el art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por de la Ley 4/2013). En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante tiene derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquellos. Estas declaraciones se harán constar en la publicidad de la subasta que se realice en el Portal de Subastas, así como en los medios públicos o privados de publicidad que se articulen (art. 661 LEC).

Una vez verificada la enajenación del inmueble, el adquirente puede pedir el lanzamiento, que será acordado por el letrado de la Administración de justicia, cuando el tribunal haya resuelto con arreglo al artículo 661.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble. En este caso, los ocupantes desalojados pueden ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio correspondiente. En otro caso, el adquirente puede pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. Esta petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario. Transcurrido dicho plazo la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda. El tribunal resolverá por medio de auto irrecorrible, dejando a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda. (Cfr., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 206 - 208).

<sup>14</sup> No obstante, según la SAP de Barcelona, Sección 4.ª, 823/2019, de 22 de julio, la carga de verificar la notificación recae en el adjudicatario. Se trataba de un supuesto en que el contrato de arrendamiento estaba sujeto a la redacción originaria de la Ley 29/1994 1994 (art. 13) por haberse firmado el 1 de enero de 2013, y en que la finca fue objeto de ejecución hipotecaria. El arrendatario, enterado del lanzamiento, comparece en el procedimiento interesando la suspensión del mismo y la apertura del incidente del artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este incidente se le reconoce el derecho a permanecer en el inmueble y se deja constancia de que se había verificado una adjudicación (todo ello por auto de 21 de noviembre de 2016). Entonces el arrendatario pidió que se le diese traslado de la adjudicación. La cuestión debatida es el plazo para el ejercicio del retracto. Señala la Audiencia que «es cierto que con el auto de 21 de noviembre de 2016 el hoy actor supo que Budmac Investments SLU se había adjudicado la vivienda arrendada, pero también lo es que Budmac Investments SLU tuvo conocimiento en ese momento de que había un arrendatario, el Sr. Ismael, ocupando en ese concepto la vivienda. No puede discutirse que el Sr. Ismael pudo presentar la solicitud que presentó el 21 de diciembre a partir del 25 de noviembre cuando le fue notificado el auto de 21 de noviembre, pero también admite duda que Budmac Investments SLU pudo notificar al Sr. Ismael las circunstancias de la transmisión a efectos del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no lo hizo... El tenor de la ley es claro: el que soporta la carga de comunicar las circunstancias de la transmisión es el adquirente, y la interpretación del Tribunal Supremo avala esta interpretación. La sentencia considera que a partir de ese momento (auto de 21 de noviembre), el hoy actor tenía constancia de la existencia de la transmisión, pero, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, esa posibilidad de acceder a la información *no elimina la carga del adquirente de notificar fehacientemente las circunstancias de la misma. Solo se mitiga el rigor de esa carga cuando el adquirente prueba que el arrendatario ha tenido conocimiento por otra vía de las concretas circunstancias de la transmisión. Pero este no es el caso...*». Por lo tanto, ejercitada la acción el día 27 de diciembre, un día antes de que se le notificase la adjudicación (28 de diciembre), fecha a partir de la cual debió correr el plazo de 30 días para el ejercicio de la acción, la acción se ejercitó en plazo y no había caducado.

<sup>15</sup> Precisamente por ser de fecha anterior al 6 de junio de 2018 el decreto de adjudicación de dos fincas en juicio cambiario, el registrador de la propiedad apreció defecto subsanable en su nota de calificación dado que no constaba si una de ellas estaba o no arrendada y, de estarlo, que se habían practicado las notificaciones previstas en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos o, en su caso, que el arrendatario había renunciado a su derecho de adquisición preferente. Recurrida la calificación, la RDGRN 16925/2019 de 10 de octubre de 2019 señala: «la recurrente considera que en el presente caso resulta innecesario exigir la declaración arrendataria a los efectos de los derechos de tanteo y retracto *ex* artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, si se tiene en cuenta que la finca..., ni está arrendada, ni lo ha estado en momento alguno. No cuestiona pues la existencia o no de los derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión por ejecución de la hipoteca que grava la finca, *derechos que, por otra parte, dependerán de la legislación aplicable a cada caso concreto, ya que la Ley de Arrendamientos Urbanos ha sufrido distintas reformas en ese punto, como reseña el registrador en su nota de calificación, y como ha vuelto a ocurrir en la reciente reforma efectuada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo.* Su objeción se centra en

que, según afirma, la finca no está arrendada ni lo ha estado. ... Como ha reiterado este Centro Directivo (*cfr.* las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002, 15 de marzo de 2006 y 8 de noviembre de 2012), la adjudicación en procedimiento de ejecución directa contra bienes inmuebles es un supuesto equiparable a la compraventa voluntaria por lo que es de plena aplicación la previsión del artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. De este modo debe rechazarse la inscripción de la adjudicación *si no se acredita debidamente bien que se han llevado a cabo las notificaciones previstas, bien que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios. A tal efecto, este Centro Directivo tiene declarado que dadas las particularidades de la transmisión dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente en las propias actuaciones judiciales, ante notario, o mediante instancia firmada o ratificada ante el registrador, no bastando una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatario y sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico. Por lo tanto debe confirmarse el defecto de la nota de calificación, si bien el defecto es de fácil subsanación mediante la presentación por la sociedad adjudicataria de la instancia en la que declare que no existe arrendamiento alguno tal y como afirma en el escrito de recurso.*

<sup>16</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, 4-10. El AAP de Madrid, (Sección 21.<sup>a</sup>), de 1 de abril de 2000, en relación con un arrendamiento de local de negocio, pactado con arreglo a la Ley 29/1994, y que el juzgador de instancia había declarado resuelto por la ejecución hipotecaria del local señala que la Ley de Arrendamientos Urbanos contiene «una regulación sustantiva del contrato de arrendamiento esencialmente diferente cuando el objeto del mismo es una vivienda, de cuando lo es una finca destinada a uso diferente del de vivienda, por considerar, tal y como se refleja en la propia exposición de motivos de la Ley locativa, que las realidades económicas subyacentes en uno y otro tipo de contratos son distintas, mereciendo una especial protección los arrendamientos de vivienda, siendo por ello por lo que se mantiene un carácter tuitivo en su regulación, por entender el legislador que las medidas de protección al arrendatario solo deben dispensarse cuando la finalidad del arrendamiento es la de satisfacer la necesidad de vivienda del individuo y su familia, ... La Ley 29/1994 carece de una norma especial que regule el supuesto en que el arrendador de local de negocio pierde su cualidad de tal por causas ajenas a su voluntad, como la ejecución hipotecaria. Ante tal falta de norma expresa y teniendo en cuenta que «no cabe aplicar las normas contenidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendamientos de viviendas a los contratos de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, salvo remisión expresa a dichos preceptos contenida en la misma Ley», la doctrina ofrece dos soluciones: una consistente en aplicar el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de manera que si el arrendamiento no está inscrito en el Registro, el nuevo adquirente (adjudicatario), al ignorar la existencia del mismo y adquirir a título oneroso de quien figura en el Registro como propietario de la finca, no estaría obligado a subrogarse en la posición del arrendador. Otra, consistente en aplicar el artículo 1571 Código civil, precepto, que la mayor parte de los autores admiten que es de aplicación general a cualquier enajenación por título diferente del de venta, de manera que si el adjudicatario lo solicita, la enajenación del inmueble conllevará la extinción del arriendo. En el caso presente, no estando el arrendamiento inscrito en el Registro, la solución sería la misma de aplicar una u otra interpretación, procediendo entender que la adjudicación de la finca a Caja Madrid supuso la extinción de la relación arrendaticia (como había entendido el Juzgador de Instancia). En sentido contrario se pronuncia, sin embargo, la SAP de Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>), de 9 de abril de 2001. Don Ángel (adjudicatario en un procedimiento de ejecución hipotecaria) interpuso demanda de resolución de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda contra la entidad Maquinaria y Encofrados Asturianos, S.L., declarándose en primera instancia resuelto el contrato. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y declara subsistente el contrato sobre la base de los siguientes argumentos: la «omisión [de la regulación de la resolución anticipada del derecho del arrendador por enajenación forzosa de la finca, en los arrendamientos para uso distinto de vivienda] ha llevado a la doctrina científica a

defender dos posturas con resultados antitéticos: A) los que estiman que procede la aplicación analógica de lo previsto en el párrafo primero del artículo 13, ... con fundamento en que una interpretación extensiva del artículo 29 de la propia ley, llevaría a la consecuencia de que tendría una mayor protección [el arrendamiento para uso diverso del de vivienda] que los arrendamientos de vivienda ... lo que lleva a defender a este sector doctrinal ... la aplicación del citado párrafo primero del artículo 13 pero sin derecho a la permanencia en el arrendamiento durante los 5 primeros años, al no tener los arrendamientos para uso distinto tiempo mínimo de duración y prórroga obligatoria como las viviendas, y B) por el contrario otro sector doctrinal, este mayoritario, entiende que el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha de aplicarse a todos los supuestos de transmisión *inter vivos* de la propiedad, análogos al de compraventa, esto es, en definitiva a cualquier negocio que suponga un acto traslativo y de disposición por el que se transmita la titularidad de la cosa a un tercero, entre los que estaría la enajenación forzosa. *Consecuencia de ello es que la regla general para este sector doctrinal será la subrogación en el contrato del adquirente durante el plazo pactado con la única limitación de que este ostente el carácter de tercero hipotecario.* Excepción que aquí deviene inaplicable, pues el actor, adquirente de la finca, conocía la existencia del arrendamiento con anterioridad a su adjudicación ... Pues bien, llegados a este punto, esta Sala se decanta por este último criterio», porque es el más acorde con el tenor literal de la Ley; porque la tesis que propugna aplicar el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quiebra el sistema de fuentes aplicable, según el artículo 4.3 de la misma, que rechaza la aplicación supletoria del título II a los arrendamientos para uso distinto; y porque la aplicación analógica exige la concurrencia de una laguna legal aquí inexistente dado el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sus amplios términos; y porque la analogía propugnada luego excluye los efectos previstos por el legislador en la misma (subrogación del adquirente por 5 años); y finalmente porque la STS de 21 de julio de 1998, estima que el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que el adquirente por cualquier título de la finca arrendada quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo si concurre en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

<sup>17</sup> *Cfr.*, FUENTES-LOJO RIUS, 2019, 164.

<sup>18</sup> *Cfr.* FUENTES-LOJO RIUS, 2019, 165-166.

<sup>19</sup> FUENTES-LOJO RIUS, 2019, 166.

<sup>20</sup> *Cfr.*, WOLTERS KLUWER, 2019, 191.

<sup>21</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., 2019, 156.

<sup>22</sup> En relación con que la protección parecería dispensarse al arriendo anterior no inscrito, señalan FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES, «el arrendamiento anterior a la hipoteca, no inscrito con anterioridad a la inscripción de esta, subsistirá solamente por el plazo de duración legal mínima del artículo 9 de la LAU después de la enajenación forzosa en sede de ejecución hipotecaria. Así pues, y transcurrido el plazo de los cinco primeros años, o siete años si el arrendador fuera persona jurídica, se exceptúa de la extinción el contrato de arrendamiento que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. Una vez que se haya producido la adjudicación de la vivienda, y siempre que haya transcurrido el plazo legal mínimo, el adjudicatario tendrá que instar el correspondiente desahucio por expiración del plazo del arriendo» (FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES, 2019, 158).

## 2. DERECHO MERCANTIL

# Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020

## *Family protocol, shareholders agreements and contractual succession after a first approximation to the Supreme Court ruling of February 20, 2020*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** Tratamiento de los Pactos parasociales y sucesión contractual en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020

**ABSTRACT:** *Treatment of shareholders agreements and contractual succession in the Supreme Court ruling of February 20, 2020*

**PALABRAS CLAVE:** Pactos parasociales y sucesión contractual.

**KEY WORDS:** *Shareholders agreements and contractual succession.*

**SUMARIO:** I. UN CASO PARTICULAR DE SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2020 (¿*PACTUM CORVINUM?*).—II. SOBRE LA DENUNCIA *AD NUTUM* DE LOS PACTOS PARASOCIALES.—III. LA CONTROVERSIA SOBRE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL PACTO SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO EN ESTE CASO.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN CASO PARTICULAR DE SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2020 (¿*PACTUM CORVINUM?*)

En primer lugar hemos de confesar que una primera lectura de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020 de 20 de febrero de 2020 (*JUR* 58226, 2020)

nos puede llevar a considerar que solo nos encontramos ante un supuesto de denuncia *ad nutum* de un pacto parasocial, aunque tras unas primeras reflexiones motivadores de estas líneas ya que a buen seguro se podrán y deberán decir más cosas posteriormente sobre esta curiosa sentencia podemos sostener que ello no es (en principio) correcto coincidiendo con el Profesor MIQUEL GONZÁLEZ<sup>1</sup> en que mucho de lo que dice la meritada sentencia se aparta realmente del verdadero caso sometido a casación, ofreciéndonos multitud de afirmaciones *obiter dicta*, incluso si no erróneas, sí muchas de ellas gravemente cuestionables, resultando que lo que también debería haberse discutido a nuestro juicio es que efectivamente el caso debatido versaba también sobre la validez de un pacto sobre la herencia de un tercero (*pactum corvinum*)<sup>2</sup> y no solo de un problema de desistimiento *ad nutum* de pactos parasociales ni de pretendidas justificaciones sobre prohibición de vinculaciones perpetuas en nuestro Código civil<sup>3</sup>, como después exponemos infra II con especial incidencia de ello en relación con el pacto de dedicación exclusiva de los socios litigantes a la actividad empresarial familiar.

Como resumen de antecedentes la propia sentencia del Tribunal Supremo nos expone lo siguiente:

1. Los antecedentes del conflicto entre las partes se remontan a la fundación del grupo familiar Z., creado por D. \_\_\_\_\_. En los años setenta se incorporaron a la gestión del grupo D. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_ (sus hijos varones).

2. El 18 de julio de 1983 se suscribió un protocolo familiar entre todos los hijos del señor Z. \_\_\_\_\_, denominado «Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Z.» con objeto de regular, según la terminología empleada en la demanda, «las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa, con la finalidad de garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa en el futuro y la armonía y convivencia entre los distintos grupos de accionistas». En dicho documento, en lo que ahora importa, se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades integradas en grupo del siguiente modo: D. \_\_\_\_\_ recibiría el 28% de las acciones y participaciones, D. \_\_\_\_\_ el 26%, y las otras dos hermanas, D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, un 23% cada una de ellas.

3. El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas, compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales que ahora se pretenden anular, y que son en concreto las siguientes:

a) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Norberto González Sobrino, con número 1201 de su protocolo.

b) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Vicente de Prada Guaita, con número 1169 de su protocolo.

c) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Carlos de Prada Guaita, con número 923 de su protocolo.

d) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Fernando Fernández Medina, con el número 1152 de su protocolo.

e) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones otorgada, en fecha 26 de febrero de 2014, ante la Notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, con el número 594 de su protocolo.

f) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones autorizada por la notario D.<sup>a</sup> Almudena Zamora Ipas, en fecha 25 de julio de 2014, con el número 2.487 de su protocolo.

4. Los Sres. Z. \_\_\_\_ \_\_\_\_ y \_\_\_\_ \_\_\_\_, interpusieron una demanda contra los Sres. que han quedado reseñados en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interesando los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: 1.º Se declare que los demandados han incumplido, de forma deliberada y dolosa el denominado protocolo familiar, suscrito en fecha 18 de julio de 1983. 2.º Se declare la obligación de los demandados de cumplir forzosamente dicho protocolo y, concretamente, de respetar y hacer respetar los porcentajes de participación en el accionariado de las empresas que componen el Grupo Z. estipulados en el susodicho protocolo familiar, así como el derecho de todas las ramas familiares a estar representadas en el órgano de Administración de cada una de ella, debiendo otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para dejar sin efecto, los contratos de permuta suscritos en fechas 23 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014. 3.º Se declare la obligación de los demandados de indemnizar, solidariamente entre sí, a mi representado D. \_\_\_\_ Z. \_\_\_\_ \_\_\_\_, en la cantidad de 275.640,24 € [...], más los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda. 4.º Se declaren nulas y sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas suscritas por los demandados reseñadas en el anterior apartado de este fundamento jurídico. 5.º Deberán reintegrarse los demandados el precio y las acciones y participaciones sociales intercambiadas, de modo que sus porcentajes de participación de las empresas del Grupo Z. vuelvan a ser las que eran antes de formalizar las escrituras públicas declaradas nulas. 6.º Se imponga el pago de las costas legales a todos los demandados.

5. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: (i) el documento cuya vulneración se denuncia no integra un negocio fiduciario, sino una declaración de intenciones sobre cómo debe regirse el grupo empresarial familiar, que si bien prevé algunas consecuencias jurídicas en determinadas cuestiones (por ejemplo, en caso de infringir la prohibición de concurrencia), las omite en otras materias; (ii) en particular respecto del reparto de las acciones y participaciones de los padres, se asemeja a un pacto sucesorio, forma de sucesión que no contempla el artículo 658 del Código civil (LEG 1889, 27) y proscribía el artículo 1271 al disponer que «...sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056...»; (iii) además el pacto contenía una cláusula octava en virtud de la cual «se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Z., y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre de infundirnos», apelación al honor y al compromiso moral que no tiene el alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen es el propio de las sociedades capitalistas; (iv) en consecuencia los criterios de reparto de las acciones y participaciones fijados en el convenio del año 1983 no se traducen en un sistema de participación conjunta, sino que son más bien un desiderátum de que las empresas se mantuvieran unidas en el mismo grupo y como sistema de reparto de acciones y toma de decisiones conjunto con vocación de ir incorporando a miembros de las diferentes ramas de la familia; (v) de todo ello no se desprende que la causa de los diferentes negocios

de permuta sea ilícita ni su finalidad la defraudación, sino que su finalidad era modificar la configuración del patrimonio familiar, desbancando al demandante del control de determinadas sociedades, cosa que, a la vista de lo razonado no puede entenderse contrario a derecho ni estrictamente contrario al pacto de 1983

6. Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Z. \_\_\_\_ y \_\_\_\_ \_\_\_\_, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, entendiendo que estamos ante una cuestión estrictamente jurídica relativa a la interpretación del protocolo familiar de 1983, y confirma la interpretación del protocolo familiar hecho por el juzgado de primera instancia, incidiendo en los siguientes aspectos: (i) se trata de un convenio hecho en previsión de la futura sucesión de la empresa familiar que si bien excede de un mero acuerdo moralmente exigible (y de hecho la distribución de coeficientes se mantuvo en cumplimiento de lo pactado no solo tras la muerte de los padres y abuelos de los litigantes, sino también durante muchos años más, cumpliéndose así el compromiso respecto de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades); (ii) sin embargo, dichos criterios de reparto del capital social de las distintas sociedades del grupo no obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; (iii) el protocolo familiar no incluye ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares, por lo que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio; (iv) tampoco impone el protocolo la imposibilidad de cesar a los consejeros; (v) que no se ha acreditado que en los citados negocios transmisivos concorra causa ilícita, pues su finalidad fue la modificación de la configuración del patrimonio familiar; y (vi) en cuanto a la alegación de los demandantes relativa a la doctrina de los actos propios y su vulneración al no aplicarla la sentencia de primera instancia respecto de la conducta de los demandados, la Audiencia señala que los propios apelantes intentaron solventar la crisis del grupo de empresas familiar, primero mediante la escisión de sociedades y, después, por su propia iniciativa de comprar o vender participaciones de otros hermanos en las empresas familiares a través de su hijo.

Con propiedad en el FJ núm. 4 de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020, se afirma lo siguiente:

*«Es lícito que la recurrente defienda una interpretación del protocolo familiar basada en la consideración de que en el mismo se imponía, por la vía de la obligación del mantenimiento de unos determinados coeficientes de propiedad en el capital social de las sociedades integradas en el grupo empresarial familiar, una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales en que se divide aquel, sin límite de plazo, y que por ello disienta de la interpretación que la sentencia recurrida ha sostenido en su fundamentación.*

*Pero, como resulta de la jurisprudencia antes reseñada, en sede del recurso de casación debe prevalecer el criterio interpretativo de la regulación contractual hecha por el tribunal de instancia aunque dicha interpretación no sea la única posible, incluso en aquellos casos en que cupiera alguna duda razonable acerca de su acierto, pues este tribunal de casación solo puede revisar dicha interpretación contractual para corregir no su oportunidad, conveniencia o pleno acierto (en caso de ser posible más de una interpretación), sino exclusiva y excepcionalmente su posible ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico.*



*Tachas que no cabe imputar a la interpretación asumida y argumentada por la Audiencia Provincial cuando niega la existencia de dicha prohibición o limitación en la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales temporalmente ilimitada, al vincular los compromisos asumidos en el protocolo familiar a la finalidad de facilitar una ordenada sucesión en las empresas familiares para el caso y momento del fallecimiento de sus fundadores. Así resulta de la sentencia cuando afirma que «[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...]», o que «[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...]».*

O sea, el debatido Protocolo Familiar —en lo que ahora interesa y desde el parco conocimiento de su clausulado que nos ofrecen las sentencias de instancia, apelación y casación—, tiene como objeto la ordenación de la sucesión en las empresas familiares y no una prohibición de disponer (*lock up*) de las acciones / participaciones de las mismas, configurativas de un pacto parasocial de relación, por lo que insistimos, en que a nuestro juicio, el debate debiera haberse propuesto también desde la óptica de los pactos sucesorios y no solo desde el prisma de los pactos parasociales en cuanto al análisis de la validez y eficacia de dicho pacto (art. 1271.2 CC), aunque como después exponemos infra II, sin que pueda desdeñarse el análisis de la cuestión desde la incidencia que sobre la misma tiene el pacto de dedicación exclusiva de los socios a la actividad empresarial familiar.

## II. SOBRE LA DENUNCIA *AD NUTUM* DE LOS PACTOS PARASOCIALES

Pese a que la cuestión hubiera de haberse fundamentado también en considerar la validez del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero amén de la posibilidad de denuncia *ad nutum* de los pactos parasociales, hemos de manifestar nuestra coincidencia con el sentir de la doctrina que al respecto sentara PAZ-ARES con sumo acierto en sus análisis sobre los pactos parasociales<sup>4</sup>.

Por ello, no podemos compartir que los pactos parasociales en todo caso puedan ser denunciables *ad nutum*, sin que consideremos correcto el razonamiento y fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de (Sección 6.<sup>a</sup>) núm. 24/2017 de 17 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 270911) que considera denunciabile *ad nutum* un pacto de sindicación de voto de acciones, al exponer lo siguiente:

*«Ante este planteamiento, ha de recordarse que es lícita la resolución unilateral del contrato "intuitu personae", exigiéndose que el disidente exprese su voluntad de dar por concluido el contrato (art. 1700.4.ª CC), y que (como ocurre en los pactos objeto de litis), no se haya pactado un plazo de duración de la relación contractual, y así, en el contrato de sociedad se permite a los socios disolverla cualquiera que sea la razón del desistimiento, pues así ha de interpretarse el artículo 1700.4 del Código civil, como también el artículo 224 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1993, 6 de marzo de 1992, 16 de junio de 1995). Se admite así la resolución unilateral en este tipo de contratos por pérdida de la confianza necesaria de una parte respecto de la otra, pero la consecuencia es que dicha resolución unilateral lleva*

consigo la indemnización de daños y perjuicios, que solamente se excluye si se prueba suficientemente una causa grave que justifique la extinción del contrato. La STS de 11 de diciembre de 1990 clarifica esta cuestión en relación a los contratos de arrendamiento de servicio al decir que todos los contratos en que la relación es de algún modo "intuitu personae" permiten la resolución unilateral, como ya se ha dicho en jurisprudencia reiterada y conocida, pero siempre habrá de percibir el arrendador el precio pactado y en la forma prevista en el contrato y, en todo caso, manteniendo el arrendatario la posibilidad de desistir en cualquier momento, bien que sin perjuicio de indemnizar los beneficios dejados de obtener en caso de que el pacto tuviera duración o terminación previstas, y en idéntico sentido se pronuncian las STS anteriores de fechas 8 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1990, y 25 de noviembre de 1983, precisando esta última que cuando se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste si se impone antes de la expiración del plazo debe indemnizarse, si bien ello no es así cuando se ha demostrado que media justa causa dimanante del incumplimiento de lo pactado por parte del arrendador.

En este sentido, recoge la doctrina la Sentencia de 9 de octubre de 1997 en los siguientes términos literales: «En estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código civil (arts. 400, 1052, 1583, 1594, 1700.4º, 1705, 1723.1º, 1733, 1750 y 1775, así como 279 del Código de Comercio), resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido, con aplicación a los contratos de distribución o concesión en exclusiva, supuesto que presentan analogías con el de autos (SS. de 18-3 y 28-5-1966 y 21-10-1966, 11-2-1984, 22-3-1988, 3-10-1992, 16-10-1995, 17-10-1995, 25-1-1996 y 14-2-1997 [ RJ 1997\1418], entre otras)».

En la misma línea, la STS de 19 de mayo de 1999 afirma que el problema que se plantea en estos contratos, es el de su extinción; problema que no se da si se pacta expresamente o, por lo menos, se pactan condiciones de la misma, y según doctrina jurisprudencial, muy reiterada, en tales casos, cabe resolución («rectius», extinción) unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si estos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el recurso procede ser estimado en este extremo respecto de los pactos parasociales de sindicación pues resulta erróneo exigir la concurrencia de justa causa para la extinción de los pactos a instancia de uno de los contratantes, sino que, de conformidad con los artículos 1700.4.º en relación a los artículos 1705 y 1707 del Código civil, los pactos parasociales objeto de litis pueden extinguirse por la sola voluntad de cualquiera de los socios, toda vez que no se ha señalado término para su duración.

Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1705 dispone: «Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios», exigiéndose

solo el justo motivo en el artículo 1707 para que un socio pueda reclamar la disolución de la sociedad cuando esta ha sido constituida por tiempo determinado, lo que no es el caso al haberse pactado una duración indefinida de los pactos de 28 de abril de 2010.

Debe concluirse que la denuncia unilateral de los pactos comunicada por el demandante a las otras socias el 23 de marzo de 2011 tiene el efecto de la extinción de dichos pactos parasociales pues la única excepción que establece el artículo 1705 para que la renuncia no tenga ese efecto es que no se haya hecho de buena fe en tiempo oportuno, y en la contestación a la demanda, ya se ha dicho, las demandadas en ningún momento se oponen a la renuncia del demandante porque se haya hecho de mala fe o en tiempo inoportuno, sino por otros motivos referidos fundamentalmente al no incumplimiento contractual por las demandadas de los pactos suscritos que, como se ha dicho, resultan intrascendentes para la eficacia de la extinción unilateral por uno de los socios en los contratos de naturaleza "intuitu personae" pues pueden darse por finalizado, bien que indemnizando en los casos en que la resolución se efectuara con mala fe y causando daños, si estos se prueban, según reiterada jurisprudencia expuesta.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial de la demanda declarando la ineficacia del pacto de sindicación objeto de litis por la renuncia del demandante efectuada y comunicada el 23 de marzo de 2011».

En nuestra opinión no basta el carácter indefinido del pacto y su cualificación como convenio *intuitu personae*, sino que en línea de lo razonado con PAZ-ARES, resulta necesaria para dicha denuncia que el pacto sea opresivo y que por tanto contenga una obligación de efectuar una prestación que suponga la necesaria defensa de la denunciabilidad *ad nutum* a modo de lo que sucede en el seno de las sociedades profesionales donde se prevé tal facultad para el socio profesional (art. 13 LSP) precisamente por la vinculación que tiene el socio profesional de realización de su actividad como prestación accesoria.

Ya hemos sentado que tras la lectura de la sentencia podemos observar como el Protocolo Familiar litigioso tiene como objeto la ordenación de la sucesión en las empresas familiares y no una prohibición de disponer (*lock up*) de las acciones/participaciones de las mismas, configurativas de un pacto parasocial de relación.

Pese a ello, no hemos de pasar por alto como la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 recoge (FJ 3.º, apdo. 4) también lo siguiente:

«En concreto hay que destacar los siguientes datos: a) el protocolo familiar controvertido no ha sido objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (RCL 2007, 526); b) no contiene ninguna cláusula penal para garantizar su cumplimiento, con excepción de la referida al supuesto de incumplimiento por partes de los socios gestores del pacto de exclusividad (dedicación exclusiva a la empresa familiar); c) tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesoria prevista en estatutos (obligación de hacer); y d) finalmente, tampoco consta modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales concomitantes con los porcentajes de participación previstos en el protocolo familiar».

Al hilo de lo anterior la Sentencia de instancia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Majadahonda de 23 diciembre de 2015 (*JUR* 2020, 58228) (FJ1.º), igualmente explicaba las características del objeto del Protocolo Familiar del siguiente modo: «*Lógicamente debe analizarse el documento dos aportado por la parte actora, y denominado “Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Zapata”. El mismo presenta como pósito la “indiscutida e indiscutible” Autoridad y Preponderancia (sic) del fundador del grupo familiar y su esposa, con avocación de la titularidad de todas las acciones y participaciones de todas las empresas del grupo. Se añade que como principio inspirador la “consideración de que para la Gestión y Desarrollo del Grupo económico es imprescindible que haya una Dirección General que marque la política a seguir, exija su cumplimiento y coordine todas las acciones...”*. Es decir, se establece un principio rector, pero no parece que lo anterior suponga una tajante vinculación al grupo en el sentido propuesto en la demanda. Inmediatamente después se hace un reparto porcentual de acciones y participaciones en cada una de las sociedades del grupo. Y el documento no establece ninguna limitación a la libertad de transmisión de participaciones. Sí que prevé consecuencias jurídicas para otras cuestiones. Así la ruptura del pacto de no exclusividad conlleva (cláusula quinta) “la pérdida del puesto de trabajo” y “una penalización económica del diez por ciento de las acciones”».

O sea, el pacto parasocial no solo ordenaba la sucesión empresarial pactándose sobre la herencia de un tercero con la trascendencia que ello tiene como veremos posteriormente, sino que también se acuerda en el mismo que los familiares (socios gestores) tenían que tener una dedicación exclusiva a la empresa familiar resultando que su incumplimiento no solo llevaría aparejada la pérdida del puesto de trabajo sino también una penalización económica del diez por ciento de las acciones (suponemos, que del valor económico correspondiente a dicho porcentaje).

En este momento es cuando debemos manifestar nuestra postura concierne a la caracterización general de los pactos parasociales como sociedades civiles internas de duración indeterminada<sup>3</sup> lo que nos hace ubicar la posibilidad de denuncia unilateral *ad nutum* en el análisis de los artículos 1705 y 1706 del Código civil, pero ello nos lleva también a tratar el problema del pacto sucesorio de la herencia de un tercero no solo desde la genérica prohibición del artículo 1271.2 del Código civil sino desde la específica proscripción de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil y la posibilidad de aplicación del mismo a este caso particular, como con posterioridad tendremos oportunidad de desarrollar.

Llegados a este punto hemos de retomar la idea apuntada de que a nuestro juicio solo el pacto parasocial que imponga una obligación de prestar o hacer al firmante puede ser considerado opresivo y por tanto susceptible de ser denunciarse *ad nutum*. En nuestro caso, tal denunciabilidad *ad nutum* no puede analizarse ni siquiera respecto con un inexistente pacto parasocial de relación de intransmisibilidad de acciones/participaciones sociales ya que como decíamos esto no es objeto de pacto en el Protocolo Familiar y aunque así fuera entendemos que por sí solo dichos pactos parasociales de relación no son denunciables *ad nutum* al no conllevar la obligación de prestación opresiva a la que habíamos hecho referencia, si no es con atención al pacto de dedicación exclusiva.

Sin embargo, en el Protocolo Familiar analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 veíamos como sí que recogía una obligación de dedicación exclusiva de los socios gestores a prestar sus servicios en el ámbito de las empresas del grupo familiar, lo que sí supone en nuestra opinión que dicho

pacto indefinido de prestación exclusiva de servicios suponga una obligación de prestar que justificare (por sí solo considerado) la denuncia *ad nutum* del controvertido Protocolo Familiar, si no existieran mecanismos de salida del socio convenidas en el pacto parasocial (lo que desconocemos)<sup>6</sup> aunque esta posibilidad haya de reconsiderarse en función de la naturaleza de pacto sucesorio de la herencia de un tercero y por mor de la posible aplicabilidad del artículo 1674.2 del Código civil, como luego veremos.

Adviértase que puede sostenerse como contra argumento a lo anterior, aunque entendemos que sin razón, que el socio en cumplimiento de su deber de fidelidad no puede efectuar competencia con la sociedad (cfr. art. 1683 CC) y que por ello cualquier pacto parasocial sería denunciabile *ad nutum*. La debilidad de ello ha de caer por su propio peso ya que es diferente la obligación de no competir que la obligación de prestar o hacer consistente en llevar a cabo actividades de servicios para la sociedad, puesto que se puede no competir y sin embargo no prestar servicios a la sociedad, obviamente<sup>7</sup>.

### III. LA CONTROVERSIA SOBRE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL PACTO SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO EN ESTE CASO

Como hemos venido sosteniendo resulta ciertamente sorprendente que el debate no se haya suscitado a lo largo de las instancias del pleito que dio lugar a la casación resuelta por esta Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 desde la óptica del pacto sucesorio, ya que como se encarga de recordarnos la sentencia de casación el Protocolo Familiar tiene como finalidad ordenar la sucesión de la empresa familiar como compromiso fundamental<sup>8</sup>.

Pues bien ¿resulta lícito dicho pacto sobre la herencia de un tercero en este caso que permitiera seguir sosteniendo la apuntada anteriormente viabilidad de la denuncia *ad nutum* por la existencia del pacto de dedicación exclusiva so pena de perder el puesto de trabajo por parte de los socios gestores del grupo familiar, según lo convenido en el Protocolo Familiar?

Para dar respuesta a lo anterior, entendemos que no solo hemos de atender con carácter general a la admisibilidad en nuestro Derecho del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero (art. 1271.2 CC) sino también y de forma particular a la previsión que sobre ello se extrae de la normativa de la sociedad civil (art. 1674.2 CC) aplicable al Protocolo Familiar por su conceptualización de pacto parasocial y por tanto de sociedad civil interna.

En primer lugar, respecto de la admisión o no del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero partimos de su tradicional rechazo doctrinal y posible admisibilidad jurisprudencial si se trata de cosas particulares y no de la universalidad de la herencia, aunque en realidad no se trata de un auténtico pacto sucesorio<sup>9</sup>.

REQUEIXO SOUTO<sup>10</sup>, creemos que se muestra inicialmente favorable a la admisibilidad del pacto sobre la herencia de un tercero en atención a un argumento histórico<sup>11</sup> al afirmar que: «Por lo tanto, actualmente el ap. 2.º del artículo 1271 Código civil no declara expresamente la prohibición de los pactos sobre la herencia de un tercero, por lo que es —en teoría— posible una interpretación favorable a su admisión en cuanto no limitan la libertad de este para testar».

El citado autor realiza un repaso jurisprudencial sobre la cuestión mostrándonos como el Tribunal Supremo —Sentencia de 25 de abril de 1951 (RJ 1951, 1615)— y determinadas Audiencias Provinciales —Sentencia de la Audiencia Pro-

vincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC 2002, 2225)<sup>12</sup>— se han mostrado partidarias de admitir el pacto sobre la herencia de un tercero siempre y cuando tengan como objeto determinados bienes del causante y no la generalidad de los mismos<sup>13</sup>, y concluye<sup>14</sup> que: «Sin embargo la interpretación del Alto Tribunal, excepto en la STS de 25 abril de 1951 (RJ, 1951, 1615), se refiere a pactos de institución o de suceder en los que el bien concreto forma parte del patrimonio actual del otorgante. No parece que el criterio del objeto universal/particular deba aplicarse a los pactos sobre la herencia de un tercero o dispositivos, en cuanto los bienes jurídicos protegidos, y en su caso infringidos, (libertad de testar, evitar el *voluum mortis* y las vinculaciones de patrimonios) lo serán por igual».

En realidad el sentir mayoritario doctrinal ha venido consistiendo en la proscripción del pacto sobre la herencia del tercero aunque no es menos cierto que existe una tendencia favorable a la admisibilidad de los pactos sucesorios y también del pacto sobre la herencia de un tercero en la actualidad, que nosotros compartimos.

Por ejemplo, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>15</sup> ya se pronunció sobre ello de la siguiente forma: «Dada la negativa valoración que siempre han merecido los pactos sobre la herencia de un tercero no nos parece que quepa dudar de que la genérica prohibición de los contratos sobre herencia futura en nuestro Derecho abarque también esta reprobada figura. Por ello estaría prohibidos todos los pactos que versen sobre la totalidad de la herencia de un tercero, tengan contenido positivo o negativo. Según esto en nuestro Derecho no se conocerían las excepciones del Derecho romano a la contratación sobre herencia ajena, que eran dos: el contrato de sociedad en el que se ponían en común las herencias futuras genéricamente consideradas que adquieran los socios, y cualquier otro contrato si la persona de cuya sucesión se tratara consentía en el pacto y mantenía su voluntad hasta la muerte. En cuanto a lo primero, el artículo 1676.2 [en realidad, 1674.2 CC] de nuestro Código expresamente rechaza que en el contrato de sociedad se pongan en común las adquisiciones que en el futuro puedan hacer los socios por título hereditario.

En el segundo supuesto cabría preguntarse, si, desapareciendo las negras tintas propias del pacto sobre la herencia de un tercero a causa del consentimiento del principalmente afectado por el mismo —el tercero de cuya sucesión se dispone—, o por haberse producido la sucesión de forma compatible con el pacto no cabría ver convalidado el acuerdo. Algo así parece haberse admitido en el supuesto de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de julio de 1997».

Respecto de la revisión doctrinal y los argumentos dados recientemente en cuanto a la admisibilidad del pacto sucesorio (también para el *pacta de hereditate tertii* como el presente, aunque no se trate de un auténtico pacto sucesorio y sí contractual), destacamos los que nos ha ofrecido OLMEDO CASTAÑEDA<sup>16</sup>:

1. El principio general de prohibición de los pactos sucesorios en el ámbito del Derecho común, consagrado en los artículos 816 y 1271.2 del Código civil, constituye una restricción a la autonomía de la voluntad o autonomía privada proclamada por el artículo 1255 del Código civil y cuya *ratio* o fundamento ha dejado de tener la consistencia que en otros tiempos justificó su imposición legal, de tal manera que la nueva y actual realidad social exige, no ya una interpretación de la norma conforme con ella (*ex art. 3.1 CC*), sino una nueva normativa capaz de dar respuesta a las nuevas demandas sociales.

2. El contrato sucesorio se configura como un instrumento formal que permite dar cauce jurídico a la voluntad de los otorgantes, con unas peculiaridades propias y específicas que lo distinguen del testamento, ampliando así el abanico

de posibilidades que el Derecho pone a disposición de los particulares, por todo lo cual debe potenciarse la contratación sucesoria.

3. La admisibilidad clara y explícita de la sucesión contractual evitaría la existencia de contratos simulados que, celebrándose con la apariencia de contratos *inter vivos*, persiguen, en realidad, efectos *mortis causa*.

4. En el caso concreto de la sucesión en la empresa familiar, el contrato sucesorio representa una alternativa de gran eficacia jurídica que se erige en instrumento negocial idóneo para asegurar su conservación y continuidad intergeneracional, siendo prueba inequívoca de ello su admisión y regulación generalizada en las legislaciones forales (donde ha existido tradicionalmente una fuerte vinculación entre la propiedad y la familia), así como los importantes pasos dados en esta materia por los vecinos Derechos francés e italiano.

En este sentido, en el Fórum Europeo sobre Transmisión de Empresas de mayo de 2006 se recomendó la sucesión contractual como mecanismo que facilita la transmisión de empresas, si bien se centró más la atención en la enajenación *inter vivos*.

5. Finalmente, en atención a la creciente preocupación mostrada por el legislador estatal y autonómico respecto de las nuevas situaciones convivenciales surgidas en nuestra sociedad, y con el fin de evitar el aislamiento de las personas mayores (cuya esperanza de vida es cada vez más elevada, su sostenimiento económico más costoso y su cuidado más desatendido por los familiares), proponemos incluir en la futura regulación del pacto sucesorio una nueva funcionalidad del mismo que cubra las deficiencias normativas existentes en esta materia (como la parca regulación sobre el contrato de alimentos contenida en los arts. 1791 a 1797 CC).

En nuestra opinión realmente y de *lege data* se hace bastante difícil sostener la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero y solo con ayuda a las resoluciones jurisprudenciales citadas que nos invitan a aceptar dicho pacto cuando verse única y exclusivamente sobre bienes particulares y no sobre la generalidad de la herencia podríamos sostener *ab initio* la validez del Protocolo Familiar debatido en esta casación.

Aunque pese a dicha dificultad en la admisibilidad no es menos cierto que nos mostremos inclinados a la misma al rechazar argumentos que tradicionalmente se han sostenido en contra de dichos contratos, en particular como que se trate el pacto sobre la herencia de un tercero de un «*pactum corvinum*» ni que el mismo atente contra la libertad de testar ya que en nada influye sobre la misma la existencia de esta convención<sup>17</sup>.

No obstante, lo anterior si alguna duda pudiera albergarse *ab initio* y de *lege data* y desde un punto de vista genérico sobre la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero del que estamos tratando, a saber, el reparto accionario entre el grupo familiar en orden a la procura de la ordenada sucesión de la empresa familiar, las mismas se nos presentan también si atendemos a la posible aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil, que expresamente proscribía la validez de estos pactos en el seno de la sociedad civil cuando se afirma rotundamente lo siguiente:

*En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos.*

*Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los*

*socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos.*

Para llegar a la posible aplicación del artículo 1674.2 del Código civil al caso de Autos hemos de volver a colacionar en estos momentos el carácter de sociedad civil interna del que gozan los pactos parasociales según hemos expuesto con anterioridad. Por tanto, en orden a una adecuada construcción lógica del discurso nos resta acudir a la regulación que en el plano jurídico obligacional que no jurídica real ha de presidir el régimen de la sociedad civil interna, que no es otro que el de las normas del contrato de sociedad<sup>18</sup> y por ende, en nuestro caso, a la posible aplicación de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil, precepto que impide el pacto entre los socios de incorporar a la sociedad lo adquirido por herencia, legado o donación, aunque no los frutos de ello<sup>19</sup>. Nótese que en este caso propio, la contraposición universalidad o particularidad carece de relevancia para la admisibilidad del pacto sobre la herencia del tercero en el seno de una sociedad civil interna (pacto parasocial) puesto que la contemplación de ambos supuestos está prevista en dicha norma desde que se recogen con el mismo carácter prohibitivo lo adquirido por herencia (universalidad) como por legado (singularidad).

Sin embargo, aún hemos de atender a un problema en cuanto a la aplicación al presente caso de lo previsto en el artículo 1674.2 del Código civil y la solución no se antoja fácil, a saber, la referida norma está destinada a ser complemento de regulación de la sociedad universal de bienes ante lo cual nos deberíamos preguntar si efectivamente el Protocolo Familiar (pacto parasocial) puede ser considerado una sociedad universal de bienes o se trata de una sociedad particular, dentro de las posibilidades que nos ofrece el artículo 1671 del Código civil.

Parece claro que desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo deberíamos estar hablando (teniendo presente el desconocimiento que tenemos sobre el contenido particular del Protocolo Familiar) de una sociedad particular, aunque no es menos cierto que la doctrina ha revisado este tradicional criterio cuantitativo que se venía manejando a la hora de deslindar ambos tipos sociales. PAZ-ARES<sup>20</sup> realiza un loable esfuerzo superador del referido criterio cuando opina lo siguiente: «Formulada la distinción en estos términos, enseguida advertimos que lo que el Código presenta como *summa divisio* resulta insustancial. La razón se halla en que la verdadera significación de la distinción se proyecta sobre otro plano, sobre el plano causal. La especificidad de la sociedad universal, en efecto, no se halla tanto en la comunicación de los patrimonios actuales o de las ganancias futuras de los socios, sino en el significado que dicha comunicación tiene en el plano causal: la intención de crear una comunidad de vida; o, mejor dicho tal vez, *la intención de dotar a la comunidad de vida previamente construida de una infraestructura patrimonial adecuada*. Se explica de este modo que el hábitat natural de dichas sociedades sea el ámbito familiar, pues fuera de él difícilmente pueden imaginarse unos vínculos personales tan estrechos como aquellos sobre los que se asientan las sociedades universales. Pese a ello, el mismo autor califica el ámbito residual y casi inexistente de la sociedad universal en la realidad práctica calificándola de «*pieza de arqueología jurídica*»<sup>21</sup>.

En función de lo anterior creemos que hemos de encontrarnos en el caso analizado ante una sociedad civil interna (pacto parasocial) de carácter particular y no universal de bienes, por lo que la prohibición del pacto de comunicación de lo que se adquiera en un futuro por herencia, legado o donación previsto en el artículo 1674.2 del Código civil no resulta aplicable a nuestro caso. No creemos



que sea tampoco una norma susceptible de aplicación analógica a la sociedad particular debido a la inexistencia de identidad de razón, puesto que la ratio del artículo 1674.2 del Código civil atiende a la prohibición de comunicación de bienes particulares, la cual no existe en la sociedad particular por el propio concepto de la misma, donde el objeto de la misma son «*cosas determinadas*» o «*empresa señalada*» ex artículo 1678 del Código civil, o sea, eliminándose la generalidad propia de la sociedad universal en la sociedad particular no se requiere razón de prohibición a dicha comunicación que pudiera suponer la adquisición por el socio en el futuro de una herencia, donación o legado.

#### IV. EPÍLOGO

Llegados a este punto, en nuestra opinión, solo mediante el recurso a los argumentos doctrinales que abogan por el beneficio de la aceptación de este tipo de convenios de pactos sobre la herencia de un tercero con ayuda en las escasas resoluciones jurisprudenciales que reconocen la validez del pacto sobre la herencia de tercero y con asiento en la eliminación del necesario consentimiento del tercero que se requería en la primitiva redacción del artículo 1271.2 del Código civil, podría sostenerse la validez del Protocolo Familiar (pacto parasocial) escrutado en esta casación civil. Dicha admisibilidad no deja de ser una tarea complicada de *lega data* aunque no compartamos los actuales argumentos que se esgrimen para sostener su prohibición (*votum mortis*, libertad de testar y vinculaciones perpetuas), por las razones que hemos venido apuntando a lo largo de este trabajo.

Por ello, solo si pudiéramos conservar salvado el pacto sobre la herencia del tercero podría admitirse el desistimiento *ad nutum* en este caso del pacto parasocial, no por el establecimiento de prohibición de disponer o restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones de la empresa familiar sino por la existencia en el Protocolo Familiar debatido de la obligación de desarrollo de actividades profesionales o prestaciones de servicios única y exclusivamente para la empresa familiar.

Pese a todo, sí que estimamos que podemos extraer dos conclusiones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 y es que no estimamos que suponga *ratio decidendi* de la misma el desistimiento *ad nutum* de los pactos parasociales ni la admisibilidad del pacto sobre la herencia de un tercero aunque sea a título particular, por lo que para continuar despejando dudas sobre el particular creemos que aún debemos seguir esperando en el primer caso a la elaboración de un corpus jurisprudencial al respecto o amen de ello, incluso a una reforma legislativa que clarifique la postura a adoptar en el segundo caso.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 10.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 2006.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA. *La Sucesión Contractual en el Código civil*. Universidad de Sevilla, 1999.
- MIQUEL GONZÁLEZ. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/03/la-sentencia-del-supremo-sobre-el.html>

- OLMEDO CASTAÑEDA. Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXII, 2019, fasc. II.
- PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II.
- La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de joint ventures y pactos parasociales). *Liber Amicorum* Juan Luis Iglesias. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- REQUEIXO SOUTO. Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271 ap. 2., del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020 de 20 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 58226)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (*AC* 2002, 2225)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de (Sección 6.ª) núm. 24/2017 de 17 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 270911)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Madrid de 23 de diciembre de 2015 (*JUR* 2020, 58228)

## NOTAS

<sup>1</sup> MIQUEL GONZÁLEZ. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/03/la-sentencia-del-supremo-sobre-el.html>

<sup>2</sup> En palabras de MIGUEL GONZÁLEZ, —en la citada entrada del Blog del Profesor Alfaro— «Además, al parecer se trata de un pacto sobre la sucesión futura de los padres. Los hijos se reparten y adjudican las acciones y participaciones de sus padres en vida de estos, sin que estos intervengan, ni siquiera al modo del artículo 1056 Código civil. Si es así, conforme al artículo 1271 Código civil ese pacto es nulo. Pero sobre esto la sentencia del Tribunal Supremo no dice nada. El pacto sobre la sucesión de un tercero se ha denominado *pactum corvinum*. Este pacto, dice Lacruz, se ha considerado inmoral y nulo de pleno derecho en todas las legislaciones, salvo en algunas, si el causante presta su asentimiento y muere sin revocarlo (LACRUZ, *Derecho de Sucesiones I*, 1971 721)».

<sup>3</sup> El propio MIQUEL GONZÁLEZ —de nuevo, en la citada entrada del Blog del Profesor Alfaro— nos recuerda (lo que compartimos) cómo no puede tomarse al pie de la letra las afirmaciones de la sentencia aludida sobre la prohibición de las vinculaciones perpetuas, cuando dice: «La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020, en vez de apelar a principios del Derecho posrevolucionario francés debía haber reparado en los preceptos del Código civil que se apartan de ese espíritu. El Código civil está de vuelta del liberalismo individualista radical de la revolución francesa. Por ejemplo, los artículos 788 y 1086 hablan de rentas o cargas perpetuas impuestas a los herederos, el artículo 1608 dice que es de esencia de los censos la perpetuidad, el 531 admite servidumbres personales en favor de una persona, comunidad o pueblo. Los artículos 781 y 785 establecen los límites a las sustituciones fideicomisarias y prohibiciones de disponer. Figuras suprimidas por el Código civil francés. También hay que tener en cuenta los artículos 395, 544, 575, 599 del Código civil. Quiero decir con todo esto que para determinar la duración de unos pactos parasociales es impropio apelar al espíritu del Derecho

posrevolucionario francés y, por el contrario, hay que atender a nuestro Código civil, tan descuidado e ignorado en tantas ocasiones.

De esos preceptos resulta que el remedio contra la vinculación permanente del deudor no es la nulidad como en el artículo 1583 respecto del arrendamiento de servicios, sino la capitalización de la renta (art. 788 CC) la redención del censo (art. 1608) o la transmisión o el abandono de la finca (art. 395, 544, 575 y 599). Otro medio en materia de obligaciones de carácter personal y tiempo indefinido es la denuncia *ad nutum* (1705 CC)».

<sup>4</sup> Concretamente, nos referimos con carácter principal al siguiente trabajo: PAZ-ARES. «La denuncia *ad nutum* de los contrato de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo (Reflexiones a propósito de *joint ventures* y pactos parasociales)». *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*. Uría Menéndez. Thomson Reuters-Civitas, 2014, 838 y siguientes.

<sup>5</sup> PAZ-ARES. La denuncia... (Vid. 842 y ss) razona sobre el particular lo siguiente: «Aun cuando no se trata de un presupuesto determinante o especialmente relevante para dilucidar el problema planteado, es útil hacer una referencia previa al problema de la naturaleza jurídica de los acuerdos de *joint venture*, siquiera sea por razones de orden y claridad en la formulación del argumento. Nuestra resuelta opinión es que nos hallamos —como generalmente sucede con el resto de los pactos parasociales— ante un contrato de sociedad civil, sujeto a las reglas contenidas en los artículos 1665 del Código civil y siguientes, y ello porque reúne las tres condiciones necesarias y suficientes para tal calificación; a saber: origen negocial o voluntario, fin común y contribución de todos los socios a su consecución. En efecto, el acuerdo de *joint venture*, como ocurre con la generalidad de los pactos parasociales (i) surge de un negocio jurídico libremente celebrado por las partes; (ii) encuentra su causa en un fin común perseguido por ambas —regular su relación en otra sociedad—; y (iii) contempla obligaciones —«aportaciones»— a cargo de ellas para lograrlo. El hecho de que sea un contrato meramente obligatorio y no organizativo no altera la calificación. Simplemente significa que estamos ante una sociedad civil interna, desprovista de subjetivación en el tráfico y, por tanto, de personalidad jurídica propia (cfr: artículo 1669 I CC)...Pues bien, sentado lo anterior, enseguida hemos de advertir que, a nuestro modo de ver, el acuerdo de *joint venture* o el pacto parasocial referido a una sociedad de duración indefinida debe calificarse como contrato a tiempo indeterminado. Las razones que nos llevan a descartar la calificación alternativa son las siguientes:

La primera se basa en la falta de previsión de un plazo de duración o de una fecha exacta de terminación (...).

La segunda razón que nos inclina a calificar el pacto como contrato por tiempo indeterminado resulta de la imposibilidad de incardinarlo en los supuestos de determinación *ratione materiae*. A este respecto debemos recordar que nuestro Código civil —al igual que los restantes de nuestro entorno europeo— consideran que los contratos deben ser calificados como contratos por tiempo determinado y sometidos a su especial régimen jurídico no solo cuando las partes hayan fijado —directamente o *per relationem*— un plazo o término de duración, sino también cuando se conciertan para llevar a cabo una obra, empresa o proyecto determinado, aunque este no tenga previsto una duración exacta. En este caso, como señala el artículo 1705 I del Código civil *in fine*, la duración «resulta [...] de la naturaleza del negocio». Bajo esta perspectiva, podría sostenerse que los acuerdos de *joint venture* o los pactos parasociales que sirven para ejemplificar nuestra exposición son sociedades civiles celebradas para una empresa determinada y que, en esa medida, debe ser calificado como contrato por tiempo determinado o determinable, que es lo mismo (art. 1273 CC), llamado a durar el tiempo que dure la filial común.

(...) Entendemos, sin embargo, que esta interpretación no puede prevalecer. En las hipótesis examinadas no cabe admitir una determinabilidad externa o determinación *ratione materiae* de la duración del acuerdo por la sencilla razón de que el «negocio» de referencia para fijar la duración —a filial común— no es un «negocio» que «por su naturaleza» tenga una duración limitada, como exigen los artículos 1680 y 1705 del Código civil. En otras palabras, la filial común a cuya duración se está referido el acuerdo no es una «sociedad ocasional» constituida para una obra o empresa determinada, sino una sociedad permanente. Lo relevante aquí no es la cláusula estatutaria de duración de la sociedad (es indiferente que

sea por tiempo determinado o por tiempo indefinido), sino el objeto social efectivamente buscado o practicado por las partes. Si la filial común tuviese por objeto una obra o empresa determinada (por ejemplo, la construcción de una autopista o la implantación de un sistema informático), aunque hubiese sido constituida por tiempo indefinido, es evidente que el acuerdo debería ser estimado a tiempo determinado. No obstante, no esta hipótesis excepcional la que nos interesa. Nos interesa el caso normal, que no es el de una sociedad enderezada a lograr un objetivo cuya consecución opere como causa de disolución, sino el de la sociedad constituida para desarrollar una actividad, que por su naturaleza no se agota hasta tanto no devenga imposible o lo decidan sus socios. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de corroborar este punto en la vieja STS de 15 de octubre de 1974, en la que consideró concertado por tiempo indeterminado un contrato cuya duración estaba referida a un arrendamiento indefinido. (...)

La tercera razón que nos conduce a mantener la calificación del acuerdo como contrato de duración indeterminada estriba en un hecho negativo, y es que la previsión ordinaria de que terminará cuando las partes dejen de ser socios de la filial común tampoco lo convierte en contrato de duración determinada. En realidad, la referencia usual en la praxis parasocial al mantenimiento de la condición de socio en la filial común no es, técnicamente hablando, una cláusula de duración, sino una condición resolutoria, que impide nuevamente incardinar el supuesto entre los contratos de duración determinada implícita. Para apercibirnos de ello, hemos de tener en cuenta que no solo es incierto el momento en que las partes dejarán de ser socios de la filial común (*incertus quando*), sino que tampoco es seguro que dejarán de serlo en algún momento (*incertus an*) o, por lo menos, es altamente incierto el momento en que eso se producirá (*certus an, incertus quando*). Este último caso sería, propiamente hablando, no un caso de condición sino de término, pero siendo incierto en relación al cuando tampoco serviría de base para calificar la sociedad como de duración determinada. En tales caso, debe entenderse que estamos también ante una sociedad por tiempo indefinido. Es cierto que si existiese una mediana certeza de que el evento tendrá lugar y de que tendrá lugar en un futuro no remoto —o excesivo desde el punto de vista de la necesaria temporalidad de las relaciones obligatorias—, de modo que lo único incierto fuese el momento exacto en que se producirá, cabría afinar la afirmación anterior y concluir que una cláusula de esa naturaleza podría ser considerada como una cláusula de fijación de plazo (*Vid.* STS de 15 de octubre de 1974). Pero, obviamente, esta tampoco es la hipótesis normal —el *id quod plerumque accidit*— objeto de examen de estas páginas.

<sup>6</sup> De nuevo PAZ-ARES es lo suficientemente claro y expresivo sobre la cuestión al razonar lo siguiente (*Vid. op. cit.* 858 y 859): «Es evidente, por ejemplo, que un préstamo perpetuo no es opresivo para el prestamista, pues una vez entregado el capital comprometido, ninguna obligación pesa sobre él; a partir de ese momento, solo tiene derechos, que ciertamente no pueden reputarse opresivos. Por eso es perfectamente legítimo pactar un préstamo de esta índole, siempre y cuando al prestatario —sobre el que pesa la obligación periódica de satisfacer intereses— se le permita amortizarlo a discreción. Algo similar cabe decir del contrato de sociedad anónima o limitada. En la configuración legal de estas formas sociales, normalmente constituidas por tiempo indeterminado, el socio no dispone de la posibilidad de denunciar el contrato o de salirse de él, y a pesar de ello nadie juzga que la situación sea opresiva. La razón no estriba —como a veces se ha dicho— en el hecho de que las partes puedan transmitir sus participaciones libremente (lo que jurídicamente no es cierto en muchos casos —por ejemplo— cuando la circulación de las acciones está sujeta a restricciones estatutarias —y prácticamente a menudo es una quimera por la inexistencia del mercado líquido para las participaciones de sociedades cerradas). La razón reside en que, una vez realizada la aportación, el socio no está sujeto a nuevos deberes de prestación. A partir de ese momento, no tiene obligaciones; solamente tiene derechos, como en cierto modo viene a establecer la STS de 19 de diciembre de 2007 (otra cosa ocurrirá si el contrato de sociedad contempla prestaciones accesorias o deberes estatutarios personales a cargo de los socios (obligación de administrar, obligación de no competir con la sociedad, obligación de prestar su trabajo personal, obligación de suministro a la sociedad, obligación de distribuir los productos de la sociedad, obligación de realizar aportaciones adicionales para reponer el capital, salvo que estén limitadas en el importe y en el tiempo, etc.). En

tales casos, necesariamente ha de reconocerse a los socios derechos de salida, so pena de que la configuración de la sociedad infrinja el principio de orden público y constitucional que veda las vinculaciones perpetuas o excesivas.

Otro tanto cabe decir de ciertos pactos parasociales, cuya finalidad es básicamente organizativa de la posición de socio: pactos que reconocen derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, derechos de arrastre, derechos de veto o derechos a tener una representación en el Consejo; derecho a obtener periódicamente cierta información de la sociedad; derecho a obtener ciertas prestaciones de la sociedad; etc. Nada impide que la terminación de estos pactos se supedita a la terminación de la sociedad o a la salida de los socios de la misma, puesto que mientras duran no son opresivos. En realidad, su significación funcional no es distinta de la configuración estatutaria de la participación que eventualmente podría hacerse a través del establecimiento de mayorías cualificadas para materias reservadas, cláusulas restrictivas de la circulación, derechos de representación proporcional, participaciones de voto plural, cláusulas de información reforzada, etc. Es cierto que, en ocasiones, reclaman el concurso del socio para votar, pero su significación es meramente accesorias, pues puede hacerse simplemente cediendo la acción o su representación. Cabe incluso constituir una sociedad civil configurada de tal manera que pueda eliminarse el derecho a la denuncia *ad nutum* previsto en los artículos 1700.4.º y 1705 Código civil; la sociedad se configuraría como mera sociedad interna con obligaciones de aportación patrimonial únicas (por ejemplo, un club de inversión) y solo con derechos a favor de los socios».

<sup>7</sup> Nótese que —como habíamos reflejado antes, la sentencia de primera instancia núm. 3 de Majadahonda sí que recogía la obligación positiva de hacer junto con la obligación negativa de no hacer en los siguientes términos: «*Así la ruptura del pacto de no exclusividad conlleva (cláusula quinta) “la pérdida del puesto de trabajo” y “una penalización económica del diez por ciento de las acciones”*».

<sup>8</sup> Volvemos a recordar que la sentencia de casación establece sobre el particular lo siguiente: «*Así resulta de la sentencia cuando afirma que “[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...], o que “[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...].”*».

<sup>9</sup> Vid. DIEZ-PICAZO y GULLÓN *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, 2006, 466.

<sup>10</sup> REQUEIXO SOUTO. Pactos de atribución particular post mortem. Ámbito del artículo 1271 ap. 2., del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, 1775.

<sup>11</sup> La redacción inicial del artículo 1271, ap. 2.º, Código civil era: «*se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate*».

<sup>12</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) expone que: «*La cuestión estriba en que la doctrina del Tribunal Supremo, de forma constante, reiterada, mantenida en el tiempo, y sin ninguna fisura, ha establecido que el artículo 1271-2 se refiere exclusivamente a la prohibición de pactos sobre la universalidad de una herencia, que según el artículo 659 del Código civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes. Pero proclama la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse por título de heredero (SSTS de 2 o de 8 de octubre de 1915; 26 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940; 25 de abril de 1951; 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997). Aunque la Sala muestra alguna reserva sobre la interpretación, teniendo en consideración la uniformidad jurisprudencial estima que debe aplicarse. El siguiente eslabón sería establecer si la venta por parte de las hermanas A. de “la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado de ‘A Carballeira’ (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro” puede considerarse que se está transmitiendo una universalidad, o por el contrario, son bienes conocidos, determinados o determinables teniendo en consideración que se está refiriendo a unas fincas concretas y determinadas,*

que compondrían esa herencia aún indivisa, pero no a la totalidad de su derechos en la herencia de su difunta madre, debe estimarse que el pacto era lícito, al no estar prohibido por el artículo 1271-2 del Código civil».

<sup>13</sup> REQUEIXO SOUTO. (*Vid. op. cit.* 1775) afirma lo siguiente: «el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615) declara que el pacto sobre una universalidad de bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante constituye un pacto sobre la herencia futura prohibido por el párrafo segundo del artículo 1271 del Código civil porque no se concreta en «bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó». La sentencia deja dudas acerca de si la prohibición opera por el solo hecho de que los bienes objeto del pacto no forman parte del patrimonio del cedente en el momento del contrato, sino que pertenecen a una tercera persona viva, o si es debida a que el objeto es una universalidad y no bienes determinados. En el caso se trataba de la cesión que dos hermanas hacían a una señora de la mitad de los bienes muebles e inmuebles que recibiesen por «herencia de doña M. P., procedentes de la de doña M. A. P., antes N., consignada en documento privado»

<sup>14</sup> (*Vid. op. cit.* 1778).

<sup>15</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA. *La Sucesión Contractual en el Código civil*. Universidad de Sevilla, 1999, 65 y 66.

<sup>16</sup> OLMEDO CASTAÑEDA. Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad. *Anuario de Derecho Civil*. tomo LXXII, 2019, fasc. II, 479 y 480.

<sup>17</sup> En particular, en contra de lo que concluye REQUEIXO SOUTO (*Vid. op. cit.* 1778), no compartimos que dichos convenios puedan ser rechazados en función del *votum mortis* y que se les pueda tildar de *pactum corvinum*.

ESPEJO LERDO DE TEJADA (*Vid. op. cit.* 82 y 83), se hace eco de la anterior crítica y con apoyo en autores determinados (ej. RAMS ALBESA y ROCA SASTRE) nos dice sobre el argumento del *votum mortis* lo siguiente: «La doctrina se muestra muy despiadada en su crítica contra el tradicional apoyo de la prohibición en el hecho de que el pacto sucesorio genera el deseo de provocar la muerte del causante. Por nuestra parte estamos de acuerdo en que esta razón, el *votum mortis*, no es concluyente, pero también, en que alguno de los autores que critican este argumento no se recatan luego en utilizarlo para combatir el pacto de *hereditate tertii*, acudiendo a imágenes igualmente exageradas para rechazarlo, como que dicho contrato es un *pactum corvinum*».

En este sentido, podemos citar, junto con ESPEJO LERDO DE TEJADA (*Vid. op. cit.* 82) a CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902, páginas 147 que decía lo siguiente: «Aquel a quien a que por contrato se instituye heredero de una cuantiosa fortuna, nada tiene ya que temer; puede estar seguro de enriquecerse con ella, salvo el pequeño descuento de alguna donación insignificante; su espíritu de codicia, si lo tiene, no es probable que llegue hasta escatimar el disfrute de esos bienes durante unos cuantos años, atentando contra la vida del disponente y arriesgando con ello la suya propia; el estímulo para el crimen es muy débil, la ganancia por su medio alcanzada mezquina e insegura».

Tampoco creemos realmente que estos contratos atenten contra la libertad de testar. En este sentido, podemos citar, junto con ESPEJO LERDO DE TEJADA (*Vid. op. cit.* 84 y ss) a CASTILLEJO Y DUARTE. *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, 1902, páginas 152 y 153, que decía que: «el contrato sucesorio “no priva nunca de la facultad de testar, sino que impide solamente los actos de disposición que le contradigan (...) puede disponerse por testamento de los bienes no comprendidos en el contrato; si no pudiera disponer de nada sería porque ya ha dispuesto: «ni más ni menos que ocurre cuando se dispone de los bienes por acto inter vivos, haciendo con ellos una donación”».

<sup>18</sup> PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II, 1367, razona acertadamente que: «3. El problema fundamental que suscita la sociedad interna es el relativo a su régimen jurídico, que naturalmente ha de considerarse dispositivo.

a) El artículo 1669 II establece que “esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. No obstante, el precepto, correctamente interpretado, solo dice que en el sustrato patrimonial, la sociedad interna se estructura como comunidad de bienes (entre las escasas resoluciones que se manifiestan con precisión en

esta materia v. STS 3-IV-82 y 26-IV-88). El precepto, por tanto, no excluye la aplicación, en el plano obligatorio, del derecho de sociedades».

<sup>19</sup> REQUEIXO SOUTO (*Vid. op. cit.* 1775), opina sobre ello lo siguiente: «No obstante, el artículo 1674 Código civil, referido a la sociedad universal, establece un criterio contrario a los pactos sobre la herencia de un tercero al prohibir que los socios pacten que se hagan comunes lo que adquieran posteriormente por herencia o legado, aunque sí sus frutos, como señala SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, 54, que refiere que para algunos autores la admisibilidad del pacto en relación a los frutos constituye una excepción a la prohibición general del artículo 1271, ap. 2.º, Código civil.

<sup>20</sup> PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, 1993, T. II, 1385-1386.

<sup>21</sup> «En verdad, como se ha dicho con acierto, la disciplina del Código en esta materia constituye una «pieza de arqueología jurídica», cuya razón de ser tiene que ver más con la inercia de la tradición que con la realidad de la vida social (...). La desaparición del escenario jurídico de la sociedad universal hay que vincularlo al proceso de diferenciación y de separación entre la esfera privada/familiar y la esfera económica que se desarrolla paralelamente al proceso de industrialización. De ahí que la subsistencia de las sociedades universales se registre precisamente en aquellas zonas que han permanecido aisladas de la civilización industrial y han mantenido formas de economía agraria anticapitalistas. Especialmente significativo al respecto es el ámbito rural gallego, donde todavía pervive esa modalidad típica de sociedad universal que es la compañía familiar gallega».

Varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —por todas, la Sentencia 7193/2017, de 16 de noviembre— han establecido *como notas características de la compañía familiar gallega y requisitos esenciales para su constitución la existencia de una economía común de trabajos, ingresos y gastos. Se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o a alguno de los reunidos (...). No es suficiente la relación de parentesco unida al hecho de la explotación de unas concretas fincas; es imprescindible un régimen de convivencia y el sostenimiento común de una unidad económica. Y el artículo 160 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, señala que, salvo pacto en contrario, se entenderá constituida la compañía familiar gallega cuando un pariente del labrador case para casa. Se aclara que por «casar para casa» se entiende el hecho de integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido.*

### 3. URBANISMO

## El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2)

### *The administrative control of the building complex, the lying down horizontal property and the regular horizontal property (2 of 2)*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** En este comentario vamos a analizar los requisitos urbanísticos que han de cumplirse en orden a la constitución e inscripción de tres figuras diferentes aunque íntimamente relacionadas entre sí: los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria, realizando una exposición sistemática y crítica de los criterios seguidos a tal fin por la Dirección General de los Registros y del Notariado de manera paralela a la evolución que ha experimentado la legislación en orden a la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

**ABSTRACT:** *In this commentary we will analyze the urban requirements to be met for the registration of three different but intimately related concepts: the building complexes, the lying-down horizontal property and the regular horizontal property, conducting a systematic and critical presentation of the criteria followed by the Directorate General for Registers and Notaries in order to practice such registration in parallel with the developments in the legislation in this area*

**PALABRAS CLAVE:** Complejo inmobiliario. Propiedad horizontal. Propiedad horizontal tumbada. Autorización administrativa. Licencia de parcelación.

**KEY WORDS:** *Building complex. Lying-down horizontal property. Regular horizontal property. Administrative authorization. Parceling license.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ESQUEMA DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE.—III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS.—IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: 1. DISTINCIÓN ENTRE ESTE CONCEPTO Y EL DE COMPLEJO INMOBILIARIO. 2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE: A) *Primera fase: la propiedad horizontal tumbada no está sujeta a licencia aunque exista asignación de uso exclusivo.* B) *Segunda*



*fase: la propiedad horizontal tumbada está sujeta a licencia si existe asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación. C) ¿Hacia una tercera fase que generalice la exigibilidad de la autorización administrativa?—V. LA PROPIEDAD HORIZONTAL ORDINARIA: 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN ANTERIOR AL RD 97. 2. EL ARTÍCULO 53.A) DEL RD 97. 3. LA LEGISLACIÓN DEL SUELO A PARTIR DE 2007. 4. LA NUEVA DOCTRINA DE LA DGRN A LA VISTA DEL ARTÍCULO 10.3.B) DE LA LPH.—VI. REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL A LOS TRES SUPUESTOS ANALIZADOS: 1. LOS REQUISITOS FORMALES Y PROCEDIMENTALES DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD. 3. CONDICIONANTES URBANÍSTICOS ADICIONALES. 4. LAS NOTIFICACIONES POSTERIORES A LA INSCRIPCIÓN.—VII. CONCLUSIONES FINALES.*

## V. LA PROPIEDAD HORIZONTAL ORDINARIA

Nos centramos en este apartado en el estudio de la propiedad horizontal simple, clásica u ordinaria, entendiendo por tal la tradicional propiedad de casas por pisos o, en otras palabras, la división de un edificio en diferentes pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente en los términos del artículo 396 del Código civil.

En los epígrafes que siguen vamos a analizar conjuntamente la evolución de las normas aplicables y la de la doctrina de la Dirección General sobre esta materia.

### 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN ANTERIOR AL RD 97

Como vimos al principio, las leyes del suelo y de propiedad horizontal no contemplaron en un primer momento la existencia de una licencia o autorización administrativa específica para la constitución o modificación de la propiedad horizontal.

En aquel contexto normativo, la Dirección General sostenía que la inscripción de la propiedad horizontal era una cuestión ajena a las exigencias de la ordenación urbanística, por lo que consideraba admisible su práctica sin necesidad de acreditar la obtención de licencia alguna.

Así lo entiende la Resolución de 18 de julio de 1996, que estima el recurso contra la calificación negativa del registrador a inscribir la escritura de división horizontal de una vivienda unifamiliar con base en la siguiente argumentación: «las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo (véanse arts. 72, 78 y 83 de la Ley del Suelo), ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno [véanse art. 83.1.c) y d), 83.4 y 16 de la Ley del Suelo], pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave. 4. Pues bien, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial

asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (confróntense arts. 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal)».

A nuestro juicio, esta argumentación no se ajusta a la realidad por imposición del principio del desarrollo sostenible que ha de presidir la acción urbanística de los poderes públicos. Si bien es ajeno a la normativa urbanística el número de personas que pueden alojarse en una vivienda, indudablemente no lo es el número de viviendas que pueden coexistir en un ámbito o sector determinado, ni la tipología de tales viviendas, circunstancias que, viniendo determinadas por el planeamiento urbanístico en cada caso, condicionan directamente la densidad de viviendas y de población.

Una de las preocupaciones que desde siempre ha tenido la legislación del suelo es precisamente la de procurar y preservar la debida proporcionalidad entre la densidad de población y las dotaciones públicas en aras de una correcta sostenibilidad del desarrollo urbanístico<sup>1</sup>. Así, la Ley del Suelo de 1976 ya disponía en su artículo 3.1.e) que «La competencia urbanística concerniente al planeamiento comprenderá las siguientes facultades: (...) e) Establecer zonas distintas de utilización según la densidad de la población que haya de habitarlas, porcentaje de terreno que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas, clase y destino de los edificios, con sujeción a ordenaciones generales uniformes para cada especie de los mismos en toda la zona».

También se aludía a la indicada proporción en el artículo 49.2 de la misma Ley, prescribiendo que «cuando la modificación tendiera a incrementar el volumen edificable de una zona, se requerirá para aprobarla la previsión de los mayores espacios libres que requiera el aumento de la densidad de población (...)».

El Tribunal Supremo declaró en relación con esta última norma, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2003 (recurso de casación 2775/2001), que «lo pretendido por el precepto es el mantenimiento, dentro del ámbito del Plan que se modifica, y en la zona concreta afectada por la modificación, del inicial equilibrio entre densidad de población, de una parte, y espacios libres, por otra».

En relación con esta cuestión son de destacar las siguientes reflexiones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017 (recurso de casación 1421/2016): «El parámetro relativo a la densidad de vivienda corresponde a la decisión discrecional básica del planificador, es decir, el número de viviendas no se obtiene de forma derivada de la aplicación combinada de otras determinaciones (superficie y número de viviendas por hectárea), sino que constituye una determinación específica por sí misma. Lo que establece el planeamiento es el número de viviendas tanto las construidas, como las en construcción o las previstas en los distintos tipos de suelo, independientemente que la superficie del sector pueda sufrir alguna alteración en su medición, y ello es decisión del planificador acorde con unos criterios generales fijados. El número de viviendas se constituye así en condición vinculante del Plan, debiéndose ajustar a la misma el coeficiente de edificabilidad según los distintos usos permitidos. Aunque desde un punto puramente teórico pueda sostenerse que el número de viviendas, en la LSM, pueda haber pasado a constituir una determinación pormenorizada, al haber sido fijada, en este caso, por el planeamiento general con carácter vinculante podría tener el carácter de determinación estructurante (*ex art. 35.4 de la LSM*), pero, en cualquier caso, esa determinación solo podría ser variada en los supuestos que prevé el artículo 47.3 de la LSM (...). En suma, tiene razón la Asociación cuando expresa que el Plan Especial modifica la ordenación estructurante de la ficha ya que en las operaciones de transformación del suelo se

encuentra latente la necesidad de componer una adecuada relación entre dotaciones y densidad de población, para crear una unidad poblacional de determinadas características, en términos de ocupación del suelo. Por esa razón, ya desde la Ley del Suelo de 1976 la legislación se preocupó de establecer un límite máximo de densidad de población por hectárea (art. 75) y muchos planes, además de la intensidad medida en edificabilidad o aprovechamiento de sector, establecen también un número máximo de viviendas. En nuestro caso, en la ficha asumida por la Revisión se estableció el número máximo de viviendas para el Ámbito (...). Al igual que ocurre con los estándares, esa clase de determinaciones tienen dos vertientes; por una parte, conseguir una proporción mínima de espacios públicos y equipamientos colectivos y, además, establecer límites máximos de densidad de población admisibles».

Respecto de la tipología de viviendas, la Sentencia número 845/2016, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid distingue entre el concepto de vivienda unifamiliar y el de vivienda colectiva en relación con la unidad parcelaria del inmueble, recordando que, ordinariamente, el número máximo de viviendas edificables viene determinado por el número entero resultado de dividir la superficie de parcela edificable objeto de parcelación, por la superficie de parcela mínima establecida en la norma zonal que resulte de aplicación. Se afirma en esta sentencia lo siguiente: «Es evidente que las dos viviendas actualmente existentes en la parcela cuestionada (...), no resultan amparadas en la licencia núm. (...) que autorizaba la construcción de una única vivienda unifamiliar. De conformidad con la terminología utilizada en el artículo (...) de las NN.UU., estamos ante un supuesto de “Vivienda colectiva”, que se corresponde con el supuesto de que en una unidad parcelaria se edifica más de una vivienda, por contraposición a “Vivienda unifamiliar”, que se corresponde con el supuesto de edificación de una sola vivienda en la unidad parcelaria correspondiente. Por tanto, las viviendas (...) han sido ejecutadas contraviniendo la normativa urbanística al realizarse al margen de la correspondiente licencia urbanística que las amparase, cuya ineludible exigencia deriva inequívocamente del artículo 151 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que sujeta a licencia urbanística “todos los actos de uso del suelo, construcción y edificación para la implantación y el desarrollo de actividades” y, en particular, en lo que aquí nos interesa: Cualesquiera actos de división de fincas [letra a)], las obras de edificación [letra b)], así como las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad o destino [letra c)]».

En resumen, el establecimiento y mantenimiento del aludido equilibrio es uno de los principales parámetros que han de regir la acción urbanística, de donde resulta la importancia de las previsiones del planeamiento en torno a la densidad de viviendas y la relación entre ella y las dotaciones, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias, relación en la que evidentemente tiene una influencia decisiva la tipología de las edificaciones. No debe perderse de vista que la división horizontal de una vivienda unifamiliar la transforma en una vivienda colectiva al multiplicar el número de viviendas, lo que implica un claro incremento de la densidad y una eventual insuficiencia sobrevinida de las redes y dotaciones y servicios preexistentes, además de violentar otras determinaciones del planeamiento como la previsión de la superficie mínima de vivienda así como, en su caso, la licencia de obras inicialmente concedida para una vivienda unifamiliar, materias todas ellas que han de quedar bajo la vigilancia de la Administración

urbanística por idéntico fundamento que el que inspira la necesidad del control por la misma de las parcelaciones urbanísticas y de la creación o ampliación de núcleos de población.

## 2. EL ARTÍCULO 53.A) DEL RD 97

La entrada en vigor del Real Decreto 1093/1997 no alteró el criterio inicial de la Resolución de 18 de julio de 1996 a la que nos hemos referido en el número 2 precedente, cuya argumentación fue reproducida literalmente por la de 16 de enero de 2002.

El artículo 53.a) del citado Real Decreto establece lo siguiente:

«Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión (...).

En la interpretación de esta norma la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sostenido que, dado que esta norma tiene un carácter puramente reglamentario y que en el momento de su entrada en vigor no contaba con cobertura legal suficiente en la legislación estatal, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere «no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la norma sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley»<sup>2</sup>.

Así pues, desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 53.a) se hacía depender de la previsión por la correspondiente legislación autonómica de la aludida licencia para la inscripción del acto concreto de que se tratara, de tal modo que solo en las comunidades en las que se contemplaba tal previsión se consideraba aplicable aquella norma.

Así lo entiende la Resolución de 12 de septiembre de 2011 (en aplicación de la legislación andaluza), señalando lo siguiente en relación con la solicitud de inscripción de una propiedad horizontal ordinaria sobre una vivienda unifamiliar: «4. El artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que “se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate”, lo que supone la exigencia de licencia municipal para el presente caso. En definitiva, siendo exigible licencia municipal en los términos descritos, procede confirmar la nota de calificación del registrador»<sup>3</sup>.

En cambio, en los casos en que la legislación autonómica no contuviera tal previsión de forma expresa, como sucede en la Comunidad de Madrid, el criterio tradicional de la Dirección General era el de no considerar aplicable la regla del artículo 53.a) del Real Decreto de 1997. Así sucede en el caso contemplado por la Resolución de 12 de abril de 2011, según la cual: «En efecto, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 151, entre los que podemos destacar, a los efectos que ahora nos interesan, los siguientes (...). No estando la división horizontal sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (*Vid. "ad exemplum"* artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; disposición adicional segunda apartado 3.º de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana), y no entrañando dicha división horizontal un supuesto de parcelación, segregación o cualquier otro acto división de fincas o terrenos (apartado 1.º a) del art. 151 ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), no cabe su aplicación al presente supuesto».

Sin embargo, hemos de adelantar que la anterior doctrina ha experimentado un cambio sustancial merced a las vicisitudes legislativas posteriores pues, como veremos, la Dirección General considera que en la actualidad el artículo 53.a) al que venimos refiriéndonos se encuentra amparado bajo la cobertura legal de la normativa estatal.

### 3. LA LEGISLACIÓN DEL SUELO A PARTIR DE 2007

La anterior línea interpretativa, a la que puede aplicarse con mayor motivo la misma crítica que vimos en el epígrafe número 1, fue mantenida por el Centro Directivo durante la vigencia de la Ley de Suelo de 2007 y su texto refundido de 2008, los cuales realizaron algunas innovaciones relativas a los complejos inmobiliarios exigiendo autorización administrativa para su constitución y modificación en el artículo 17.6 de la segunda. Pero esta exigencia no se extendió a la propiedad horizontal, como vimos. Por esa razón, la Dirección General continuó considerando respecto de esta última su tradicional consideración de innecesariedad de la autorización administrativa, a salvo de la aplicación del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 siempre y cuando tal autorización estuviera prevista por la legislación autonómica de aplicación.

La Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas modificó, entre otras disposiciones, el citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008 manteniendo la exigencia de la autorización administrativa para los complejos inmobiliarios pero introduciendo a continuación dos excepciones, ya analizadas en el apartado III, así como la siguiente definición: «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad

corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Esta definición de complejo inmobiliario se pronunciaba en términos tan generales y ambiguos que parecía abarcar también la propiedad horizontal, lo cual permitía suscitar el interrogante de si la necesidad de la autorización era o no extensible a la segunda. Sin embargo, esta idea quedó superada con la entrada en vigor del nuevo texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, el cual recibió en su artículo 26 las normas del artículo 17 de la primera pero introduciendo al principio del apartado 6 un inciso especificativo muy clarificador; al acotar así el supuesto de hecho de la norma: «La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración (...)». A pesar de que la modificación legal mantuvo la ambigua definición del complejo inmobiliario que hemos reflejado, con esta remisión al citado artículo 24 se confirmaba la circunscripción de la norma a los complejos inmobiliarios con exclusión de la propiedad horizontal ordinaria, de donde cabe deducir que no daba cobertura legal suficiente al artículo 53.a) del real Decreto de 1997, al menos en cuanto se refiere a esta última figura.

#### 4. LA NUEVA DOCTRINA DE LA DGRN A LA VISTA DEL ARTÍCULO 10.3.B) DE LA LPH

La citada Ley 8/2013 también dio nueva redacción al artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, la cual se ha mantenido hasta la actualidad. Este precepto, tras reiterar en su apartado 3, letra a), la necesidad de autorización administrativa para la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios, extiende esta misma necesidad a ciertas operaciones de modificación de la propiedad horizontal en su letra b) en estos términos:

«3. Requerirán autorización administrativa, en todo caso:

(...) b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio».

Esta circunstancia tuvo una influencia decisiva en la doctrina de la Dirección General, que da por superada la anterior objeción a la aplicación generalizada del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, al entender que este había quedado amparado de forma sobrevenida bajo la habilitación legal que le brinda el juego de los artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, sustituido luego por el 26.6 del vigente texto refundido de 2015. Por tanto, la aplicación del precepto reglamentario ya no se considera condicionada a que la licencia que contempla esté prevista expresamente por la legislación autonómica aplicable en cada caso, al

entender que se trata del reflejo reglamentario de una norma legal estatal que le dota de cobertura.

En este sentido se pronuncian numerosas resoluciones posteriores a la Ley 8/2013, como la de 16 de septiembre de 2014, que respecto del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 afirma lo siguiente: «Este criterio recogido en el citado precepto reglamentario ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal (con lo que han de darse por superados los reparos doctrinales a su aplicación generalizada), pues la exigencia de autorización administrativa para la creación de un nuevo elemento privativo por vía de segregación, agregación o división de otro preexistente, no solo se impone en el citado artículo 10.3.b) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, sino que encuentra también reflejo en el artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, referido a los actos de constitución o modificación de conjuntos inmobiliarios, habiendo sido redactados ambos preceptos por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el día 28 de junio de 2013. Normativa que según la disposición final decimonovena tiene el carácter de legislación básica, debiendo ser interpretados y aplicados ambos preceptos de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Aunque el supuesto concreto contemplado por esta resolución se correspondía con la propiedad horizontal tumbada, puede comprobarse que desarrolla su argumentación en términos generales y extendiendo expresamente su razonamiento al caso del «edificio en régimen de propiedad horizontal», citado expresamente en ella.

Posteriormente se aplicó el mismo criterio anterior directamente a la propiedad horizontal ordinaria, supuesto que fue el específicamente analizado por la Resolución de 15 de febrero de 2016 para reproducir de manera literal respecto de ella la anterior fundamentación, con la única salvedad lógica de sustituir la referencia al artículo 17.6 del antiguo texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 por la del artículo 26.6 del nuevo texto de 2015. Esta segunda resolución reitera el carácter complementario de los artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 26.6 del texto refundido y sostiene que han de aplicarse «de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación». Partiendo de esta circunstancia se llega a la conclusión de que la modificación del régimen de propiedad horizontal solo exigirá autorización administrativa cuando de la operación «se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación», para concluir más adelante que «En el caso objeto de este recurso parece claro que, tratándose de la división en dos de un departamento

privativo de una propiedad horizontal, concurren los presupuestos fácticos que determinan la exigencia de la referida autorización administrativa en los términos expuestos, sin que concorra ninguna de las dos excepciones contempladas en el artículo 26.6 de texto refundido de la Ley de suelo».

Idéntica argumentación es mantenida en otras resoluciones posteriores, como las de 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017, ambas relativas también a la propiedad horizontal ordinaria. La segunda de ellas afirma, además, que el inciso final del artículo 53.a) del Real Decreto de 1997 (que establece la especialidad ya referida respecto de las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes) ha quedado derogado argumentando que «si bien dicho precepto reglamentario, como antes se ha indicado, constituye un antecedente normativo del actual artículo 10.3.b) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, ello no significa que el precepto legal se haya limitado a plasmar con rango legal la misma redacción del artículo reglamentario, sino que la redacción legal es deliberadamente distinta de la reglamentaria, y en dicha redacción legal se ha suprimido el inciso o exención especial relativa a los locales comerciales o plazas de garaje. Por tanto, y en virtud de la derogación normativa de cualquier precepto legal o reglamentario anterior que se oponga o resulte contrario a la nueva redacción legal, ha de concluirse que la excepción alegada por el recurrente quedó tácitamente derogada y por tanto no resulta de aplicación».

Las cuatro resoluciones citadas en este apartado parten de considerar que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Debe repararse en que entre las operaciones que se relacionan en el texto transcrito para sujetarlas al requisito de la autorización administrativa no hay referencia alguna explícita a la «constitución» de la propiedad horizontal, como tampoco la hacen los citados preceptos legales. Sí lo hace, cambio, el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, lo que razonablemente puede suscitar la duda sobre si la constitución de este régimen queda fuera de la cobertura legal que le brindan los aludidos preceptos.

Las respuestas a este interrogante por parte de la Dirección General han sido variadas: la Resolución de 10 de septiembre de 2018 considera que la constitución de la propiedad horizontal no está sujeta a autorización administrativa, mientras que la de 3 de junio de 2019 la somete a dicho control. Ambas se refieren a supuestos de propiedad horizontal de un edificio, sin que las leyes autonómicas aplicables en ellas sometan a licencia su constitución.

La primera de las resoluciones citadas argumenta su decisión como sigue: «En el presente supuesto la edificación, sita en una parcela con una superficie de 141 metros cuadrados y formada por dos plantas, se divide horizontalmente en dos elementos privativos: el primero compuesto por parte de la planta baja (52 metros cuadrados destinados a vivienda y 40 metros cuadrados destinados a



garaje) y parte de la planta alta (94 metros cuadrados destinados a vivienda); y el segundo compuesto por la parte restante edificada de la planta baja (33 metros cuadrados destinados a almacén) y de la planta alta (otros 33 metros cuadrados destinados también a almacén). Tanto el suelo sobre el que se asienta la edificación, el vuelo de la misma así como la superficie que resta hasta completar los 141 metros cuadrados de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los elementos privativos creados, y, si bien es cierto que no se hace referencia alguna tales elementos en la escritura, habiendo sido deseable en este punto una mayor precisión, lo cierto es que no ofrece duda el hecho de que aquellos, y en especial la superficie restante de parcela, constituyen elemento común (...). En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, en los términos expuestos en los fundamentos anteriores, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción».

En cambio, la segunda Resolución, de 3 de junio de 2019, que se enfrenta también a un supuesto de división horizontal de una vivienda unifamiliar, se aparta de la anterior doctrina al considerar exigible la autorización administrativa por imperativo de la ley estatal y sin que la legislación autonómica de aplicación contuviera tal previsión. Con ello, esta exigencia, inicialmente circunscrita a los actos de modificación de la propiedad horizontal previamente constituida en los términos previstos en el artículo 10.3.b) de su Ley reguladora, se hace ahora extensiva al negocio jurídico de constitución de dicho régimen sobre un edificio preexistente. Así lo hace partiendo de aquella aplicación normativa combinada para concluir que «De acuerdo con los fundamentos anteriores expuestos, resulta exigible licencia a efectos de inscripción de su división horizontal para pasar de una casa sin división a otra dividida horizontalmente con dos viviendas sin poder ampararse en ninguna de las excepciones antes examinadas al no quedar acreditados los requisitos señalados respecto de las mismas».

Este avance en la doctrina del Centro Directivo es decisivo, ya que la aplicación combinada de las normas sobre el control urbanístico de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios es llevada hasta sus últimas consecuencias. Debe recordarse que las disposiciones de rango legal solo hacen referencia a la constitución de los segundos, pero no a la de la propiedad horizontal (al limitarse, como vimos, a regular ciertas modificaciones de la propiedad horizontal preexistente). La constitución de la propiedad horizontal solo aparece contemplada en una norma reglamentaria como es el reiterado artículo 53.a) del Real Decreto de 1997.

Con ello, en esta última orientación doctrinal se considera sujeta a la autorización administrativa, como regla general, tanto la constitución como la modificación de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios, equiparando así el régimen de control de ambas figuras. Y no encontramos motivo alguno para no extender la anterior conclusión a la propiedad horizontal tumbada, incluso con mayor razón, ya que en el caso contemplado por la resolución a la que acabamos de hacer referencia no había asignación alguna de espacios de utilización exclusiva de porciones de suelo, a pesar de lo cual se considera exigible dicho requisito. La única consecuencia que cabría extraer de ello es que la propiedad horizontal, tanto ordinaria como tumbada, quedaría sujeta a autorización admi-

nistrativa incluso si no existiera tal asignación de usos ni otro indicio de parcelación encubierta, con las dos excepciones derivadas del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, a la que se remite el 10.3.b) de la de Propiedad Horizontal, de donde resulta que no sería exigible la autorización cuando el número y características de los elementos privativos resultantes fueran los mismos recogidos en la licencia de obras correspondiente y cuando la modificación del régimen no provocara un incremento del número de sus elementos privativos.

En relación con las citadas excepciones, cabe invocar la Resolución de 25 de septiembre de 2017, que niega la necesidad de licencia o autorización administrativa en un caso de modificación de una propiedad horizontal sobre un edificio consistente en la agrupación de dos de sus elementos privativos para formar uno solo, al entender que con tal operación «no se aumenta el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente».

Cabría preguntarse sobre la posible existencia de una tercera excepción a la regla de la exigibilidad de la autorización en los casos de inscripción por antigüedad, supuesto que analizamos en el apartado siguiente.

La construcción realizada por la citada Resolución de 3 de junio de 2019, si bien la compartimos plenamente en cuanto al fondo, no está exenta de reparos en cuanto se refiere a las normas legales habilitantes del artículo 53.a) del Real Decreto ya que, como vimos, la cobertura del artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal es parcial pues solo contempla ciertas modificaciones del régimen previamente existente, pero no su constitución, sí incluida en el supuesto de hecho del precepto reglamentario. El artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana también se refiere a la constitución, pero la circunscribe a los complejos inmobiliarios. En nuestra opinión, la cobertura legal que demanda el Centro Directivo está constituida no solo por las normas consideradas, sino que en realidad es complementada por el resto del citado artículo 26. Cabe llegar a esa conclusión si se tiene en cuenta que su apartado 1 define la finca no solo como «unidad de suelo» sino también como «unidad de edificación» (a diferencia de la parcela, que es siempre «unidad de suelo», edificada o no) y que el apartado 2 se refiere a la división o segregación de una «finca», incluyendo este concepto por tanto la que constituye una «unidad de edificación», sometiendo a autorización administrativa tales operaciones junto a aquellas otras a las que considera asimilables a ellas, entre las cuales se encuentran las que atribuyan el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la «finca», y no solo del suelo o la parcela. Incluso cabría deducir tal posibilidad de la interpretación *a contrario sensu* del apartado 4 del mismo artículo 26: si «la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela» con las condiciones previstas en esta norma, puede concluirse que, a falta de tales condiciones ya no se trataría de «una sola parcela», sino de varias, de donde se seguiría la necesidad de licencia de parcelación por tratarse de un acto plenamente asimilable a ella. Así parecería indicarlo la ubicación sistemática del expuesto número 3 del artículo 17, justo después de diferenciar los conceptos de finca y parcela en su número 1 y de regular la exigencia de la licencia de parcelación en el número 2 para los actos de división y segregación y asimilados a ellos.

En todo caso, entendemos que la propia Ley Hipotecaria completa la cobertura legal a la que nos venimos refiriendo en su artículo 18 al extender la calificación registral a la validez de los actos contenidos en el título inscribible, la cual está condicionada por el cumplimiento de las exigencias legales. Entre

ellas se encuentran, naturalmente, las normas contenidas en la legislación del suelo, tanto en la estatal como en las autonómicas. El carácter estatutario del derecho de propiedad del suelo previsto en el artículo 11.1 del texto refundido de 2015 y el sometimiento por el artículo siguiente de los actos de uso del suelo a lo dispuesto por la legislación urbanística autonómica y, por remisión de esta a los planes de ordenación, constituye igualmente, a nuestro juicio, una habilitación suficiente para el artículo 53.a) del Real Decreto de 1997. No debe olvidarse que los planes de urbanismo tienen la naturaleza de auténticas normas jurídicas<sup>4</sup>. De ahí que la regla del artículo 53.a) se limite a establecer el cauce adecuado para que los registradores puedan calificar la legalidad de los actos inscribibles por su concordancia con el planeamiento urbanístico, y la única manera de conseguirlo es que así se le certifique mediante la correspondiente resolución administrativa que despeje cualquier obstáculo para la inscripción.

Sea como fuere, y de un punto de vista lógico, no parece razonable considerar que la voluntad del legislador sea que la división horizontal de un edificio unifamiliar en varios pisos o locales no quede sujeta a autorización administrativa pero sí la división de uno de los pisos en dos nuevos o su segregación. Precisamente el primero de estos dos supuestos es el que potencialmente generará un mayor número de viviendas nuevas, por lo que puede obstaculizar en mayor medida el cumplimiento de los fines del urbanismo ya apuntados en relación con la previsión por el planeamiento de la densidad, el número, la tipología y la superficie mínima de las viviendas y su equilibrio con las redes, dotaciones y servicios necesarios para atender a la población de forma suficiente.

En definitiva, creemos que la citada Resolución de 3 de junio de 2019 ha dado un paso crucial que ha de derivar en la unificación del régimen de control urbanístico de los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal, tanto ordinaria como tumbada, sometiendo a tales situaciones al control de la Administración urbanística como regla general y con las excepciones apuntadas.

## VI. REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL A LOS TRES SUPUESTOS ANALIZADOS

### 1. LOS REQUISITOS FORMALES Y PROCEDIMENTALES DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La regulación estatal de la autorización administrativa se pronuncia en términos amplios y generales, dado su carácter de legislación básica, con el fin de que el sistema establecido pueda encontrar acomodo en todo el territorio nacional. Dicha legislación se limita a exigir la obtención de un título habilitante para las operaciones que detalla, por lo que para su desenvolvimiento hay que acudir, en primer lugar, a la legislación autonómica competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

Además, el indicado título habilitante ha de ser el resultado de una actividad administrativa dirigida a tal fin y su tramitación ha de ajustarse en lo esencial a las normas reguladoras del procedimiento administrativo común contenidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. La Resolución de 11 de julio de 2017 declara al respecto que «La incidencia en la esfera jurídica del administrado, con efectos limitativos del contenido urbanístico del derecho del propietario y de evidente interés para tercero, solo podrá lograrse mediante la pertinente resolución administrativa, de carácter declarativo, adoptada por el órgano municipal competente

y como terminación del correspondiente procedimiento administrativo que garantice los derechos del interesado».

Entre las normas fundamentales aplicables se encuentra, en primer lugar, el artículo 34 de la citada Ley 39/2015, según el cual: «1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos». Por su parte, el artículo 88 de la misma ley establece que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 35 de la Ley 39/2015 y expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Teniendo en cuenta el anterior marco normativo, la Dirección General ha ido perfilando las reglas formales y procedimentales a las que ha de atenerse el acto administrativo del que resulte la autorización. Como punto de partida, la Resolución de 26 de octubre de 2017 afirma que «es la respectiva legislación urbanística autonómica la que determinará, en última instancia, el tipo de intervención administrativa, sea licencia, declaración responsable o comunicación previa».

Según la Resolución de 21 de noviembre de 2019, la autorización administrativa constituye un «instrumento de control de la legalidad urbanística» y «debe considerarse como título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual el Ayuntamiento lleva a cabo un control preventivo sobre la actividad de los ciudadanos relacionada con los actos y usos de naturaleza urbanística, autorizando a estos para el ejercicio de un derecho preexistente, una vez comprobado que dicho ejercicio cumple con los requisitos legales o reglamentarios y que es el resultado de un procedimiento regulado por ley», teniendo en cuenta los artículos 34 y siguientes de la Ley 39/2015, y en especial, el artículo 39.1 que establece la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos.

La competencia para dictar el acto administrativo vendrá determinada por la ley autonómica aplicable, exigiendo la Resolución de 11 de julio de 2017 que esté «certificado bajo la fe pública del secretario municipal (...), que constata de modo fehaciente el contenido de la resolución y el titular del órgano que ejerce la competencia y dicta la resolución, como modo normal de terminación del procedimiento, que junto a exigencias como la motivación, audiencia y la susceptibilidad de recurso, permite garantizar los derechos de los interesados».

La misma Resolución de 11 de julio de 2017 aclara que la autorización administrativa «no debe ser confundida con los informes o dictámenes que puedan formar parte de la motivación exigida a tal resolución —artículo 88 en relación al artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y Sentencias de 7 de julio de 2003 y 12 de julio de 2004—», por lo que en el caso concreto que contempla concluye que «la documentación aportada a este expediente, aun tratándose de un certificado expedido por el secretario con el visto bueno del alcalde, pero que se limita a incorporar los informes técnicos favorables a la actuación calificada, no puede considerarse que cumpla los requisitos básicos que ha de revestir el acto administrativo exigido en este caso, la licencia urbanística —cfr. artículo 88.3 de la Ley 39/2015—, ni tampoco constituye, como pretende el recurrente, una

declaración de innecesiedad de licencia, sino que es un informe favorable a la concesión de licencia, lo que presupone que la licencia no es innecesaria, sino necesaria».

Finalmente, debe reconocerse que la Dirección General adopta un criterio flexible a la hora de apreciar la suficiencia del título habilitante, al considerar posible que este se encuentre subsumido en otro acto administrativo previo, como por ejemplo una licencia de obras. En este sentido, la Resolución de 26 de octubre de 2017, relativa a la división de un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal, señala que «debe estimarse suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales, como puede ser la licencia o declaración responsable, en su caso, de obra para segregación de local, independiente del uso final del mismo, o cuando el mencionado elemento ya se encuentra autorizado en una licencia de obra u actividad, interpretación apoyada en la propia excepción que ampara el artículo 26.6.a) de la Ley de Suelo, todo ello de modo conforme a la ley urbanística autonómica y por remisión de esta, a las ordenanzas locales respectivas».

En todo caso, la correspondencia entre la licencia de obras y el acto que se trata de inscribir ha de ser plena en cuanto al número y características de los elementos privativos resultantes. Así lo entiende la Resolución de 3 de junio de 2009, que en aplicación del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 concluye que «El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal (sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción de las acciones derivadas de las infracciones urbanísticas y de las relativas a la restauración de la legalidad urbanística infringida, cuando resulten aplicables). En definitiva: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva (...)».

A falta de la citada correspondencia habrá de rechazarse la inscripción, como hizo la Resolución de 11 de julio de 2017 ante un supuesto en que se pretendía inscribir la constitución de un complejo inmobiliario alegándose por el recurrente que «dado que existe una resolución por parte del Excmo. Ayuntamiento (...), por el cual se concede licencia de obras sobre una de las subparcelas, (...) se deduce que el Ayuntamiento ha autorizado dicha segregación, desde hace más de nueve años, con su concesión». Frente a ello, la resolución señala que «la hipotética existencia de una concreta licencia de obras sobre una de las múltiples parcelas independientes que se configuran como elementos independientes en el complejo inmobiliario, podría, a lo sumo, servir como argumento si se pretendiera tan solo la inscripción de la segregación de dicha parcela, pero en ningún caso puede considerarse como autorización administrativa para la constitución del complejo inmobiliario integrado por 26 parcelas privativas y algunas más comunes».

2. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD

A partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014, la Dirección General extendió a los actos de división y segregación de fincas la posibilidad de inscripción por antigüedad que legislativamente solo estaba contemplada para las declaraciones de obra nueva en el artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 y hoy en el 28.4 del texto refundido de 2015. Dice así la citada resolución: «No cabe duda de que, conforme al artículo 20 de la Ley de Suelo, un concreto acto o uso del suelo, como es el de edificar sobre él, tiene la posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad, además de mediante la acreditación de las preceptivas licencias de edificación y de ocupación o denominaciones equivalentes en la normativa sustantiva —*ex* artículo 20.1—, mediante la acreditación de su antigüedad y la prescripción —o más bien caducidad— de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad presuntamente infringida (*ex* art. 20.4). De modo análogo, ambas vías jurídicas han de ser también posibles, y lo son legalmente, respecto de otros actos o usos del suelo, menos invasivos que la edificación, como el que supone efectuar una división o parcelación de aquel, si concurriere el mismo fundamento conceptual y legal, es decir, que se trata de actos de división o segregación de fincas respecto de los cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes (...). Esa analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, ha de aplicarse también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, a saber: en primer lugar, comprobar la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la división o segregación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general, ni tenga una clasificación tal que legalmente determine la no aplicación de limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística (...); y, en segundo lugar, notificar la práctica del asiento registral a la Administración dejando constancia registral de ello (...).

Esta práctica ha sido reiterada en múltiples Resoluciones, como las de 5 de mayo de 2015, 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016, 7 de marzo de 2017 y 2 de agosto de 2017, todas ellas referidas a actos de segregación o división de suelo y con acreditación de su antigüedad mediante certificación municipal.

El anterior razonamiento, inicialmente referido a las citadas operaciones de modificación de entidades hipotecarias, resulta aplicable sin dificultad a las tres figuras que aquí analizamos con las mismas cautelas y actuaciones ya apuntadas. Así, la Resolución de 15 de febrero de 2016 extiende la posibilidad de inscripción por antigüedad a la propiedad horizontal afirmando que «En el supuesto de hecho de este expediente consta acreditado por declaración expresa del arquitecto compareciente en la escritura de división del elemento independiente del edificio en propiedad horizontal, que la “situación fáctica de individualidad e independencia de ambos elementos privativos se remonta a hace más de ocho años, circunstancia que acredita y certifica por su conocimiento del edificio desde hace años”. Además, no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto».

Esta tendencia a extender la posibilidad de inscripción por antigüedad a la propiedad horizontal y a los complejos inmobiliarios quedó consolidada por otras muchas resoluciones posteriores. Así, la Resolución de 11 de julio de 2017 admitió la inscripción por esta vía de la constitución de un complejo inmobiliario, estableciendo los límites de esta práctica así: «si se pretende el acceso registral por la vía de la prescripción de las facultades de restablecimiento de legalidad urbanística (...), es preciso igualmente un acto administrativo que así lo declare expresamente, o una prueba documental fehaciente al respecto, y en todo caso, identificando claramente la ubicación y delimitación de cada una de las parcelas, ya sean privativas o comunes, resultantes de tal acto de parcelación supuestamente prescrito, extremo que no concurre en la documentación aportada».

Por su parte, las Resoluciones de 25 de abril de 2018 y 1 de junio de 2018 también consideraron admisible esta forma de inscripción respecto de la propiedad horizontal tumbada, y la de 3 de junio de 2019 hizo lo propio respecto de la propiedad horizontal ordinaria.

En todo caso, la posibilidad de acceder a la inscripción por esta vía se encuentra sujeta a los obstáculos urbanísticos derivados, por ejemplo, de la imprescriptibilidad que las legislaciones autonómicas suelen establecer para las infracciones realizadas sobre ciertos tipos de suelo y otros condicionantes a los que nos referimos seguidamente.

### 3. CONDICIONANTES URBANÍSTICOS ADICIONALES

Además de la exigibilidad de la autorización administrativa y del resto de los requisitos urbanísticos a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo, no podemos dejar de mencionar la posible existencia de otras circunstancias de igual naturaleza que pueden condicionar o incluso impedir la inscripción de la propiedad horizontal (ordinaria y tumbada) o del complejo inmobiliario.

Nos referimos en primer lugar a la clasificación y calificación del suelo por parte del planeamiento urbanístico, las cuales pueden restringir la posibilidad de realizar ciertos actos de uso del suelo y, por lo tanto, su inscripción registral. Las leyes autonómicas del suelo suelen prohibir las parcelaciones urbanísticas en suelo clasificado como no urbanizable especialmente protegido, así como la realización de cualquier acto de uso de parcelas calificadas como espacios libres y zonas verdes. Esta circunstancia impedirá la inscripción de las parcelaciones o actos asimilables a ellas (entre los cuales se encuentran los aquí analizados) al no resultar posible la obtención de la correspondiente licencia o autorización administrativa en los casos en que resulte exigible. Cuando la legislación urbanística aplicable establezca la imprescriptibilidad de las infracciones cometidas sobre determinados tipos de suelo, también quedará imposibilitada la inscripción de aquellos actos por la vía de la antigüedad por faltar uno de los presupuestos esenciales previstos para su aplicación en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Regeneración Urbana.

La Resolución de la Dirección General de 4 de septiembre de 2019 confirma la suspensión de la inscripción de una declaración de obra antigua basada en que la finca sobre la que se asienta se encuentra en suelo no urbanizable protegido, en el que la legislación urbanística aplicable prevé la imprescriptibilidad de la infracción cometida. La calificación registral se sirve para ello de la aplicación informática sobre información territorial asociada a la parcela, por lo que considera necesaria la aportación de un certificado municipal acreditativo de que la

acción de restablecimiento de la legalidad urbanística ya estaba prescrita cuando el suelo recibió aquella clasificación de especialmente protegido. La resolución señala al respecto que «A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir (...). Admitida la aplicación de tales normas urbanísticas en la actuación calificadora del registrador, al efecto de verificar condicionantes que determinan directamente el acceso registral de actos sujetos a tal régimen jurídico, siempre con respeto a la competencia de la Administración en el ámbito urbanístico, la cuestión se centrará en determinar si la finca registral en la que se declara una edificación está o no afectada por un determinado régimen especial. En este sentido, como reconoció la Resolución de 1 de julio de 2015, ciertamente no es competencia de este Centro Directivo, ni tampoco del registrador calificar la naturaleza de la eventual infracción cometida, pero sí lo es la de comprobar el plazo aplicable a efectos del artículo 28.4 de la Ley de Suelo estatal que, recordemos, no requiere una prueba exhaustiva de la efectiva prescripción; destacando que si la norma sustantiva aplicable dispone que si la edificación se realizara sobre terrenos calificados con régimen especial —generalmente sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, según la diferente normativa autonómica— la Administración podrá actuar sin limitación alguna de plazo, se deduce que, en esos supuestos particulares, no cabe la consolidación de la obra por antigüedad. Supuesto que demuestra la importancia de contar con elementos auxiliares de calificación en cuanto a la localización y la situación urbanística del suelo, necesidad a la que responde la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Catastro Inmobiliario, en su disposición adicional quinta. En el supuesto de la citada resolución, sin embargo, la cuestión se facilitaba al contar con certificación municipal de la que resultaba la concreta situación urbanística de la finca».

Dado que la inscripción por antigüedad a la que nos hemos referido en el apartado anterior se extiende por analogía a las operaciones de uso o transformación del suelo de las que resulte una situación incompatible con el planeamiento, como la segregación o división de fincas o los supuestos asimilables a ella como los que aquí estudiamos, es indudable que han de aplicarse a tales operaciones las mismas cautelas previstas en la citada resolución por identidad de razón.

Por otro lado, han de tenerse en cuenta las normas sobre parcelas indivisibles establecidas en la legislación autonómica y las relativas a las unidades mínimas de cultivo recogidas fundamentalmente en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en particular el artículo 24, que determina la nulidad de las divisiones o segregaciones de fincas rústicas que den lugar a otras inferiores a dicha unidad mínima, con las excepciones del artículo 25.

Igualmente habrá de acudirse a las normas sobre georreferenciación de fincas establecidas por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. Como consecuencia de esta reforma, el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, establece lo que «la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: (...) b) Siempre que se inmatricule



una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Por su parte, el artículo 202, relativo a las declaraciones de obra nueva, dispone en su párrafo tercero que «Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro».

En fin, como vimos, también se aplican a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal tumbada las normas sobre parcelación división y segregación establecidas en los artículos 78 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. La Resolución de 5 de noviembre de 2012, relativa a un supuesto de propiedad horizontal tumbada, recuerda en relación con dichos preceptos que «Asimismo, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 3 de abril de 2012, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos». Esta misma doctrina ha sido reiterada en múltiples ocasiones como, por ejemplo, en la Resolución de 21 de noviembre de 2019. Por tanto, tratándose de operaciones sobre suelo no urbanizable, cuando resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando surgiera duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, habrá de estarse al procedimiento especial previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto, y si la operación afecta a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, será de aplicación la regla del artículo 80.

Finalmente, el artículo 82 del mismo Real Decreto establece la siguiente regla especial: «Cuando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución se construyan, conforme al planeamiento, diferentes edificios, estos podrán constituir fincas registrales independientes sin necesidad de licencia de parcelación. Si la parcela fuere indivisible, solo podrán crearse fincas registrales independientes si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario».

#### 4. LAS NOTIFICACIONES POSTERIORES A LA INSCRIPCIÓN

Una vez practicada la inscripción del régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario, o de sus modificaciones en los términos que ya han quedado expuestos, se impone a los registradores la obligación de realizar una serie de notificaciones.

Así, el artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que «Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el registrador de la propiedad notificará a la comunidad autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito».

Además, en los casos de inscripción por antigüedad, se considera aplicable a las figuras que analizamos lo dispuesto en el artículo 28.4.b) del mismo cuerpo legal, según el cual: «Los registradores de la propiedad darán cuenta al ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación». En sentido parecido se pronuncia el confuso artículo 54 del Real Decreto de 1997.

También habrá de estarse a lo dispuesto en algunas leyes autonómicas en que se prevé la práctica de otras notificaciones en algunos supuestos concretos.

Por último, haremos una breve referencia al régimen de comunicaciones e intercambio de información entre los notarios y registradores y el Catastro. El texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario fue modificado por la Ley 2/2011, que amplió el procedimiento de comunicación previsto en el artículo 14 a) y c) del primero para incorporar, junto con las transmisiones de titularidad, otro tipo de alteraciones en los bienes inmuebles, tales como los actos de parcelación que consistan en la segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles. Tras la nueva reforma operada por la ya citada Ley 13/2015, se hizo preciso aclarar ciertos extremos para hacer efectivas las novedades introducidas por ambas Leyes, a cuyo fin se dictó la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, publicada mediante la Resolución de 29 de octubre de 2015 de la Subsecretaría de la Presidencia y cuyo apartado sexto establece que «Los registradores de la propiedad remitirán telemáticamente a la Dirección General del Catastro, además de la información prevista en los apartados anteriores, la relativa a las inscripciones practicadas en las que consten los siguientes hechos, actos o negocios: declaraciones de obra nueva en los bienes inmuebles; la constitución o variación del régimen de división horizontal sobre las fincas y cualesquiera otros susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario, en el plazo de cinco días desde la inscripción», añadiendo a continuación los datos que han de constar en la documentación.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

De todo cuanto antecede cabe extraer las siguientes conclusiones, que responden a la opinión personal del autor con base en la argumentación vertida a lo largo de este trabajo:

I. En primer lugar, es de destacar el carácter manifiestamente mejorable de la técnica legislativa empleada en la regulación del control administrativo de

las figuras analizadas. La generalidad con que ha de pronunciarse el legislador estatal en sede urbanística, dada la competencia autonómica en esta materia, no puede degenerar en una ambigüedad tal que, a la hora de su aplicación práctica, exija un extraordinario esfuerzo exegético para salvar sus contradicciones y evitar llegar a conclusiones absurdas. En los apartados precedentes se ha dado muestra de los numerosos y graves problemas interpretativos que plantea la normativa aplicable a la cuestión que tratamos y que han generado una cierta deriva en el camino seguido por la Dirección General al verse forzada a sortearlos.

II. La regulación del control urbanístico de los complejos inmobiliarios es la que menores complicaciones ofrece, con la salvedad de la imprecisión que muestra el legislador a la hora de delimitar su concepto, en el que, desde un punto de vista estrictamente literal, no solo tienen cabida las situaciones que tradicionalmente se han incluido en él sino también otras claramente apartadas del mismo, como es la propiedad horizontal, tanto ordinaria como tumbada, lo que dificulta la labor de deslindar el régimen aplicable a unas y otras. Salvado este escollo sin excesiva dificultad, el régimen de su control urbanístico se traduce en la necesidad, como regla general, de acreditar la autorización administrativa impuesta directamente desde la legislación estatal, con dos excepciones: cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel y cuando la modificación del complejo inmobiliario no implique un incremento del número de los elementos privativos preexistentes.

III. Por su parte, el concepto de propiedad horizontal tumbada no tiene un reflejo normativo explícito, sino que surge como un *tertium genus* del intento de la Dirección General de discriminar los supuestos en que resultaba exigible la licencia de parcelación de aquellos otros en que no se consideraba necesaria. En esta construcción, la distinción entre esta figura y el complejo ordinario se basa en que en la primera el suelo del inmueble en su conjunto se configura como elemento común, al igual que la propiedad horizontal ordinaria, por lo que en principio no implica parcelación, mientras que en los complejos inmobiliarios el suelo se fracciona quedando dividido en elementos privativos, lo que exige la previa obtención de licencia.

IV. Partiendo de la anterior circunstancia, la exigibilidad o no de la licencia respecto de la propiedad horizontal tumbada se hacía depender en primera instancia de lo dispuesto a tal efecto en la legislación autonómica aplicable; en el caso de no contener esta ninguna previsión expresa en este sentido, se consideraba que en ningún caso era necesaria la licencia de parcelación pues la superficie del conjunto constituía una unidad. Y esta solución se aplicaba en un primer momento incluso en los casos en que el título constitutivo delimitara espacios concretos de la parcela para uso exclusivo de los titulares de los diferentes elementos privativos.

Sin embargo, más tarde se revisó la doctrina anterior para distinguir dos supuestos dentro del concepto de propiedad horizontal tumbada, según existiera o no tal asignación de espacios de uso exclusivo. De producirse dicha asignación, la figura se consideraba asimilable a la del complejo inmobiliario por encerrar una parcelación de hecho, considerándose entonces necesaria la licencia. La misma solución era aplicada a aquellos casos en que, no existiendo espacios de uso exclusivo, existía algún otro indicio de parcelación, en los términos más atrás analizados. La otra modalidad de propiedad horizontal tumbada, en que

no había ni uso exclusivo ni otros indicios de parcelación, quedaba asimilada en cuanto a su régimen de control a la propiedad horizontal ordinaria, por lo que se la consideraba exenta de la autorización administrativa.

En nuestra opinión, esta nueva orientación vació de toda utilidad la figura de la propiedad horizontal tumbada, creada doctrinalmente y sin reflejo normativo alguno, ya que en la primera modalidad su régimen sustantivo, urbanístico y registral quedaba subsumido en el de los complejos inmobiliarios, mientras que en la segunda quedaba absorbido por las reglas de la propiedad horizontal ordinaria.

V. Por su parte, la propiedad horizontal ordinaria tradicionalmente no se consideraba sujeta a control urbanístico ya que la Dirección General entendía que el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 no era directamente aplicable en todo el territorio nacional dado su carácter reglamentario, por lo que solo debía aplicarse cuando una norma autonómica le dotara de cobertura legal previendo con carácter específico la necesidad de licencia en él aludida.

Sin embargo, como consecuencia de una serie de cambios legislativos, se ha producido un giro de gran importancia en la doctrina de la Dirección General a raíz de la Resolución de 3 de junio de 2019, según la cual la nueva normativa estatal vigente, constituida básicamente por el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015 y el 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, ofrecen plena cobertura legal desde el ordenamiento estatal a la norma reglamentaria contenida en el artículo 53.b) del Real Decreto 1096/1997, por lo que concluye que también la propiedad horizontal ordinaria se encuentra sujeta, tanto en su constitución como en su modificación, a autorización administrativa, con las mismas excepciones antes aludidas respecto de los complejos inmobiliarios.

VI. A nuestro juicio, si bien la citada resolución se refería a un supuesto de propiedad horizontal ordinaria, el planteamiento que realiza ha de considerarse extensible igualmente, o incluso con mayor motivo, a la tumbada. La consecuencia lógica de esta nueva doctrina, que aplica combinadamente las normas estatales sobre control administrativo de los complejos y de la propiedad horizontal, es que finalmente habría quedado unificado el régimen jurídico de dicho control, que determina la exigibilidad de la autorización administrativa para la constitución y modificación de las tres figuras analizadas, con las excepciones a las que ya nos hemos referido y sin perjuicio de la posibilidad de la inscripción de tales operaciones por antigüedad, en los términos igualmente expuestos. Por nuestra parte, esperamos que esta idea embrionaria resulte ratificada y confirmada en lo sucesivo.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 1.b), 3.3, 7.1.b) y 22.5.a) del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 70 ter.3 de la Ley de Bases de Régimen Local.

<sup>2</sup> Así lo afirman las Resoluciones de 12 de abril de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 5 de noviembre de 2012, entre otras muchas.

<sup>3</sup> El artículo 66 de la Ley andaluza, invocado por esta resolución, establece que son actos reveladores de una posible parcelación aquellos en que «mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas (...) puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte (...)». Como se observa, la resolución deduce de este precepto la exigencia de licencia en aquella comunidad autónoma en relación con la inscripción de la división horizontal de un edificio, que constituía su supuesto de hecho. Esta conclusión contrasta llamativamente con el criterio vertido por la Resolución de 14 de enero de 2010,

que afirma en relación con el mismo artículo 66 que «es indudable que el precepto no se refiere a una edificación, sino al terreno, finca o parcela».

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 (recurso de casación núm. 4289/2006), que recuerda que así viene reconociendo la jurisprudencia «al menos desde la Sentencia de 10 de abril de 1990, y con posterioridad de modo profuso y uniforme».

#### 4. DERECHO BANCARIO

## La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas\*

### *The renunciation of nullity action. Effectiveness of the transaction against possible abusive clauses*

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA  
Profesora titular de Universidad  
Departamento de Derecho civil. UCM

**RESUMEN:** El pasado 30 de enero de 2020 el Abogado General Saugmandsgaard Øe publicó sus Conclusiones sobre la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Teruel acerca de si es posible negociar sobre una cláusula que puede ser abusiva, y renunciar a invocar su abusividad. El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/EEC de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, impone que esta estipulación no vinculará al consumidor. Sin embargo, y no existiendo prohibición expresa en la Directiva, el acuerdo transaccional, admitido por la STS de 11 de abril de 2018, la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019, y las Conclusiones del Abogado General, permiten al consumidor el acuerdo transaccional para evitar enjuiciar una posible abusividad.

**ABSTRACT:** On January, 30, 2020, the Advocate General Saugmandsgaard Øe published his Conclusions regarding the reference for a preliminary ruling issued by the Court of First Instance num. 3 of Teruel, about whether it is possible to negotiate on a clause that can be abusive, and give up invoking its abuse. Article 6.1 of the Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts requires that these clause are not binding on the consumer. However, and in the absence of express prohibition in the Directive, the transactional agreement, admitted by the STS of April 11, 2018, the Communication of the European Commission of september 27, 2019, and Conclusions of Advocate General, allow the consumer the transactional agreement to avoid prosecuting a possible cause of abuse.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R); así como del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

**PALABRAS CLAVE:** Directiva 93/13. Cláusulas abusivas. Norma imperativa. Restablecer el equilibrio entre las partes. Contrato de transacción.

**KEY WORDS:** Directive 93/13. Unfair terms. Mandatory provision. Restore the balance between the parties. Transaction contract.

**SUMARIO:** I. ¿HAY ALTERNATIVA AL PROBABLE JUICIO DE NULIDAD?—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. VIABILIDAD DE LA TRANSACCIÓN CON CONSUMIDORES RESPECTO DE CUALQUIER CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA. 2. EL EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES Y LA DEBIDA TRANSPARENCIA. 3. INSTAR JUICIO DE ABUSIVIDAD O LA TRANSACCIÓN ANTE LA INCERTIDUMBRE.—III. ACUERDOS QUE NOVAN O MODIFICAN, CONFIRMAN Y VALIDAN CLÁUSULAS DUDOSAS. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 93/13: 1. REGULACIÓN EN NUESTRO DERECHO INTERNO. 2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA. 3. SUPERAR LA FALTA DE TRANSPARENCIA.—IV. FACULTAD DE DISPONER DEL CONSUMIDOR ANTE UNA CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA.—V. LA RENUNCIA MUTUA AL EJERCICIO DE ACCIONES ESENCIAL EN LA TRANSACCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE CRO-NOLÓGICO DE SENTENCIAS.—VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. ¿HAY ALTERNATIVA AL PROBABLE JUICIO DE NULIDAD?

El pasado 30 de enero de 2020, el Abogado General danés Saugmandsgaard Øe, asunto *Ibercaja* publicó sus conclusiones sobre la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Teruel en fecha de 26 de junio de 2018, y que trae como cuestión de fondo la validez o no de los acuerdos *ad hoc* suscritos entre bancos y consumidores, ante la dudosa eficacia de cláusulas que pueden ser objeto del juicio de abusividad —en el supuesto analizado, por falta de transparencia—, ya sea en contratos de préstamo hipotecario precedentes, ya en otra contratación anterior con entidades bancarias y financieras. Y aunque en el caso concreto se realiza un análisis de los mal denominados contratos «de novación modificativa del préstamo», hemos de advertir que, una vez que además de la rebaja de la cláusula suelo inserta en un contrato originario celebrado con el prestatario, se incluye renuncia expresa y mutua a ejercitar cualquier acción judicial que impugne su validez, definitivamente estamos ante un contrato transaccional, y la respuesta del Alto Tribunal europeo *tendrá consecuencias decisivas respecto de nuestro régimen de nulidad absoluta, que puede no serlo tanto*.

Recordemos a los efectos que, una vez que la cláusula suelo fuera enmarcada como estipulación lícita, por regular prestaciones esenciales del contrato, no está sujeta a control de abusividad, pero sí al de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (como cláusula predispuesta que causa desequilibrio al consumidor), como así resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Por lo que será necesario constatar si ha sido redactada de manera clara y comprensible al tiempo de la contratación, y que el consumidor alcanzó a comprender el verdadero alcance y contenido de la estipulación. De lo contrario, *el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, que no vinculará al consumidor*, como así concluyó la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, apartado 57.

En este contexto, y como alternativa a la vía judicial, se suscribieron —y se siguen haciendo—, contratos de transacción que pretenden evitar un largo y tedioso procedimiento, y que han llevado a plantear ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de estos contratos con la imperatividad de la Directiva 93/13, una vez que, el artículo 6.1 de la norma europea determina la «no vinculación» de las cláusulas que resulten ser abusivas. Se trata de resolver si el carácter imperativo de la norma, permite al adherente que pueda disponer y negociar un nuevo contrato, el de transacción, que vincula a las partes en los términos transigidos e impide enjuiciar la cláusula originaria que puede ser abusiva. Lo que el Tribunal resuelva, será de enorme relevancia una vez que podría admitir<sup>1</sup>: (i) que un consumidor puede renegociar respecto de una cláusula que puede invocar como abusiva, y (ii) puede renunciar a la acción de impugnar la cláusula que ha sido objeto de transacción. Estos acuerdos, que prescinden del juicio de abusividad sobre la cláusula originaria, se celebran con la clara pretensión de evitar un litigio sobre el eventual carácter abusivo de estipulaciones contractuales con consumidores, pero contienen también, como elemento esencial de este segundo contrato, la renuncia mutua a impugnar la cláusula originaria que podría no vincular.

En definitiva, se trata de determinar si una eventual cláusula abusiva que podrá no vincular al consumidor<sup>2</sup>, (art. 6. 1 Directiva 93/13), y que estaría sujeta al régimen de nulidad absoluta en nuestro Derecho interno (art. 82.1 y 83.1 del TRLGDCU), puede ser objeto de transacción. Este es el tema de nuestro estudio que, acotado al contexto bancario con consumidores, puede ser objeto de análisis en otros ámbitos como el de los seguros, o la contratación en línea, donde las cláusulas predispuestas campean a sus anchas, y donde el consumidor solo cuenta con las fortalezas que se presentan al cobijo del Derecho europeo. Ciertamente, la respuesta tendrá una indudable incidencia en las relaciones entre entidades bancarias y consumidor, y en cualesquiera otras relaciones sujetas a la Directiva 93/13.

En este orden de cosas, tampoco hay que perder de vista que, las repercusiones de una cláusula nula pudiera comprometer la subsistencia del contrato, con claro perjuicio para las partes, a veces, con un efecto no deseado para el adherente y contrario a la finalidad misma de la Directiva 93/13, donde el objetivo unidireccional, la máxima protección del consumidor, no puede cuestionarse. En estos supuestos, la integración y sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional será un opción<sup>3</sup>, pero no la única. En realidad, hay y habrá múltiples supuestos en los que los consumidores y entidades bancarias o crediticias no acudan a los Tribunales para reivindicar la nulidad de la cláusula en cuestión. En estos casos, no es infrecuente que se planteen acuerdos inter partes que eviten el litigio y que pongan fin a la incertidumbre. La transacción es, a mi entender, una alternativa clara.

Así lo he indicado *en trabajos anteriores*, en los que he considerado el contrato transaccional con consumidores, como instrumento viable en según que casos, primero su viabilidad respecto de la cláusula suelo<sup>4</sup>, después como mecanismo alternativo posible en la resolución de conflictos, una vez que la Directiva 2011/13<sup>5</sup> reconoce su existencia, aunque la deja fuera del ámbito de aplicación. Admitiendo que, cuando exista cualquier cláusula que podría ser abusiva —más allá de la cláusula suelo— y que por recaer sobre el objeto principal del contrato, está excluida del control de contenido y sujeta a un control de transparencia material: (i) cabe la transacción sobre cualquiera de estas, y (ii) se sugiere la fórmula de *la homologación judicial del acuerdo, junto con el deber judicial de examinar la debida transparencia en el pacto*<sup>6</sup>. Finalmente, en el presente análisis, postulamos



y defendemos la viabilidad de celebrar acuerdos con eficacia jurídica que eviten cuestionar la validez de cualquier cláusula que podría ser abusiva —tanto las abusivas propias (art. 3.1 de la Directiva), como las que denomino abusivas «impropias» del artículo 4.2 de la Directiva 93/13—, aunque su consecuencia («no vincularán» según Directiva 93/13) y el alcance de esta en nuestro Derecho (nulidad absoluta del art. 83.1 del texto de consumidores), sugieren no dejar margen a la autonomía de la voluntad de las partes.

Para su defensa, no faltarán argumentos tanto normativos como jurisprudenciales, por lo que las conclusiones del Abogado general danés nos servirán para reforzar los razonamientos ya expuestos en otras ocasiones, también para extender la transacción a las referidas cláusulas abusivas propias del artículo 3.1 de la Directiva (cláusulas predisuestas, que recayendo sobre elementos accidentales del contrato —las que recaen sobre el objeto principal están excluidas de la apreciación de abusividad del artículo 3.1, según el artículo 4.2—, son contrarias a la exigencia de buena fe, causando desequilibrio al adherente). Analizaremos unos aspectos y otros a propósito de las Conclusiones expuestas el pasado 30 de enero. Con todo, no quiero dejar de poner en valor lo relevante que sería que el juez necesariamente tuviera que conocer de la transacción, y no me refiero a que este actúe en caso de ser impugnado el acuerdo porque recaiga sobre una eventual cláusula abusiva, sino que este siempre debiese convalidar los acuerdos de transacción que evitan el litigio, como un mero acto de validación, como otros muchos contemplados en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, pero con facultad de examinar de oficio las cláusulas del convenio. He de reconocer que esto es, a día de hoy, una alternativa que sigo planteando como una *propuesta de lege ferenda*, y que serviría para superar cualquier acción por falta de transparencia en este nuevo acuerdo, en evitación de nuevos conflictos entre partes.

## II. CUESTIONES PREVIAS

### 1. VIABILIDAD DE LA TRANSACCIÓN CON CONSUMIDORES Y RESPECTO DE CUALQUIER CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA

El núcleo del problema está en saber si el acuerdo transaccional es conforme a nuestro Derecho interno y más importante aún, si es compatible con la Directiva 93/13, una vez que las partes se hacen recíprocas concesiones sin la intervención de un tercero, como sería el caso del arbitraje, y sin necesidad de acudir a la tutela jurisdiccional. La fórmula no está exenta de polémica una vez que uno de los sujetos intervinientes en el acuerdo es un consumidor. Con este planteamiento, es necesario examinar si es posible la transacción como mecanismo alternativo que evite el litigio.

Esto, en las cláusulas que recaen sobre los elementos esenciales del contrato, como es el precio, parece del todo lícito y admisible, una vez que la cláusula podría o no ser nula si mediando el desequilibrio en detrimento del consumidor, hubiese falta de transparencia *ab initio*, que sería subsanada por el contrato de transacción. Pero tampoco lo ha descartado el Abogado General Sr. Saugmandsgaard Øe para los supuestos contemplados en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Ante la incertidumbre, el contrato de transacción regulado en los artículos 1809 a 1819 del Código civil podría servir de mecanismo alternativo al judicial que salvaría cualquier hipotético desequilibrio o falta de transparencia reproble respecto del contrato inicial. De no mediar esta vía, u otras de las previstas en

Derecho, en rigor, habría que esperar a la sentencia judicial para saber si se cumplieron las exigencias de buena fe, equilibrio y debida transparencia, o si por el contrario, se contravino la imperatividad de la Directiva y se frustraron las expectativas legítimas y razonables del consumidor, al tiempo de la celebración del contrato principal.

Así las cosas, veremos que, para la admisión de las transacciones en consumo, no será preciso alterar el Derecho, ni siquiera hacer interpretaciones forzadas de la norma. La coherencia de nuestra norma interna y del ordenamiento europeo parece que lo admiten. Al menos inicialmente, me pareció claro respecto de las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato. Sin embargo, respecto de las accesorias, aunque hasta ahora no me lo parecía tanto, he de reconocer que con las Conclusiones del Abogado General danés, la viabilidad de la transacción respecto de las cláusulas del artículo 3.1 de la Directiva parece completamente admisible.

## 2. EL EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES Y LA DEBIDA TRANSPARENCIA

No voy a volver sobre aquellos supuestos en los que la estipulación es lícita pero que por adolecer de falta de transparencia puede ser considerada abusiva (las relacionadas con el *objeto principal del contrato* o el *precio y la retribución*, o los *servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida*, según artículo 4.2 Directiva 93/13), ni tampoco sobre las cláusulas «abusivas» *per se*, propias, previstas, típicas, en cuanto reguladas tanto en la Directiva 93/13 (art. 3 y anexo), como en el TRLGDCU (arts. 82 y 85 a 90), y que recaen sobre elementos accesorios del contrato, una vez que, en uno y otro caso, se trata de cláusulas predispuestas que causan *desequilibrio en detrimento del consumidor*.

Ahora bien, respecto al control de transparencia material del artículo 4.2 de la Directiva, incorporado en nuestro ordenamiento interno por nuestro Alto Tribunal (Sala Primera), con la STS de 9 de mayo de 2013, e introducido normativamente en nuestro Derecho tras las disposiciones finales 4.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), en los artículos 5.5 LCGC y 83.2 TRLGDCU, resulta insólito que nuestro Derecho interno haya guardado silencio durante tanto tiempo. No podemos ignorar, que aun cuando los tribunales internos y europeos no han escatimado esfuerzos en aclarar que los elementos esenciales del contrato excluidos del control de contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, están sujetos a un control de transparencia cualificado para enjuiciar (i) si la cláusula es «*clara y comprensible*» para el consumidor, y (ii) si responde a la expectativa creada y razonablemente esperable por este, la exigencia de transparencia adquiere cada vez mayor relevancia de la que pareció darle una nimia inclusión en el artículo 4.2 de la Directiva y una omisión reprochable por parte de nuestro ordenamiento interno. De su entidad, da cumplida muestra la Comunicación de la Comisión Europea, que publicada el 27 de septiembre de 2019, contiene Directrices sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, para auxiliar en la protección eficaz a los consumidores a través de la norma europea de mínimos —mejorable por las normas nacionales—, sirviendo de ayuda en la difusión de principios y aspectos resueltos principalmente vía cuestión prejudicial y que se han ido planteando en la aplicación de la norma europea. En efecto, el texto tiene en cuenta la evolución de las resoluciones dictadas por el TJUE, y que es obvio que no *predetermina la evolución de la jurisprudencia* del Tribunal de Luxemburgo.

*Estas Directrices presentadas por la Comisión el pasado 27 de septiembre de 2019, nos darán las pautas más completas acerca de esta exigencia de transparencia, que posibilitan, por fin, que pasemos de un concepto indeterminado y ampliamente discutido, a una delimitación conceptual propia sobre la transparencia material. Aunque tratado minuciosamente en la sección 3 de la citada guía, bajo el título «valoración general del carácter abusivo y exigencia de transparencia», entiendo necesario poner de relieve los aspectos que adquieren especial significación en la materia que nos ocupa y que sintetizo a continuación:*

(i) Una interpretación extensiva de la transparencia exigida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 implica que *los profesionales deben proporcionar información clara a los consumidores sobre las cláusulas del contrato y sus implicaciones/consecuencias antes de la celebración del acuerdo. De forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste. También habrá de considerarse si el profesional incidió especialmente en información fundamental.*

(ii) Llega más lejos de lo previsible cuando se admite que aun cuando las resoluciones sobre transparencia se relacionan principalmente con cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato o la retribución o con cláusulas que están estrechamente relacionadas con esos aspectos centrales del contrato, la exigencia de transparencia en virtud del artículo 5, *no se limita al tipo de cláusulas a las que hace referencia el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE. La transparencia, incluida la previsibilidad, es un aspecto importante, también en relación con los cambios unilaterales del contrato, en particular los cambios de precio, por ejemplo, en los contratos de crédito o en los contratos de suministro a largo plazo.*

(iii) La falta de transparencia no conlleva necesariamente que sea abusiva en virtud del artículo 3.1 de la Directiva. *Esto significa que, aun estableciendo que una cláusula cubierta por el artículo 4, apartado 2 «no es clara ni comprensible su carácter abusivo debe todavía evaluarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1, porque puede o no ser abusiva, según que cause importante desequilibrio para el consumidor (apartado 3.4.6.). En definitiva, que puede no ser transparente y a su vez, podrá ser beneficiosa para el consumidor.*

(iv) Para asegurar esto último, será necesario hacer un control individualizado. Como señala el apartado 3.3.2.: *en la medida en que se apliquen requisitos de información precontractual y contractual específicos, también deberán tenerse en cuenta para los requisitos de transparencia en virtud de la Directiva 93/13/CEE, caso por caso, y en función de la finalidad y el ámbito de aplicación de dichos instrumentos.* En el anterior sentido, es importante traer a colación lo que declaró el TJUE en la Sentencia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14), y que ahora avala la Comunicación de la Comisión Europea en cuanto será precisa una evaluación de la falta de transparencia caso por caso. A este respecto, recientemente, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gran Sala) asunto *Gómez del Moral (C-125/18)*, exige de un control individualizado de la cláusula que pudiese adolecer de la falta de transparencia. Lo que influirá en el alcance de su responsabilidad contractual.

(v) Incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor *todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el alcance y repercusión de sus obligaciones. Pero además de comprobar que los consumido-*

res recibieron toda la información requerida, deberá tener en cuenta el material promocional y la información proporcionada por el prestamista en la negociación del contrato de préstamo.

(vi) Y aunque en virtud del artículo 6.1 de la Directiva, el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que deriven de la declaración de abusividad de una cláusula, según el Derecho interno, veremos como el consumidor, a sabiendas de que el régimen de nulidad absoluta de nuestro ordenamiento determina la expulsión de esta del contrato, podrá no instar el procedimiento correspondiente, y renunciar a invocar el carácter de abusividad.

Sin duda, el sistema de protección de la Directiva constituye un asunto de «interés público»<sup>8</sup>, que tiene como objetivo la tutela eficaz a los consumidores, no solo abordando las situaciones de desequilibrio entre las partes, sino también disuadiendo a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas que repercutirá en recuperar la confianza en los operadores bancarios, y redundará en beneficio de todos.

### 3. INSTAR JUICIO DE ABUSIVIDAD O LA TRANSACCIÓN ANTE LA INCERTIDUMBRE.

En un contexto de continua judicialización de la materia sobre cláusulas abusivas en contratación bancaria, la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 en el asunto *Banco Primus S.A.* (C-421/14), obligaba a los tribunales nacionales a ponderar caso por caso cuando estamos ante los supuestos del artículo 4.2 de la Directiva (abusividad por falta de transparencia material). En este contexto, la mayoría de los deudores hipotecarios quedaron al margen de aquella resolución, y mientras algunos prestatarios instaban pretensiones de abusividad en los tribunales nacionales o esperaban respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal europeo, muchos otros deudores alcanzaban acuerdos transaccionales con la entidad crediticia, o bien a propuesta de esta, o bien a instancia del obligado al pago. La transacción era una vía alternativa, y una solución para muchos casos.

Este último impulso que se dio en denominar «*acuerdo novatorio del préstamo hipotecario*», sin embargo, opera como verdadero contrato transaccional una vez que reúne los requisitos propios de este: (i) que entre las partes medie una relación jurídica controvertida; (ii) que sea voluntad de ambas evitar o poner fin a la incertidumbre sobre el resultado, donde el *timor litis* subjetivo y objetivo se resuelve transformando la inseguridad en un resultado certero, el acuerdo; (iii) que las partes se hagan recíprocas concesiones, por lo que ambos sujetos tienen que sacrificar algo, sin que sea necesaria la equivalencia en las concesiones; y (iv) con renuncia mutua al ejercicio de acciones. En concreto, el consumidor, renunció a invocar la abusividad de la cláusula originaria.

Volviendo sobre la cuestión objeto de estudio, el asunto C-452/18 que se sigue ante el Tribunal de Justicia de la Unión tratará de dar respuesta a la cuestión prejudicial a propósito del procedimiento entre XZ e Ibercaja Banco, S.A., en lo sucesivo, asunto *Ibercaja*. En esencia, y aunque sigue teniendo de telón de fondo a las cláusulas suelo y la Sentencia plenaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, así como la dictada por el Tribunal europeo de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo*<sup>9</sup>, acerca de los efectos plenos de la declaración de abusividad, esta cuestión prejudicial pendiente sobre la transacción, como hemos anticipado, vendrá a dar respuesta a una cuestión más general y de profunda incidencia en el Derecho bancario: el alcance y eficacia de

los acuerdos celebrados entre consumidor y empresario, en este caso, entidades crediticias, para resolver sus controversias extrajudicialmente.

En definitiva, se trata de analizar si son compatibles con la Directiva 93/13, los contratos que contiene acuerdos sobre una eventual abusividad precedente, y que pretenden: (i) transigir sobre la cláusula que puede ser abusiva, acordando una nueva regulación en la relación *inter partes* y en beneficio de ambas; y (ii) evitar o poner fin a un litigio de dudosa resolución, al amparo de los artículos 1809 y siguientes del Código civil, renunciando a la acción sobre abusividad de la cláusula originaria. Acuerdo en el que, no nos cabe ninguna duda, caben los pertinentes controles de incorporación, de contenido, y el de transparencia, por lo que deberá responder a los estándares mínimos exigidos<sup>10</sup>. De lo contrario, de faltar en este nuevo contrato la exigibilidad de transparencia —que incorpora de suyo una cláusula de renuncia a impugnar la cláusula inicial—, volveríamos a la casilla de salida y la abusividad, de nuevo, sería una cuestión pendiente de resolución. Cualquier falta de transparencia (si la estipulación recae sobre los elementos esenciales), o cualquier contenido abusivo (si recae sobre los elementos accidentales del contrato), podrá ser contraria a la Directiva 93/13, y declarada nula, «no vinculará» al adherente, conforme al artículo 6.1 de la norma europea citada. El consumidor sigue amparado por la Directiva.

### III. ACUERDOS QUE NOVAN O MODIFICAN, CONFIRMAN Y VALIDAN CLÁUSULAS DUDOSAS. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 93/13

El Tribunal de Justicia ha reiterado en múltiples ocasiones que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de *normas de orden público*, y que se extiende a todas las disposiciones de la norma que posibiliten el cumplimiento de objetivos del citado artículo 6.1. Es decir, que es norma imperativa, vincula a todas las partes e implica que los consumidores no pueden, por principio, renunciar a esta tutela dispensada por la Directiva. Cuestión distinta, es la analizada en el asunto *Ibercaja*, una vez que el consumidor, sabida la existencia de una cláusula que puede ser abusiva, decide no invocar el carácter de abusividad de una cláusula preexistente y renuncia al derecho a hacer reclamaciones en virtud de aquella cláusula. Este contrato, aunque denominado de novación, supone una transacción cierta, que es compatible con el Derecho europeo. No será la única alternativa.

Si como hemos señalado en anteriores publicaciones, las vías para resolver controversias además de la jurisdiccional, es la de sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) entre los que destacan la conciliación, la mediación<sup>11</sup> o el arbitraje<sup>12</sup>, y en los que las partes confían solventar la solución a un tercero, o hacerle partícipe de lo acordado, cabe añadir una tercera, la transacción, como máxima expresión de la libertad y autonomía de la voluntad, en la que las partes en conflicto solventan la cuestión litigiosa haciéndose recíprocas concesiones, y que pone fin a una situación jurídica incierta que confiere estabilidad a la relación jurídica contractual, regulado en el Código civil<sup>13</sup>. De esta última solución, entiendo, no se puede privar al consumidor si se hace con la debida transparencia. Como tampoco se le podrá privar del derecho a desistir, allanarse o renunciar cuando el derecho forma parte de su esfera propia.

Es más, aun cuando queda al margen de la regulación por la Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo,

es admitida por esta, como así precisa en el considerando 23 : «*La presente Directiva no debe aplicarse a procedimientos de sistemas de tratamiento de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante ni a las negociaciones directas entre las partes*», y el artículo 2.2. e) lo excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Será el Derecho interno de cada Estado el que se ocupe de esta regulación, eso sí, respetando la imperatividad y los controles efectivos que impone la norma europea sobre cláusulas abusivas.

## 1. REGULACIÓN EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Veamos pues, en que términos se contemplan en nuestro Derecho interno estos acuerdos. Según el artículo 1809 del Código civil: «*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al ya comenzado*». Y su pretensión es evitar el proceso, o ponerle fin. Quedan fuera del ámbito de la transacción el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, los alimentos futuros (art. 1814 CC), o las acciones penales, aunque sí se puede transigir sobre la acción civil «*proveniente de un delito*» (art. 1813 CC), no así, las transacciones que surjan en las relaciones de empresario con consumidor.

Según el artículo 1816 del Código civil, lo transigido *tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada* y vincula a los contratantes en los términos del acuerdo, salvo que sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 CC), lo que obliga a respetar la imperatividad de la Directiva 93/13, y posibilita cualquier control contemplado en nuestra Ley 1/2007, frente a las cláusulas abusivas, donde no faltará el control de transparencia respecto de la cláusula de renuncia a las acciones, por tratarse esta, de un elemento esencial del contrato. Además, el artículo 1817 del Código civil reconoce que podrá impugnarse la transacción si median vicios del consentimiento que posibiliten la anulabilidad de esta.

## 2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA.

Necesariamente, reiteramos, la protección de la Directiva 93/13, es una cuestión de interés público [asunto *Mostaza Claro* (2006)<sup>14</sup>, que obliga al juez civil a apreciar de oficio el carácter abusivo, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, como así se deriva de lo resuelto en el asunto *Pannon* (2009)]<sup>15</sup>, por lo que el carácter de no vinculante que se asigna a la cláusula que sea abusiva, conforme al artículo 6 de la Directiva, no impide: primero, que se someta el órgano jurisdiccional nacional para su examen respecto al artículo 3 y artículo 4 de la Directiva, que incluso, está «*obligado a verificar de oficio otras cláusulas del contrato siempre que estén vinculadas al objeto del litigio que conoce*», según ha resuelto recientemente el TJUE en la Sentencia de 11 de marzo de 2020 *Gyöngyné Lintner/UniCredit Bank Hungary Zrt.* (C-511/17)<sup>16</sup>, y segundo, que el consumidor a sabiendas de la larga proyección de tutela dispensada por la Directiva 93/13, decida no exponerse ante un largo procedimiento y tomar las riendas de una solución alternativa.

Este acuerdo entre las partes, mal denominado novación una vez que su contenido y finalidad es transaccional (reitero hasta la saciedad, que tiene como pretensión poner fin al litigio o evitarlo, haciendo las partes concesiones recíprocas, renunciando al juicio de abusividad sobre la cláusula originaria), podrá evitar

que el juez examine el carácter abusivo de una cláusula predispuesta inicialmente, pero no impedirá que este nuevo contrato, el de transacción, se impugne si este es incompatible con la Directiva 93/13.

La tutela perseguida por esta Directiva unidireccional, la máxima protección de los consumidores, cumpliendo el mandato del artículo 114.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y el carácter de normativa de interés público obliga a que los Estados velen por el interés de estos (arts. 7 y 8 de la Directiva 93/13), y tutelen las vías de consenso que eviten o pongan fin a cualquier litigio. Lo anterior, lleva a los tribunales nacionales a garantizar la protección efectiva. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, de 27 de junio de 2000 en el asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*<sup>17</sup> apartado 26, determina que siendo el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, «solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula», y podrá hacerlo también si la transacción es impugnada, que lo es. Este aspecto es crucial para avalar los acuerdos transaccionales, una vez que, garantizada la protección judicial eficaz de los derechos de los consumidores, que nunca pueden ser renunciados previamente, podrán tener eficacia vinculante, *siempre que medie el consentimiento libre e informado*, como así expresan las Conclusiones del Abogado General, de fecha 30 de enero de 2020, en su apartado 55, de lo contrario, nada impide que se inste el juicio de abusividad.

Ya lo he apuntado en anteriores ocasiones, la Directiva 2013/11, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios, y la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora a nuestro ordenamiento interno la Directiva mencionada, son una muestra del respaldo no solo del arbitraje, la mediación, o la conciliación, también lo es a otras vías de solución de conflictos como la transacción, siempre que se ofrezcan las garantías suficientes para la tutela del consumidor. Ahora bien, este «*procedimiento extrajudicial creado ad hoc para un único litigio entre consumidor y comerciante*», por ser «*negociaciones directas entre el consumidor y comerciante*» [considerando 20 y art. 2.2 e) de la Directiva 2013/11], aunque admitido por el ordenamiento europeo, queda excluido del ámbito de aplicación de esta norma, pero no del amparo de la Directiva 93/13. Estamos ante un nuevo contrato con consumidor que puede contener cláusulas abusivas.

### 3. SUPERAR LA FALTA DE TRANSPARENCIA

Es incuestionable que la incertidumbre en un procedimiento judicial nos llevará a transigir, haciendo concesiones recíprocas entre las partes, y evitando costes y resultados inciertos para ambas partes. Al igual que se transige sobre el precio único —elemento esencial—, minorándole o aumentándole ¿por qué no se va a transigir sobre otras cláusulas que inciden en el precio, y cuya licitud y validez no se cuestiona? No hay otras razones para descartar su validez, cuando se impulsan soluciones extrajudiciales, consensuadas, que eviten enjuiciar la posible «abusividad» de una cláusula que deja de vincular en los términos iniciales.

Como ya dije con ocasión de otra publicación acerca de la viabilidad de la transacción admitida por la STS de 11 de mayo de 2018, si la cláusula del contrato originario puede ser *abusiva por falta de transparencia*, no hay razón para no admitir el contrato transaccional que las partes consideren: hagamos

transparente *ex novo*, lo que *ab initio* adolece de transparencia, por la propia autonomía del contrato de transacción que, presumiblemente, ha cumplido todas las exigencias esperables en un contrato con consumidores<sup>18</sup>. Aun así, nada obsta al juzgador a pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva por falta de transparencia de este segundo pacto.

#### IV. FACULTAD DE DISPONER DEL CONSUMIDOR ANTE UNA CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA

Mi propósito es acudir a los argumentos que sirven de base para avalar la facultad de disponer y llegar a acuerdos transaccionales respecto a las cláusulas predispuestas, con independencia de que se trate de las que puedan apreciarse como abusivas conforme al artículo 3.1 de la Directiva, o de las abusivas impropias por encajar en el artículo 4.2, e independientemente de que recaigan sobre elementos accidentales o esenciales del contrato. Nos valdremos de algunas aportaciones de la jurisprudencia europea que admiten la viabilidad a la transacción individualizada, y también de normativa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, y que constituyó un punto de partida para postularnos a favor del acuerdo y su compatibilidad con la Directiva 93/13, menciono alguna, otras, que añadimos a continuación, han sido deducidas de lo expuesto en este análisis, principalmente de las Conclusiones del Abogado General del pasado 30 de enero de 2020:

(i) La Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 asunto *Dziubak*<sup>19</sup>, determina que la imperatividad de la Directiva, *no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores*, por lo que, *cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará* (apartado 54).

(ii) Las Sentencias del TJUE de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* y la de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler*, en clara alusión a la obligatoriedad de la Directiva 93/13, han sentado un claro precedente respecto a la decisiva voluntad de la parte más débil. En la primera de ellas, el TJUE advierte al juez interno que le incumbe *tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula*. A este argumento apunta el apartado 39 de las Conclusiones del AG, de 30 de enero de 2020.

(iii) En el ámbito registral, la Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2017<sup>20</sup>, en la línea de lo que apuntaba de manera sesgada el TJUE en las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 21 de febrero de 2013 (*Banif Plus*), y 30 de abril de 2014 (*Kásler*), adelantándose a la doctrina del TS y a la del AG danés, admitió que, ante la eliminación de una cláusula abusiva, nada obsta a que medie: «un nuevo acuerdo entre partes y “*ex novo*” pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido el equilibrio contractual y el consumidor con pleno conocimiento de causa, puede prestar un consentimiento libre e informado».

(iv) Pues bien, si el adherente puede renunciar a las consecuencias previstas en el artículo 6.1 de la Directiva a sabiendas, mediando procedimiento judicial, parece razonable que también pueda hacerlo antes de la vía judicial, siempre



que el acuerdo responda a los parámetros de la Directiva 93/13. En parecidos términos lo expuse en anteriores publicaciones. Así, en las Conclusiones del Abogado General Wahl<sup>21</sup> en el asunto *Gravilescu* (C-627/15), se indica que el alcance normativo de la Directiva 93/13 y su imperatividad, no impide la posibilidad de transigir, siempre que esta haya sido objeto de negociación y el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico. Está en juego el principio de autonomía de la voluntad —o «principio dispositivo», según otros ordenamientos—, del que la facultad de desistir o renunciar constituye la máxima expresión de la capacidad y libertad de las partes.

(v) En relación con dicho principio de autonomía, el artículo 124 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia admite que, es posible que las partes lleguen a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio, antes de que el Tribunal resuelva, y el Tribunal, sin más exámenes *ex officio*, ni información al juzgador sobre las cuestiones de fondo, ordenará el archivo del asunto, haciéndolo constar en el Registro. También el artículo 125 de dicho Reglamento contempla el derecho de desistimiento, sin más trámites<sup>22</sup>.

(vi) La Directiva 2013/11/CEE sobre la resolución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, transpuesta a nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 7/2017, reconoce a los Estados la facultad de que mantengan o articulen otros mecanismos ajenos a esta, siempre que se mantengan las garantías suficientes para el consumidor. En el caso de la transacción, no faltará el amparo dispensado en la Directiva 93/13 una vez como hemos indicado, la renuncia al ejercicio a impugnar una cláusula que puede ser abusiva, constituye el objeto principal del contrato del artículo 1809 del Código civil, por lo que si en esta segunda oportunidad, no se cumplió el estándar de la debida y completa transparencia del artículo 4.2 de la Directiva, la renuncia «no vinculará» en los términos y con la extensión del artículo 6.1 de dicha norma europea<sup>23</sup>.

(vii) Así las cosas, admitido el carácter no vinculante de cláusulas contractuales abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13) —y sabido por el consumidor—, las partes, voluntariamente, acuerdan transigir sobre la estipulación de dudosa abusividad, a cambio de concesiones recíprocas y con el objeto de evitar procedimientos tediosos e inciertos. Además, el acuerdo contiene la renuncia a invocar el carácter abusivo de la cláusula anterior. Dicho esto y aun cuando por la transacción el consumidor no pueda someter a control la validez de la cláusula que figuraba inicialmente en el contrato originario, *sí puede impugnar la validez de la nueva cláusula suelo, estipulada en el acuerdo*. Así lo indica el Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe) en sus Conclusiones del pasado 30 de enero, asunto *Ibercaja*, apartado 33.

(viii) Admitido que, el contenido imperativo de la norma europea en cuanto a la tutela que dispensa al consumidor, no puede ser obligatoria para este, que está facultado para invocar o no el carácter de abusividad. Por lo que, aun cuando no puede, *en principio, renunciar a esta protección* (apartado 4.1 de las directrices sobre la interpretación de la Directiva 93/13, de 27 de septiembre de 2019), nada obsta para que la renuncia opere cuando pudiendo instar el juicio de abusividad, opta por no impugnar y transigir. La Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 admite que existen otras alternativas, incluso cuando se ha declarado judicialmente la abusividad<sup>24</sup>.

(ix) En línea con lo anterior, en las Conclusiones del Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe), apartado 45, admite que, *el consumidor tiene, en determinadas circunstancias, la facultad de renunciar posteriormente, por la vía contractual, a los derechos que le otorga la Directiva*. Claro que, la renuncia se produce cuando el derecho forma parte de la esfera de actuación del disponente.

(x) Lo hemos expresado en alguna ocasión anterior, no se entendería la admisibilidad de la transacción en otros ámbitos con consumidores, como son los acuerdos que se alcanzan entre asegurador y perjudicado conviniendo una determinada indemnización, o en la reclamación de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de vivienda, y que no tuviesen cabida en el contexto bancario.

(xi) Finalmente, y no menos importante, entiendo, que es oportuno poner en valor que se evitarían todas estas discusiones si los acuerdos se validaran vía transacción judicial. Su admisibilidad en la LEC (art. 19), que gozaría de todas las garantías por la homologación judicial (415 LEC); o la conciliación previa a un procedimiento judicial (art. 139 LJV), evitarían desconfianza en cuanto servirían para validar negociaciones libremente pactadas. Aunque no hay que olvidar el deber del órgano jurisdiccional, que conozca de la transacción con un consumidor; de examinar el eventual carácter abusivo de cualquier cláusula del contrato transaccional.

Muchas de estas consideraciones, algunas inicialmente expuestas en otras publicaciones de la autora, tras la STS de 11 de abril de 2018, han quedado suficientemente avaladas por las Conclusiones del Abogado General danés, a las que no podemos más que adherirnos, y hacerlas extensibles a cualquier posible cláusula abusiva.

## V. LA RENUNCIA MUTUA AL EJERCICIO DE ACCIONES, ELEMENTO ESENCIAL EN LA TRANSACCIÓN

El consumidor, en ningún caso, puede renunciar con antelación a la protección que le otorga la Directiva 93/13, pues como bien dice el Abogado General danés, *nadie comprende realmente la importancia de la protección que brinda la legislación en materia de protección de los consumidores hasta que surge una dificultad y necesita precisamente esta protección* (apartado 43 de las Conclusiones). Ahora bien, una vez garantizada la tutela que dispensa la Directiva a través de la no vinculación de las cláusulas que resulten nulas (art. 6.1), admitida la imperatividad de la misma, que no su obligatoriedad para el consumidor, de su voluntad depende, invocar o no la pretensión de que la cláusula se declare nula y no le vincule. Al igual que es su facultad renunciar a cuestionar la estipulación inicial. Autonomía de la voluntad siempre que no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a terceros (arts. 1255 y 6.2 del Código civil).

En definitiva, esta transacción genera nuevos vínculos que sustituyen o modifican los términos iniciales, vincula a las partes en los nuevos aspectos acordados, teniendo para estos *la autoridad de la cosa juzgada* (art. 1816 CC) en cuya virtud, se produce el efecto de renuncia respecto a los aspectos controvertidos transigidos (art. 1815.2 CC). Ahora bien, esto no impide la impugnación por incumplimiento o porque medie alguna causa de anulabilidad o nulidad del contrato (art. 1817 CC), o falte la debida transparencia (art. 83.2 del texto de consumidores).

Con estas premisas, principalmente en lo que se refiere a que la renuncia es un elemento intrínseco, esencial al contrato de transacción, y que el efecto jurídico de que una cláusula abusiva *no vinculara* al consumidor, sirven para postularnos una vez más, a favor de la admisibilidad del nuevo acuerdo, una vez que subsisten, a favor del consumidor, y a pesar de la renuncia implícita, los controles imperativos de la Directiva 93/13, principalmente, sobre este elemen-

to, si sigue faltando la necesaria transparencia material. En el asunto *Gutiérrez Naranjo* (2016), se fijaría que la exigencia de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva *no se circunscribe a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de estas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual* (apartado 48). Una primera delimitación del concepto de transparencia que tanto habíamos echado en falta. Y todo un margen a la autonomía de la voluntad del consumidor, que estará facultado a renunciar a la protección dispensada por la Directiva, al tiempo en el que pudiese ejercitar los derechos atribuidos.

Partiendo de todo lo anterior, la transacción, que posibilita restablecer el equilibrio subjetivo de la obligación, de haber faltado este, y que contiene la renuncia implícita acerca de la cuestión objeto de disputa, es admitida por la jurisprudencia europea reciente, como así hemos ido señalando en anteriores ocasiones<sup>25</sup>, y a la que sumamos el aval, muy fundamentado, del Abogado General Saugmandsgaard Øe, que en sus Conclusiones, se refiere básicamente a esta cláusula.

Con carácter previo, y antes de las Conclusiones del AG de 30 de enero de 2020, cabe citar algunos supuestos en los que se admiten soluciones distintas a la no vinculación de la cláusula, por voluntad del consumidor: (i) la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Sala Primera), asunto *Banif Plus Bank* (C472/11), apartado 35 y declaración final, para el caso de una cláusula abusiva propia del artículo 3.1 de la Directiva admite que, sabido por el consumidor el carácter no vinculante de la estipulación, este manifiesta ante el juez nacional, que es contrario a que se excluya la citada estipulación *«otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula»*<sup>26</sup>; (ii) la STJUE de 14 de abril de 2016 (Sala Primera) asuntos acumulados *Sales Sinués vs Caixabank* y *Drame Ba vs Catalunya Banc* (C-381/14 y C385/14), que en su apartado 25, reconoce que: *«el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula»*. Avalando así, la posibilidad del consumidor a renunciar a la «no vinculación» de la cláusula abusiva en el marco jurídico de los artículos 3 y 4.1 de la Directiva; (iii) la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/1), determina, en su apartado 71, que las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, no podrán afectar a un derecho sustancial del consumidor, el de *«no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva»*, lo que no será obstáculo para que, con carácter voluntario, opte por novar, modificar y convenir otras condiciones contractuales.

Por otro lado, y a la espera de la resolución del TJUE, el Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe) en sus Conclusiones del pasado 30 de enero, en el asunto *Ibercaja*, apartado 40, admite por primera vez, y de modo concluyente, que el consumidor *puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada, siempre que dicha renuncia sea fruto, ..., de un consentimiento libre e informado*, en clara alusión al asunto *Banif Plus Bank* (2013), al que ya me referí en anteriores publicaciones. Advierte además que, dicha cláusula de renuncia debe cumplir el imperativo de transparencia material del artículo 4.2 de la Directiva *(es transparente, desde el punto de vista material, cuando un consumidor medio,*

normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso puede comprender las consecuencias, tanto jurídicas como económicas, que se derivan para él de dicha cláusula, según apartado 78 de las Conclusiones). Llegados a este punto, entiendo que, la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales por ambas partes, es objeto principal del contrato de transacción, y constituye la ratio misma de este nuevo vínculo obligacional (transigir renunciando), por lo que, conforme artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no es *per se* abusiva, siempre que responda a los cánones de transparencia material descritos por el Tribunal europeo<sup>27</sup>. De no responder a esta transparencia, el derecho a invocar ante el juez competente la posible abusividad de este acuerdo transaccional, está garantizado por el citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Finalmente, la voluntad libremente manifestada por el consumidor será determinante, como confirma la Sentencia de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler Káslerné Rábai* (C-26,13)<sup>28</sup>, o la de 3 de octubre de 2019 en el asunto *Dziubak*, que hará especial hincapié en que la voluntad de consumidor acerca de las consecuencias provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, será decisiva.

## VI. CONCLUSIONES

Es esencial reiterar que, el carácter imperativo de la Directiva 93/13 en la protección contra las cláusulas abusivas, aunque vincula a todas las partes, no es obligatoria para el consumidor; que al tiempo del ejercicio del derecho puede no buscar amparo judicial invocando la abusividad. En ese caso, no habrá pronunciamiento que determine la no vinculación de la cláusula inicial al amparo del artículo 6.1 de la Directiva, ni a instancia de parte, ni de oficio por los órganos jurisdiccionales.

El Abogado General Saugmandsgaard Øe, al contrario de lo que para muchos era lo esperable, se ha mostrado conforme con la compatibilidad del contrato de transacción con la Directiva 93/13. Admitiendo expresamente, y por primera vez, que *el consumidor puede negociar una cláusula potencialmente abusiva, transigir sobre ella confirmando su validez, y renunciar a ejercitar acciones* para invocar su carácter de abusiva. Ahora bien, este convenio de transacción que tiene por objeto un aspecto jurídico controvertido originario y una renuncia mutua al ejercicio de acciones, estará sujeto a determinadas garantías:

1. Deberá ser objeto de negociación individual con posibilidad para el consumidor de haber *podido influir sobre su contenido* (art. 3.2 Directiva 93/13). De ser negado este aspecto, recaerá sobre el profesional la carga de la prueba de que la cláusula *se ha negociado individualmente* (art. 3.3 Directiva 93/13).

2. No estará exento de impugnación si lesiona derechos del consumidor tutelados por el Derecho europeo, una vez que: (i) la cláusula novada o modificada, según recaiga sobre cláusulas accesorias o sobre elementos esenciales del contrato, quedará sujeta a los respectivos controles de abusividad, y (ii) la estipulación de renuncia a la acción, estará sujeta al control de transparencia, por ser consustancial —elemento esencial— al contrato de transacción.

3. Lo anterior, obliga a un examen individualizado de cada uno de los contratos de transacción que se cuestionen, principalmente, para examinar si se cumple la exigencia de la transparencia debida según el artículo 4.2 de la Directiva, y respecto a la renuncia misma a impugnar la validez del acuerdo por esa falta de transparencia. A este control, *caso por caso*, para examinar *si han*

sidó redactadas por el profesional de manera clara y comprensible, se refiere la STJUE 26 de enero de 2017 *Banco Primus, S.A.*, apartado 65. Para el supuesto general, el de las cláusulas abusivas propias definidas en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, se impone al juez nacional *determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva*, como ha señalado recientemente la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 asunto *Gómez del Moral*, apartado 44.

Desde nuestro punto de vista, ya no cabe aquello de que los acuerdos que pretendan validar cláusulas nulas, son nulos de pleno derecho, o no cabe acuerdo sobre cláusulas nulas en origen, como se insistió por nuestro Tribunal Supremo en múltiples resoluciones, de las que la STS de 16 de octubre de 2017 había sido su máximo exponente *¿Es esto una crisis de los efectos de la nulidad absoluta recién proclamada en los artículos 5.5 de la LCGC, o en el artículo 83.2 del TRLGDCU? No lo creo, porque la excepcionalidad deriva del propio interés del consumidor* que opta por negociar y evitar un litigio que puede no interesarle. Como avanzamos en artículos anteriores, y como ha puesto en valor el Abogado General el pasado 30 de enero, estos acuerdos son válidos siempre que medie la debida transparencia y en tanto que la renuncia sea *fruto de un consentimiento libre e informado* a este pacto. Aunque mucho me temo que sobre este último aspecto no faltarán interpretaciones y desencuentros más o menos fundamentados.

Admitida la compatibilidad con la Directiva 93/13, también hemos de admitir que lo es con la Directiva 2013/11, sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos con intervención de terceros, y que valida cualquiera de los instrumentos de Derecho interno que respeten todas las garantías para el consumidor. Bien es cierto que los contratos de transacción con consumidores, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta última norma europea (el art. 2.2, letra e, determina que la Directiva 13/11 no se aplica «a la negociación directa entre el consumidor y el comerciante»), aunque reconoce su existencia y no la prohíbe. Ahora bien, recordemos que estos acuerdos deberán gozar de mayores garantías que los supuestos que la norma europea contempla. Por lo que, no hay razón para negar validez y eficacia a estos pactos una vez que, a favor del sujeto adherente, siguen vigente los controles de abusividad.

El acuerdo que modifica o sustituye la cláusula que podría ser abusiva, y que implícitamente contiene la renuncia al juicio de abusividad, no impide la subsistencia de las debidas garantías dispensadas por la Directiva 93/13 frente a las cláusulas abusivas que pudiese contener, ya sea en el sentido del artículo 3, ya en el de objeto principal del artículo 4.2 (en el caso de la renuncia). El acuerdo posterior que suple cláusulas anteriores, no cambia la denominación del sujeto-consumidor, que sigue amparado en los mismos términos por el ordenamiento europeo. La tutela judicial efectiva sigue vigente para la parte más débil.

En definitiva, y aunque habrá que esperar a la Sentencia del TJUE en el caso *Ibercaja*, parece que *el régimen de nulidad absoluta* existente en nuestro ordenamiento interno, *no impide, cuando se trata de proteger al consumidor, y teniendo en cuenta la voluntad manifestada por este, que se celebren acuerdos entre partes que subsanen los errores cometidos y restablezcan el equilibrio alterado*. Compensando así, a la parte más débil que deberá prestar un *consentimiento libre e informado*<sup>29</sup>, para evitar de nuevo caer en el marco de la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

## VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

### PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (C-240/98, EU:C:2000:346)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350)
- Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (Sala Primera), asunto *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11, EU:C:2013.88)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14)
- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819)
- Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (Gran Sala) asunto *Gómez del Moral* (C-125/18, EU:C:2020/138)
- Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2020 (Sala Tercera) *Györgyné Lintner/ UniCredit Bank Hungary Zrt.* (C-511/17, EU:C:2020/188)

### PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 11 de abril de 2018 (Roj: STS 1238/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1236)
- STS de 6 de marzo de 2019 (Roj: STS 2761/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2761)
- STS de 11 de septiembre de 2019 (Roj: STS 677/2019 - ECLI: ES:TS:2019:677)

### RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 19 de julio de 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada nº 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de préstamo hipotecario.

## VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA, INCLUÍDAS PROPUESTAS Y COMUNICACIONES EUROPEAS

- Código civil.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (por sus siglas en

inglés, la «UCTD»); modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- 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.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final].
- Comunicación de la Comisión con Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, de la Comisión Europea, publicada el 27 de septiembre de 2019.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, El consumidor puede transigir sobre el objeto principal del contrato. Si se emplean cláusulas predisuestas en la transacción, se someterán a control de transparencia, *Blog Almacén de Derecho*, 30 de enero de 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi, 2006.

CARRASCO PERERA, A., Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena Sentencia de casación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13 de abril de 2018. Consultado en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez\\_de\\_las\\_novaciones\\_transaccionales\\_de\\_prestamos\\_hipotecarios\\_con\\_clausula\\_suelo.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_prestamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf)

MARÍN LÓPEZ, M.J., Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril, *Revista CESCO*, 28 de abril de 2018. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3563-novaci%C3%B3n-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarias-con-cl%C3%A1usula-suelo-y-renuncia-al-ejercicio-de-derechos-nota-cr%C3%ADtica-a-la-sts-205-2018,-de-11-de-abril-2>)

— El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, *Revista CESCO*, 13 de marzo de 2019. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4013-el-acuerdo-novatorio-y-o-transaccional-sobre-la-cl%C3%A1usula-suelo-en-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario-argumentos-que-justifican-el-planteamiento-de-una-cuesti%C3%B3n-prejudicial-ante-el-tjue>

MUÑOZ GARCÍA, C., Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril de 2020, 1386-1404.

— Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018.

— ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018» en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de*

*Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por Yzquierdo Tolsada, M., vol. 10<sup>o</sup> (2018), Dykinson.

— Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor, presentado en noviembre de 2019 a concurso en premio Secciones del ICAM, otorgado el Premio Secciones 2019 al mejor artículo en Derecho Bancario en fecha 25 de mayo de 2020 (en prensa, ICAM)

PANTALEÓN PRIETO, C., A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo, blog *Almacén de Derecho*, de 4 de febrero de 2020.

REDONDO TRIGO, F., Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la STS de 11 de abril de 2018, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 94, 2018, 2346 a 2366.

## NOTAS

<sup>1</sup> Como ya lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión. La Sentencia de 11 de abril de 2018, es el paradigma sobre esta materia. Así lo puse de manifiesto en algunos artículos sobre cuestión. *Vid.* MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018. De la misma autoría, ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 10<sup>o</sup> (2018), Dykinson. Con pretensión más ambiciosa y generalizada, consideré la viabilidad de la transacción para todas las cláusulas que pudiesen enjuiciarse como abusivas por falta de transparencia, en MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor, inédito, presentado a Premio Secciones del ICAM en noviembre de 2019, premiado, y pendiente de publicación en revista del ICAM.

<sup>2</sup> Como ya advirtió la STJUE de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en su apartado 36, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor», para reemplazar el equilibrio formal que este establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas.

<sup>3</sup> De la necesaria integración en muchos casos, y de su admisibilidad excepcional por el Tribunal europeo, MUÑOZ GARCÍA, C., Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril de 2020 (en prensa). La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020, reconoce la *sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13* (apartado 62).

<sup>4</sup> MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia..., *op. cit.*, o en ¿Novación o contrato de transacción?, también citado anteriormente.

<sup>5</sup> Como así indica MUÑOZ GARCÍA, C., en Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio..., *op. cit.* (pendiente), una vez que la Directiva 2013/11, de 21 de agosto de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no regula la transacción, pero reconoce su existencia en el artículo 2.2, apartado e). Si bien, dejará estos acuerdos directos entre profesionales y consumidores fuera del ámbito de aplicación de dicha norma europea.

<sup>6</sup> Así quedó expresado en la publicación anteriormente citada.

<sup>7</sup> Así defendido anteriormente, MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor (*Revista ICAM*, 2020, pendiente).



<sup>8</sup> Así se advierte en la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08), en su apartado 31.

<sup>9</sup> La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), conectó la falta de transparencia —cláusulas que recaen sobre el objeto principal—, con el juicio de abusividad, y la «no vinculación» de la cláusula con la nulidad absoluta de la misma.

<sup>10</sup> En este punto me remito a lo ya dicho anteriormente al hilo de los requisitos de transparencia en la información precontractual y contractual, ampliamente desarrollada en la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019.

<sup>11</sup> La mediación, durante años, ha tenido gran repercusión práctica en relaciones de familia y trabajo, siendo acogida progresivamente en el ámbito de consumo. La partes voluntariamente se someten a un mediador, imparcial, que pretende el acercamiento de posiciones y les ayuda a conciliar intereses.

<sup>12</sup> Regulado en la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, el título V regula el procedimiento (arts. 24 y sigs.). De la ejecución del laudo arbitral y de otros títulos ejecutables, como es la mediación, arts. 517 y sigs. LEC). La Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), establecen la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea que ofrece a los consumidores y a los comerciantes una ventanilla única para la resolución extrajudicial de litigios en línea mediante entidades de resolución alternativa que están vinculadas a esa plataforma y que ofrecen la resolución alternativa a través de procedimientos de calidad» (considerando 12 de la Directiva 2013/11).

<sup>13</sup> Sobre el contrato de transacción, cualquier autor de la doctrina civilista, en cualquiera de sus manuales.

<sup>14</sup> La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en el apartado 38, incide claramente en el deber del juez nacional de apreciar la nulidad de una cláusula abusiva, dado el interés público en el que se basa la protección de la Directiva.

<sup>15</sup> La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), es concluyente al respecto.

<sup>16</sup> Como así consta en el Comunicado de prensa del TJUE, de 11 de marzo de 2020 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-03/cp200027es.pdf>

<sup>17</sup> Probablemente, la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, sea la primera en pronunciarse respecto del deber de los jueces nacionales a examinar de oficio el carácter de abusividad de una cláusula en la contratación con consumidores. Solo así, dice, se logra el efecto útil de la Directiva 93/13.

<sup>18</sup> Términos ya utilizados por MUÑOZ GARCÍA, C., *op. cit. ant.*

<sup>19</sup> Así de concluyente es la Sentencia de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto *Dziubak*.

<sup>20</sup> Ver [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9827](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9827)

<sup>21</sup> Las Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl, 14 de septiembre de 2017, y haciendo suyas las Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Belov* (C-394/11, EU:C:2012:585), punto 45, nota 39, señala con gran acierto que: «El principio dispositivo, conforme al cual la iniciación, la terminación y el desarrollo de un procedimiento está en manos de las partes, rige en las leyes de procedimiento (civil) de muchos Estados miembros y permite a las partes, por ejemplo, poner fin a un litigio mediante un acuerdo transaccional, renunciando a la sentencia» (apdo. 32 de las Conclusiones, nota 9).

<sup>22</sup> Argumento ya dado en publicación anterior: MUÑOZ GARCÍA, C., en Falta de transparencia, posible ineficacia,..., *RDBB*, *op. cit.* 189.

<sup>23</sup> Así se indicó en MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo..., *op. cit.* (en prensa). También en ¿Novación o contrato de transacción?, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n. 81 y 82.

<sup>24</sup> Es más, en este caso, el TJUE va más lejos cuando, en el apartado 61, y en clara alusión a una decisión judicial que declara que la cláusula es abusiva, admite que, dicha

declaración judicial «debe tener como consecuencia, *en principio*, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». Nada impide pues, otras consecuencias si así lo quisiera el tutelado por la Directiva 93/13.

<sup>25</sup> Jurisprudencia que se ha ido incorporando en sucesivos estudios, haciendo transcripción literal de algunas de las citadas con anterioridad por MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia, posible ineficacia..., *RDBB*, *op. cit.* 192-193.

<sup>26</sup> En la declaración final del as. *Banif Plus Bank*, y en relación con la sanción del artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva concluye que: «el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

<sup>27</sup> MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo..., *op. cit.* (en prensa).

<sup>28</sup> Muy conciso el comentario de ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014, que en parte se hace eco de haciéndose eco de las Conclusiones del Abogado General (Asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, resuelto en STJUE de 30 de abril de 2014), acerca del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en cuanto el carácter claro y comprensible de estas cláusulas «debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor debe, además de comprender el contenido de una cláusula contractual, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva». Visto en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>

<sup>29</sup> Al consentimiento «libre e informado» aluden reiteradas Sentencias del TJUE, entre otras, la de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11), en su apartado 35.



RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «*Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*», Reus, Madrid 2019, 924 páginas

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos en la protección de datos personales. Asimismo, la recogida y el intercambio de datos han aumentado de forma significativa a la par que las personas físicas difunden cada vez un mayor volumen de información personal a escala mundial, lo que exige dotar a aquellas de un mayor control sobre sus propios datos personales. En este contexto, se requiere que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales sea coherente y homogéneo, y que se opere sobre un marco jurídico uniforme y sólido que evite las divergencias entre las distintas normativas de los Estados miembros, además de eliminar los obstáculos que dificultan la labor de circulación de los datos personales en la Unión Europea. Para ello, se aprueba el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) de aplicación desde el 25 de mayo de 2018, que supone la revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos, y que viene a garantizar un nivel uniforme y coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión Europea. Tiene como objeto establecer las normas relativas a la protección de la persona física en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos; proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, en particular, su derecho a la protección de los datos personales; y, asimismo, que la libre circulación de los datos personales en la Unión no pueda ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales (art. 1). Respecto al ámbito material de este Reglamento, se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, y al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Al

respecto, el Reglamento (CE) número 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal se adaptarán a los principios y normas de este Reglamento de conformidad con su artículo 98. Por el contrario, no se aplica al tratamiento de datos personales: a) En el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión; b) Por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención (art. 2). En todo caso, en sus considerandos números 27, 158 y 160 excluye, precisamente, de su ámbito subjetivo de aplicación los datos de personas fallecidas, sin perjuicio de que otros derechos, como el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, puedan ser protegidos tras el fallecimiento de la persona. No obstante, posibilita que los Estados miembros puedan establecer normas relativas al tratamiento de personas fallecidas. En fin, se opta por una protección de las personas físicas tecnológicamente neutra y no dependiente de las técnicas que se utilicen.

Por otra parte, en el citado Reglamento se contienen un número importante de habilitaciones legales a los Estados miembros para que regulen determinadas materias, permitiendo también, en su considerando número 8, que sus normas sean especificadas, interpretadas y excepcionalmente restringidas por los derechos de los Estados miembros, incorporando al Derecho nacional provisiones contenidas específicamente en el Reglamento en la medida que sea necesario por razones de coherencia y comprensión para sus destinatarios. Sobre tales premisas, se aprueba la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuyo objeto es adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento General de Protección de Datos, completar sus disposiciones y garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución española. Respecto a su ámbito de aplicación, se indica que lo dispuesto en los títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de esta Ley Orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Asimismo, el artículo 2 apartado 1 de esta Ley Orgánica dispone que no será de aplicación: a) A los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento general de protección de datos por su artículo 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo; b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3; c) A los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

El libro que se presenta se centra en un análisis jurídico-crítico de la citada Ley Orgánica 3/2018, además de acuerdo con lo previsto en el Reglamento General de Protección de Datos en cada una de las materias que son objeto de regulación en ambas normativas, sin perjuicio de aquellas que son objeto de regulación específica en una u otra norma, operando esta investigación sobre todas ellas. Se trata de un análisis exhaustivo de la totalidad de la Ley y del Reglamento. Así, se examina el objeto, ámbito material y territorial de ambas normativas; los principios de protección de datos —exactitud, deber de confidencialidad—; el tratamiento de datos amparado por una ley y, en consecuencia, las posibles habilitaciones legales para el tratamiento fundadas en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el Reglamento General de Protección de Datos, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una ley; al tratamiento de categorías especiales de datos respecto de

los que se consagra el principio de reserva de ley para su habilitación, si bien, dicha previsión no solo alcanza a las disposiciones que pudieran adoptarse en el futuro, sino que también se dejan a salvo las distintas habilitaciones legales actualmente existentes; al tratamiento de datos de naturaleza penal; al campo de operatividad de la responsabilidad pro activa (*accountability*) —siendo de destacar la política de seguridad en el tratamiento de los datos personales (evaluación de impacto, consulta previa, violaciones o brechas de seguridad)—; a la importancia del consentimiento en el tratamiento de los datos que, por una parte, ha de proceder de una declaración o de una clara acción afirmativa del afectado, excluyendo lo que se conoce como «consentimiento tácito», y por otra, alcanza a una pluralidad de finalidades, por lo que será preciso que conste de manera específica e inequívoca que se otorga para todas ellas; se hace, asimismo, especial mención al consentimiento de menores de edad y su protección, destacando la edad de catorce años para que un menor preste su consentimiento; también, se hace oportuna referencia a los derechos de las personas físicas y su ejercicio, adaptando para ello, por un lado, al Derecho español el principio de transparencia en el tratamiento de datos previsto en dicho Reglamento europeo, y al derecho de los afectados a ser informados acerca del tratamiento de sus datos, recogiendo al efecto la denominada «información por capas»; y, por otro, se contemplan los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, derecho a la limitación del tratamiento y derecho a la portabilidad, cuyo contenido en su mayor parte es una remisión a la regulación contenida en tal Reglamento europeo.

Se analizan también aquellas «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos», examinando para ello, en primer lugar, aquellos respecto de los que el legislador establece una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos. A continuación referirse a los supuestos de videovigilancia, los ficheros de exclusión publicitaria o los sistemas de denuncias internas en que la licitud del tratamiento proviene de la existencia de un interés público —con un tratamiento específico de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de octubre relativa a la protección de las personas que informen sobre infracción del Derecho de la Unión (Directiva europea *whistleblowing*)—; y, a la licitud de otros tratamientos regulados en el capítulo IX del Reglamento europeo, como son los relacionados con la función estadística o con fines de archivo de interés general.

Por otra parte, se destaca la actuación de las autoridades de control, tales como la Agencia Española de Protección de Datos; y del Comité Europeo de Protección de Datos, como organismo independiente de la Unión. Asimismo, se hace mención al régimen relativo al responsable o encargado del tratamiento como sujetos activos en el tratamiento de datos personales y su protección; al Delegado de Protección de Datos; a los recursos, responsabilidad y sanciones contenidas en ambas normativas; a la sustanciación de las transferencias internacionales de datos personales o flujos transfronterizos de datos, en especial, ante el reto del Brexit; y, a la tecnología *blockchain*, internet de las cosas, la inteligencia artificial en el campo de la privacidad. Igualmente, siendo objeto de regulación únicamente y de forma novedosa en la Ley Orgánica 3/2018 se analiza, en profundidad el título X en el que se reconocen y garantizan un elenco de derechos digitales de los ciudadanos, así, además de la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital; se tratan los derechos al olvido en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes; a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes; los derechos digitales en el ámbito laboral; el derecho de rectificación en Internet; el derecho



de actualización de informaciones en medios de comunicación digitales; las políticas gubernamentales de impulso de los derechos digitales; la disposición *mortis causa* del patrimonio digital (testamento digital); la protección de los menores en Internet; la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

Atendiendo al tratamiento completo que se lleva a cabo en este libro sobre la Ley Orgánica 3/2018, se hace oportuna referencia, asimismo, a las disposiciones adicionales contenidas en la misma, que tratan cuestiones como las medidas de seguridad en el ámbito del sector público, protección de datos y transparencia y acceso a la información pública, cómputo de plazos, autorización judicial en materia de transferencias internacionales de datos, la protección frente a prácticas abusivas que pudieran desarrollar ciertos operadores, o los tratamientos de datos de salud, entre otras.

Y, en fin, se analizan las modificaciones en diversas normas como: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en relación, precisamente, con el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas por parte de los partidos políticos; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y en relación con la garantía de los derechos digitales, también se analizan las modificaciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; y, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

DAJCZAK, Wojciech. *Derecho romano de obligaciones – Continuidad y modificaciones en la tradición jurídica europea*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, 339 páginas.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO  
*Catedrático de Derecho civil*  
*Universidad de Málaga*

Creo que son cada vez más los romanistas que sienten la necesidad de superar la tradicional barrera temporal representada por la Compilación de Justiniano para adentrarse, en sus trabajos y exposiciones, hasta casi nuestros días. No se olvide que el Derecho romano estuvo vigente, de un modo u otro, hasta la época de las codificaciones. Y que la historia de ese largo periodo intermedio —la segunda vida del Derecho romano, comparable, como dijera VINOGRADOFF, a la historia de un fantasma desprendido del cuerpo en que vio la luz—, apenas ha sido aún contada, pues los historiadores del Derecho han preferido centrar su atención en el Derecho público. Con lo cual es lógico que los romanistas

actuales estén entrando con paso cada vez más decidido en ese terreno para desbrozar el intrincado proceso evolutivo que va desde el *Corpus Iuris* a las modernas codificaciones.

El libro que recensiono se integra claramente en esa línea de trabajos. En ese sentido, puede decirse que el título (Derecho romano de obligaciones) es un tanto engañoso, y solo resulta coherente con el contenido a la luz del subtítulo (continuación y modificaciones en la tradición jurídica europea). El autor, catedrático en la universidad de Poznan, poco conocido quizá para el jurista de habla española, pero no para el romanista de intereses amplios —pues, más allá de en lengua polaca, cuenta con numerosas publicaciones en alemán, italiano e inglés—, realiza un esfuerzo para explicar el derecho romano de obligaciones en su periodo clásico, pero continuando luego su explicación hasta las evoluciones de nuestros días (y esto, en sentido literal, pues son numerosas las referencias a la reforma del Derecho alemán de obligaciones de 2002, así como a la francesa de 2016).

Por su concepción y su sistema, es un libro que pretende mediar entre las exposiciones solo aptas para especialistas y los libros divulgativos de corte introductorio. Reconoce en el prólogo que las dos propuestas más acabadas de exposición histórica del Derecho de obligaciones, una más generalista y otra más especializada, son las de ZIMMERMANN y DEROUSSIN (con sus bien conocidos «The law of obligations» y «Histoire du droit des obligations»). Pero que los respectivos resultados representan un reto excesivo para un estudiante de Derecho. Por eso intenta la presentación de un libro intermedio, que penetrando en las instituciones, y no manteniéndose solo en la superficie de las fuentes y los autores, pueda a la vez servir a fines didácticos y docentes.

El resultado es una obra muy medida y equilibrada en sus partes. El núcleo fundamental, y en ese sentido el título es coherente al contenido, es la exposición del Derecho romano de obligaciones. Pero en cada capítulo se recoge también, aunque no siempre con la misma amplitud, una exposición de la evolución posterior. A veces, ciertamente, se echa en falta una mayor penetración en el periodo del *ius commune*, pues se opera quizá una transición demasiado rápida hacia los desarrollos modernos (así, en fuentes de las obligaciones, pluralidad de sujetos en la relación obligatoria o responsabilidad en la compraventa; no, en cambio, en sede de obligatoriedad del contrato o causa, por citar algunos ejemplos); pero también es verdad que ese Derecho del *ius commune* es el que requiere aún de mayor trabajo historiográfico, y que no se puede pedir al especialista que aborda una obra general de tan amplias pretensiones que demuestre su condición en cada una de las materias. El conjunto es de más que notable calidad, y el lector saldrá enriquecido con un conocimiento global del desarrollo de las instituciones que no es fácil de alcanzar.

Lógicamente, por la formación del autor, muy centroeuropea, se observa una clara focalización en esos Derechos, de particular importancia para el Derecho privado contemporáneo. La comparación entre el Derecho francés y el alemán es muy continua, y se ve complementada con los desarrollos del Derecho en Polonia, y con referencia a otros ordenamientos continentales, como el suizo, así como con algunas menciones a los sistemas del *Common Law*. En cambio, el Derecho español no es objeto de alusión alguna, probablemente por no hallarse el autor familiarizado con él.

Ese hecho provoca también que el tono expositivo se torne a veces difícil de seguir, también, sin duda, por la dificultad de una exposición sintética de la materia. En ese sentido, es claro que la obra es una estupenda exposición del desarrollo histórico del derecho de obligaciones, pero que puede hacerse más difícil de entender, como libro de instituciones, al que carezca de conocimientos previos sobre las figuras jurídicas objeto de estudio.

He dicho antes que el libro es muy equilibrado internamente, y esta afirmación se corrobora analizando sus partes. A la llamada teoría general del Derecho de obligaciones y contratos corresponde la mitad de las páginas del sintético tratado, mientras que los contratos en particular, agrupados por sus diversas finalidades, y los diversos daños de origen delictual se agrupan en una segunda parte de similar longitud.

En fin, no cabe sino felicitarse de que el autor haya elegido la lengua castellana para publicar un libro de historia del Derecho privado que no es en sí una traducción, sino a lo sumo una versión ampliada de otras obras y tentativas previas, como el mismo autor relata en la introducción. Así como hay que alegrarse de que haya casas editoriales que sigan apostando por publicar trabajos de neto perfil académico. Con una excelente presentación que revaloriza el valor de la obra.

# 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](http://www.apastyle.org).

- Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.  
  
Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- Capítulo de Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial 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.lopdc@corpme.es.







Suscripción anual: 120,99 €  
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002