

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCV • Enero-Febrero • Núm. 771

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 XCV • Enero-Febrero 2019 • Núm. 771

---

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 Mercantiles  
de España

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

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

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad

### Secretario

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad

## Consejeros

**Eugenio Fernández Cabaleiro**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**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

**Joaquín Rams Albesa**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**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**  
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 Ezquerra**  
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



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### **ESTUDIOS / STUDIES**

- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros» / *Consumer remedies for abusive clauses in non-financial instruments* ..... 13
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «Medios de defensa del deudor ejecutado en los procedimientos de ejecución» / *Instruments that correspond to the executed debtor in enforcement proceedings* ..... 67
- MATO PACÍN, María Natalia: «La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura Ley?) de contratos de crédito inmobiliario» / *Control of material transparency in the Draft Law (and in the Law to be adopted?) regulating real estate credit agreements* ..... 115
- SIMÓN MORENO, Héctor «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?» / *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the constitutionalisation of private law: a new way to protect the right to housing?*..... 161

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

- OREJAS CASAS, Jose Antonio: «La necesidad de conseguir fines generales por parte de las fundaciones» / *The need to obtain general purposes by the foundations* ..... 203



**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.....	255
---	-----

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «¿Se puede renunciar a la patria potestad?» / *Is it possible to renounce parental authority?*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 347

1.2. Derecho de familia:

- «La reclamación de la filiación no matrimonial: legitimación y efectos» / *The claim of the filiation not matrimonial: Legitimization and effects*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT ..... 357

1.3. Derechos reales:

- «¿Quién debe pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados? Reflexión sobre los beneficios de la garantía hipotecaria y sus destinatarios» / *Who should pay the tax of Documented Legal Acts? Reflection on the benefits of the mortgage guarantee and its recipients*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 394

1.4. Sucesiones:

- «Reserva lineal, derecho de representación y transmisión del *ius delationis*» / *Linear reservation, right of representation and transmission of the «ius delationis»*, por Ángel JUÁREZ TORREJÓN..... 413

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «La aplicación de las cláusulas penales en caso de desistimiento anticipado de contratos de arrendamiento de local comercial. Análisis de la sentencia del Tribunal

Supremo de 3 de abril de 2018» / <i>The effects of the penalty clauses applicable to the early termination of lease agreements for comercial prenisses. Analysis of the Supreme Court judgment of April 3rd, 2018</i> , por Jordi SAGRERA RULL .....	445
1.6. Responsabilidad civil:	
— «La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo» / <i>Civil Liability of the Healthcare Provider Insurance Companies with Regard to the Doctors included in their Medical Network</i> , por Esther MONTERROSO CASADO .....	456
1.7. Concursal:	
— «Las decisiones de los tribunales sobre el ámbito de la valoración de las garantías afectas al privilegio especial en el concurso de acreedores» / <i>Caselaw on the value of guarantees affected by the special privilege in insolvency proceedings</i> , por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES .....	475
2. MERCANTIL:	
— «La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales» / <i>The unconstitutionality of the corporate's winding up by Mercantile Register due of lack of adapting on Professional Companies Act</i> , por Francisco REDONDO TRIGO .....	499
3. URBANISMO:	
— «La anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018» / <i>The preventive annotation of the contentious-administrative appeal according the Supreme Court's decision of 20 september 2018</i> , por Vicente LASO MARTÍNEZ .....	518
<b>ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS</b>	
Información de actividades .....	531

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY  
INFORMATION**

«La prueba civil: aspectos problemáticos», de VV.AA, por Santiago ARA-  
GONÉS SEIJO ..... 545

# ESTUDIOS



# Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros

## *Consumer remedies for abusive clauses in non-financial instruments*

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES  
*Profesora Doctora de Derecho civil*  
*Acreditada a Profesor Ayudante Doctor*  
*Universidad de Cádiz*

*RESUMEN:* Este artículo tiene por objeto examinar los remedios de los que dispone el consumidor para hacer frente a la abusividad en la contratación bancaria de cualquier instrumento no financiero. Estos se estructuran en unos controles preventivos, que afectan a la fase de formación del contrato y que permiten evitar su excesiva onerosidad, y unos remedios, en sentido estricto, que inciden en su ejecución. En atención a la importancia que ha tenido en los últimos años la inobservancia de estos controles en los préstamos hipotecarios, y por la reciente jurisprudencia en materia de consumo que los ha ampliado, se reservará una parte final con algunas soluciones para las cláusulas potencialmente abusivas.

*ABSTRACT:* This paper analyses consumer remedies for abusive clauses in banking contracts of non-financial instruments. This protection refers, on the one hand, to some preventive controls, in particular regarding contract formation to avoid hardship and, on the other hand, to some remedies in contract execution. In accordance with the importance of abusive clauses in mortgage loans and

*consumer case law, which has extended these controls, we will finally examine some solutions to this matter for potentially abusive clauses.*

**PALABRAS CLAVE:** Deber de información precontractual. Cláusulas abusivas. Control de incorporación. Control de transparencia. Excesiva onerosidad.

**KEY WORDS:** *Pre-contractual information duties. Abusive clauses. Incorporation test. Transparency rules. Hardship.*

**SUMARIO:** I. EL CONSUMIDOR ANTE LOS INSTRUMENTOS NO FINANCIEROS: I.1. LA SELECCIÓN ADVERSA COMO ORIGEN DE LA ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS BANCARIOS. I.2. ¿CONSUMIDOR MEDIO, CONSUMIDOR EXPERTO O UN PRETENDIDO INVERSOR? HACIA LA «CLIENTELA BANCARIA» PARA TODO CONSUMIDOR. — II. LOS CONTROLES DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES COMO GARANTÍA DEL VÁLIDO CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR: II.1. DOS PIEZAS DE UN MISMO ENGRANAJE: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO PREVENCIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DEL CONTRATO. II.2. LA TRANSPARENCIA Y LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: UNA VÍA PARA SU CONTROL. II.3. LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO Y EL CONTROL INDIRECTO SOBRE LA RELACIÓN CALIDAD-PRECIO. — III. REMEDIOS PARA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: III.1. CLÁUSULAS DE NATURALEZA FINANCIERA: CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA Y CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA. III.2. CLÁUSULAS SOBRE LA FIJACIÓN Y CÁLCULO DE LOS INTERESES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SUELO Y AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO MULTIDIVISA. III.3. CLÁUSULAS DE NATURALEZA PERSONAL U OBLIGACIONAL RELATIVAS A LOS GASTOS ACCESORIOS AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. — IV. CONCLUSIONES.

## I. EL CONSUMIDOR ANTE LOS INSTRUMENTOS NO FINANCIEROS

En los últimos años, se ha acentuado la tutela de los consumidores en la contratación de instrumentos no financieros, en particular de préstamos hipotecarios, ante la existencia de cláusulas abusivas. Estos instrumentos se definen en un sentido negativo, pues se refieren a aquellos que no se encuentran previstos como instrumentos financieros destinados a inversores en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores<sup>1</sup>. La protección del consumidor en la contratación de estos instrumentos debe ir más allá de la observancia de los controles de incorporación y contenido, respecto de las condiciones generales,

y de transparencia para aquellas cláusulas no negociadas individualmente. En definitiva, se trata de erigir un verdadero estatuto del consumidor para cualquier instrumento no financiero, para que se pueda adaptar a nuevas realidades como los *smart contracts*. Conviene sentar en estas líneas un concepto de *remedio* en sentido amplio, que incluya los remedios legales frente al incumplimiento, situados en la fase de ejecución del contrato, y que también comprenda aquellos controles preventivos que se localizan en la fase de formación. En materia de protección al consumidor, estos controles cobran una especial relevancia por su posición de inferioridad en la relación jurídica y por la hegemonía del acreedor en el mercado de crédito.

La armonización de la protección al consumidor que la normativa europea ha exigido requiere de un examen sobre su adecuada transposición, en atención a la variedad de instrumentos no financieros existente. En la contratación con consumidores, por no tratarse de inversores, la protección se erige como un elemento fundamental para garantizar la igualdad de las partes en este proceso. Esta protección resulta todavía más necesaria en la comercialización indebida de instrumentos financieros a consumidores, que no reúnen ni el perfil de inversor, ni los conocimientos necesarios para la comprensión del producto correspondiente, especialmente en el caso de las participaciones preferentes, la deuda subordinada o los *swaps*. En este sentido, en junio de 2018 se presentaron en el Parlamento Europeo cuatro informes titulados *Mis-selling of Financial Products*, en los que se analiza la *Marketing Sale and Distribution* (ALEXANDER, 2018) o comercialización de productos financieros, la *Subordinated Debt and Self-placement* (CONAC, 2018) o comercialización de productos híbridos por cuenta propia, y los informes relativos al *Consumer Credit* (CHEREDNYCHENKO, MEINDERTSMA, 2018) o crédito al consumo y al *Mortgage Credit* (ZUNZUNEGUI, 2018) o crédito hipotecario. Estos estudios constatan varios fraudes en la contratación con consumidores, entre los que destacan la comercialización indebida de participaciones preferentes y los abusos en los préstamos hipotecarios, especialmente en las cláusulas suelo y las cláusulas relativas a los gastos hipotecarios. Para subvenir a estas arbitrariedades, los expertos que han elaborado los informes recomiendan crear autoridades nacionales de protección del consumidor. Asimismo, manifiestan que se debería actuar en dos planos: por un lado, disciplinando a las entidades financieras y, por otro lado, compensando a los consumidores perjudicados. En relación con este último punto, aconsejan que los problemas colectivos en la contratación con consumidores tengan soluciones colectivas. Finalmente, como aludiremos más adelante, sugieren completar con remedios civiles las sanciones administrativas ante los fraudes financieros.

Ante los desequilibrios originados por la práctica bancaria, que se ha demostrado excesivamente mordaz en los últimos años a la luz de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre cláusulas abusivas, este trabajo pre-



tende establecer unas orientaciones comunes para la contratación de los instrumentos no financieros. En este sentido, los controles existentes y el deber de información precontractual tienen una especial relevancia, en aras de evitar la excesiva onerosidad del contrato, y la necesaria readaptación del contrato, así como el sobreendeudamiento del consumidor. La protección del consumidor viene fuertemente influenciada por la normativa europea y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que vinculan y en muchas ocasiones corrigen a nuestros tribunales. La jurisprudencia europea sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios ha resultado determinante para acabar con los abusos producidos, especialmente cuando sus prestaciones esenciales resultaban excesivamente gravosas. Por este motivo, el trabajo partirá del origen de la abusividad en los contratos bancarios, en particular en los contratos de crédito inmobiliario, para superar las categorías existentes de consumidores y avanzar hacia su protección como clientela bancaria. Seguidamente, se atenderá a los controles de las cláusulas contractuales, y se reservará la parte final para precisar aquellos remedios concretos ante la existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Entre las prestaciones especialmente litigiosas destacan aquellas relativas al precio —en particular, los intereses y el reembolso—, como se ha observado en la jurisprudencia sobre las cláusulas suelo y la relativa al préstamo hipotecario multidivisa. Con el objetivo de contextualizar esta investigación y el examen de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, resulta necesario concluir estos apuntes introductorios con los datos oficiales de la Estadística de Hipotecas<sup>2</sup> de 2017. Hasta esa fecha, existen un total de 429.082 préstamos hipotecarios constituidos, 310.096 de los cuales recaen sobre viviendas y cuyo valor medio se sitúa en 115.617 euros. En consecuencia, estos datos sitúan a este instrumento no financiero como el que más incidencia económica presenta respecto de otros<sup>3</sup>.

#### I.1. LA SELECCIÓN ADVERSA COMO ORIGEN DE LA ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

La proactividad de los consumidores en la defensa de sus intereses ha dado un impulso a la jurisprudencia europea sobre las cláusulas abusivas<sup>4</sup>, centrada en el objeto del contrato y sus prestaciones esenciales. El desequilibrio que provoca la abusividad en la contratación con consumidores no deja de ser un problema de *selección adversa* (CUENA, 2015, 516), es decir, un funcionamiento deficiente del mecanismo préstamo-riesgo. Este desequilibrio se produce cuando el prestamista no evalúa correctamente la solvencia del deudor y, desde una posición de privilegio, traslada la totalidad del riesgo al consumidor, cuya manifestación lo convierte en un sesgo retrospectivo ya irremediable. La selección adversa tiene tres manifestaciones negativas en el mercado de crédito hipotecario. Por una

parte, una mala evaluación del riesgo por parte de entidades financieras demasiado optimistas. Por otra parte, la inexistencia de incentivos para monitorizar el riesgo al recibir una garantía sujeta a variaciones del valor, como ha venido sucediendo en los últimos años en los que el valor del préstamo hipotecario era muy superior al de la garantía. Finalmente, la manifestación más extrema de las consecuencias de la insolvencia se expresa en los préstamos hipotecarios que afectan a la vivienda principal y los problemas sociales derivados de la ejecución de las garantías reales; desde el 2008 se han producido en España 686.305 ejecuciones hipotecarias, que han derivado en 547.100 lanzamientos<sup>5</sup> (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2018, 66).

Estos datos se explican por la existencia de un problema estructural de planificación del acceso a la vivienda. Legislativamente, se ha priorizado la propiedad como régimen de tenencia por la seguridad que proporciona, sin evaluar debidamente que puede comprometer la capacidad económica del consumidor a largo plazo. Esta prevalencia de la propiedad ha ido en detrimento de otros regímenes de tenencia que deberían ser complementarios y no anecdóticos en proporción, como el arrendamiento o las tenencias intermedias, referidas a la propiedad temporal y la propiedad compartida recientemente previstas en Cataluña. En este sentido, las estadísticas<sup>6</sup> sobre vivienda de EUROSTAT cuantifican en un 70,1% los europeos que residen en una vivienda en propiedad, mientras que en España este dato aumenta hasta el 78%. El acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento es todavía escaso en España porque representa el 21,2%, situándose la media de los Estados miembro de la Unión Europea en el 29,9%. Estos datos se distribuyen en el ámbito interno en una proporción de un 11,2% en arrendamiento ordinario y de un 10% en arrendamiento protegido, cuando la media europea supone un 19,1% y un 10,8% respectivamente. A estas externalidades negativas han pretendido aportar soluciones el legislador estatal<sup>7</sup> —mediante la suspensión de los lanzamientos y el arrendamiento derivado de la dación en pago de la vivienda habitual— y los legisladores autonómicos<sup>8</sup> de Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana, de las cuales merecen una especial atención, por su innovación y por la ruptura con el paradigma residencial de la vivienda en propiedad, las dispuestas por el legislador catalán.

Superar estas consecuencias negativas derivadas de la selección adversa en el mercado de crédito exige que las entidades financieras no incurran en el conocido como *riesgo moral*, por no evaluar adecuadamente la capacidad económica de los deudores ante la propiedad como paradigma residencial. En definitiva, requiere que estas entidades no se comporten como *lazy banks*, aumentando los tipos de interés a quienes tengan una solvencia cuestionable y provocando el colapso del mercado de crédito hipotecario que se produjo en el año 2007; deben, por el contrario, comprobar previamente la solvencia del consumidor y reservar sus fondos para quienes les proporcionen una mayor seguridad. La falta de garantías en la concesión de préstamos hipotecarios, y en

general la selección adversa en la contratación bancaria, podría solucionarse con un mayor incremento del intercambio de información entre todas las entidades financieras, para evitar un sistema bancario asimétrico y controlar el endeudamiento secuencial de un consumidor con distintas entidades.

## I.2. ¿CONSUMIDOR MEDIO, CONSUMIDOR EXPERTO O UN PRETENDIDO INVERSOR?: HACIA LA «CLIENTELA BANCARIA» PARA TODO CONSUMIDOR

El *average consumer* o consumidor medio (HUALDE, 2016, 12-31) es el estándar que adopta la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior<sup>9</sup>. Este concepto fue creado por la jurisprudencia<sup>10</sup> del Tribunal de Justicia para identificar al consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (WILHELMSSON, 2004, 317-337). Este patrón permite evaluar el comportamiento desleal de la entidad financiera en atención a los parámetros de la buena fe contractual, en particular respecto del deber de información precontractual, esencial para cumplir con el control de transparencia. A estas consideraciones, se le suma la expansión (EBERS, 2018, 148-150) del concepto de *consumidor* que se produjo en España y otros países<sup>11</sup> en el momento de la transposición de la Directiva. Consideran como consumidores a todos los destinatarios finales y, en consecuencia, se produce una extensión del control de las cláusulas, por cuanto comprende no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas y a las relaciones contractuales atípicas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia diferencia entre consumidor medio y consumidor vulnerable (TRZASKOWSKI, 2016, 25-49), ambos contenidos respectivamente en el artículo 5.2 y 3 de la Directiva 2005/29. El parámetro del consumidor vulnerable operará cuando la existencia del contrato en cualquiera de sus fases, incluidos los actos pertenecientes a la fase de formación, afecten a un grupo de consumidores que se encuentren alejados del parámetro del consumidor medio por sus características personales o coyunturales<sup>12</sup>. Este consumidor vulnerable goza de la misma protección que el consumidor medio, pues esta distinción solo se refiere a la apreciación de su mayor debilidad en la relación contractual.

En un sentido contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro Tribunal Supremo efectúa otra distinción: por un lado, el consumidor medio, conforme a los estándares expuestos; y, por otro lado, el consumidor experto, quien se ve privado de su protección en atención a sus conocimientos financieros, a pesar de intervenir en una posición de inferioridad por la que la normativa de consumo le otorga protección. Una correcta práctica del deber de información será absolutamente necesaria en el caso del consumidor medio, aunque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>13</sup> no lo será ante un

consumidor experto. En particular, considera exigible el deber de información precontractual cuando el consumidor carezca de conocimientos financieros, por la asimetría que se produce respecto de la entidad financiera. Sin embargo, ante un consumidor experto no procederá la anulación por error, porque en ningún caso la información proporcionada puede considerarse como insuficiente, aunque lo fuese para un consumidor medio.

El problema de la diferenciación entre consumidor medio y consumidor experto es que otorga niveles de protección distintos, por cuanto equipara al consumidor experto con el inversor que contrata un instrumento financiero. Debemos señalar que el consumidor es objeto de protección por su posición en la relación jurídica, con independencia de sus conocimientos. Además, la carga de la prueba de estos conocimientos —y por ende de la falta de necesidad de protección— va a recaer en la entidad financiera que los alegue, por tratarse de un hecho obstativo de la pretensión tuitiva del consumidor, de conformidad con el artículo 217.3 LEC. Este elemento puede convertir en consumidores expertos a quienes materialmente no lo sean, en atención a prácticas abusivas como la comercialización de instrumentos financieros a consumidores. Asimismo, resulta difícil establecer un umbral objetivo de conocimientos a partir del cual un consumidor puede considerarse experto; los pronunciamientos del Tribunal Supremo señalados anteriormente atienden únicamente a la actividad profesional desempeñada y en ningún caso a la obtención de una titulación superior, que probaría inequívocamente ese conocimiento experto.

El criterio de consumidor experto equipara su estatus con el del inversor que contrata un instrumento financiero, cuando el perfil no se corresponde y por tanto la desprotección no resulta adecuada. El consumidor debe tener unas garantías tuitivas en el proceso de contratación, por su posición de inferioridad frente a la entidad bancaria y con independencia del instrumento contratado. En consecuencia, la aplicación de los controles que posteriormente examinaremos no puede depender de los presuntos conocimientos del consumidor, porque puede verse igualmente sometido a un comportamiento abusivo cuyas consecuencias solo podrán mitigarse mediante los remedios previstos para la inobservancia de estos controles. En definitiva, la protección del consumidor debe depender únicamente de la calificación subjetiva del deudor como consumidor, ante cualquier instrumento no financiero y también en los financieros cuando los hayan contratado a pesar de no ser inversores.

La desprotección por la categorización del consumidor según su nivel de conocimientos financieros tampoco resulta adecuada a la luz de la normativa de transparencia bancaria. Esta centra el sujeto de protección en la *clientela bancaria* (MINOR, 2012, 163-168), es decir, cualquier persona física adherente a un contrato. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios<sup>14</sup> dibuja en su artículo 2.1 el paradigma de la relación contractual entre la entidad de crédito y el cliente persona

física. En este sentido, supone que el cliente persona física tiene mermada o nula su capacidad de negociación y de conocimiento del instrumento, sin que la norma efectúe ninguna otra distinción. El consumidor de un instrumento no financiero será toda persona física, usuaria de un servicio bancario y adherente a un contrato bancario, que actúe con un propósito distinto al propio de su actividad profesional. Esta última exigencia deriva del artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>15</sup>, en adelante LGDCU. En consecuencia, no encajan en el concepto de consumidor del artículo 3.1 LGDCU el cliente de una entidad financiera que sea persona física, por comprender a empresarios individuales, el deudor hipotecario de un préstamo para la adquisición de vivienda, porque su normativa sectorial considera cliente a toda persona física que la adquiere y por tanto puede incluir a empresarios, ni el consumidor de servicios de crédito<sup>16</sup>.

A pesar de esta exclusión, estas personas que hemos referido pueden igualmente experimentar las consecuencias negativas del desequilibrio de hecho que se produce en la relación contractual. Por este motivo, deberían superarse las categorizaciones de consumidor y proteger al deudor en atención a la presencia de abusividad en la relación contractual, derivada de un desequilibrio intrínseco. Para subvenir a este problema, existen inconvenientes prácticos como la masificación de las relaciones contractuales, con la consiguiente predisposición y estandarización de las condiciones contractuales, y una cierta despersonalización de su contenido (BARRAL, 2012, 486-487), unas circunstancias que por sí mismas ya superan la noción de consumidor. La principal ventaja que tiene desterrar esta y otras distinciones restrictivas y de matiz es que permite incorporar nuevas realidades, como los *smart contracts*, y adelantar la protección porque, en definitiva, ponen el acento en la asimetría material de la relación jurídica. Asimismo, el margen de negociación que pueden tener los deudores referidos puede ser equiparable al de un consumidor, porque la entidad financiera mantiene su posición hegemónica en el mercado y por ende en la relación jurídica.

## II. LOS CONTROLES DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES COMO GARANTÍA DEL VÁLIDO CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR

La normativa de protección al consumidor garantiza que su consentimiento esté válidamente prestado, en atención a la observancia de una serie de controles para los que resulta imprescindible el cumplimiento del deber de información precontractual. En consecuencia, la fase del contrato que se ve afectada es la fase de formación, que se corresponde con la oferta y su publicidad, así como la información previa; en ningún caso afecta a la formalización o firma del contrato<sup>17</sup>, con independencia de si debe mediar escritura pública (GÓMEZ,

2014, 180). La normativa distingue entre los clientes bancarios y los clientes no bancarios, cuando en ambos casos se trata de consumidores, una distinción que se va a resolver cuando se trasponga finalmente la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial<sup>18</sup>. Conviene señalar que España —al igual que Croacia, Chipre y Portugal— ha incumplido el deber de trasposición de la Directiva 2014/17. Esta falta de transposición puede obedecer a las dificultades aludidas por la doctrina (ARROYO, 2017, 31; ALBIEZ, 2015, 1-30) para identificar las normas afectadas y su distinto rango. Este hecho ha motivado que la Comisión Europea haya solicitado al Tribunal de Justicia que imponga a España una sanción coercitiva diaria de 105.991,60 euros.

Por lo que aquí interesa, en los instrumentos no financieros que estamos examinando nos referiremos en todo caso a *clientes bancarios*, puesto que los distintos contratos bancarios llevan aparejada una especial protección por la cualidad de su contratante como consumidor, a diferencia de los instrumentos financieros que van referidos a inversores. En el caso de la comercialización de un instrumento no financiero, por ejemplo, un préstamo hipotecario, combinado con un instrumento financiero, como los *swaps*, deberán aplicarse igualmente estos controles porque se comercializan a consumidores y, sobre todo, porque la conducta del empresario es calificable de práctica comercial desleal. Este último es uno de los elementos que, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>19</sup>, puede utilizarse para apreciar la abusividad en las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor<sup>20</sup>.

A modo introductorio y remitiéndonos a un análisis posterior en los siguientes subapartados, resultan esenciales tres controles en los instrumentos no financieros para la válida prestación del consentimiento por parte del consumidor: el control de incorporación y el control de contenido, respecto de las condiciones generales, y el control de transparencia, para cualquier cláusula no negociada individualmente. Por una parte, el control de incorporación, que proviene de la doctrina alemana que lo conoce como *Einbeziehungsvoraussetzung*, es uno de los relativos a las condiciones generales de la contratación. Se trata de un control formal sobre los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de acuerdo con el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación<sup>21</sup> —en adelante LCGC—, así como la no incorporación de cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, según el artículo 7 b). Este último precepto dispone que una cláusula contractual, a pesar de ser incomprensible para el consumidor medio, se incorpora al contrato si cumple con los requisitos de la legislación sobre transparencia bancaria. En los nuevos escenarios que pueden derivarse de la implementación de los *smart contracts*, este es el único de los controles de las cláusulas contractuales que analizaremos que no sería necesario adaptar a dicho instrumento, porque

su cumplimiento podría comprobarse en dos estadios: *ab initio*, mediante la incorporación de las Condiciones Generales de la contratación; y, durante su formación, a través de la tecnología *blockchain* aparejada a dichos contratos, que permite el cruce automático de información entre distintas instituciones para comprobar si las Condiciones Generales han sido incorporadas al contrato de una forma transparente, y así permitir finalmente la perfección del contrato.

La transparencia bancaria actúa como un control de incorporación, de conformidad con el artículo 7 b) LCGC. Ambos elementos guardan una estrecha relación por la supervisión que efectúa el Banco de España y el Ministerio de Economía, de suma importancia para garantizar el equilibrio de las prestaciones, aunque la evaluación de la solvencia recaiga en los acreedores y no en el regulador porque las normas de supervisión no han resultado efectivas, a diferencia de lo que sucede con los inversores que contratan instrumentos financieros, cuya intervención efectúa la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La importancia del control de incorporación radica en la predisposición extensiva del contenido del contrato en la contratación en masa, mediante unas condiciones generales de alto contenido técnico (BARRAL, 2015, 27) que no tienen una regulación básica, pero que a su vez no escapan de la sanción de nulidad ante su uso abusivo<sup>22</sup>. En consecuencia, el control de incorporación permite un mejor examen que el de abusividad, porque protege al consumidor y, además, recae sobre cualquier entidad, y no solo sobre las entidades bancarias. Por otra parte, el control de contenido, previsto en el artículo 8.1 LCGC, es aquel examen de carácter formal sobre las condiciones generales que deriva la nulidad de las cláusulas que contradigan lo dispuesto en esta norma en perjuicio del adherente, o que contravengan una norma imperativa.

Para evitar que la mera incorporación al contrato de unas condiciones generales ya valide el consentimiento del consumidor, que puede desconocer funcionamiento del instrumento no financiero porque la predisposición<sup>23</sup> de las cláusulas sea demasiado técnica, debe complementarse con un control de carácter material: el *control de transparencia*. El control de incorporación y el control de transparencia pretenden asegurar que el consumidor comprende los riesgos del instrumento no financiero objeto del contrato. El control de transparencia, esencial para garantizar la válida prestación del consentimiento, exige la claridad y comprensibilidad de las cláusulas. Su ausencia en los instrumentos no financieros, en especial en los préstamos hipotecarios, suele manifestarse en la falta de negociación individual de la cláusula relativa al precio. Finalmente, cabe apuntar como posibilidad que la falta de transparencia podría conllevar la declaración de abusividad de una cláusula *per se*, sin entrar a valorar el resto de parámetros del control de contenido. Sin embargo, no disponemos actualmente en España de un precepto que otorgue carácter abusivo directo, a diferencia del § 307 BGB, y en consecuencia resulta desajustada la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>24</sup> que le otorga este carácter. Además, el Tribunal de Justicia

no apunta esta solución de manera extensiva, porque en la propia Directiva 93/13 no se contiene esta consecuencia (CÁMARA, 2016, 217). Otro desajuste jurisprudencial se observa en los efectos de la falta de transparencia, porque el Tribunal Supremo<sup>25</sup> ha afirmado que su ausencia tiene como resultado la declaración de abusividad de la cláusula afectada, cuando el Tribunal de Justicia sostiene que deberá ser objeto de análisis individualizado en el caso de que no esté redactada de manera clara y comprensible<sup>26</sup>. Además, ha señalado<sup>27</sup> que el objeto de este control es enjuiciar la falta de conocimiento real del alcance del contenido contractual, por considerarlo el origen del principio de transparencia real<sup>28</sup>. Lo que sugiere esta jurisprudencia es que se debe evolucionar de un control estrictamente formal<sup>29</sup> de las condiciones generales, que permite el control de incorporación y el control de contenido, hacia un control de transparencia que garantice una comprensión real de las condiciones económicas del contrato.

## II.1. DOS PIEZAS DE UN MISMO ENGRANAJE: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO PREVENCIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DEL CONTRATO

El deber precontractual de información exige a quien predispone las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que le informe de su contenido y, en particular, de la distribución de los riesgos. Esta exigencia persigue dos objetivos: por un lado, que el consumidor esté mejor informado desde un inicio, de conformidad con la *teoría de los costos transactivos* (SLAWSON, 1971, 529-536), en una relación jurídica que desde un inicio es asimétrica y en la que los costos de transacción y los riesgos se distribuyen de manera desigual; y, por otro lado, proteger al consumidor, porque conforme a la *teoría del abuso* posterior a la Directiva 93/13, el control de las cláusulas predispuestas surge como respuesta a la constatación de que normalmente se imponen a la parte contratante que se encuentra en una inferioridad negocial. La expresión última de este deber y su fundamento es el respeto a la buena fe<sup>30</sup> contractual, regulado en el artículo 1258 del Código civil, así como en el artículo 1.7 de los *Principles of International Commercial Contracts* —en adelante Principios UNIDROIT—, y que igualmente recoge el artículo 1:201 de los *Principles of European Contract Law* o PECL. La buena fe contractual es una exigencia también configurada a nivel europeo en el artículo II.—3:103 del *Draft Common Frame of Reference* —en adelante DCFR—, que no se ha traducido en un texto legislativo definitivo en forma de reglamento europeo —ni tan siquiera la posterior propuesta de Reglamento de compraventa europea del *Common European Sales Law*—, y en el artículo 7 del Anteproyecto de *European Contract Code*<sup>31</sup>, cuya concreción esperamos que no corra la misma suerte que las propuestas anteriores.

El deber de información precontractual es exigible en España en virtud de los artículos 8 y 60 LGDCU, y el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de



medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social<sup>32</sup>. En concreto, el artículo 6 de la Ley 1/2013 exige que los préstamos hipotecarios de un deudor persona física, sobre la vivienda habitual y celebrado en determinadas circunstancias<sup>33</sup>, recojan en la escritura pública que ha sido informado de los riesgos de dicho contrato. Este deber también se encuentra establecido en los artículos 1298 y 1300 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, 2009), que prevé como supuesto de dolo la prestación deficiente del deber de información. Asimismo, existen otras disposiciones<sup>34</sup> que afectan a los préstamos hipotecarios, entre las que destaca especialmente la Orden EHA/2899/2011, mencionada anteriormente, que desarrolla normativamente el denominado *préstamo responsable* (ALCALÁ, 2013, 6-13). El cumplimiento del deber de información de la entidad financiera forma parte de los deberes de información precontractual<sup>35</sup>. En este sentido, en los artículos 20-25 se regulan respectivamente los deberes de información precontractual, que incluyen la guía de acceso al préstamo hipotecario, la ficha de información precontractual, la ficha de información personalizada, los instrumentos relativos a la cobertura del riesgo de tipo de interés, y la mención en la oferta vinculante de la existencia de cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés. Por su parte, los artículos 29 y 30 regulan el contenido de los documentos contractuales y los controles en su otorgamiento. La previsión de estos deberes, además de fundamentarse en la Directiva 93/13, trae causa del § 247 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*<sup>36</sup> o Ley de Introducción al BGB, de Alemania, del artículo L312-2 a 6 del *Code de la consommation*<sup>37</sup> o Código de Consumo, de Francia, y del artículo 120 *septies* del *Decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>38</sup>, o Texto único bancario, de Italia. Estos deberes pertenecen a la fase de formación del contrato y, en consecuencia, su incumplimiento se subsana con los remedios previstos para la anulabilidad, en dos supuestos: por un vicio del consentimiento por error en la comprensión de la información; o que la falta de transparencia del acreedor, que ha actuado con mala fe al proporcionarla, haya provocado un error heterointroducido<sup>39</sup> (LÓPEZ CÁNOVAS, 2015, 3-21, HERNÁNDEZ, 2014, 304-347) al consumidor, por omitir información necesaria o porque fuese engañosa.

Algunas circunstancias fácticas pueden provocar que las obligaciones integrantes de este deber se tengan que ejecutar tardíamente (GOÑI, 2017, 534), una vez evaluada la solvencia del deudor. La evaluación de la solvencia, a la luz de los artículos 18 a 20 de la Directiva 2014/17, ha devenido relevante (JOSIPOVIĆ, 2014, 223-253) porque exige como deber legal al prestamista que evalúe la solvencia económica del consumidor con anterioridad a la celebración del contrato. En el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>40</sup>, solo se aprecia el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia des-

de las normas de transparencia bancaria y, en consecuencia, únicamente apareja a su inobservancia una sanción administrativa (SÁNCHEZ-VENTURA, 2018, 243-272), de conformidad con el artículo 49 de la LGDCU, sin que se deriven efectos contractuales (SERRANO, 2017, 381-401, BERROCAL, 2018, 1-26). Habría sido deseable que se hubiese abordado como indica la propia Directiva: desde la supervisión bancaria y la relación contractual con el consumidor, esto es, aparejando a las sanciones administrativas aquellas sanciones de Derecho Privado relativas a la invalidez, perfilándolas para este tipo de abusos, como posteriormente examinaremos en sede de intereses remuneratorios y moratorios. En este sentido, en el informe *Mis-selling of Financial Products: Mortgage credit* (ZUNZUNEGUI, 2018, 35), señalado al inicio, se recomienda establecer legalmente las consecuencias de la concesión irresponsable de crédito ante una evaluación negativa de la solvencia, instituyendo la pérdida del derecho a los intereses del préstamo en la línea de lo que dispone el § 505 BGB.

El deber de información constituye la contrapartida al derecho a la información del deudor, que garantiza el equilibrio contractual y la prestación válida del consentimiento, como si se tratase de un consentimiento informado. En consecuencia, este deber exige que el prestamista se asegure de la comprensión del contrato, una demanda también contenida en la jurisprudencia<sup>41</sup> española (TORRES, CARRASCO, XIOL, 2013, FERRANDO, 2014, 93-115). Un efectivo control del cumplimiento del deber de información precontractual evitaría que la existencia de dolo por parte del acreedor o la elusión de información esencial provocase un error heterointroducido en el consumidor. De esta manera, el deber de información precontractual se asemeja al consentimiento informado y, en consecuencia, direcciona la conducta del acreedor al aseguramiento de la comprensión del préstamo hipotecario y sujeta la conducta del deudor al entendimiento completo de los riesgos de su suscripción, evitando los problemas de la concesión de un préstamo irresponsable y de sobreendeudamiento. Para el efectivo cumplimiento de este deber en España, el Tribunal Supremo<sup>42</sup> ya vinculó el control de transparencia con la necesidad de la claridad y comprensibilidad de las cláusulas del contrato. Este examen recae en el deber de información precontractual, y para garantizar su cumplimiento debe realizarse el control de incorporación en el clausulado predispuesto. En este sentido, ha declarado en su sentencia<sup>43</sup> de 27 de septiembre de 2017 la inexistencia de cosa juzgada cuando en un procedimiento de ejecución hipotecaria no se ha podido oponer la abusividad de las cláusulas contractuales impugnadas en un procedimiento declarativo posterior.

De la mala práctica del deber de información se deriva una consecuencia esencial respecto de las prestaciones de las partes: la *hardship* o excesiva onerosidad del contrato<sup>44</sup> (BORRALLO FERNÁNDEZ, 2016, 3; PARRA, 2015, 20-29; CASTILLA, 2000, 244-248), que implica la readaptación del contrato por la alteración de la equivalencia de las prestaciones. La excesiva onerosi-

dad del contrato, aunque carezca de una regulación sustantiva (VIVAS, 2010, 133-154), encuentra su fundamento en el artículo 7 del Código civil, donde se contienen los límites al ejercicio de los derechos subjetivos: el abuso de derecho y la buena fe. La Propuesta de Modernización del Código civil pretende incluir como límite la excesiva onerosidad del contrato en el artículo 1192.2.2, como ya se contiene en el artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT, en el artículo 9:102 (2) PECL y en el artículo III.3:302 (3) DCFR. Para la apreciación de la excesiva onerosidad del contrato, se exige que la parte perjudicada no haya asumido este riesgo<sup>45</sup>, del mismo modo que se requiere para la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. El fundamento de la excesiva onerosidad atiende a que el riesgo del contrato recae exclusivamente en el deudor por falta de información, un riesgo que en lo que se refiere al precio y su reembolso puede comprometer su capacidad económica para hacer frente al pago de la deuda. Cuando estamos ante una cláusula abusiva por no superar el control de transparencia al que a continuación atenderemos, debido a una desatención del deber de información, el consumidor en realidad no ha asumido el riesgo, pues el acreedor no se ha asegurado de su comprensión. Esta asunción asimétrica del riesgo se podría trasladar parcialmente al acreedor. Para ello, debería incluirse una cláusula contractual para el caso de que el riesgo sea de tal magnitud que provoque sobrevenidamente la excesiva onerosidad del contrato y, por ende, la insolvencia del consumidor. En tal caso, el consumidor debería tener la posibilidad de reembolsar el precio o calcular los intereses conforme a un mecanismo distinto del predispuesto por la entidad financiera.

## II.2. LA TRANSPARENCIA Y LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: UNA VÍA PARA SU CONTROL

El control de transparencia proviene de la *Transparenzgebot*, formulada por la jurisprudencia alemana. Se configura a modo de control intermedio entre el control de contenido y el control de incorporación, como mecanismos formales que evalúan la claridad sustantiva de las condiciones generales del contrato. En contraste, el control de transparencia pretende examinar materialmente la comprensión de los riesgos por parte del consumidor y la buena fe del acreedor. Este control exige la claridad y comprensibilidad de las cláusulas en una formulación amplia, pues también lo requiere el control de incorporación para las condiciones generales. En consecuencia, resultan insuficientes los controles de incorporación y contenido para conseguir que el consumidor esté informado sobre el coste del crédito (PERTÍÑEZ, 2017, 408), pues falta el control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas individualmente. Por su ámbito de aplicación, los controles de incorporación y de transparencia se configuran como autónomos, aunque una parte de la

doctrina<sup>46</sup> haya negado que el control de transparencia suponga la existencia de nuevo control diferenciado.

La transparencia, en definitiva, examina la abusividad en la contratación bancaria y, si se supera el test, legitima la contratación (WILLETT, 2011, 355-385). Únicamente se controla la ausencia de abusividad en la negociación, cuya expresión objetiva es un redactado claro y comprensible del contrato, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, iniciada en la sentencia<sup>47</sup> de 9 de mayo de 2013; en consecuencia, no tiene efecto extensivo a los elementos esenciales del contrato ni a la equivalencia de las prestaciones relativas al objeto y al precio. El pronunciamiento referido aboga por el denominado *doble control de transparencia* de las cláusulas del contrato, en dos estadios: por una parte, que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido económico del contrato en abstracto<sup>48</sup>; y, por otra parte, mediante un análisis sobre la información del contenido económico proporcionada al consumidor, que compruebe si comprende el riesgo que está asumiendo. Este control cualificado se sostiene en que en una economía de mercado no cabe un control judicial de los precios (PERTÍÑEZ, 2017, 406), ni que proceda la integración judicial del precio ante un cálculo abusivo que sea nulo, en concreto cuando el cálculo del reembolso no reúne los controles necesarios para su validez. Debemos indicar aquí, remitiéndonos a su desarrollo a lo largo de este apartado, que no es posible valorar la justicia en el precio porque su fijación corresponde a las reglas del libre mercado, lo que constituye una manifestación de la teoría liberal del contrato, aunque se encuentre matizada por la teoría progresista. En suma, el control sobre la falta de transparencia se configura como un deber del predisponente, aunque no afecte a las condiciones esenciales (BARRAL, 2015, 30), pues estas pueden ser objeto de control de manera indirecta, como veremos.

A este doble control de transparencia, debería añadirse la mención al requisito del *desequilibrio*, que es el que permite que una cláusula sea considerada nula por abusiva, según el artículo 82 LGDCU. Aunque sería deseable que el Tribunal Supremo incluyese explícitamente<sup>49</sup> el desequilibrio en su jurisprudencia, podemos entender que se encuentra implícito en el control de transparencia; si el consumidor no comprende el contenido del contrato, la relación jurídica —ya de por sí asimétrica— entraña un desequilibrio injusto y contrario a la buena fe. Para el consumidor, supone la quiebra del equilibrio de las prestaciones y la asunción asimétrica de los riesgos del contrato. Por su parte, el Tribunal de Justicia<sup>50</sup> exige que el desequilibrio sea de carácter *jurídico*, es decir, que no se encuentren compensados los derechos y obligaciones de las partes, careciendo de relevancia el desequilibrio económico porque no se puede controlar la justicia sobre el precio. El régimen de protección del consumidor sienta sus bases en una legislación tuitiva, porque los consumidores no intervienen en condiciones de igualdad con las entidades financieras (REICH, 1993, 259);

por este motivo, es necesario un control de transparencia *ex post*, que permita remediar los riesgos de la negociación asimétrica del contrato, mediante el control de los elementos esenciales por vía de las cláusulas relacionadas con el precio que generen un desequilibrio económico. El desequilibrio contrario a la buena fe es el elemento que permitirá ejercer dos controles sobre el precio: el de los elementos accesorios que afecten a su determinación; y el aseguramiento de la comprensión de los riesgos que le son inherentes mediante el control de transparencia. Este es otro motivo por el que carece de sentido desproteger al consumidor experto y equiparlo con el inversor, porque para apreciar si el contenido del contrato ocasiona este desequilibrio debemos atender a la posición que ocupa en la relación jurídica.

Por otra parte, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el control de abusividad comprende al control de transparencia, una consideración que fue afirmada en la sentencia<sup>51</sup> de 8 de septiembre de 2014. Este pronunciamiento aglutinaba ambos subcontroles, destacando la importancia de la *transparencia real*, concretada en informar al cliente del contenido del contrato para que pueda evaluar materialmente sus consecuencias económicas y jurídicas. El deber de transparencia no se define por unos deberes positivos de información (PERTÍÑEZ, 2017, 410-411), sino por su objeto: que el consumidor tenga información suficiente sobre el precio del contrato y las características de la contraprestación, una finalidad a la que obedece la existencia del deber de información del acreedor. En este sentido, la base de la falta de transparencia se centra en el incumplimiento del deber de información precontractual de la entidad financiera y el desequilibrio que puede generar su inobservancia. La vinculación entre la transparencia y el deber de información precontractual tiene como origen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>52</sup>, que incide en la necesidad de informar de los elementos que tengan un impacto claro en el contenido económico del contrato.

Una vez examinados en este ámbito los controles de transparencia y abusividad, los controles formales de incorporación y de contenido tienen por objeto el respeto al *equilibrio jurídico o normativo* del contrato, de conformidad con la Directiva 93/13, pues su ausencia determina la nulidad de aquellas que contradigan normas imperativas. Las prestaciones del contrato *per se* no afectan a su equilibrio económico (CÁMARA, 2006, 98), porque lo que pretende mitigar el control de contenido es el desequilibrio jurídico de las partes. En consecuencia, las cláusulas relativas al objeto principal, a la adecuación económica del precio, y las contenidas en el Anexo de la Directiva están exentas de este control, porque versan sobre el desequilibrio de las partes y no sobre la equivalencia material económica<sup>53</sup>. Sin embargo, avanzamos que es posible realizar un control sobre el precio en los elementos accesorios del contrato, como se analizará en el siguiente subapartado, y cuando las prestaciones entrañen un desequilibrio importante por un reembolso excesivo. Obsérvese que los controles de incorpo-

ración y de contenido operan con independencia de si las condiciones generales de la contratación afectan a elementos esenciales o accesorios del contrato. Por este motivo, debería superarse la difusa<sup>54</sup> distinción entre elemento esencial y elemento accesorio, y atender al criterio del equilibrio para el control de los elementos esenciales y de la relación calidad-precio.

El criterio de la desafectación de los elementos esenciales respecto del control de transparencia tiene su origen en el Derecho Civil alemán. Esta exclusión se basaba en el alcance limitado de los pactos que alterasen la ley aplicable al contrato, o aquellos que contraviniesen una disposición de la derogada *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* de 1976 o Ley de condiciones generales. De este control se excluía al precio, por ordenarse conforme a las leyes del mercado (ULMER, 1993, 337-347). La desafectación de los elementos esenciales influyó en el posterior redactado de la Directiva 93/13 (CÁMARA, 2006, 71-80, BARRAL, 2015, 29). Ante la derogación de la referida Ley de condiciones generales, el control de contenido se encuentra previsto en el § 307 BGB (COESTER, 2013, 297-501, FRIESECKE, 2015, 430-452), y el de incorporación en el § 305 (SCHLOSSER, 2013, 17-113, FRIESECKE, 2015, 415-423). Profundizando en el fundamento de la Directiva, en realidad obedece parcialmente a la teoría liberal del contrato, cuya máxima expresión es que el legislador no está habilitado para determinar un precio justo, pero matizada por la tesis progresista, que permite a la autoridad judicial la revisión del precio en caso de desequilibrio contractual. Ello tiene una incidencia directa en la eficacia de los controles, pues se centran en el consentimiento y no en la determinación parcial del contenido del contrato, cuya expresión total fueron los *diktierter Vertrag* (NIPPERDEY, 1920, 7) o contratos dictados, dirigidos o normados<sup>55</sup>. En realidad, el Derecho del Consumo moderno obedece a una composición de estas dos tesis, porque no se eliminan todos los controles frente a los abusos en la contratación ni se confía su contenido al mercado (CÁMARA, 2006, 84), aunque se excluya el control sobre los elementos esenciales.

La exclusión del control sobre los elementos esenciales del contrato<sup>56</sup> no se encuentra prevista en la legislación española vigente ni en la proyectada. Conviene recordar que el contenido que debe transponerse de las Directivas no es disponible por el legislador nacional, de la misma manera que sucede con algunas disposiciones eludidas en relación con el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como las que señalaran respecto del préstamo hipotecario multdivisa. A pesar de estas contrariedades, es posible examinar el precio pactado mediante los intereses remuneratorios si una norma lo dispone expresamente. Por tanto, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>57</sup>, resultan compatibles los controles de incorporación y contenido respecto de una cláusula abusiva, y el control de abusividad respecto del precio. Este es el caso, en el ámbito de los préstamos, de la nulidad de los considerados usurarios conforme a la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los con-

tratos de préstamos usurarios<sup>58</sup>, en relación con un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado respecto de las circunstancias del caso. A diferencia de lo que sucedería por la existencia de una cláusula abusiva sobre un elemento accesorio del contrato relativo, por ejemplo, referente a la actualización del precio, en este supuesto la consecuencia jurídica es distinta: en caso de que el interés sea usurario, se declara nulo todo el contrato; y, ante la presencia de una cláusula abusiva, la sanción de nulidad solo alcanza a la cláusula abusiva. Podría ser de utilidad la incorporación mediante un *legal transplant* de la pérdida del derecho al cobro de intereses por parte del acreedor que no haya evaluado diligentemente la solvencia del consumidor, existente en las legislaciones de Suiza y Bélgica<sup>59</sup>, lo que conduciría a un avance importante en materia de préstamo responsable por introducir sanciones contractuales<sup>60</sup> (CUENA, 2017, 55), además de las administrativas. Esta pérdida de los intereses en realidad alude a una desvinculación contractual de carácter parcial como mecanismo sancionador de carácter privado, que no implica la nulidad contractual sino un reajuste de los costes contractuales por una deficiente evaluación de la solvencia.

Otro supuesto lo encontramos en la jurisprudencia europea sobre la hipoteca multidivisa, a la que posteriormente atenderemos con más profundidad por su importancia. En particular, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia<sup>61</sup> de 30 de abril de 2014 que las cláusulas que afectan al equilibrio de las prestaciones se deben interpretar restrictivamente, y considera la cláusula de reembolso en este tipo de préstamos como un elemento esencial. Sin embargo, no aprecia el componente retributivo en dicha cláusula, que sujeta el reembolso al tipo de cambio de una moneda extranjera, por entender que en realidad es un módulo para calcular la devolución. En consecuencia, no supone una retribución, y por tanto no afecta al control de precios que veta del control de abusividad el artículo 4.2 de la Directiva, motivo por el cual se somete, sobre todo, al control de transparencia.

### II.3. LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO Y EL CONTROL INDIRECTO SOBRE LA RELACIÓN CALIDAD-PRECIO

Los elementos accesorios del contrato, es decir, aquellos que se aplican eventualmente ante una contingencia y que no son percibidos por el consumidor como esenciales, se encuentran sometidos al control de contenido, a diferencia de los elementos esenciales. El control sobre los elementos accesorios tiene una salvedad: cuando se relacionen de manera sustancial o nuclear con los elementos esenciales, que están excluidos de dicho control. Ello exige que los elementos esenciales se interpreten restrictivamente (KAPNOPOULOU, 1997, 106, WILHELMSSON, 2000, 97, TENREIRO, KARSTEN, 1999, 240) y que obedezcan

al criterio de la eventualidad, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en aras de una mayor protección del consumidor. De este criterio podemos inferir que no se deben considerar prestaciones esenciales la forma de pago del precio, las consecuencias del impago, el sistema de cálculo o las facultades de modificación unilateral (CÁMARA, 2006, 111-112). En relación con el precio, el elemento que realmente excluye la Directiva del control de contenido es su adecuación en relación con el bien o servicio que se tenga que proporcionar. En suma, no examina la *Äquivalenzverhältnis* o relación calidad-precio, un concepto que proviene también de la doctrina alemana (KAPNOPOULOU, 1997, 104) y que, en realidad, se refiere a la *Angemessenheit*, esto es, la adecuación o la equivalencia de las prestaciones. Esta relación calidad-precio no se puede considerar una cláusula del contrato; en consecuencia, escapa del control de abusividad porque no puede declararse abusivo un contrato por completo, y porque nuestro sistema jurídico no atiende al concepto de *precio justo* sino a la libertad de pactos, cuya máxima expresión es la libre determinación del precio en los contratos onerosos. Este control de transparencia afectará a los elementos esenciales del contrato cuando las cláusulas correspondientes no estén redactadas de manera clara y comprensible. En la apreciación de abusividad en otras cláusulas, se podrán tener en cuenta aquellas relativas a los elementos esenciales del contrato y a las prestaciones accesorias que guarden relación con el precio, lo que sujeta a los elementos esenciales a un control indirecto. Ello nos sitúa en una zona gris que constituye una vía de escape para el control indirecto del precio.

Este *control indirecto* de la *calidad-precio* o *test circunstancial*, relativo a la equivalencia de las prestaciones, viene respaldado por el propio artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y especialmente por el considerando 19, que no ha sido objeto de transposición uniforme en todos los Estados miembro puesto que la Directiva es de mínimos, como declaró el propio Tribunal de Justicia<sup>62</sup>. Ante esta disparidad de criterios, debemos señalar que en España se considera abusiva toda cláusula contenida en la DA primera LGDCU, y además el artículo 2.3 declara nula la renuncia previa a los derechos que en ella se contienen y los actos realizados en fraude de ley. Sin embargo, para las cláusulas no contenidas en la DA primera, que por lo que aquí nos interesa se refieren al desequilibrio importante y la buena fe del artículo 10 bis 1, el precio notoriamente bajo puede ser objeto de examen (CÁMARA, 2006, 108-109) por parte del juez, como factor para evaluar el carácter abusivo de una cláusula; no tendrá carácter abusivo directo si se ha producido una elección entre varias ofertas y, por tanto, puede probarse la existencia de una negociación individualizada. En suma, la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva permite el control de abusividad sobre cualquier cláusula que tenga relación con la fijación del precio o su cálculo durante la ejecución del contrato, es decir, las denominadas *cláusulas financieras*. Su fundamento es que el elemento esencial únicamente es el precio



establecido, un criterio respaldado por la jurisprudencia<sup>63</sup> del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo.

### III. REMEDIOS PARA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Como hemos señalado al inicio de estas líneas, una vez examinados los controles preventivos para garantizar, en definitiva, la igualdad y libertad de las partes contratantes, es momento ahora de analizar y proponer remedios en fase de ejecución para los instrumentos no financieros que han presentado una mayor litigiosidad en los últimos años: los préstamos hipotecarios. La sistematización de todas las cláusulas presentes en este tipo de préstamos, dada su extensión, excede del propósito de este trabajo. Además, en atención a las nuevas realidades que se presentan en el tráfico jurídico, especialmente los *smart contracts* cuando la tecnología *blockchain* esté suficientemente desarrollada para incorporar a la Agencia Tributaria y el Registro de la Propiedad, quedaría rápidamente desactualizado su establecimiento, motivo por el cual atenderemos a las más frecuentes. Los préstamos hipotecarios contienen unas cláusulas que se incorporan al contrato como condiciones generales de la contratación, además de otras cuya negociación es individualizada, con un tratamiento preventivo diferenciado. Por tanto, los remedios que examinaremos se sitúan en una encrucijada, en la que deben aportar un tratamiento adecuado a cláusulas con controles preventivos diversos y cuya naturaleza es distinta: cláusulas de naturaleza financiera, como la relativa al vencimiento anticipado, la referente a la liquidación unilateral de la deuda y la de intereses de demora; cláusulas relativas a la fijación y cálculo de los intereses, en particular, la cláusula suelo y la relativa al reembolso en el préstamo hipotecario multidivisa; y aquellas de naturaleza personal u obligacional, relativas a los gastos accesorios asociados a la gestión del préstamo hipotecario, que exceden de su contenido.

El núcleo central de la jurisprudencia relativa a estas cláusulas es el tratamiento que debe tener la falta de transparencia en función del instrumento contratado. En este sentido, el error vicio del consentimiento se sujeta al régimen de la anulabilidad del artículo 1300 del Código civil, mientras que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, aunque sea por falta de transparencia, supone la nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 87 LGDCU, un régimen dispar al que atiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>64</sup>. Ello conlleva importantes diferencias principalmente respecto de los supuestos de hecho habilitadores de la anulabilidad por error, el régimen de prescripción al que se somete la anulabilidad, y los legitimados activamente, teniendo en cuenta la carga de la prueba de la concurrencia del error<sup>65</sup>. En definitiva, centra la atención en las circunstancias personales del contratante en lugar de en un control objetivo de la cláusula.

Paradójicamente, estas diferencias desaparecen si estamos ante un instrumento financiero, pues en caso de incumplimiento de la normativa MiFID no se atiende al establecimiento legal de la abusividad de una cláusula ni, por tanto, estaríamos hablando de un error heterointroducido por incumplimiento del deber de información, sino que se trata directamente de una contravención de una norma legal sancionada con la nulidad del contrato. En consecuencia, si se previese en todas las normas como deber legal simplificaría (GARCÍA VICENTE, 2013, 1658) el régimen de incumplimiento. Una ventaja práctica de esta extensión que se propone es que la tutela del consumidor por vía de anulabilidad no se vería sometida al plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código civil. Esta conclusión podría extraerse *de lege ferenda* para los instrumentos no financieros (GOÑI, 2017, 561), cuando finalmente se efectúe la transposición de la Directiva 2014/17 y se incluyan como deberes legales imperativos, más allá de las referencias genéricas de los artículos 6.3 y 1255 del Código civil y de la apreciación de la concurrencia de buena fe en el acreedor.

La restitución de las prestaciones que debe producirse tanto en la nulidad como en la anulabilidad entraña como inconveniente la exigencia de retorno del capital prestado, a riesgo de impedir la finalidad para la que se había constituido, que se concreta en el acceso a una vivienda en régimen de propiedad. Esta consecuencia tiene una salvedad: que pueda probarse que el acreedor haya causado una disminución patrimonial al deudor por falta de información precontractual, es decir, un daño indemnizable por responsabilidad contractual cuando el deudor no alcance a comprender los riesgos del préstamo contratado. Esta excepción puede basarse en dos consideraciones: en la falta de negociación individual de la cláusula de reembolso; o en la responsabilidad contractual cuando pueda probarse con claridad el nexo de causalidad, y extracontractual en los casos de omisión clara del deber de información. Sin embargo, en ambos casos, la indemnización solamente alcanzaría al *reliance interest* o interés negativo, permitiendo la restitución del deudor en la posición previa a la merma patrimonial ocasionada por la ejecución del contrato, sin que proceda la indemnización por *expectation interest* o interés positivo ni por daño moral.

De acuerdo con las últimas tendencias fruto del proceso de armonización —de momento doctrinal— del Derecho contractual europeo (GARCÍA RUBIO, 2010, 1-62), debería unificarse la indemnización con independencia de si el daño se considera contractual, por entender que el contrato se encuentra en fase de formación (BALLUGUERA, 2016, 17), o fruto de la responsabilidad extracontractual *in contrahendo* por no haberse perfeccionado el contrato, como ha venido considerando mayoritariamente la doctrina española (MANZANARES, 1985, 979-1010, TOMÁS, 2010, 187-210, VALES, 2006, 713-748, CABANILLAS, 1995, 747-788, ASÚA, 2003, 1417-1418). Si entendemos que los deberes de información son contractuales porque el contrato se encuentra en fase

de formación, el incumplimiento de los deberes de información precontractual supone la contravención de un deber legal imperativo, de la misma manera que la normativa MiFID prevé para los productos financieros complejos destinados a inversores (GOÑI, 2017, 557-562). En consecuencia, resulta defendible la nulidad por incumplimiento de una norma imperativa, según lo que disponen los artículos 6.3 y 1255 del Código civil. En la línea de la responsabilidad contractual, es necesario señalar que los artículos 4:103 y 4:117 PECL y el artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT vinculan la indemnización del interés negativo a la existencia de dolo o error en el consentimiento. En consecuencia, sujetan el vicio del consentimiento a la existencia de un contrato en fase de formación, posición que compartimos porque los defectos en la formación van a manifestarse en la fase de ejecución, motivo por el cual carece de sentido que operen remedios extracontractuales.

### III.1. CLÁUSULAS DE NATURALEZA FINANCIERA: CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA Y CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA

La cláusula de vencimiento anticipado es aquella por la que el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación de pago del deudor, puede dar por vencido el préstamo antes del plazo pactado, de conformidad con el artículo 1129 del Código civil. Su fundamento se encuentra en la consideración del plazo como un beneficio del deudor, cuyo incumplimiento atenta contra la seguridad del crédito (CLEMENTE, 2016, 248). Esta cláusula no se prevé entre los supuestos recogidos en el artículo 85 LGDCU, porque su nulidad se debe valorar a la luz del artículo 82.1 —referente al control de abusividad—, esto es, debe ocasionar un desequilibrio injusto en los derechos y obligaciones de las partes (MÚRTULA, 2012, 266, GONZÁLEZ, 2016, 709-729). De conformidad con el artículo 693.2 LEC, que fue objeto de reforma ante las disputas surgidas por la ausencia<sup>66</sup> de un plazo mínimo, solamente procederá el vencimiento anticipado de la deuda ante el impago de tres mensualidades. Sin embargo, el respeto a este plazo no excluye a esta cláusula del análisis de su eventual abusividad (BASTANTE, 2015, 2441-2442), puesto que formular un criterio diferente sería contrario a los controles establecidos por parte del Tribunal de Justicia —inicialmente en la sentencia<sup>67</sup> de 14 de marzo de 2013 y posteriormente en la sentencia<sup>68</sup> de 26 de enero de 2017—, que exige la valoración de otras circunstancias de carácter material relativas a la gravedad del incumplimiento<sup>69</sup> (ADÁN, 2017, 1205-1222).

En este sentido, es necesario señalar que queda pendiente de resolución la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el auto<sup>70</sup> de 8 de febrero de 2017, para saber si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado impide al juez nacional continuar con el procedimiento hipotecario. En concreto,

formula dos cuestiones prejudiciales: por un lado, plantea si es posible mantener la validez de una parte de la cláusula abusiva cuando esa parte no se considere nula, un criterio que de admitirse restaría efectividad a la sanción de nulidad de las cláusulas abusivas; y, por otro lado, si tras la separación de la cláusula, el control de abusividad se aplica sobre la parte de la considerada potencialmente abusiva como supuesto de ineficacia parcial. Esta cuestión prejudicial vino planteada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017 antes mencionada, que determina los elementos que debe valorar el tribunal nacional para evaluar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Por su parte, la cláusula de liquidación unilateral de la deuda es aquella por la que, en caso de reclamación judicial de la deuda por parte del acreedor, el importe exigible será el que resulte de la liquidación que aporte, para permitir la ejecución de un título extrajudicial. Esta cláusula se regula en el artículo 572.2 LEC —para la ejecución ordinaria— y en el artículo 695.1.2<sup>a</sup> LEC, para la ejecución hipotecaria que aquí nos interesa. En esta cláusula, el control de abusividad recae sobre las cláusulas financieras que incidan en la liquidación de la deuda (PERTÍÑEZ, 2014, 296), aunque el pacto de liquidez acordado no es abusivo en sí mismo. Las cláusulas que inciden en la liquidación de la deuda de manera directa, como veremos más adelante, son la cláusula de redondeo, la cláusula suelo, y la cláusula de referencia del año comercial. En definitiva, lo que es objeto de control es la falta de corrección en la liquidación y, en consecuencia, afectará a la liquidación de la deuda y a los intereses remuneratorios insatisfechos.

Finalmente, la cláusula de intereses de demora se prevé en el artículo 1108 del Código civil como remedio para el retraso en el cumplimiento de la obligación de pago del préstamo hipotecario. Ante este supuesto de hecho, se realiza una valoración legal del precio por el aplazamiento forzoso del crédito mediante la figura del interés (MÚRTULA, 2012, 244), lo que en la práctica supone la repercusión de un porcentaje sobre la deuda como interés que se devenga desde el impago. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>71</sup>, este interés debe ser superior al remuneratorio, porque el propio Código civil le asigna una función indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Probablemente, la atribución de esta naturaleza obedezca a que también es posible, con la salvedad de la vivienda habitual que expondremos a continuación, que los intereses de demora recaigan sobre los intereses del préstamo hipotecario, motivo por el cual su naturaleza tiene que ser distinta debido a la prohibición del anatocismo, prevista en el artículo 1109 del Código civil. El artículo 114 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria<sup>72</sup> —en adelante LH— prevé, desde su modificación por el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, que los intereses de demora no pueden ser superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda

habitual; asimismo, su devengo solo puede efectuarse respecto del principal pendiente de pago, en ningún caso alcanzando a los intereses. Este supuesto tiene como excepción el artículo 579.1 a) LEC, que se refiere a la condonación parcial de la deuda no satisfecha en el apremio (CASTILLA, 2018, 81-105). En consecuencia, la protección del consumidor frente a los intereses de demora —en atención al artículo 83 LGDCU en la redacción dada por la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013—, exige la moderación de los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero, con el límite de que no se haya ejecutado el lanzamiento.

La calificación de abusiva de la cláusula de intereses de demora, de acuerdo con la jurisprudencia europea citada a lo largo de este trabajo<sup>73</sup> así como la sentencia<sup>74</sup> del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, y en contraste con otras orientaciones<sup>75</sup> que atienden a la conducta *salvatoria* del acreedor, debe comportar la nulidad de esta cláusula, sin que quepa su integración judicial (CAMARA, 2015, 630-644). Como hemos señalado anteriormente, la integración judicial para proceder al recálculo de los intereses de demora resulta cuestionada, por cuanto limita los efectos de la nulidad ante su abusividad y por tratarse de un recálculo externo a las partes, lo que contraviene el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1255 del Código civil. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado<sup>76</sup> que la Directiva 93/13 no se opone a que una disposición nacional habilite a la autoridad judicial al recálculo de las cantidades debidas, en atención a la cláusula de intereses de demora, calculados en un límite superior a tres veces el interés legal del dinero. Esta previsión, sin embargo, tiene como requisito que la disposición nacional no prejuzgue la apreciación del juez nacional del carácter abusivo de dicha cláusula, y que no impida que el juez deje de aplicar la cláusula en el caso de que aprecie que es abusiva. Además, este último pronunciamiento del Tribunal de Justicia, recuerda que la posibilidad de integración de una cláusula abusiva queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad. Por este motivo, consideramos conveniente sostener que la regla general será la nulidad de la cláusula abusiva, con efecto retroactivo y restitución de las prestaciones, y que como posibilidad limitada podrá plantearse un eventual recálculo de los intereses.

Con anterioridad a la sentencia de 7 de agosto de 2018 antes referida, el Tribunal Supremo desatendía este criterio, por cuanto ante la declaración de abusividad<sup>77</sup> de la cláusula de intereses de demora, dispuesta en el artículo 114.2 LH, establecía que el interés remuneratorio se incrementase en dos puntos, sin que expusiese las razones de este porcentaje. A este desafortunado criterio, se le suma que la apreciación de abusividad en los préstamos personales tiene carácter extensivo a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda habitual; en atención a su regulación específica, cuya interpretación debe ser restrictiva, entendemos que no debe proceder esta ampliación. Estas

contradicciones condujeron a que el propio Tribunal Supremo, mediante auto<sup>78</sup> de 23 de febrero de 2017, plantease una cuestión prejudicial ahora resuelta en la que solicitaba un pronunciamiento expreso sobre si su propia doctrina respecto del recargo de dos puntos porcentuales infringía los artículos 4.1, 6.1 y 7.1 y el anexo I de la Directiva, y si ante la nulidad del interés, lo que procede es la supresión total de ese recargo, tesis que entendemos correcta para no contrariar los efectos propios de la nulidad.

### III.2. CLÁUSULAS SOBRE LA FIJACIÓN Y CÁLCULO DE LOS INTERESES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SUELO Y AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO MULTIDIVISA

Existe un grupo de cláusulas contractuales cuya abusividad se centra en la fijación y el cálculo de los intereses del préstamo hipotecario. En primer lugar, encontramos el cálculo de intereses sobre el capital amortizado, en virtud del cual se establece el pago fraccionado trimestral del interés anual, que se calcula sobre el capital pendiente de amortización. Esta cláusula puede provocar que, a pesar de amortizar el capital, no disminuya la parte relativa a los intereses. Según el Tribunal Supremo<sup>79</sup>, la abusividad radica en que no cabe devengar intereses sobre un capital no dispuesto, porque el cálculo de los intereses depende del capital y el periodo de duración del préstamo. Por otra parte, resultan también controvertidas las cláusulas que imponen el cálculo del tipo de interés, conforme al año comercial de 360 días en operaciones de activo y de 365 en operaciones de pasivo. En este sentido, el Tribunal de Justicia<sup>80</sup> ha declarado que el juez nacional debe comparar el cálculo de los intereses ordinarios por este método y el que resultaría de no aplicar este criterio, porque la regla general para calcular la Tasa Anual Equivalente o TAE son los días del año natural.

Respecto de los intereses variables remuneratorios, se consideran abusivos cuando el acreedor fija unilateralmente la remisión a tipos referenciales de otras entidades del mismo grupo. En la práctica, supone que la entidad financiera modifica unilateralmente el tipo de interés pactado inicialmente para ajustarlo a las fluctuaciones del mercado. La principal consecuencia del establecimiento de esta cláusula es que no es inscribible<sup>81</sup> en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo hipotecario en la que la entidad acreedora pueda decidir unilateralmente la variación del interés. La misma suerte de abusividad corre el pacto conforme al cual el interés se vincule al referencial de la entidad bancaria, por su determinación unilateral, como sucede respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios —en adelante IRPH— Cajas. En este sentido, cabe esperar algún pronunciamiento ulterior en relación con la abusividad del IRPH —que ha sido tradicionalmente más elevado que el EURIBOR— ante la reciente sentencia<sup>82</sup> del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, que ha sido objeto de una cuestión prejudicial planteada por el magistrado del Juzgado

de Instrucción núm. 38 de Barcelona. En este pronunciamiento, se señala que la mera referencia de un préstamo hipotecario a un índice oficial no implica falta de transparencia ni es un abuso, a pesar de la existencia de dos votos particulares<sup>83</sup> que cuestionan tal conclusión.

Otra cláusula conflictiva es la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, que se utiliza como referencia para las revisiones anuales. El Tribunal Supremo<sup>84</sup> la consideró abusiva porque entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que atenta contra la buena fe. En este sentido, no supera el control de incorporación puesto que acentúa y privilegia la posición del acreedor mediante la percepción de unos ingresos sin contraprestación, y porque ocasiona al deudor por una merma patrimonial injustificada. Por su parte, la cláusula de anatocismo, es decir, la que permite que surjan intereses sobre los intereses ya vencidos y no satisfechos, es nula porque el artículo 114 LH la prohíbe expresamente para la adquisición de la vivienda habitual.

Respecto de las cláusulas limitativas de la disponibilidad del inmueble gravado con hipoteca, el Tribunal Supremo las declaró abusivas en la sentencia<sup>85</sup> de 16 de diciembre de 2009, por vulnerar la libertad de contratación y constituir una prohibición de disponer que contraviene el artículo 27 LH. Por otra parte, las cláusulas de compensación de deuda por el impago del préstamo hipotecario, acumulativas a otras cláusulas potencialmente abusivas como las relativas al préstamo hipotecario multidivisa o la cláusula limitativa de la disponibilidad, suponen una sobregarantía (MÚRTULA, 2012, 234) puesto que el acreedor puede hacer adeudos en la cuenta del deudor a su favor. En consecuencia, esta cláusula será abusiva en el caso de que no supere el control de transparencia y pueda ser calificada como cláusula sorprendente o *überraschende Klauseln*, conforme al pronunciamiento del Tribunal Supremo relativo a la cláusula anterior que analiza un contrato en el que se encuentran ambas. En este sentido, merece también un comentario la modalidad consistente en que el acreedor pueda transformar a la divisa del préstamo hipotecario el saldo de la cuenta corriente del deudor, lo que sucede en algunos casos en los préstamos hipotecarios multidivisa, que analizaremos posteriormente.

Por lo que se refiere a la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés, más conocida como *cláusula suelo*, en realidad supone una restricción en los intereses variables que afecta al límite mínimo, conforme al cual la entidad financiera tiene la garantía de que va a haber un tipo de interés mínimo no sujeto a las fluctuaciones de los tipos de interés variables. Respecto del contenido formal, esta cláusula será válida cuando, según ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia<sup>86</sup> de 9 de mayo de 2013, supere el control de contenido sobre la causa, es decir, el precio y las oscilaciones de los intereses en el reembolso, y supere el control de transparencia, con independencia del desequilibrio que puede existir entre los límites máximo y mínimo. En concreto, se podrá declarar la abusividad de estas cláusulas en los siguientes supuestos:

cuando, conforme a la jurisprudencia señalada, falte información suficiente por tratarse de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; cuando se inserte conjuntamente con la cláusula techo como contraprestación a la misma; cuando no existan simulaciones de distintos escenarios ante la variación de los tipos de interés; cuando no se proporcione información comparativa en relación con otras modalidades de préstamo; y, cuando por datos excesivos, los que resulten relevantes queden enmascarados en el contrato. Ante la inadmisibilidad inicial del Tribunal Supremo respecto del efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia<sup>87</sup> de 21 de diciembre de 2016 que procede la restitución y que, además, no se tiene que limitar temporalmente, una doctrina que ha asumido también el Tribunal Supremo<sup>88</sup>. Sin embargo, las resoluciones firmes previas a este pronunciamiento del Tribunal de Justicia no admiten revisión (CÁMARA, 2017, 18-25, CAÑIZARES, 2016, 103-123). Es necesario apuntar que la pretensión restitutoria no procede en caso de ejecución hipotecaria, porque solamente se podrá reclamar cuando la cuantía alcance al exceso que es parte integrante del capital no amortizado.

Como última cláusula especialmente litigiosa en los préstamos hipotecarios, se examinará el préstamo hipotecario multidivisa, en atención a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto (ARGELICH, 2018, 1-20). En la conocida como hipoteca multidivisa, el consumidor adherente a las condiciones predisuestas del préstamo se ve abocado a soportar, además de las variaciones por el riesgo de tipo de interés de cualquier préstamo sujeto a interés variable, el denominado *riesgo de tipo de cambio* entre las monedas extranjera y nacional, un riesgo que el consumidor asume para reducir en la práctica el tipo de interés. La controversia en estos préstamos surge porque los ingresos de los deudores hipotecarios se perciben en la moneda nacional, mientras que el préstamo hipotecario se determina en una divisa. Los efectos de la materialización del riesgo de tipo de cambio recaen únicamente en el deudor, quien sufre un incremento de las cuotas del préstamo por la disminución del tipo de cambio de la moneda nacional respecto de la divisa, cuando en el caso contrario la entidad financiera no se ve perjudicada.

La hipoteca multidivisa se encuentra excluida de los instrumentos financieros previstos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>89</sup> (BORRALLO VEIGA, 2016, 2, ROMERO, 2017, 9, GABEIRAS, 2017, 1-11, AGÜERO, 2015, 1-10) y la catalogación del Comité Europeo de Reguladores del Mercado de Valores adoptada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Con anterioridad, el Informe Anual del Banco de España de 2012 (BANCO DE ESPAÑA, 2012) ya advirtió que la normativa de mercados de instrumentos financieros o MiFID y la del mercado de valores no resultaba aplicable a las hipotecas multidivisa. A pesar de esta advertencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>90</sup> siguió señalando



que era un producto financiero que llevaba un derivado implícito, al constituir el tipo de cambio un subyacente del que dependía el valor de la hipoteca. Afortunadamente, el pronunciamiento<sup>91</sup> de 15 de noviembre de 2017 ha corregido esta calificación afirmando que la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa no se corresponde con un instrumento financiero de carácter complejo como valor negociable, porque se trata de una operación de préstamo en la cual el capital se establece en una moneda extranjera sujeta a las oscilaciones del tipo de cambio. Este préstamo es en realidad un contrato de financiación bancaria ajeno a la regulación de los instrumentos financieros, sometidos al artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores —que detalla los instrumentos financieros complejos y no complejos— y a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El artículo 2.2 de la referida norma incluye a los contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con divisas, motivo por el cual debería excluirse expresamente a la hipoteca multidivisa de su redactado, como permite el propio apartado noveno del precepto.

En cuanto a la protección del consumidor en los préstamos hipotecarios multidivisa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció<sup>92</sup> al respecto el pasado 20 de septiembre de 2017, siguiendo la línea jurisprudencial sobre la abusividad en los contratos bancarios y las disfunciones del mercado de crédito que había venido desarrollando. Esta resolución analiza la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Oradea, de Rumanía, en el caso *Ruxandra Paula Andriciuc* y otros contra *Banca Românească SA*. La doctrina que el Tribunal de Justicia vierte en este pronunciamiento resuelve las tres cuestiones prejudiciales planteadas. Sobre la abusividad de una cláusula contractual, el Tribunal se remite al artículo 4 de la Directiva 93/13, que indica que deberá valorarse conforme a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando las circunstancias que concurran en el momento de su celebración. Su apreciación resulta crucial para constatar la existencia del desequilibrio (PÉREZ, 2017, 5) originario entre las partes, una asimetría manifestada en la fase de ejecución por el incumplimiento del deber de información. En este sentido, para poder valorar si una cláusula entraña un desequilibrio importante, el órgano remitente de la cuestión prejudicial deberá analizar si el acreedor podía estimar que, tratando de manera leal y equitativa<sup>93</sup> con el consumidor, aceptaría (MORENO TRAPIELLA, 2017, 144-154) dicha cláusula en una negociación individual.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, la formulación clara y comprensible de la cláusula contractual relativa al pago del capital y los intereses del préstamo exige que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento del mecanismo. Mediante la comprensión del cálculo del reembolso conforme a la moneda extranjera, el consumidor puede valorar las consecuencias económicas del préstamo<sup>94</sup> y decidir si contrata con base en la información proporcionada por parte de la entidad bancaria<sup>95</sup>. De conformidad

con la Recomendación<sup>96</sup> JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2001, elaborada por la Junta Europea de Riesgo Sistémico, las instituciones financieras deben facilitar a los consumidores información suficiente respecto del riesgo de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa, para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. En consecuencia, la claridad y comprensibilidad de las cláusulas contractuales con consumidores, exigidas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, supone que las entidades financieras deben ofrecer información suficiente para que el consumidor medio pueda comprender el alcance negativo del riesgo de tipo de cambio. A la luz de las exigencias del deber de información, cabe reputar como insuficiente<sup>97</sup> (DÍAZ, 2015, 297) la formalización de la Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN a los efectos de considerar válida una variación del tipo de cambio no negociada individualmente, especialmente cuando se trate de consumidores vulnerables o que no tengan un nivel suficiente de educación financiera. Además, en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no es posible el desistimiento si se ha cumplimentado la FEIN, precisamente por la oferta vinculante y el cumplimiento —al menos formal— del deber de información. En este sentido, la educación financiera debe alcanzar a todos los intervinientes en el mercado de crédito: consumidores, entidades financieras y poderes públicos (LÓPEZ FRÍAS, 2017, 173-204). En el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea de 2007 (COMISIÓN EUROPEA, 2007) ya se advirtió que no existían mecanismos de control y garantía de su aplicación, y que se aplicaba de manera incoherente e insuficiente (LAUROBA, 2012, 126). Ello propició que su carácter evolucionase de voluntario a obligatorio. Sin embargo, creemos que, respecto de la validación de la correcta práctica del deber de información, no deja de ser una formalidad que no se corresponde con el control material de la comprensión efectiva que garantiza el deber de información precontractual, junto con el posterior control de transparencia. Recuérdese que la falta de negociación individual de las cláusulas contractuales legitima su consideración de abusivas y, por tanto, no procederá la ejecución del préstamo hipotecario<sup>98</sup>.

Finalmente, en la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal expresa que, de conformidad con su jurisprudencia en la que identifica como objeto principal del contrato las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales del mismo, debe considerarse como tal la relativa al precio, porque el reembolso conforme a una moneda extranjera no se refiere a una modalidad accesoria de pago, sino que determina la naturaleza de la obligación principal del deudor. El Tribunal concluye señalando que una cláusula de estas características solamente se podrá considerar abusiva en el caso de que el redactado no sea claro y comprensible. En el fondo, lo que se deriva del pronunciamiento es que el objeto principal del contrato escapa del control de la abusividad (CÁMARA, 2013, 100-101, CAÑIZARES, 2015, 67-105) si supera el control de incorporación, sobre la

posibilidad real de conocer las condiciones del préstamo, y el control de transparencia, relativo a la claridad y comprensibilidad de las cláusulas, cuya ausencia se manifiesta en la falta de negociación individual de la relativa al precio. La sentencia<sup>99</sup> de 30 de abril de 2014 (AGÜERO, 2014, 43-50) declaró que se considera parte integrante del objeto principal del contrato una cláusula que no haya sido objeto de negociación individual, en virtud de la cual la cotización de esa divisa se aplica para calcular las cuotas de devolución del préstamo. Sin embargo, este supuesto complementario no puede equipararse con el examinado por el Tribunal de Justicia: en el precedente, los préstamos estaban vinculados a una divisa porque el reembolso debía realizarse en la moneda nacional en función de su cotización, mientras que, en el más reciente, el objeto y el precio vienen denominados en esta divisa.

La principal implicación que ha tenido la presente resolución del Tribunal de Justicia en nuestro Derecho interno (LÓPEZ JIMÉNEZ, 2017, 1-3, VELA, 2017, 1-6) ha sido la reciente sentencia del Tribunal Supremo<sup>100</sup> de 15 de noviembre de 2017, que junto con la jurisprudencia menor<sup>101</sup> ha cambiado de criterio en relación con otros pronunciamientos<sup>102</sup> anteriores. Ello supone una esperanza para los 70.000 préstamos hipotecarios afectados en España<sup>103</sup> (CAZORLA, 2015, 269, BLANCO, 2007, 631-660), con una pérdida media de 200.000 euros (ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, 2017). En la jurisprudencia precedente, el elemento esencial para apreciar el error (BELLOD, 2016, 145) del consumidor era si podía comprender el riesgo del producto, con independencia del cumplimiento del deber de información precontractual de la entidad financiera<sup>104</sup>. Sin embargo, ahora el Tribunal declara nula la cláusula relativa al reembolso del préstamo, y obliga a la entidad financiera a recalcularlo en euros. Esta conclusión puede encontrarse también en el § 313 BGB, norma que inspira todas las Directivas que hemos venido examinando, que prevé la adaptación del contrato, es decir, el reajuste de la equivalencia de las prestaciones, y en el caso de que no sea posible, procede la desvinculación del contrato. En este sentido, la regulación española debería diferenciar entre el error de adaptación del contrato y el error por alteración sobrevenida de las circunstancias, para un mejor ajuste de los remedios del consumidor.

El fundamento de dicha nulidad es la falta de transparencia por no estar negociada individualmente —además de no proporcionar folleto informativo ni oferta vinculante—, su complejidad, y el elevado riesgo para el consumidor ante la inobservancia del deber de información. Finalmente, la falta de transposición de la Directiva 2014/17 es especialmente perjudicial en este ámbito, porque incluye unas disposiciones sobre préstamos formalizados en moneda extranjera. En particular, el artículo 23.1 concede al prestatario el derecho a convertir el préstamo en otra divisa alternativa, una posibilidad de la que los recurrentes de los pronunciamientos analizados carecían. En la sección 6.5 del Anexo II relativo a la FEIN, que está regulada en el artículo 23.6 de la Directiva, la entidad

financiera tiene la obligación de advertir devaluaciones de la moneda nacional de más del 20%, algo que el legislador español no ha considerado conveniente incluir en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Finalmente, tampoco incluye la previsión del artículo 15.1 g) de la Directiva, relativa a la información al consumidor de las comisiones que deberá abonar por los servicios del acreedor en el préstamo.

### III.3. CLÁUSULAS DE NATURALEZA PERSONAL U OBLIGACIONAL RELATIVAS A LOS GASTOS ACCESORIOS AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Los gastos son los costes accesorios derivados del contrato de préstamo o crédito pero que no forman parte de su contenido porque se producen fuera del ámbito de la actividad financiera; este es el elemento que los diferencia de las comisiones, como la habitual comisión de apertura<sup>105</sup>, que afectan a conceptos precisos por servicios prestados en el ámbito de la actividad financiera. Para que las comisiones no sean abusivas, deberán obedecer a un servicio prestado efectivamente, y los gastos a un coste existente y repercutible, sin que en ninguno de los dos casos sea objetivamente excesivo, según exige el artículo 85.6 LGDCU. Asimismo, deberá identificar su función en aras de evitar que una comisión pueda obedecer a una penalización ante un impago, lo que se sumaría a los intereses de demora que tienen la misma finalidad. Conforme a los criterios expuestos, el Tribunal Supremo<sup>106</sup> considera abusivas las cláusulas que se remiten a las tarifas establecidas por la entidad financiera para los gastos y las comisiones, por la falta de información y el desequilibrio que ello ocasiona. A la solución de este problema ha pretendido hacer frente la transposición tardía de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas<sup>107</sup>, mediante el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones<sup>108</sup>, cuyo plazo finalizaba el 18 de septiembre de 2016.

Por lo que se refiere a las cláusulas que asocian la contratación de un contrato de seguro accesorio al préstamo hipotecario, en particular el seguro de daños, el Tribunal Supremo<sup>109</sup> consideró que cuando la entidad financiera asuma la concertación del seguro responderá por los errores o carencias de los riesgos asegurados. En este sentido, son abusivas<sup>110</sup> la concertación de seguros de amortización<sup>111</sup> con aseguradoras del mismo grupo empresarial (LÓPEZ FRÍAS, 2017, 601-653), al igual que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de la prima del seguro de amortización o de incendios. Respecto de las cláusulas que se refieran a la repercusión de costas procesales, el Tribunal Supremo<sup>112</sup> ha señalado que se considerarán abusivas cuando vulneren las normas

que determinan su aplicación, en particular el principio procesal del vencimiento. Respecto de las cláusulas que establecen fueros de competencia distintos al domicilio del consumidor, el Tribunal de Justicia<sup>113</sup> declaró su nulidad por fijar la competencia territorial jurisdiccional en el domicilio del comerciante. Además, este tipo de cláusulas son contrarias al artículo 24 CE, por ocasionar un perjuicio desproporcionado para obtener la tutela judicial efectiva. En este sentido, el artículo 54.2 LEC excluye de los fueros dispositivos el domicilio del consumidor, y el artículo 90.2 LGDCU declara la nulidad de la cláusula de sumisión expresa en los contratos de adhesión cuando se determine la competencia en un tribunal distinto al del domicilio del consumidor.

Finalmente, en cuanto a las cláusulas referidas a la asunción de los gastos de constitución e inscripción del préstamo (MARÍN, 2018, 189-254, ZUMAQUERO, 2018, 149-191), el Tribunal Supremo<sup>114</sup> declaró que eran abusivas porque su existencia no permitía una mínima reciprocidad en su distribución, y además recaían únicamente en el hipotecante, a pesar de que en la Directiva 93/13 se permitía una distribución equitativa. Por estos motivos, se recoge como cláusula abusiva en el catálogo que dispone el artículo 89.2 LGDCU. Esta distribución de los gastos obedece a que el beneficiario del préstamo es un consumidor, pero la garantía se adopta en beneficio del acreedor. En el mismo sentido, también considera que los tributos que gravan el préstamo hipotecario vulneran la distribución legal si recaen únicamente en el consumidor. A esta distribución no obedecía precisamente el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados<sup>115</sup>, que señalaba como obligado tributario al prestatario porque el propio artículo 15.1 remite al sujeto pasivo del préstamo, aunque esté garantizado con el derecho real de hipoteca.

Recientemente, hemos podido observar, con estupor, una vacilación en cuanto a los criterios de determinación del obligado tributario de este impuesto, pues la Sala Tercera del Tribunal Supremo había venido considerando que el obligado tributario era el consumidor, un criterio que cambió, con valentía y rigor jurídico inicial, en su sentencia<sup>116</sup> de 16 de octubre de 2018. En ella, se sostenía que el sujeto pasivo era el acreedor hipotecario cuando existe una escritura pública con garantía hipotecaria, pues en su interés se constituye la garantía. La controversia surge porque en el referido artículo 8, si atendemos solamente a la garantía, el obligado tributario es la entidad financiera, mientras que, si atendemos al préstamo, debe ser el prestatario.

Para su solución judicial, la Sala Tercera del Tribunal Supremo nos ofreció el 7 de noviembre de 2018 una lamentable —por insólita y poco jurídica— rectificación de lo emitido en su pronunciamiento. Un día después de la publicación de la sentencia se dejó en suspenso la resolución y el presidente de la Sala convocó un pleno para estudiarla, por entender que suponía un «giro

radical» en su jurisprudencia y por su «enorme repercusión económica y social». Dicho *giro radical* no es sino un eufemismo para aludir a un elemento inherente al ejercicio de la Magistratura: soportar las presiones de los poderes fácticos por las fluctuaciones en los mercados financieros que se encuentren afectados por un determinado pronunciamiento, una presión que va en el cargo y a la que no deben someterse los integrantes del Poder Judicial, máxime su cúpula. Dicha presión fue negada el 25 de octubre por parte del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, quien también pidió disculpas por la inseguridad jurídica producida. De haber admitido unas injerencias evidentes, su dimisión habría sido obligada, o al menos lo sería en cualquier Estado de la Unión, a los que deberíamos asemejarnos en rigor jurídico, para evitar estas dubitaciones, y en transparencia en la elección de la cúpula judicial, a la vista de los acontecimientos. Dicha presión se confirmó con la rectificación de 7 de noviembre, adoptada por 15 votos a favor y 13 en contra. Este *iter* no deja lugar a dudas: ha quedado demostrado que este cambio no obedece a criterios estrictamente jurídicos sino a un supuesto desequilibrio del mercado financiero, o lo que es lo mismo, que un poder del Estado se ha doblegado a sus presiones. Por otro lado, la solución legal del asunto ha pasado por la aprobación al día siguiente del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre<sup>117</sup>. Para evitar que en adelante los consumidores siguiesen asumiendo asimétricamente el pago de este impuesto, se ha modificado el artículo 29, conforme al cual es sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, esto es, quienes tengan interés en que se expidan, lo que sitúa como obligado tributario a la entidad financiera, sin lugar a dudas.

El daño producido por este asunto a los integrantes del Poder Judicial y a su reputación frente a la ciudadanía es evidente. Sin embargo, puede ser enmendado por vía de nulidad de la cláusula abusiva que imponga el pago de dicho impuesto al consumidor, esto es, la retroactividad que no puede satisfacer la solución legal, a pesar de críticas muy políticas y poco jurídicas respecto del alcance, en cuanto a eficacia, de un Real Decreto-ley. La eficacia retroactiva por vía de nulidad contractual para todos los préstamos hipotecarios, incluso los cancelados, está siendo reclamada por las Asociaciones de Consumidores<sup>118</sup>, que se apresuraron a criticar el fallo en atención a los 12 millones de préstamos hipotecarios afectados en España. La solución completa de este sinsabor jurídico pasa necesariamente por la retroactividad, algo que únicamente podrá enmendarse por dos caminos: por una vía más lenta mediante el sistema de recursos que finalmente llegue al Tribunal de Justicia; o por el planteamiento de una cuestión prejudicial por un juez nacional a dicho Tribunal, para que examine la abusividad de dicha

cláusula y determine su nulidad. Del mismo modo que los efectos retroactivos de la nulidad no son potestativos, como se demostró respecto de las cláusulas suelo, en este caso no se puede negar que la garantía hipotecaria se constituye a favor de la entidad financiera y que debe asumir el pago del impuesto, pues en un préstamo al consumo quien lo asumiría sería el prestatario, por la ausencia de dicha garantía real. En definitiva, y de concretarse, el Tribunal de Justicia puede enmendar de nuevo la plana al Tribunal Supremo, aunque se refiera a distintas Salas, por lo que habría sido conveniente no haber asistido a estas vacilaciones y haber resistido las presiones de las entidades financieras y sus inversores.

En otro orden de cosas pero al hilo de los gastos accesorios que venimos analizando, el Tribunal Supremo<sup>119</sup> considera que, en los impuestos derivados de documentos notariales, la entidad prestamista no queda al margen de los tributos, pues la tributación única al consumidor resulta indebida. Sobre estos gastos, debemos señalar que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha determinado en la Sentencia<sup>120</sup> de 15 de marzo de 2018 que la cláusula sin negociación por la que se atribuyen al deudor los *gastos notariales*, por ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como los impuestos derivados, es abusiva. Por el contrario, no lo será cuando se distribuyan los gastos de manera *razonable*, según exige el Tribunal, lo que en este pronunciamiento se traduce en una distribución por mitad de los gastos y la asunción del pago de la copia autorizada por parte del acreedor. Este concepto de la razonabilidad conduce a equívoco cuando estamos ante otras circunstancias, como por ejemplo cuando se atribuyen al consumidor los gastos de escritura y a la entidad financiera los de copia autorizada e inscripción. En este caso, no se alude a la intangibilidad cuantitativa de esta distribución, para que su concreción obedezca de manera objetiva al paradigma de la razonabilidad que se pretende. Asimismo, tampoco queda claro el devenir de los gastos notariales y registrales en caso de nulidad de la cláusula por abusiva, porque si el reparto por mitad de los gastos registrales es razonable, este parámetro debería ser extensivo a los aranceles notariales, un extremo que no especifica. Finalmente, también plantea problemas la cláusula de afianzamiento, que no se considera como una cláusula del contrato de préstamo sino como un contrato en sí mismo. Para valorar la abusividad, se tiene que examinar si el fiador o avalista tiene la condición de consumidor, especificando que debe atenderse al ámbito no profesional de la operación en lugar de a las condiciones subjetivas del contratante, algo que clarificó el Tribunal de Justicia<sup>121</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El mercado de crédito hipotecario se encuentra afectado por la abusividad que se produce en la contratación de instrumentos no financieros con

consumidores, quienes en la práctica asumen la totalidad del riesgo de forma asimétrica sin que la entidad financiera se vea afectada, a pesar del teórico sinalagma. En este sentido, la selección adversa por defectos en el mecanismo préstamo-riesgo, el objeto del contrato según si se trata de un instrumento no financiero o financiero, y la distinción entre consumidor e inversor limitan el régimen de protección. A ello no coadyuva la desafortunada distinción que efectúa el Tribunal Supremo entre consumidor medio y consumidor experto, al que en realidad está equiparando con un inversor.

II. Frente a esta problemática, se han articulado distintos controles, no exentos de matices destacables. Por un lado, los controles de incorporación y contenido para las condiciones generales de la contratación, de carácter formal, y, por otro lado, el control de transparencia para las cláusulas no negociadas individualmente, que evalúa la igualdad material de las partes. Estos controles tienen alcances diferenciados según si afectan a elementos esenciales o accesorios del contrato. Asimismo, se encuentran fuertemente influenciados por dos elementos externos y definidores, cuya vinculación manifiesta la necesidad del primero: el deber de información precontractual, como garantía de la formación válida del contrato, y la excesiva onerosidad del contrato que deviene ante su inobservancia.

III. La principal expresión de la vulneración de los controles en la fase de formación del contrato se encuentra en los remedios en la fase de ejecución, así como su necesaria adaptación a nuevas realidades como los *smart contracts*, de los que el único control que puede restar intacto, sin una reformulación, es el control de incorporación. Por las razones aludidas, los remedios deberían armonizarse en los instrumentos financieros y no financieros pues, ante las mismas contravenciones, procede la nulidad en los instrumentos financieros por desatender una norma imperativa, mientras que en los instrumentos no financieros resulta la anulabilidad por error. Por su importancia en el tráfico jurídico, destacan las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, cuyo elemento común es el desequilibrio que origina su falta de negociación individual, especialmente cuando se manifiesta el riesgo en las relativas al precio. En este sentido, convendría que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fuese más cauta a la hora de excluir materialmente de tutela a los consumidores en determinados instrumentos no financieros, a la luz de las enmiendas ulteriores que realiza el Tribunal de Justicia. Como reflexión final y para concluir, una adecuada observancia de los controles, en aras de proteger al consumidor, va a evitar la aplicación de los remedios y va a reforzar su posición en la relación jurídica. De lo contrario, el mercado de crédito se seguirá viendo afectado por la predisposición de cláusulas contractuales que únicamente promueven la desigualdad material de las partes.



## ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS:

- STJCE de 16 de julio de 1998
  - STJCE de 13 de enero de 2000
  - STJUE de 4 de junio de 2009
  - STJUE de 3 de junio de 2010
  - STJUE de 9 de noviembre de 2010
  - STJUE de 15 de marzo de 2012
  - STJUE de 14 de junio de 2012
  - STJUE de 14 de marzo de 2013
  - STJUE de 21 de marzo de 2013
  - STJUE de 24 de marzo de 2013
  - STJUE de 30 de mayo de 2013
  - STJUE de 16 de enero de 2014
  - STJUE de 30 de abril de 2014
  - STJUE de 18 de diciembre de 2014
  - STJUE de 21 de enero de 2015
  - STJUE de 23 de abril de 2015
  - STJUE de 3 de septiembre de 2015
  - STJUE de 3 de diciembre de 2015
  - STJUE de 21 de diciembre de 2016
  - STJUE de 26 de enero de 2017
  - STJUE de 20 de septiembre de 2017
  - STJUE de 7 de agosto de 2018
- 
- STS de 8 de abril de 1994
  - STS de 2 de marzo de 2001
  - STS de 10 de octubre de 2001
  - STS de 30 de noviembre de 2001
  - STS de 1 de marzo de 2007
  - STS de 30 de noviembre de 2007
  - STS de 4 de junio de 2008
  - STS de 16 de diciembre de 2009
  - STS Tercera, de 15 de julio de 2010
  - STS de 23 de septiembre de 2010
  - STS de 4 de noviembre de 2010
  - STS de 17 de febrero de 2011
  - STS de 2 de marzo de 2011
  - STS de 25 de noviembre de 2011
  - STS de 18 de junio de 2012
  - STS de 1 de marzo de 2013
  - STS de 28 de abril de 2013

- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 11 de febrero de 2015
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 23 de abril de 2015
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 13 de julio de 2015
- STS de 7 de septiembre de 2015
- STS de 8 de septiembre de 2015
- STS de 13 de octubre de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 22 de octubre de 2015
- STS de 27 de octubre de 2015
- STS de 13 de noviembre de 2015
- STS de 17 de noviembre de 2015
- STS de 20 de noviembre de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 22 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 29 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 24 de febrero de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 9 de marzo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 14 de diciembre de 2017
- STS de 15 de junio de 2018
- STS de 7 de noviembre de 2018
  
- ATS de 8 de febrero de 2017
- ATS de 22 de febrero de 2017

- SAP Madrid de 8 de septiembre de 2005
- SAP Barcelona de 21 de enero de 2014
- SAP Barcelona de 30 de abril de 2014
- SAP Madrid de 31 de marzo de 2016
- SAP Girona de 5 de mayo de 2016
- SAP Barcelona de 9 de junio de 2016
- SAP Islas Baleares de 16 de diciembre de 2016
- SAP Madrid de 19 de diciembre de 2016
- SAP Asturias de 24 de febrero de 2017
- SAP Asturias de 3 de octubre de 2017
- SAP Las Palmas de 20 de abril de 2018
  
- AAP Barcelona de 5 de marzo de 2015
  
- SJPI Madrid de 20 de noviembre de 2017
- SJPI Fuenlabrada de 3 de octubre de 2014
  
- RDGRN de 31 de octubre de 2013

## BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2017). STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (1205-1222).
- AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 43-50.
- (2015). Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirme que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MIFID. STJUE de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14). *Centro de Estudios de Consumo*, 1-10.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2015). Una invitación a los Estados miembro de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 1-30.
- ALCALÁ DÍAZ, M. A. (2013). La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor. *La Notaría*, núm. 2, 6-15.
- ALEXANDER, K. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Marketing, Sale and Distribution*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL\\_STU\(2018\)618996\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU(2018)618996_EN.pdf).
- ARGELICH COMELLES, C. (2017). *La expropiación temporal del uso de viviendas*. Madrid: Marcial Pons.

- (2018). Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 1-20.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencia». *InDret*, núm. 2, 2-44.
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (2017). Hipoteca multidivisa: el Tribunal Supremo abre las puertas a reclamar por falta de transparencia [En línea], disponible en: <https://asufin.com/2017/11/hipoteca-multidivisa-tribunal-supremo-abre-las-puertas-reclamar-falta-transparencia/>.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2003). Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Díez Picazo*, Tomo II. Madrid: Civitas (1417-1418).
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2016). Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, núm. 8795, 1-15.
- BANCO DE ESPAÑA (2012). *Informe Anual 2012* [En línea], disponible en: <https://www.bde.es/ff/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/12/Fich/inf2012.pdf>.
- BARRAL VIÑALS, I. (2012). El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario. En: J. Tarabal Bosch, Lauroba Lacasa, M. E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons (473-488).
- (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 25-70.
- BASTANTE GRANELL, V. (2015). La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2420-2454.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M. E. (2016). El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 127-156.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000). Comentario a la disposición adicional primera.-Tres: artículo 10 bis. 1 LGDCU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Pamplona: Aranzadi (753-769).
- (2018). Cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Comentario a la STS —Sala Primera— núm. 511/2017, de 20 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4039). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 215-224.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2018). Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Actualidad Civil*, núm. 1, 1-26.
- BLANCO HERNÁNDEZ, M. T. (2007). Una aproximación a la hipoteca multidivisa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, 631-660.
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1-9.
- BORRALLO VEIGA, A. (2016). El TJUE confirma que las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero. *Diario La Ley*, núm. 8686, 1-2.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). Ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, 747-788.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control sobre las cláusulas «abusivas» sobre los elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* Pamplona: Aranzadi.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 99-115.
- (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 55, 549-644.
- (2016). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación): Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). En: M. Izquierdo Tolsada (dir.), J. Espín Granizo (coord.). *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Volumen 6. 2013-2014. Madrid: Dykinson (202-222).
- (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, 1-32.
- CANIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 67-105.
- (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, 103-123.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 164-183.
- CASTILLA BAREA, M. (2000). *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson.
- (2018). La facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada? *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 81-105.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2015). Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 269-292.
- CHEREDNYCHENKO, O. MEINDERTSMA, J. M. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL\\_STU\(2018\)618997\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL_STU(2018)618997_EN.pdf).
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2016). Comentario del artículo 1129. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. III. Cizur Menor: Aranzadi (248-252).
- COESTER, M. (2013). § 307. En: J. Von Staudinger (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse*. §§ 305-310; UK1aG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Berlin: De Gruyter (297-501).

- COMISIÓN EUROPEA (2007). *Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea* [En línea], disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0807>.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009). *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos* [En línea], disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338957019?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=SuplementosBoletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_de\\_Modernizaci%C3%B3n\\_del\\_C%C3%B3digo\\_Civil\\_en\\_materia\\_de\\_Obligaciones\\_y\\_Contratos.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338957019?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=SuplementosBoletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Modernizaci%C3%B3n_del_C%C3%B3digo_Civil_en_materia_de_Obligaciones_y_Contratos.PDF).
- CONAC, P. H. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Subordinated Debt and Self-placement*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618994/IPOL\\_STU\(2018\)618994\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618994/IPOL_STU(2018)618994_EN.pdf).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2018). *La justicia dato a dato: año 2017. Estadística Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- CUENA CASAS, M. (2015). La insolvencia de la persona física: prevención y solución. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 55, 461-518.
- (2017). Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito. *Indret*, núm. 3, 1-67.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Contratación de créditos hipotecarios y protección al consumidor. En: P. Delgado Martín (dir.). *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*. Cizur Menor: Aranzadi (281-311).
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2016). Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora. En: M. Espejo Lerdo de Tejada, J. P. Murga Fernández (dirs.), M. A. Fernández Scagliusi, S. Tomás Tomás (coords.). *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (629-648).
- EBERS, M. (2018). *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros*. Santiago de Chile: Olejnik.
- EUROSTAT (2018). *Estadísticas sobre vivienda* [En línea], disponible en: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing\\_statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es).
- FERRANDO VILLALBA, M. L. (2014). Preferentes y otros instrumentos financieros de riesgo deber de información y buena fe (a propósito de la STS de 28 de abril de 2013). *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 93-115.
- FRIESECKE, J. (2015). § 305, revisado por GRÜNEBERG, C. En: Palandt, O. (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck (415-423).
- (2015). § 307, revisado por GRÜNEBERG, C. En: Palandt, O. (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck (430-452).
- GABEIRAS VÁZQUEZ, P. (2017). Las hipotecas multidivisa y la obligatoriedad de elevar cuestión prejudicial en evitación de la ulterior responsabilidad patrimonial del Estado. *Actualidad Civil*, núm. 6, 1-11.
- GARCÍA RUBIO, M. P., OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *Indret*, núm. 2, 1-62.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La contratación con consumidores. En: N. Moralejo Imbernón, M. S. Quicios Molina (coords.), R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dirs.), *Tratado de contratos*, Vol. II Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de do-

- minio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute. Valencia: Tirant lo Blanch (1629-1790).
- GÓMEZ LOZANO, M. M. (2014). La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios. En: A. Núñez Iglesias (dir.), J. A. Escartín Ipiéns, M. A. Martos Calabrús (coords.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Granada: Comares (179-192).
- GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M. (2016). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada, J. P. Murga Fernández (dirs.), M. A. Fernández Scagliusi, S. Tomás Tomás (coords.). *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (709-740).
- GONZÁLEZ PACANOWKA, I. (2010). Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 1645-1728.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo. En: M. Cuenca Casas (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. Cizur Menor: Aranzadi (523-570).
- HEINRICHS, H. (1995). Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2190-2197.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid: Marcial Pons.
- HUALDE MANSO, T. (2016). *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*. Madrid: Dykinson.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2018). *Estadística de Hipotecas* [En línea], disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3223>.
- JOSIPOVIĆ, T. (2014). Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 16, 223-253.
- KAPNOPOULOU, E. N. (1997). *Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union. Das griechische Verbraucherschutzrecht als Beitrag zum Europäischen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LAUROBA LACASA, M. E. (2012). La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial. En: J. Tarabal Bosch, Lauroba Lacasa, M. E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons (117-132).
- LÓPEZ CÁNOVAS, A. (2015). La *Bona Fides* como límite en la contratación bancaria de productos complejos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-21.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2017). La contratación de productos y servicios accesorios al crédito inmobiliario. La problemática de los seguros asociados a la hipoteca. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (601-653).
- (2017). Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos. En: K. J. Albiez Dohrmann,

- M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (173-205).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (2017). Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) y control de transparencia (STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017). *Diario La Ley*, 1-4.
- MANZANARES SECADES, A. (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. *Anuario de Derecho civil*, vol. 38, núm. 4, 979-1010.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: Reus.
- MINOR, J. (2012). Consumer Protection in the EU: Searching for the Real Consumer. *European Business Organization Law Review*, núm. 13, 163-168.
- MORENO TRAPIELLA, P. C. (2017). Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas. Las Rozas: Wolters Kluwer.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 143-192.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012). *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: Reus.
- NIPPERDEY, H. C. (1920). *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*. Jena: Keip.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *Indret*, núm. 4, 1-54.
- PÉREZ GUERRA, C. (2017). Hipotecas multidivisa, tutela de los consumidores y desequilibrio contractual. *La Ley mercantil*, núm. 36, 5.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret*, núm. 3, 1-28.
- (2014). Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria. En: Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, Miguel Domingo Olmedo Cardenete (coords.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch (277-298).
- (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (403-437).
- REICH, N. (1993). *Europäisches Verbraucherschutzrecht: Binnenmarkt und Verbraucherinteresse*. Bader-Baden: Nomos.
- ROMERO, E. (2017). La hipoteca multidivisa, en el punto de mira de la Justicia. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 934, 9.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2018). Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 243-272.
- SCHLOSSER, P. (2013). § 305. En: J. Von Staudinger (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*. Berlin: De Gruyter (17-113).



- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2017). Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario? En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (381-401).
- SLAWSON, D. (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review*, vol. 84, núm. 3, 529-566.
- TENREIRO, M., KARSTEN, J. (1999). Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive. En: H. Schulte-Nölke, R. Schulze, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*. Baden-Baden: Nomos (223-277).
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. *Revista de Derecho*, núm. 1, 187-210.
- TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. A., XIOL RÍOS, J. A. (2013). Contrato de gestión discrecional de cartera de valores. Inversión en valores de riesgo. Adquisición de participaciones preferentes de la entidad «Lehman Brothers Holdings Inc». En: *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) año 2012-2013* [En línea], disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Cronica-de-Jurisprudencia/>.
- TRZASKOWSKI, J. (2016). Lawful Distortion of Consumers' Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive. *European Business Law Review*, vol. 27, núm. 1, 25-49.
- ULMER, P. (1993). Zur Anpassung des AGB-Gsetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln. *Europaisches Zeitschrift Wirtschaftsrecht*, 337-347.
- VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. En: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Libro Homenaje a Manuel Amorós*, vol. I. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (713-748).
- VELA TORRES, P. J. (2017). Hipoteca multidivisa: adaptación de la jurisprudencia española a la del TJUE. *Diario La Ley*, núm. 9108, 1-6.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 133-154.
- WILHELMSSON, T. (2000). Workshop 1: The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (arts. 1 §1, 3 §1, 4 §2). En: European Commission, *The «unfair terms» directive, five years on: evaluation and future perspectives: Brussels Conference*. Brussels: European Publishers (94-100).
- (2004). The Abuse of the «Confident Consumer» as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, núm. 27, 317-337.
- WILLETT, C. (2011). The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 2, 355-385.
- ZUMAQUERO GIL, L. La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 149-191.
- ZUNZUNEGUI, F. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Mortgage Credit*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL\\_STU\(2018\)618995\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL_STU(2018)618995_EN.pdf).

ZURITA MARTÍN, I. (2014). Reformas legales hipotecarias en España desde el estallido de la crisis. *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 52-75.

## NOTAS

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2015.

<sup>2</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2018). *Estadística de Hipotecas* [En línea], disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3223>.

<sup>3</sup> En particular, nos referimos a los siguientes: depósito a plazo, plan de pensiones, préstamo personal, financiación de estudios, cuenta corriente, renting, leasing y contrato de seguros.

<sup>4</sup> Para apreciar la abusividad de una cláusula contractual, de conformidad con la jurisprudencia europea, se atenderá a la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración. Véanse las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, TJCE 2016\309, de 4 de junio de 2009, TJCE 2009\155, y de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010\335. Ante la abusividad de una cláusula contractual, como se desprende de su nulidad, se tendrá por no puesta, manteniendo la eficacia y ejecución del resto del contrato, a lo que se refieren las SSTJUE de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, de 30 de mayo de 2013, TJCE 2013\145, de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4.

<sup>5</sup> Debe señalarse que estos datos no distinguen en función del régimen de tenencia de la vivienda, ni en el régimen de propiedad según si se encuentra sujeta a un préstamo hipotecario o no.

<sup>6</sup> EUROSTAT (2018).

<sup>7</sup> ZURITA (2014, 53-74), ARGELICH (2017, 275-307). Sobre esta legislación, véanse el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa —Boletín Oficial del Estado de 7 de julio de 2011—, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos —Boletín Oficial del Estado de 10 de marzo de 2012—, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios —Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2012—, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —Boletín Oficial del Estado de 13 de mayo de 2013—, con las sucesivas prórrogas bianuales de la medida.

<sup>8</sup> ARGELICH (2017, 308-328). De entre ellos, cabe destacar la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña —Boletín Oficial del Estado de 9 de septiembre de 2015—, la cesión obligatoria de viviendas de la Ley 24/2015, de Cataluña, y de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón —Boletín Oficial del Estado de 12 de diciembre de 2016—, la obligación de realojamiento de personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial de la Ley 4/2016, de Cataluña, y el arrendamiento con opción de compra para evitar el lanzamiento del deudor hipotecario de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2017.

<sup>9</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de junio de 2005.

<sup>10</sup> En particular, véase la STJCE de 16 de junio de 1998, TJCE 1998\174, que condensa la jurisprudencia anterior y acuña el concepto de *average consumer* o consumidor medio, así

como la STJCE de 13 de enero de 2000, TJCE 2000/4, que introduce el concepto de la proporcionalidad en la consideración de la expectativa que se presume en un consumidor medio.

<sup>11</sup> EBERS (2018, 148-150). En el mismo sentido que España se encuentran Grecia y Hungría. Estos tres Estados incluyen también en el concepto de consumidor a las personas jurídicas que actúen con un objetivo privado, una consideración que se encuentra expresamente prevista en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Eslovaquia y la República Checa. En el caso de Francia, Polonia y Letonia también consideran como consumidores a los empresarios que concluyan un contrato ajeno a su habitual sector comercial.

<sup>12</sup> A estos efectos, la Directiva prevé el padecimiento de una dolencia física, un trastorno mental, o que por su edad o credulidad puedan considerarse vulnerables.

<sup>13</sup> Véase la STS de 30 de junio de 2015, RJ 2015, 2662: «ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de abril de 2015, RJ 2015, 1863.

<sup>14</sup> Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre de 2011.

<sup>15</sup> Boletín Oficial del Estado de 30 de noviembre de 2007.

<sup>16</sup> BARRAL (2015, 43) propone fijar un nuevo concepto de consumidor de servicios financieros de crédito que permita la aplicación de una normativa homogénea. Mientras no se realice, propone ampliar el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación mediante la comprensibilidad de las cláusulas contractuales.

<sup>17</sup> GÓMEZ (2014, 180), indica, además, que el fedatario público no comercializa el producto, no determina las condiciones de la venta, ni participa en el canal de distribución, motivo por el cual no considera adecuado el término legal *comercialización*.

<sup>18</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de febrero de 2014.

<sup>19</sup> Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 1993.

<sup>20</sup> Ello también se contiene en la STJUE de 15 de marzo de 2012, TJCE 2012/55.

<sup>21</sup> Boletín Oficial del Estado de 14 de abril de 1998.

<sup>22</sup> A este respecto, atiéndase la STS de 16 de diciembre de 2009, RJ 2010, 702, que declara nulas por abusivas las siguientes cláusulas típicas de la contratación bancaria: la cláusula que expresa que las cuentas y depósitos que el titular tenga en la entidad financiera en las que figure como titular único o indistinto quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pudiendo la entidad compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos; la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad por el uso de la tarjeta de crédito o débito antes de la notificación de su sustracción o extravío; la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad del uso del número de identificación personal de las tarjetas de crédito y débito, limitando aquella a los supuestos de fuerza mayor o coacción; la cláusula que establece la exención de responsabilidad de la entidad por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con las tarjetas; la cláusula que establece el vencimiento anticipado del préstamo cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa; la cláusula de préstamo hipotecario que limita la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento porque se debe circunscribir a los arrendamientos de vivienda porque el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arrendos gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca; la cláusula-tipo que establece que la parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, salvo si la enajenación conlleva la subrogación del préstamo que deberá ser autorizada por la entidad bancaria; la cláusula

de préstamo hipotecario que establece que en caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste; la cláusula sobre reparto de responsabilidad en supuestos de pago por la entidad de cheques manipulados y falsificados que no se ajusta al régimen establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque; la cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias; y la cláusula de resolución anticipada del préstamo por denegación de la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa. A este respecto véase GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1645-1728).

<sup>23</sup> BARRAL (2015, 52) ya advierte en relación con las cláusulas suelo que «cabe dudar de la eficiencia de suministrar al prestatario, en diversos momentos de la fase de contratación, información sobre cláusulas financieras mediante documentos preformulados que pueden caer en la hiperabundancia de información y cuya relación con el correcto entendimiento del contenido contractual puede ser más que discutible».

<sup>24</sup> Así en las SSTs de 25 de marzo de 2015, *RJ* 2015, 735, y de 8 de junio de 2017, *RJ* 2017, 2509.

<sup>25</sup> Véase a tal efecto la STS de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4946.

<sup>26</sup> En este sentido, atiéndanse las SSTJUE de 26 de febrero de 2015, TJCE 2015/93, y de 15 de marzo de 2012, TJCE 2012/55.

<sup>27</sup> Véase la STS de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4660. Previamente a este pronunciamiento, el Tribunal Supremo ya apuntó la evolución del control formal al real en la STS de 9 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 3088.

<sup>28</sup> Sobre la transparencia real, véase BARRAL (2015, 114-119).

<sup>29</sup> BARRAL (2015, 59) afirma en relación con las cláusulas suelo que «se pasa de la transparencia formal a la «transparencia real» para justificar el control de abusividad». Explica que este cambio resulta contrario a la transparencia formal que había impulsado el legislador y corroborado el Banco de España.

<sup>30</sup> Esta exigencia viene recogida también en la jurisprudencia sobre contratos bancarios del Tribunal Supremo. En este sentido, atiéndanse las SSTs de 20 de enero de 2014, *RJ* 2014, 781, de 7 de julio de 2014, *RJ* 2014, 3541, de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4946, y de 27 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4945.

<sup>31</sup> Este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Pavía mediante la elaboración doctrinal por parte de profesores europeos con base en el *Codice Civile Italiano* y el BGB, surge como concreción del embrión doctrinal que supuso el DCFR.

<sup>32</sup> Boletín Oficial del Estado de 15 de mayo de 2013.

<sup>33</sup> Estas se refieren a: que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; o que se concedan en una o varias divisas.

<sup>34</sup> La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece en el artículo 6 el deber de información precontractual, de la misma manera que el artículo 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito —Boletín Oficial del Estado de 1 de abril de 2009—, los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación —Boletín Oficial del Estado de 14 de abril de 1998—, y el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 2011.

<sup>35</sup> La STJUE de 18 de diciembre de 2014, TJCE 2014/401, califica estos deberes como de «carácter precontractual. Por consiguiente, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato de crédito, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato».

<sup>36</sup> Publicada en *Bundesgesetzblatt* el 18 de agosto de 1896, con una última actualización de 20 de julio de 2017.

<sup>37</sup> Corresponde a la *Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 21 de enero de 1992.

<sup>38</sup> Publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 30 de septiembre de 1993.

<sup>39</sup> LÓPEZ (2015, 3-21) considera que el error heterointroducido por la entidad financiera en el consumidor debe equipararse al dolo, aunque podemos matizar que en la práctica la consecuencia jurídica de ambos vicios es la misma.

<sup>40</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de noviembre de 2017.

<sup>41</sup> La STS de 28 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3387, a este respecto exige que «las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 20 de julio de 2017, *RJ* 2017, 4143, de 20 de julio de 2016, *RJ* 2016, 3429, de 29 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5880, de 22 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5881, de 9 de diciembre de 2015, *RJ* 2016, 110, de 25 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5498, de 20 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5629, de 17 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5497, de 13 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5066, de 22 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 5600, de 13 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4741, de 13 de julio de 2015, *RJ* 2015, 2777, de 26 de febrero de 2015, *RJ* 2015, 953, de 8 de julio de 2014, *RJ* 2014, 4315, y de 7 de julio de 2014, *RJ* 2014, 4313. Cabe señalar que la STS de 15 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4894, al tratar del error como causa de anulabilidad de un contrato de préstamo hipotecario, advierte que «cuando se trata de “error heteroinducido” por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error [...] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad». Por su parte, la STJUE de 18 diciembre de 2014, TJCE 2014\401, afirma que «el prestamista debe facilitar por tanto al consumidor explicaciones adecuadas y personalizadas gracias a las que este se encuentre en condiciones de determinar si el contrato de crédito ofrecido se adapta a sus necesidades y a su situación económica».

<sup>42</sup> STS de 9 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 3088.

<sup>43</sup> *RJ* 2017, 4637.

<sup>44</sup> BORRALLO FERNÁNDEZ (2016, 3) expresa que la intensidad del riesgo de tipo de cambio se ve incrementada porque los prestatarios solo pueden acudir a un cambio de divisa como solución a una evolución del riesgo que les pueda resultar favorable. Ello implica que el prestatario tendrá que advertir con suficiente antelación este riesgo porque en caso contrario ya no podrá cambiar de moneda. Para atender a la distinción de la excesiva onerosidad del contrato en relación con otras figuras, especialmente en relación con la imposibilidad sobrevenida, véase CASTILLA (2000, 244-248).

<sup>45</sup> En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciada en la STS de 30 de junio de 2014, *RJ* 2014, 3526, excluía la evolución de la economía como causa de procedencia para la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

<sup>46</sup> En el sentido de no conceder un contenido diferente al control de transparencia en relación con el de incorporación, por entender que el deber de claridad e inteligibilidad que integra el control de incorporación deriva del deber de transparencia. Véanse KAPNOPOULOU (1997, 139-144), HEINRICHS (1995, 2194), BERCOVITZ (2000, 764).

<sup>47</sup> *RJ* 2013, 3088. En este precepto de la Directiva, que también recoge la sentencia, se señala que el carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, es decir, que superen el control de transparencia. En el mismo sentido, véanse las SSTS de 18 de junio de 2012, *RJ* 2012, 8857, como antecedente de esta doctrina que entonces no era mayoritaria, y las de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4660, y de 9 de marzo de 2017, *RJ* 2017, 977. CARRASCO (2013, 164-183), detalla que «[n]os encontramos frente a una sentencia singular [...] por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de condiciones generales de la contratación, el llamado “control

de transparencia”, que es autónomo con respecto al control de inclusión [de los artículos 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU], al control de abusividad (de los arts. 82 y sigs. TLCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del artículo 1266 CC». PERTÍÑEZ (2013, 1-28), sistematiza el tratamiento de esta sentencia incidiendo en que el control de las cláusulas relativas al objeto principal ha de ser un control de transparencia, y que este control no se limita al cumplimiento de la normativa de transparencia bancaria ni al cumplimiento de los requisitos de incorporación. Esta falta de transparencia se identifica con la defraudación de la expectativa sobre el precio.

<sup>48</sup> Cfr. BARRAL (2015, 59-60), critica que el razonamiento de la sentencia es defectuoso porque el juicio de comprensibilidad deriva del análisis de las circunstancias del caso, motivo por el cual no se puede realizar un análisis en abstracto, sino que la transparencia tiene que entenderse sometida a un estándar de diligencia media.

<sup>49</sup> BARRAL (2015, 60) considera que el Tribunal Supremo debería haber mencionado explícitamente el elemento del desequilibrio.

<sup>50</sup> Véase la STJUE de 16 de enero de 2014, TJCE 2014\7, que advierte que «para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

<sup>51</sup> RJ 2014, 4660.

<sup>52</sup> STJUE de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\105.

<sup>53</sup> Cfr. PERTÍÑEZ (2004, 143-145) señala que estas exclusiones no inciden en el contenido económico sino en el normativo, y que versan sobre una alteración subrecepticia del precio global conectada con la transparencia.

<sup>54</sup> BARRAL (2015, 34), propone superar esta distinción y adoptar el criterio de la ausencia de negociación, que es el que determina el ámbito de aplicación del control de incorporación y el control de contenido. Aduce como argumento que el artículo 82.2 LGDCU impone la carga de la prueba de la negociación al predisponente, estableciendo una presunción favorable a la consideración de condición general de la contratación en caso de no poder probar la negociación.

<sup>55</sup> En estos contratos, la formación es fruto de un pacto entre las partes, pero su contenido viene determinado por completo en una norma. Por tanto, la imposición afecta al contenido del contrato, aunque su celebración es voluntaria y no impuesta, a diferencia del contrato forzoso. Sobre la distinción y actualización de estas categorías contractuales a la luz de la compatibilización del Derecho Civil y Administrativo al respecto, véase ARGELICH (2017, 24-29).

<sup>56</sup> En la misma línea, CÁMARA (2006, 61-69) detalla el *iter* de esta falta de transposición. Inicialmente, tiene origen en un error en la votación por parte del diputado que propuso una enmienda que considerase abusivo todo TAE de más del 30%. Esta enmienda suponía desconocer otros mecanismos legales de control de la abusividad, y derivar de este error en la votación una revisión judicial de precios suponía sobrevalorar el silencio legislativo.

<sup>57</sup> En este sentido, atiéndose la STS de 18 de junio de 2012, RJ 2012, 8857, que indica que la existencia de estos controles «no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 1 de marzo de 2013, RJ 2013, 2280, para apreciar un préstamo con garantía real como usurario.

<sup>58</sup> Gaceta de Madrid de 24 de julio de 1908.

<sup>59</sup> Respecto de Suiza, atiéndase el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001, y en lo que se refiere a Bélgica, se contiene en el artículo VII.77 del *Code de Droit Economique*, introducido por la Ley de 19 de mayo de 2014.

<sup>60</sup> En este sentido, CUENA (2017) defiende juiciosamente que «A mi juicio, la sanción al préstamo irresponsable tiene afectar al ámbito contractual. Si se acredita que el prestamista no evaluó la solvencia o haciéndolo concedió el préstamo ante un test negativo, siempre que el deudor devenga insolvente por esa razón (no por circunstancias sobrevenidas), debe verse privado de los intereses remuneratorios y moratorios».

<sup>61</sup> TJCE 2014\105.

<sup>62</sup> Véase la STJUE de 3 de junio de 2010, TJCE 2010\162. Sobre la jurisprudencia relativa a las cláusulas abusivas sobre el precio, atiéndase a CÁMARA (2013, 99-115).

<sup>63</sup> BARRAL (2015, 32), considera que el legislador español debería permitir *de lege lata* la ampliación del control de abusividad, puesto que el Tribunal de Justicia ya ha validado este criterio. Véanse los principales pronunciamientos relativos a la cláusula hora o fracción en los párquines —SAP Madrid de 8 de septiembre de 2005, AC 2005, 1554—, la cláusula de redondeo al alza —STS de 2 de marzo de 2001, RJ 2001, 2616—, y la cláusula de intereses de demora —STJUE de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89—.

<sup>64</sup> Véase la STS de 8 de junio de 2017, RJ 2017, 2509.

<sup>65</sup> En este sentido, PERTIÑEZ (2017, 421) señala que en un escenario de asimetría informativa será esencial la falta de información del acreedor y la excusabilidad por quien ha padecido el error, de acuerdo con sus circunstancias subjetivas.

<sup>66</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo había apreciado la procedencia de la cláusula con el impago de una sola mensualidad. Véanse los pronunciamientos más relevantes al respecto: SSTs de 4 de junio de 2008, RJ 2008, 3196, de 17 de febrero de 2011, RJ 2011, 3316, y de 7 de septiembre de 2015, RJ 2015, 3976. Este criterio fue corregido inicialmente por las SSTs de 23 de diciembre de 2015, RJ 2015, 5714, y de 18 de febrero de 2016, RJ 2016, 619.

<sup>67</sup> TJCE 2013\89.

<sup>68</sup> TJCE 2017\31.

<sup>69</sup> En la referida sentencia, el Tribunal de Justicia señala que el juez nacional tiene que comprobar, para que proceda el vencimiento anticipado de la deuda, varios elementos: que la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo dependa de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; que la facultad esté prevista para los casos en los que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si la facultad constituye una excepción respecto a las normas aplicables en la materia; y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. En suma, debe examinarse la entidad y la gravedad del incumplimiento. Para ello se valorará el porcentaje del impago atendiendo frente a la totalidad de la deuda restante, el tiempo que restaba para el vencimiento de la deuda, la duración total del préstamo hipotecario o la cantidad de cuotas impagadas. Para un examen más exhaustivo de esta cláusula, antes y después de la reforma del artículo 693.2 LEC, véase BASTANTE (2015, 2420-2454).

<sup>70</sup> RJ 2017, 365.

<sup>71</sup> Véanse las SSTs de 1 de marzo de 2007, RJ 2007, 1618, y de 30 de noviembre de 2007, RJ 2007, 8125. Ambas sentencias detallan que el pacto sobre intereses, así como falta de previsión de un pago parcial, se ha de imponer como previsión contractual. Por este motivo, el artículo 1108 del Código civil fija el interés moratorio en el convenido y, a falta de convenio, en el legal. Expresan las sentencias que carecería de sentido que, habiéndose producido el retraso en el pago del principal, el interés moratorio fuere menor que el remuneratorio previsto, pues el Código civil asigna a los intereses de demora una función indemnizatoria de daños y perjuicios, y la tutela judicial efectiva exige que el vencedor en el pleito consiga el restablecimiento pleno de su derecho.

<sup>72</sup> Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 1946.

<sup>73</sup> Atiéndanse principalmente las SSTJUE de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4, de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, y de 30 de mayo de 2013, TJCE 2013\145.

<sup>74</sup> JUR 2018, 282108.

<sup>75</sup> Otra opción es la consideración de una actitud calificada como *salvatoria* por parte del acreedor, que confirmaba el recálculo de los intereses a tres veces el interés legal del dinero según exigía la norma, una postura contenida en la STS de 23 de septiembre de 2010, RJ 2010, 7296. De manera complementaria, otra tesis sostenía la valoración de la actitud del ejecutante desde el momento de la prestación de la demanda, considerando que no era abusiva la cláusula de intereses moratorios sino el tipo porcentual. Finalmente, otra formulación sostiene que debe aplicarse como interés de demora directamente el previsto en el artículo 1108 del Código civil, para no dejar al acreedor sin el derecho a reclamar intereses de demora por la anulación de la cláusula, según el AAP Barcelona de 5 de marzo de 2015, JUR 2015, 120411, y la SAP Barcelona de 30 de abril de 2014, JUR 2014, 178084.

<sup>76</sup> Atiéndase la STJUE de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4. Sobre esta sentencia, véase DOMÍNGUEZ (2016, 629-648).

<sup>77</sup> El Tribunal Supremo, para apreciar la abusividad de la cláusula de intereses de demora atiende a su sentencia de 3 de junio de 2016, RJ 2016, 2300, referida a un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de vivienda habitual, mientras que el criterio que toma como referencia, contenido en la sentencia de 22 de abril de 2015, RJ 2015, 1360, establece un criterio para los intereses de demora pactados en préstamos personales, y les otorga un efecto extensivo a los préstamos hipotecarios destinados a la vivienda habitual, que además son objeto de especial protección por el artículo 114 LH, modificado por la Ley 1/2013. En el mismo sentido, véanse las SSTS de 7 de septiembre de 2015, RJ 2015, 3976, de 8 de septiembre de 2015, RJ 2015, 3977, y de 23 de diciembre de 2015, RJ 2015, 5714.

<sup>78</sup> Véase el ATS de 22 de febrero de 2017, RJ 2017, 597.

<sup>79</sup> Atiéndanse las SSTS de 10 de octubre de 2001, RJ 2001, 8793, de 8 de abril de 1994, RJ 1994, 2733, y la SJPI Fuenlabrada de 3 de octubre de 2014, JUR 2014, 274717.

<sup>80</sup> En este sentido se pronuncia la STJUE de 26 de enero de 2017, TJCE 2017\31.

<sup>81</sup> Véase la RDGRN de 31 de octubre de 2013, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de noviembre de 2013.

<sup>82</sup> JUR 2017, 305875. Esta sentencia afirma con una rotundidad que probablemente se vea enmendada mediante un pronunciamiento futuro del Tribunal de Justicia, y en atención a la protección ante la abusividad bancaria ya referida, que la exigencia de transparencia «comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto».

<sup>83</sup> Corresponden a los magistrados Francisco Javier Orduña Moreno y Javier Arroyo Fiestas.

<sup>84</sup> Véanse las SSTS de 4 de noviembre de 2010, RJ 2010, 8021, de 2 de marzo de 2011, RJ 2011, 1833, y de 11 de febrero de 2015, RJ 2015, 336.

<sup>85</sup> RJ 2010, 702.

<sup>86</sup> RJ 2013, 3088. Declaró además que no es necesario que haya un equilibrio entre los límites superior e inferior de la cláusula, ni que sea necesario una cláusula de variabilidad que implique solamente subidas respecto al tipo de interés inicial.

<sup>87</sup> TJCE 2016\309.

<sup>88</sup> Véanse las SSTS de 24 de febrero de 2016, RJ 2017, 602, y de 15 de junio de 2018, JUR 2018, 172575.

<sup>89</sup> Atiéndase la STJUE de 3 de diciembre de 2015, TJCE 2015\435, en la cual resumidamente explicaba que las operaciones de conversión realizadas por la entidad financiera para calcular el importe del préstamo y de los posteriores reembolsos no constituyen un servicio de inversión por cuenta propia, que estos contratos no son equiparables a un servicio auxiliar, y que no pueden calificarse de instrumentos financieros.

<sup>90</sup> Véase la STS de 30 de junio de 2015, RJ 2015, 2662.

<sup>91</sup> RJ 2017, 4730.

<sup>92</sup> TJCE 2017\171. Véase al respecto BERCOVITZ (2018, 215-224).



<sup>93</sup> Sobre este criterio de apreciación, véase la STJUE de 24 de marzo de 2013, TJCE 2013\89.

<sup>94</sup> La STJUE de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\105, afirma que «la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor». En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 23 de abril de 2015, TJCE 2015\179.

<sup>95</sup> Atiéndanse las SSTJUE de 21 de marzo de 2013, TJCE 2013\93, y de 21 de diciembre de 2016, TJCE 2016\309.

<sup>96</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2011.

<sup>97</sup> DÍAZ (2015, 297) expresa que no en todos los casos la mera consulta de la FEIN podrá ser suficiente para cumplir con el deber de información, al menos para un sector de los consumidores, especialmente los que tengan un bajo nivel de educación financiera y los que puedan considerarse consumidores vulnerables.

<sup>98</sup> Véase la STJUE de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89.

<sup>99</sup> TJCE 2014\105. Este control de transparencia reforzado de las condiciones generales de la contratación con consumidores otorgaba validez a lo que ya señaló la STS de 9 de mayo de 2013, RJ 2013, 3088.

<sup>100</sup> RJ 2017, 4730.

<sup>101</sup> En este sentido se manifiestan la SAP Asturias de 3 de octubre de 2017, JUR 2017, 258214, y la SJPI Madrid de 20 de noviembre de 2017, JUR 2017, 302013.

<sup>102</sup> Véanse algunos de los argumentos principales, más que cuestionables por la ausencia de enjuiciamiento de la actividad de la entidad financiera, que se ha demostrado deficiente en estos casos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La SAP Asturias de 24 de febrero de 2017, JUR 2017, 106295, explica que cualquier consumidor medio sabe que la cotización de las divisas no es estable, cuando no se trata de evaluar lo que sepa el consumidor medio sino de disciplinar la conducta del acreedor mediante el deber de información. La SAP Madrid de 31 de marzo de 2016, JUR 2016, 115572, considera que por cambiar de divisa en el préstamo en dos ocasiones conocían el producto, cuando lo que sucedió es que pretendían evitar los efectos negativos de la contratación de un producto financiero que no comprendían. La SAP Madrid de 19 de diciembre de 2016, AC 2017, 664, argumenta que el deber de información era correcto, puesto que no existían discrepancias entre la oferta vinculante y las cláusulas financieras de la escritura, y porque los consumidores exigieron una divisa en concreto, el yen. Por su parte, la SAP Barcelona de 21 de enero de 2014, AC 2014, 1, expresa que no se puede hacer responsable a la entidad de la evolución de las divisas, algo sumamente criticable porque es la entidad financiera quien puede predecir, por su información, la fluctuación. Sin embargo, la SAP Barcelona de 9 de junio de 2016, JUR 2016, 180303, aprecia la nulidad de la cláusula de reembolso por considerar que la entidad financiera ha incumplido su deber de información, aunque aplica la normativa MiFID cuando la hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero. En este sentido se pronuncian también las SSAP Girona de 5 de mayo de 2016, AC 2016, 1167, e Islas Baleares, 16 de diciembre de 2016, JUR 2017, 24426.

<sup>103</sup> CAZORLA (2015, 269) señala que este producto se comercializó especialmente entre 2007 y 2011 debido a la fortaleza del euro y la evolución al alza de los tipos de interés, y como detalla no por su promoción por las entidades financieras sino que en muchas ocasiones por la propia solicitud del consumidor, porque en los primeros años «favoreció claramente los intereses del cliente bancario que se protegió de los incrementos del EURIBOR y amortizó el valor de su deuda asumida para el pago del inmueble (euros), aceleradamente, dado que el valor en euros del total de la cantidad prestada en divisas disminuía».

<sup>104</sup> Cfr. BELLOD (2016, 145) se muestra crítica con la presunción de error cuando el prestatario es un consumidor, y favorable a la jurisprudencia anterior.

<sup>105</sup> Véase la SAP Las Palmas de 20 de abril de 2018, JUR 2018, 111436, ha declarado la nulidad de las cláusulas de comisión de apertura en un préstamo hipotecario, porque no se corresponde con un servicio o gasto real realizado al cliente, sino que se trata de una actividad inherente al negocio bancario.

<sup>106</sup> Atiéndase la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702.

<sup>107</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de julio de 2014.

<sup>108</sup> Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 2017.

<sup>109</sup> STS de 30 de noviembre de 2001, *RJ* 2002, 9693.

<sup>110</sup> Véase la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702.

<sup>111</sup> En el contrato de seguros conviene distinguir las cuatro modalidades que en el ámbito bancario han sido más contratadas por los consumidores, es decir, los seguros de ahorro e inversiones, vehículos, vida y accidentes, y hogar.

<sup>112</sup> Véase la STS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.

<sup>113</sup> Atiéndase la STJUE de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010\335. Véase también la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702, que, ante la existencia de fueros imperativos, declara abusiva la sumisión tácita y remite la competencia al juzgado determinado en ausencia de este pacto abusivo.

<sup>114</sup> En este sentido se expresa la STS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.

<sup>115</sup> Boletín Oficial del Estrado de 21 de octubre de 1993.

<sup>116</sup> *RJ* 2018, 4082.

<sup>117</sup> Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 2018.

<sup>118</sup> En este sentido, Facua-Consumidores en Acción ha acusado al sector financiero de difundir mensajes «engañosos y alarmistas» para no asumir el impuesto, y sostienen que, al igual que ocurrió con las cláusulas suelo, el Tribunal de Justicia va a pronunciarse en sentido análogo. Por su parte, la OCU, ha tildado en un comunicado el fallo de «bochornoso» por perjudicar a más de 12 millones de familias en España, indicando que «hoy gana la banca y pierden los consumidores y toda la sociedad», y piden la dimisión del presidente de la Sala Tercera, Luis Miguel Díez Picazo, de forma inmediata «por la nefasta gestión de esta sentencia sin precedentes que en tiempo récord ha doblado el pulso de la verdadera justicia».

<sup>119</sup> Véanse las SSTS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714, y de 25 de noviembre de 2011, *RJ* 2012, 576.

<sup>120</sup> *RJ* 2018, 966. En particular, el Tribunal Supremo señala que «[s]obre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación [...] la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda». Con anterioridad a esta sentencia, MORENO-TORRES (2018, 143-192), sostiene que serán abusivas estas cláusulas si no superan el control de incorporación de las condiciones generales.

<sup>121</sup> Véase la STJUE de 3 de septiembre de 2015, TJCE 2015\330. En este supuesto, la discrepancia surgía por la calificación del fiador como consumidor. Considera irrelevante el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado despacho.

*(Trabajo recibido el 10-7-2018 y aceptado  
para su publicación el 21-11-2018)*



# Medios de defensa del deudor ejecutado en los procedimientos de ejecución

## *Instruments that correspond to the executed debtor in enforcement proceedings*

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO  
*Profesor Titular de Derecho civil*  
*Facultad de Derecho Universidad de Oviedo*

*RESUMEN:* El estudio que a continuación se desarrolla, tiene por objeto analizar los instrumentos de defensa que, en el Ordenamiento jurídico español, corresponden al deudor ejecutado en los procedimientos de ejecución (que parten de reducir sus causas de oposición para dar una respuesta jurídica ágil y rápida a quienes están autorizados con un título ejecutivo judicial o extrajudicial), sin perjuicio de ofrecerle un procedimiento declarativo posterior para que pueda defender aquellas cuestiones que no haya podido alegar en el procedimiento de ejecución anterior.

En ese escenario, surgen varias dudas que serán examinadas, (i) sobre las causas de oposición en la ejecución, (ii) sobre la situación de abuso procesal que pueden desarrollar los ejecutantes, aprovechando la limitación del deudor ejecutado para oponer excepciones en los procedimientos de ejecución; (iii) sobre si el ejecutado puede alegar o el juzgador aplicar en la ejecución anterior el artículo 247 de la LEC y 11 de la LOPJ; (iv) sobre la determinación del

contenido de la preclusión y la cosa juzgada respecto a las pretensiones que se han tratado en el procedimiento de ejecución y lo que pueda tratarse en el procedimiento declarativo posterior regulado en el artículo 564 de la LEC; (v) sobre la acción de nulidad de la ejecución anterior y, en definitiva, (vi) sobre si el engranaje de la reserva de alegaciones para el procedimiento declarativo posterior cumple el principio de tutela efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución española.

*ABSTRACT: The aim of the study developed below is to analyse the defence instruments under the Spanish legal system that correspond to the executed-debtor in enforcement proceedings(which reduce the opposition causes in order to give an agile and fast legal response to those who are authorized with a judicial or extrajudicial enforceable title), without the prejudice to offer a subsequent declaratory procedure so that can be defended those issues that could not be argued in the previous enforcement proceedings.*

*In this scenario, several questions, which are considered below, arise about (i) the opposition causes in the enforcement proceeding, (ii) the situation of procedural abuse that may be developed by the performer staking advantage of executed-debtor's limitation to exercise objections in the enforcement proceedings, (iii) whether the executed party can plead or the judge apply article 247 of Civil Procedure Law and article 11 of Judiciary Organic Law in the previous execution, (iv) the determination of the content of the estoppel and res judicata regarding the matters that have been claimed in the enforcement proceeding and that may be claimed in the subsequent declaratory procedure set put in article 564of Civil Procedure Law; (v) the nullity action of the previous execution and, ultimately, (vi) whether the mechanism of the reserve of allegations for the subsequent declaratory procedure complies with the principle of due process of law set out in article 24 of Spanish Constitution.*

**PALABRAS CLAVE:** Preclusión. Cosa juzgada. Procedimiento de ejecución. Instrumentos de defensa del deudor ejecutado. Fraude de ley. Fraude procesal.

**KEY WORDS:** Preclusion. Res iudicata. Enforcement proceedings. Defence instruments to the executed-debtor. Abuse of the law. Procedural fraud.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONOCIMIENTO DEL FRAUDE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN: 1. UN EJEMPLO DE FRAUDE. LAS CESIONES DE CRÉDITO FUTURO. 2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR CEDIDO.—III. PRECEPTOS QUE JUSTIFICAN LA

IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR EL FRAUDE Y LAS CUESTIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: 1. LA COMPARECENCIA DEL ARTÍCULO 540 LEC. 2. EL EXAMEN JUDICIAL DEL TÍTULO. 3. LA FALTA DE LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LO DECIDIDO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. —IV. PRECEPTOS QUE JUSTIFICAN LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL FRAUDE EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.—V. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO POSTERIOR DEL ARTÍCULO 564 DE LA LEC: 1. LA REDACCIÓN DEL TÍTULO DEL ARTÍCULO 564 LEC. 2. LA REDACCIÓN DEL CONTENIDO PRECEPTO Y SU PRECLUSIÓN. 3. LA CONCLUSIÓN SINTÁCTICA DEL TÍTULO Y EL CONTENIDO: A. *Interpretación estricta de la preclusión del artículo 400*. B. *La doctrina atemperada de la preclusión fundamentada en el ámbito objetivo de la cosa juzgada*.—VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio que a continuación se desarrolla tiene por objeto resolver la duda sobre los límites de la defensa del ejecutado, primero, en los procedimientos de ejecución de títulos judiciales o extrajudiciales y, posteriormente, en el procedimiento declarativo regulado en el artículo 564 LEC, donde la preclusión que allí se regula no le impedirá alegar las pretensiones que no hayan podido conocerse en la ejecución anterior.

En ese escenario, surgen varias dudas sobre las causas de oposición en la ejecución, sobre si el ejecutado puede alegar o el juzgador aplicar en la ejecución anterior el artículo 247 de la LEC<sup>1</sup> y 11 de la LOPJ<sup>2</sup>, para rechazar ejecuciones claramente ilícitas o fraudulentas o si también, en este caso, ha de esperar a tratarlas en el procedimiento declarativo posterior del artículo 564 de la LEC que lleva por título la *Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución*.

La conclusión puede incidir en otras cuestiones de interés que analizaré, como: la situación de abuso procesal que pueden desarrollar los ejecutantes aprovechando la limitación de oponer excepciones en los procedimientos de ejecución, la determinación del contenido de la preclusión y la cosa juzgada respecto a lo que pueda tratarse en el procedimiento declarativo posterior regulado en el artículo 564 de la LEC, el principio de tutela efectivo aplicado al deudor cedido o la acción de nulidad de la ejecución anterior.

El análisis de estas cuestiones viene determinado, en el Ordenamiento jurídico español, por la limitación del derecho de defensa en los procedimientos ejecutivos (en aras de la agilidad de su tramitación y resolución) y por la defensa a ultranza del principio de defensa de los consumidores impuesto por la Unión Europea, que ha obligado a modificar excepcionalmente la LEC para tratar, en pleno procedimiento de ejecución, el análisis de oficio de las cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

La restricción de excepciones se establece en los artículos 556<sup>3</sup> de la LEC (que limita las causas de oposición en la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación) y 557 de la LEC<sup>4</sup> (que limita las causas de oposición en la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales. También se limitan las causas de suspensión de la ejecución (arts. 565 y siguientes de la LEC).

Este sistema limitativo ha sido declarado constitucional, con la justificación de que el deudor ejecutado siempre puede acudir a un procedimiento declarativo posterior regulado en los artículos 564 y 695 de la LEC, *para defender los hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución.*

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 158/1997 de 2 de octubre, referida a las limitaciones de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria, donde resuelve que, *la razón por la que no se vulnera el derecho a la defensa del ejecutado es precisamente porque las posibilidades de alegación se relegan a la vía de un juicio declarativo ulterior*<sup>5</sup>.

Igualmente el Tribunal Constitucional (Pleno) en auto núm. 113/2011 de 19 de julio, sobre procedimientos de ejecución hipotecarios ha declarado: *que «la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. Por lo que no se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud»*<sup>6</sup>.

Pese a la anterior manifestación del Tribunal Constitucional sobre la amplitud de las cuestiones de fondo que se pueden alegar en los procedimientos declarativos posteriores de los artículos 564 y 695 de la LEC, este aplazamiento puede repercutir gravemente en el principio de tutela efectiva (art. 24 CE), especialmente, cuando se utiliza la restricción y la lentitud de las respuestas judiciales como instrumento de fraude, la mala fe y el abuso del derecho<sup>7</sup> o cuando no quedan establecidos los límites de la preclusión regulada en el artículo 564 de la LEC.

Además, como justificaremos, la realidad demuestra que el sistema para combatir el fraude en los procedimientos de ejecución, tras la incorporación de la Causa 7.<sup>a</sup> del número 1 del artículo 557 introducida por el apartado dos del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, resulta no solamente perjudicial, sino también procesalmente discriminatorio para quien siendo deudor ejecutado, no reúne la condición de consumidor. Basta leer el artículo 557 de la LEC que permite al consumidor y al juzgador, en las ejecuciones de títulos no judiciales, alegar y anular cláusulas abusivas, mientras que no existe ningún precepto expreso en la regulación de la ejecución para quien no ostente la categoría de consumidor referido a la ejecución que admita oponer el fraude o abuso del derecho que pueda cometer cualquiera de las partes de la ejecución, incluso el mismo consumidor.

Si al aplazamiento para oponer excepciones en la ejecución, hasta que el ejecutado pueda alegar otras cuestiones de fondo en el procedimiento declarativo del artículo 564 LEC, le unimos el criterio jurisprudencial que impide la presentación de una medida cautelar de suspensión de la ejecución (art. 565 LEC) que podría acompañar a la demanda del procedimiento declarativo, la realidad es que el sistema resulta claramente segregacionista<sup>8</sup>.

Las dificultades que se derivan para el deudor ejecutado no terminan ahí sino que, como veremos, en un análisis de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada y preclusión de los hechos y actos que pueden tratarse en el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC, resulta que, para que el ejecutado pueda alcanzar la defensa prometida en el mismo, necesita agotar previamente la oposición a la ejecución y su apelación, soportando sus correspondientes costas, si no quiere que su pasividad, en el previo procedimiento de ejecución, se interprete, en el procedimiento declarativo posterior del artículo 564, como una preclusión de sus posibilidades de defensa.

La redacción del artículo 564 es la siguiente:

*Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución.*

*Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extra judicial, se produjeren hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda.*

Nuestro Ordenamiento parece que ha optado por establecer, además de las tasadas causas de oposición reguladas en los artículos 556 y 557 LEC, como único instrumento que se ofrece al ejecutado, este procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC que, en principio y en aplicación lógica del artículo 24 CE, incluye en su conocimiento, según su título, *todos los hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución*, y que serán todas aquellas que no se incluyen en los citados preceptos limitativos.

Esta delimitación de lo que se puede conocer en el procedimiento declarativo del artículo 564 LEC, que parece bien clara en el título del precepto, sin embargo, ante los tribunales, siguen planteándose dudas y artificiosos solapamientos interpretativos sobre el contenido posterior del precepto y la preclusión que regula, que pueden afectar gravemente al derecho de tutela efectiva (art. 24 CE). Y es que, si se prescinde del título que acompaña al precepto hay quien puede argumentar que solo se pueda traer al procedimiento declarativo actos o hecho que hayan sucedido después de la fase de alegación *en el juicio ejecutivo o a la producción de un título ejecutivo extrajudicial*.



Por supuesto que dicha interpretación no se sostiene como acreditaremos en las siguientes líneas.

## II. EL CONOCIMIENTO DEL FRAUDE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

A las dudas que puede plantear la redacción del artículo 564 de la LEC dedicaremos la parte final de este trabajo, que comienza planteando de modo general el combate contra el fraude en el procedimiento de ejecución. Al no contemplarse en los artículos 556 y 557 de la LEC, ni existir precepto expreso que regule el conocimiento del fraude en el mismo procedimiento de ejecución, salvo lo que puede existir de fraude en las cláusulas abusivas para los consumidores, la más importante incertidumbre es si esa restrictiva regulación puede contradecirse con lo dispuesto en los artículos 247 LEC y 11 de la LOPJ que obligan al juzgador a rechazar el fraude, el abuso de derecho y la mala fe de cualquier actuación procesal.

No está claro aún si el fraude y el abuso del derecho que estos preceptos permiten rechazar a los tribunales se refieren a los que se producen en el procedimiento concreto que están conociendo o puede extenderse a los que resultan evidentes y se han preparado y ejecutado en actuaciones o procedimientos anteriores pero que afectan al procedimiento que está conociendo el juzgador.

Para la mejor comprensión de los quebrantos que al principio de tutela puede causar la falta de respuesta legal expresa contra posibles fraudes y abusos en los procedimientos de ejecución, permítaseme poner un ejemplo que refleje la incongruencia del sistema y nos sirva de guía para tratar las cuestiones que se irán planteando a lo largo de este trabajo.

### 1. UN EJEMPLO DE FRAUDE. LAS CESIONES DE CRÉDITO FUTURO

El supuesto sería el siguiente: B concede en escritura pública a L un préstamo de fecha 23 de octubre de 2008, de 90 MM, y sobre el que dos empresas P y Z del grupo del prestatario prestan fianza. El saldo deudor del préstamo fue liquidado y notificado al prestatario, el 2 de septiembre de 2011.

B inicia procedimiento ejecutivo frente a L, P y Z, que se desestima en primera instancia y apelación por un defecto formal (por ejemplo que el notario no había manifestado que *no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo*). El juzgado no dio traslado para subsanarlo y tampoco la Audiencia en apelación. Estas desestimaciones provocan que se impongan las costas a B por valor de 5 MM de las que son titulares L, P y Z y que vienen representadas en el Título Judicial Ejecutivo que constituyen los Decretos de aprobación de

las costas dictados por los letrados de la Administración de Justicia de fecha 1 de septiembre de 2014.

En esta ejecución y en todos los procedimientos de los que han sido parte L, P y Z fueron sus abogados y procurador A y D.

L deviene insolvente, aunque no presenta concurso y las empresas P y Z también, aunque estas sí presentan concurso ante el Juzgado de lo Mercantil que lo declara por Auto de 1 de octubre de 2012.

Tampoco están concursados los cesionarios abogados por lo que se plantea la duda sobre qué juzgado ha de ser competente (civil o mercantil) para conocer la ilicitud de la cesión y el fraude a que se hará mención, cuando parte de quienes cometen el fraude mediante la cesión se encuentren concursados (P y Z) y otra parte no se encuentren en situación concursal (L, A y D).

L, P y Z realizan una cesión de dicho crédito de costas *pro solvendo* y en documento privado que fechan el 10 de julio de 2012 sin justificar su fehaciencia a favor de sus abogados A y procurador D.

La cesión del crédito se realiza en documento privado titulado HOJA DE ENCARGO PROFESIONAL y resulta altamente sospechosa porque se trataría de una cesión de crédito futuro ya que el 10 de julio de 2012 aún no se habían dictado los citados Decretos de Costas de 1 de septiembre de 2014.

Para defender su licitud, cedentes y cesionarios argumentan que se trata de un pacto para el pago de honorarios entre cliente L, P y Z y abogados A y D cuya relación se remonta al tiempo en que los cedentes, muchos años atrás, gozaban de buena posición económica, con el fin de pagar los honorarios en esta nueva situación de insolvencia del cliente.

El hecho de que la cesión de crédito futuro se haya formalizado en documento privado tiene interés porque, aunque el artículo 90.6º de la Ley Concursal reconoce la oponibilidad del privilegio de las cesiones de créditos futuros en los concursos, es necesario que para ello conste en documento públicoº.

Cedentes y cesionarios fundamentan la licitud de la cesión, en un pacto de *cuota litis* con la justificación indicada de haber venido asesorando a L, P y Z durante años cuando tenían solvencia. Argumentan que, aunque los Decretos de costas de la indicada ejecución, aún no se habían producido cuando se formalizó la cesión, se realizó *pro solvendo* y solo para el caso de que, en el futuro, se obtuviera sentencia favorable de la mencionada ejecución en la que se condenó en costas a B.

A y D notifican a B, con fecha 14 de enero de 2014, la cesión del crédito de costas.

B se opone fehacientemente a la cesión a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1198 del Código civil<sup>10</sup>.

Incluso aunque la finalidad de la cesión de crédito futuro se hubiera realizado con la intención de pagar los honorarios de A y D y no de defraudar a B, el fraude inequívoco se produce cuando A y D, inician un procedimiento de

ejecución contra B, cuyo título ejecutivo procesal son los Decretos de costas, conociendo como conocían el crédito anterior de B.

Los cesionarios A y D, como abogados desde hace años en todos los procedimientos en los que fueron parte L, P, Z (incluida la ejecución de donde se derivan las costas), son concededores de la situación en la que se encontraban dichos cedentes, además de saber sin ningún género de dudas que el crédito de B era preferente y muy superior en cuantía al crédito de L, P, Z que podía compensárselo con el crédito de costas si no lo hubieran cedido a su abogado y procurador.

Desde el punto de vista de evitación del fraude, en la ejecución iniciada después de la cesión por A y D contra B, este debería poder oponer frente a A y D la excepción de la compensación, la de preferencia de su crédito, el fraude y abuso del derecho del artículo 247 de la LEC, y la existencia de mala fe en todas las partes que formalizaron la cesión a sabiendas en perjuicio de B como deudor ejecutado, no pudiendo considerarse a A y D terceros de buena fe ni ajenos a las relaciones personales entre B y L, P y Z<sup>11</sup>.

Para ampliar la indefensión de B debe indicarse que tampoco puede interponer tercería de mejor derecho frente a la ejecución iniciada por A y D porque al ser el ejecutado carece del requisito de la ajenidad.

Por más que la remisión a un procedimiento ordinario posterior se haya considerado la panacea para salvar la indefensión del deudor ejecutado, creo que, al menos, el fraude y el abuso del derecho deben incluirse en los artículos 556 y 557 de la LEC como causas de oposición o propiciar la suspensión de la ejecución mediante la solicitud de una medida cautelar paralela al procedimiento ordinario, cuando la dilación indebida del mismo, sobre todo si llega a resolverse ante el Tribunal Supremo, pueda causar un perjuicio irreparable.

Como ya indiqué, la primera duda que pretende resolver este trabajo es si podría justificarse en los artículos 247 LEC y 11 de la LOPJ una especie de «*exceptio doli*» como sucede en los juicios cambiarios, que sirva como válvula de escape con la que romper el abstracto análisis del título ejecutivo por el juzgador que justifican los artículos 551 y 552 de la LEC, cuando la sucesión en el título se haya realizado con intención de defraudar. Por ejemplo, con intención de impedir que el deudor ejecutado pueda oponer causas como las indicadas (compensación, preferencia), obligándole a acudir al procedimiento del artículo 564 de la LEC.

En el ejemplo expuesto hay fraude porque existe una connivencia entre los acreedores de las costas cedentes (L, P, Z) y los cesionarios (A y D), a quienes se transmite el título ejecutivo (los Decretos de costas) el 10 de julio de 2012 que podrían nacer en el futuro, si es que se ganaba con costas la oposición a la ejecución.

Esta mala fe y ánimo fraudulento de quienes formalizan la anterior cesión, no solo estaría probada por la relación que les une, sino que además, nuestra

jurisprudencia parte de presumir el fraude en los casos de insolvencia de los cedentes. El conocimiento de las relaciones entre B y L, P, Z por A y D en su condición de abogados debe considerarse suficiente prueba de que, cuando formalizaron y ejecutaron la cesión, lo hicieron «a sabiendas» del perjuicio que causarían a B.

El conocimiento cabal de los abogados cesionarios de la insolvencia de los cedentes y la carencia de buena fe, o existencia de un comportamiento desleal e incorrecto según las normas del tráfico, hace que se plantee, si la LEC debería permitir alegar esas excepciones de fondo, a falta de precepto expreso en el procedimiento de ejecución, por medio del rechazo que regulan los artículos 11 de la LOPJ y artículo 247 de la LEC. Es decir, evitar posibles acuerdos fraudulentos como el descrito entre la titular del crédito que lo cede y el cesionario, tendente a que el deudor ejecutado se viera impedido de oponer aquellas excepciones que le cupiesen contra el cedente, de no haber mediado la transmisión del crédito, obligándole a seguir el viacrucis procesal para alcanzar el procedimiento declarativo del artículo 564 LEC que, como veremos, está plagado de inconvenientes.

Existe un dolo, compuesto por la concurrencia de un elemento intelectual, consistente en que cedente y cesionario conocen las limitaciones para que el deudor cedido pueda oponer excepciones en el procedimiento de ejecución, y un elemento intencional, como es la intención de dañar al deudor, o al menos la conciencia de que con tal proceder se le ocasiona un claro perjuicio. El momento en el que ha de apreciarse la presencia del dolo puede ser ya el de la cesión, pero más aún el de la ejecución llevada a cabo por los cesionarios. Para colmo, como advertimos, se condena al deudor ejecutado a participar activamente y terminar el procedimiento de ejecución, seguramente con la imposición de sus costas, para poder acudir posteriormente al procedimiento declarativo.

## 2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR CEDIDO

A todo lo expuesto, aunque sin poder extendernos, debemos recordar en este escenario el principio fundamental de nuestro Ordenamiento jurídico de protección del deudor cedido en todo caso de cesión de créditos, que se fundamenta en que no hay ninguna razón por la que el deudor tenga que verse perjudicado, al menos en su derecho de defensa, por la cesión del crédito<sup>12</sup>. Aunque este principio general no esté consignado expresamente en nuestro Derecho Objetivo como en el Derecho italiano (arts. 1263 y sigs. de su CC), la jurisprudencia ha resuelto de forma reiterada a favor de dicho principio, que lo encauza y aplica igualmente a través de los artículos 1257 y 1166 del Código civil, que vienen a regular los efectos establecidos en nuestro Ordenamiento para que, en las adquisiciones derivativas, el cesionario pueda ejercitar todos

los derechos y acciones que corresponderían al cedente, pero no derechos y acciones diferentes y más beneficiosas<sup>13</sup>.

La interrogación es si los artículos 11 LOPJ y 247 de la LEC, u otros principios como el de la protección del deudor cedido, podrían tener como función, en los procedimientos de ejecución, la de romper la abstracción del título ejecutivo que se deriva de los artículos 551 y 552 de la LEC, de manera que el deudor cedido pueda oponer al cesionario, cuando actúa como ejecutante del crédito, las excepciones de fraude y abuso, cuando este haya adquirido el crédito con dolo, persiguiendo la inmunidad frente a las excepciones que se pudieran esgrimir, derivadas del negocio causal y con intención de perjudicar al deudor cedido. Inmunidad que los citados preceptos deberían evitar, permitiendo oponer al ejecutante las excepciones personales entre cedente (L, P, Z) y cedido (B).

Para que prospere esta excepción, sería bastante con que se constatasen dos elementos que deberían aparecer indisolublemente unidos, cuales son, por un lado, el «intelectivo», consistente en que el adquirente del crédito (ejecutante), conociera que el deudor cedido podría excepcionar contra el «*tradens*» la compensación o la preferencia de su crédito y, por otro lado, el «intencional», elemento subjetivo del injusto, que ha de juzgarse según los principios de la buena fe que reconvierte un acto inicial objetivamente válido, en un acto subjetivamente indigno de la específica protección de la abstracción procesal de los procedimientos ejecutivos. Sin embargo, de la lectura de los preceptos que regulan la ejecución no parece que el juzgador pueda entrar a conocer el elemento intencional que no viene determinado por un simple conocimiento del adquirente ni por su intencionalidad calificable de dañar al deudor, sino de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Merece la pena preguntarse si es conforme a la tutela efectiva que esta intención o mala fe, quede fuera de las excepciones que se pueden plantear en la oposición a la ejecución que es objeto de este trabajo.

La respuesta parece ser negativa pero también puede defenderse la afirmativa en distintos preceptos de la LEC. Y para un mejor entendimiento de lo que a continuación se expone, seguiremos refiriéndonos al caso de la cesión de crédito futuro que hemos puesto como ejemplo.

### III. PRECEPTOS QUE JUSTIFICAN LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR EL FRAUDE Y LAS CUESTIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

A favor de que no se pueda alegar ni el juzgador conocer el fraude en el procedimiento de ejecución, se deduce de los siguientes artículos de la LEC que analizamos siguiendo el orden de la LEC:

## 1. LA COMPARECENCIA DEL ARTICULO 540 LEC

Una vez presentada la demanda por los cesionarios del título ejecutivo A y D, el primer escenario que la ley contempla, donde podría conocerse el fraude, sería el de la comparecencia que regula el artículo 540 de la LEC en la que se convoca a las partes para analizar la sucesión procesal producida por la cesión del crédito de costas futuras.

Si se compara este terreno de juego en los procedimientos de ejecución regulado en el artículo 540 de la LEC en los casos de sucesión procesal *inter vivos* del ejecutante, con el del artículo 17 de la LEC para los juicios declarativos, se puede comprobar que, en los segundos, el demandado puede reconvenir, puede oponerse a la sucesión acreditando que el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa, o que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, pudiendo el letrado de la Administración de Justicia<sup>14</sup>, denegar la sucesión.

En el apartado 3 del artículo 17 LEC, también se permite alegar lo establecido en la Ley Concursal cuando, (como en el caso que hemos puesto como ejemplo), existan partes (P y Z cedentes del título), que se encuentran en situación de concurso, en cuyo caso el demandado en un declarativo, podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Concursal.

El artículo 50.1 de la Ley Concursal impone a los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda ante el juez de lo mercantil de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 8 Ley Concursal). Sin embargo, si la demanda fuese dirigida a dejar sin efecto una cesión fraudulenta como la expuesta, formalizada por personas que no han concursado, y a anular la ejecución ilícita posterior por estas personas, no tendría sentido acudir al incidente concursal.

Aunque la acción de nulidad de la cesión de crédito puede tener trascendencia patrimonial para el concurso, como la misma afecta a personas no concursadas no tendría sentido que se dirija la demanda al juzgado del concurso.

La amplitud de defensa que permite este precepto 17.3 de la LEC puede resolver los tremendos conflictos de competencia que pueden derivarse entre los juzgados civiles y los mercantiles, cuando siendo varios los que cometen el fraude (por ejemplo formalizando la cesión), en parte se encuentren concursados (P y Z) y en otra parte no se hallen en situación concursal (L, A y D). En cuyo caso, según el artículo 17.3 de la LEC, para anular la cesión y perseguir el fraude, podría atribuirse la competencia al juzgado civil que esté conociendo el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC, sin necesidad de llevar la cuestión al procedimiento concursal.

Debido a la diferencia de procedimientos y de jurisdicción (civil o mercantil) a que pueden verse sometidos las distintas personas que cometen el

fraude formalizando la cesión, el principio de tutela efectiva aconseja atribuir la competencia al Juzgado de lo civil que conoce el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC donde el ejecutado tendrá más posibilidades de defenderse ejercitando en reconvencción las acciones de nulidad, ineficacia y otras para perseguir el fraude, el abuso del derecho o la mala fe como obstáculos que el cambio de persona pudieran dificultar su defensa, ofreciendo el incidente concursal menos garantías al ejecutado frente al fraude cometido por personas no concursadas.

El escenario de la comparecencia del artículo 540 LEC, es infinitamente más limitado ya que el ejecutado no puede alegar ni el juzgado conocer más causas de oposición que las establecidas en los artículos 556 y 557 LEC, como los obstáculos que le ha producido el cambio de acreedor y que impiden la posible compensación (al desaparecer la reciprocidad existente antes de la cesión), la preferencia del crédito (por falta de ajenidad en la deuda), la causa ilícita de la cesión entre otras materias de fondo.

Es evidente que el artículo 540 de la LEC no concede los mismos derechos que contiene el artículo 17 de la LEC para los procedimientos declarativos. El artículo 540 no permite siquiera al juzgador, entrar a conocer los vicios que afectan a la validez de la cesión, siendo habitual que los juzgadores examinen exclusivamente si la cesión se ha hecho y si el título reúne los requisitos formales para ser ejecutivo.

Estas razones abogan por interpretar que los artículos 11 y 247 de la LEC no son aplicables a los procedimientos de ejecución.

## 2. EL EXAMEN JUDICIAL DEL TÍTULO

Una vez superada la comparecencia del artículo 540 de la LEC para analizar la sucesión, en el procedimiento de ejecución, le sigue la fase en la que el juzgador analiza el título.

En esta fase existen varios preceptos que justifican al juzgador para no entrar a conocer el fraude ni el elemento intencional de dañar al deudor, cumpliendo con examinar formalmente el título.

Los artículos 517, 551 y 552 LEC solo exigen al juzgador examinar *ad limine litis* los títulos ejecutivos para ver si concurren los presupuestos y requisitos procesales; que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Según estos preceptos, si en el título ejecutivo no consta el fraude o el abuso, el juzgador no tiene porqué denegar la ejecución; basta con que le parezca que los títulos (judiciales o extrajudiciales) no infringen ninguna norma, ni contravienen ninguna irregularidad formal que regule los actos concretos del proceso de ejecución<sup>15</sup>.

En el ejemplo que hemos expuesto pueden confluír dos tipos de fraude que debemos distinguir. Uno es el fraude civil que se refleja en la ilicitud del crédito o la forma de hacerse con él. Otra cosa es el fraude procesal o la infracción de las normas procesales que regulan los actos concretos del proceso de ejecución (por ejemplo el fraude realizado con la ejecución planteada sobre la cesión de las futuras costas que hemos expuesto, si finalmente se condena a su pago).

Es evidente que el artículo 11 de la LOPJ (en desarrollo del art. 24 CE) y el 247 de la LEC, se refieren solamente al fraude procesal y aunque parece que solo puede aplicarse de oficio, las partes, al menos, podrán proponerlo.

Los artículos 517, 551 y 552 de la LEC parecen eximir al juzgador de examinar los vicios de fondo de la cesión. Del tenor de los indicados preceptos El juzgador normalmente manifestará que la ley no le permite entrar a conocer, en el procedimiento de ejecución, las excepciones de preferencia, compensación e ilicitud y fraude de la cesión, debido a las limitaciones legales en este tipo de procedimientos (556 y 557 LEC), reduciendo su labor a examinar el título, que en el caso que hemos puesto como ejemplo, viene configurado por unos Decretos de costas, que no tienen porqué contener vicio alguno de forma.

Es importante en este punto darse cuenta de que el título que ejecutan A y D no es la cesión del crédito, ni la intención con que se haya formalizado, sino los Decretos de costas que han sido cedidos, en los que no aparecerá ningún tipo de fraude cometido con su cesión.

La jurisprudencia venía considerando que el ejecutado podía oponer y el juzgador conocer de las causas de oposición de los artículos 556 y 557 de la LEC. A ello habría que sumar las atribuciones que la LEC concede al juzgador, para que compruebe de oficio, los vicios de forma, los presupuestos y requisitos procesales, que consten en el título. Sin embargo, surge la duda de hasta dónde se ha modificado en parte este criterio y se han ampliado las acciones que puede ejercitar el deudor a otras causas no contempladas en los preceptos 556 y 557 de la LEC si están contempladas en otros artículos de la LEC<sup>16</sup>. En realidad, no creo que haya habido ampliación y que la jurisprudencia cuando se refiere a otras causas no contempladas en los referidos preceptos, se está refiriendo a las atribuciones que la LEC concede al juzgador, para que compruebe de oficio, los vicios de forma, los presupuestos y requisitos procesales, que consten en el título, de los cuales puede ser advertido por la parte. Se han reconocido excepcionalmente otras causas materiales de oposición por el ejecutado distintas a las dispuestas en el artículo 556.1 LECiv, tales como la pendencia de la acción de anulación o la inexistencia del laudo en el caso del arbitraje<sup>17</sup> o el gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el caso del auto aprobatorio de la tasación de costas<sup>18</sup>, pero eso no supone una variación en el sentido usual de que las únicas causas de oposición materiales o de fondo permite oponer al ejecutado son las contempladas en el artículo 556.1 LECiv<sup>19</sup>.



Atendiendo a todo ello se puede comprender la limitación de la oposición del deudor ejecutado en la ejecución de títulos judiciales. Cuanto se trata —como el ejemplo expuesto— de una sucesión procesal mediante una cesión de los Decretos de costas, aunque se trate de la ejecución de un título procesal, lo cierto es que no ha habido una previa fase de enjuiciamiento declarativo, jurisdiccional, procesal o arbitral, o de un previo procedimiento de mediación, a lo largo del cual la parte obligada habrá tenido la oportunidad de exponer todas las defensas y excepciones materiales que haya considerado convenientes, y la oposición frente a la ejecución de resoluciones procesales de condena, es extraordinariamente limitada, porque en ningún caso puede dirigirse a desvirtuar o a poner en cuestión la legitimidad de la obligación objeto de ejecución.

Como quiera que la misma ha sido declarada mediante resolución procesal condenatoria, el contenido de dicha condena u obligación no puede ser cuestionado; solo puede ser cuestionada su exigibilidad, aquí y ahora, bien por haber sido ya cumplimentada por el ejecutado, bien por haber exigido el ejecutante su cumplimiento extemporáneamente o bien, por último, por existir entre ambos algún pacto anti-ejecución forzosa.

### 3. LA FALTA DE LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LO DECIDIDO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

Si la jurisprudencia hubiera pretendido ampliar más allá las causas de oposición se contradiría palmariamente el principio general de que las resoluciones que dicta el juzgador, (tanto sobre la sucesión como en la oposición a la ejecución), no tienen efectos de cosa juzgada, tal como establecen los artículos 540.3 y 561 de la LEC que se dictan *a los solos efectos de la ejecución*, siendo esta la razón de ser del procedimiento declarativo del artículo 564.

Sigue estando vigente la prohibición conocer los vicios de fondo de la cesión de dicho crédito, ni la intención con la que se hizo, ni la posición en que la cesión colocó a las personas deudoras y acreedores, ni ninguno de los elementos del fraude que quedarán al margen del procedimiento ejecutivo. Las causas que no constan en el propio título (en el ejemplo los Decretos de costas), podrán conocerse en el declarativo posterior.

Y, en realidad, esto es lo que se venía admitiendo habitualmente sin que los juzgadores hayan hecho uso de lo dispuesto en el artículo 247 de la LEC y 11 de la LOPJ.

Otro indicio de que en la LEC no se puede de invocar el fraude en los procedimientos de ejecución se deduce de la comparación de los motivos de oposición previstos en los artículos 556 y 557 de la LEC para los procedimientos de ejecución (donde no se incluye el fraude), con los motivos de oposición reconocidos para el juicio cambiario en los artículos 824 LEC y 67 Ley Cambiaria

y del Cheque, donde se contempla expresamente la *exceptio doli*, cuya esencia es el fraude, la mala fe o el abuso del derecho.

En principio el ejecutado no podrá alegar el fraude pese a que, en el caso que hemos expuesto, los abogados cesionarios no son ajenos al contrato de cesión. En consecuencia, si el legislador hubiera querido que el deudor ejecutado cedido B, pudiera oponer la mala fe, el fraude y el abuso del derecho, habría introducido como causa de oposición la *exceptio doli* igual que lo hace en el juicio cambiario según lo establecido en los artículos 20<sup>20</sup> y 67<sup>21</sup> de la Ley Cambiaria<sup>22</sup>, o se permite al consumidor alegar las cláusulas abusivas del título extrajudicial.

#### IV. PRECEPTOS QUE JUSTIFICAN LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL FRAUDE EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

El Tribunal Supremo viene señalando que la calificación de una actuación como abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal, para no coartar el ejercicio de acciones<sup>23</sup>, pero no la rechaza.

Como acabamos de exponer, hay importantes motivos por los que se puede deducir que, en los procedimientos de ejecución en España, no se puede invocar, ni el juzgador conocer, el fraude, la mala fe y el abuso del derecho. Sin embargo, a continuación señalaremos varias sentencias que aplican en los procedimientos de ejecución, los artículos 247 LEC, 11 de la LOPJ y 6 del Código civil para rechazar algunos efectos perversos en las ejecuciones.

De la lectura de las sentencias puede deducirse un alcance muy reducido de dichos preceptos que se limitarían a que los tribunales rechacen el fraude y abuso del derecho que pretendan realizar las partes en el mismo procedimiento que se tramita y no el fraude que se haya producido fuera del procedimiento o en otros procedimientos que puedan tener efecto en el que conoce el juzgador que de apreciar el fraude. Buen ejemplo de ello es la incidencia de la cesión de crédito para ejecutar el crédito por el sucesor y el posterior procedimiento del artículo 564 de la LEC.

Frente a esta limitación entendemos que hay razones de peso que a continuación se señalan, para defender lo contrario:

A) La primera razón es que la regulación para rechazar el fraude y abuso del derecho en el artículo 247 de la LEC se hace en un título independiente (VIII) aplicable a todos los procedimientos.

Asimismo, la regulación para rechazar el fraude y abuso del derecho en el artículo 11 en el Título Preliminar de la LOPJ con el rango constitucional que le corresponde, no deberían dejar lugar a dudas para que la parte pudiera denunciar o el juez de oficio rechazar, el fraude y abuso del derecho en los procedimientos de ejecución<sup>24</sup>.

B) La propia jurisprudencia ha planteado dudas cuando, en los procedimientos de ejecución, califica el fraude de los artículos 247 LC y 11 de la LOPJ, como procesal y de ley e identifica el abuso del derecho con el regulado en el artículo 6.4 del Código civil en diversas circunstancias<sup>25</sup>.

Desde este punto de vista, no cabe duda que la cesión previa del crédito que al cambiar de deudor evita la compensación y el mejor derecho en la ejecución, son contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y que los preceptos 556 y 557 de la LEC en que se apoya la validez de la ejecución (de cobertura), constituyen un medio de vulneración de otras normas que perjudican a otros. El «fraude legal» se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida y denominada de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude (556 y 557 LEC), y la que a través de este y en forma fraudulenta se pretende eludir, designada como norma «eludible o soslayable»

De lo expuesto anteriormente queda la duda, aún no resuelta expresamente, del sentido y alcance de los artículos 247 de la LEC y 11 de la LOPJ. La duda que se plantea en este análisis es si el juzgador podrá apartarse de lo dispuesto en los preceptos 517, 551 y 552 de la LEC y aplicar los anteriores preceptos.

En suma, el juzgador, si no quiere entrar a conocer el fraude descrito, bien puede justificarse que lo único que tiene obligación de examinar, según lo dispuesto en los artículos 517, 551 y 552 de la LEC es el título ejecutivo (los Decretos de costas) y no la cesión del crédito que propicia el fraude, que no es ni siquiera el Título ejecutivo.

Lo cierto es que los tribunales han tenido la oportunidad de aplicar los artículos 11 de la LOPJ y 247 de la LEC para rechazar el fraude en los procedimientos de ejecución y aunque ninguna sentencia o auto coincida con el supuesto que hemos analizado lo que puede concluirse es que el conocimiento y alegación del fraude no es inadmisibles pese a que los artículos 517, 551 y 552 de la LEC solo permitan analizar al juzgador si en el título ejecutivo concurren los presupuestos y requisitos procesales legalmente exigidos y no adolecen de ninguna irregularidad formal, valorando si los actos de ejecución que se solicitan son conformes con su naturaleza y contenido

No obstante, de la lectura de la jurisprudencia sobre el particular, se deriva una conclusión muy taxativa para la aplicación de los citados artículos consistente en que solo se podrá rechazar el fraude, si se produce en el seno del mismo procedimiento, pero parece que no se puede invocar ni conocer por el juzgador el fraude que tenga su origen o se fragüe fuera del procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza. Si su origen se encuentra construido fuera del procedimiento ejecutivo los juzgados no lo aplican y no permiten alegarlo en el procedimiento de ejecución debiendo iniciar el procedimiento declarativo posterior del artículo 564 de la LEC. Esta compartimentación de procedimientos en los que las partes no pueden argumentar cómo se ha fraguado un fraude en un procedimiento anterior, limita sobremanera el derecho de defensa.

Esta reducción en la aplicación de los artículos 11 de la LOPJ y 247 de la LEC no tiene razón de ser, ni está contemplada en dichos preceptos.

Los tribunales han aplicado los citados artículos 11 de la LOPJ y 247 LEC, en caso de desistimiento de una parte de ejecución de títulos extrajudiciales en el último día hábil previo a la deliberación por el Pleno de la Sala Primera del TS, cuando se encontraba a la espera de dos años para presentar el escrito de desistimiento<sup>26</sup>.

Igualmente, se ha considerado actuación contraria a la buena fe, la alegación como motivo de infracción procesal la inadmisión de un recurso cuando se ha aceptado anteriormente la situación procesal<sup>27</sup>.

La STS núm. 872/2011 de la Sala de lo Civil, Sección 1ª de 12 de diciembre (RJ 2012, 32). También se declara la mala fe cuando se pretenden aportar extemporáneamente a los autos, documentos que se pudieron aportar en los momentos iniciales del proceso<sup>28</sup>.

Asimismo se declara como abuso de derecho el retraso desleal en el ejercicio de derechos, la reanudación de un procedimiento ejecutivo, declarado prescrito, que había terminado 17 años antes con la dación en pago de parte de la deuda de un inmueble hipotecado en garantía de la deuda contraída<sup>29, 30</sup>.

Igualmente se calificó como maquinación fraudulenta la presentación de un recurso de revisión con base en una carta incorporada tardíamente<sup>31</sup>.

También se conceptuó como contraria a la buena fe procesal ocultar un hecho relevante que impidiera advertir la falta de competencia funcional<sup>32</sup>.

Se apreció como contrario a la buena fe ejecutar bienes hipotecados o pignoralados sobre un bien que ya no pertenece al deudor hipotecario, sino al acreedor hipotecante consolidándose en un mismo sujeto los conceptos de acreedor hipotecante y propietario gravado<sup>33</sup>.

También se entendió que constituía fraude procesal la utilización del contrato de adhesión con cláusula de sumisión arbitral para obtener un laudo arbitral, existiendo vinculación entre el árbitro y una de las partes que resulta ser beneficiaria del laudo<sup>34</sup>.

La AP de Barcelona se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de buena fe procesal: «Se trata, en definitiva, de que se aprecie en uno de los litigantes una actuación que, excediendo de los naturales límites del derecho de defensa, se pueda considerar incluida en el ámbito del abuso del derecho o pueda ser contraria a la buena fe procesal como actuación que, alejándose del legítimo derecho de defensa, la haga merecedora de la especial sanción que prevé el artículo 247 de la LECiv<sup>35</sup>.

En la ejecución de título judicial, se ha denegado el despacho de ejecución al declarar incardinable en el fraude procesal previsto en el artículo 11.2º de la LOPJ y en el artículo 247.2º de la LEC, seguir dos ejecuciones simultáneas en dos procedimientos distintos, artículos 552 y siguientes de la LOPJ, y manda incoar el oportuno expediente gubernativo para la imposición de multa<sup>36</sup>.

Se hace constar contrario a la buena fe procesal y a los actos propios exigir la liquidación del procedimiento de los artículos 712 y siguientes LEC para que el ejecutante pueda reclamar nuevos vencimientos cuando se han venido pagando los anteriores sin necesidad de practicar la liquidación de ese modo sin haberse opuesto previamente a ellos<sup>37</sup>.

Se razona contrario a la buena fe obligar al ejecutado a acudir a un procedimiento posterior por generarle nuevos gastos<sup>38</sup>; se imponen multas por la mala fe procesal a quien dilata artificialmente el procedimiento que identifica con el concepto general de abuso del derecho contenido en el artículo 6 del Código civil<sup>39</sup>; existe mala fe cuando se realizan numerosas alegaciones novedosas en el recurso de apelación<sup>40</sup>; cuando se presenta una demanda omnicompresiva, con el propósito de provocar artificialmente una litispendencia en el litigio que iba a promoverse contra él<sup>41</sup>; cuando se causa un retraso desleal en el ejercicio de un derecho y con la prohibición de ir contra los actos propios ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo<sup>42</sup>.

## V. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO POSTERIOR DEL ARTÍCULO 564 DE LA LEC

No son muchos los autores que hayan profundizado en la preclusión regulada en el artículo 564 de la LEC.

Por su lado, la jurisprudencia concibe el procedimiento declarativo del artículo 564 como un *procedimiento independiente con efectos de ineficacia de la ejecución llevada a cabo previamente en la que habiendo concurrido vicios que la han podido invalidar, no hubiera sido posible oponerlos a la ejecución. No es un incidente del procedimiento en curso por lo que es de aplicación el precepto sobre competencia funcional porque «el tenor del artículo permite afirmar que el proceso declarativo al que alude es independiente, tiene entidad propia y suficiente, por lo que debe resolverse al margen del procedimiento de ejecución del título judicial instado y sobre el que, de estimarse la acción ejercitada, desplegará sus efectos»*<sup>43</sup>.

El procedimiento de ejecución *«determina la competencia para conocer de las incidencias que se produzcan en un procedimiento ya instado y el artículo 564 LEC contempla el ejercicio de una acción declarativa independiente que carece de vinculación funcional y/o procesal con la ejecución ya instada»*<sup>44</sup>. Todo ello supone que, en general, la pretensión planteada por el actor tiene cabida en el artículo 564 LEC y que no es posible inadmitirla *ad limine* por falta de competencia funcional. *Se trata de una norma de cierre de la posible defensa del ejecutado frente a una ejecución ilícita y el proceso declarativo*

*al que se alude es independiente, tiene entidad propia y suficiente, por lo que debe resolverse al margen del procedimiento de ejecución del título judicial instado y sobre el que, de estimarse la acción ejercitada, desplegará sus efectos.*

Por tanto no procede ejercitar el incidente de nulidad para promover la nulidad de la ejecución o del título por vicios sino que el procedimiento adecuado es el regulado en el artículo 564 de la LEC.

De lo regulado en la LEC deberíamos de deducir que este texto legislativo, con el fin de agilizar los procedimientos de ejecución, no limita los medios de defensa del ejecutado sino que los aplaza para un procedimiento plenario posterior regulado en el artículo 564 de la LEC donde podrán conocerse todos los hechos que sean distintos de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución.

Esta parece ser la filosofía que había establecido el Tribunal Constitucional en sentencia 158/1997 de 2 de octubre<sup>45</sup>, que rige el precepto y que se deriva de su título: *Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos o actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución.*

De la lectura de los artículos 556 y 557 LEC, podría entenderse, a *contrario sensu*, que aquellas excepciones que no se relacionan en los mismos pueden ser alegadas en el procedimiento declarativo posterior.

Sin embargo, en la interpretación del artículo 564 LEC siguen quedando cabos sueltos que perjudican gravemente la seguridad del deudor ejecutado.

En primer lugar, la difícil redacción del texto principal del precepto 564 de la LEC puede alentar a los ejecutantes a una interpretación en la que traten de reducir las pretensiones del deudor en el procedimiento declarativo a las que se basen en hechos y actos que se hayan producido después de precluirse la oposición al juicio ejecutivo o con posterioridad a la producción del título ejecutivo.

En segundo lugar, en la interpretación del artículo 564 LEC por el TS se ha pasado a sancionar con la preclusión para dicho procedimiento, el quietismo del deudor ejecutado en el procedimiento de ejecución anterior, dando motivos a los ejecutantes demandados a plantear la excepción de preclusión y cosa juzgada en dicho procedimiento declarativo.

En tercer lugar, como venimos anunciando al deudor ejecutado no ha de preocuparle no haber opuesto en la ejecución otras causas de oposición distintas a las establecidas en los artículos 556 y 557 de la LEC. Lo que no está tan claro es si la jurisprudencia está obligando al deudor a seguir la ejecución antes de acudir al procedimiento del artículo 564 LEC para que no pueda imputársele pasividad, con la correspondiente carga de costas a la que será condenado.

En cuarto lugar a esta difícil situación para el deudor ejecutado, debe añadirse que tampoco está prevista y normalmente no se admitirá, en el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC, la adopción de una medida cautelar para que el deudor ejecutado pueda suspender la previa ejecución iniciada.

En conclusión resta aún por establecerse una comprensión clara y una respuesta segura del precepto 564 LEC que ha sido objeto de revisión por los tribunales, pudiendo dar lugar a intentos de manipulación por los ejecutantes demandados en defensa de sus intereses, posteriormente en el declarativo del artículo 564 LEC.

La pregunta que salta de modo inmediato es si el fraude y el abuso del derecho invocado por el deudor ejecutado (con base en los arts. 247 LEC y 11 LOPJ), por haber sido invocados en el procedimiento de ejecución, constituye o no cosa juzgada para el procedimiento declarativo del artículo 564 LEC. De dicha cuestión surge otra que gravita sobre sí, para que los hechos y actos que constituyan cosa juzgada en el declarativo posterior, solo es preciso que se hayan invocado aunque no se hayan admitido o basta con que se hayan podido invocar y el deudor ejecutado no lo haya hecho<sup>46</sup>. Como ha sido advertido por ALMAGRO NOSETE la demostración del fraude puede ser una cuestión tan ardua que se dilate en el tiempo hasta conseguir la invalidación o ineficacia de las resoluciones vinculadas. Incluso, en ocasiones, más allá de la cosa juzgada, dentro de ciertos límites, podrá denunciarse el fraude afectante al proceso (causas de revisión previstas en la LEC).

Y la respuesta ha de venir de la determinación de lo que puede tratarse o no en el procedimiento declarativo posterior del artículo 564 de la LEC.

Las últimas sentencias lo único que han conseguido es plantear la duda de si el deudor ejecutado está obligado a pagar el peaje previo de las costas de la ejecución, si es que quiere defenderse en el procedimiento declarativo del fraude y del abuso del derecho. Lógicamente no pueden precluir ni considerarse cosa juzgada el fraude y el abuso del derecho, u otros hechos o actos distintos a los establecidos en el artículo 556 y 557 de la LEC. La respuesta ha de ser clara y precisa en el sentido de que no puede dejarse el contenido de lo que puede tratarse en el procedimiento declarativo posterior del artículo 564 de la LEC a lo que las partes hayan hecho o el juzgador haya querido tratar en el procedimiento de ejecución previo, sino que ha de estarse a lo dispuesto en la ley en cada caso.

No cabe que los ejecutantes demandados en el declarativo del artículo 564 pueden intentar aprovecharse de la difícil sintaxis del precepto, obviando lo que expresa su título: *Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos o actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución*.

Si este encabezamiento se omite y se hace solamente uso de lo que manifiesta su texto, esta separación sintáctica lleva a una interpretación parcial y absurda de la oración que contiene el artículo 564 LEC y que puede llevar a que el deudor ejecutado solo pudiese, en el posterior plenario, alegar excepciones basadas en hechos o actos que se hubieran producido *después de la oposición a la ejecución en el procedimiento ejecutivo o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial*. El argumento que utilizan, trasladado al ejemplo

que hemos planteado, sería que, al referirse el precepto a la acción de precluir y no a la cosa juzgada, se puede plantear la duda de si habrá precluido, para el deudor ejecutado, la posibilidad de alegar, en el declarativo del artículo 564, las cuestiones de fondo relacionadas con el fraude y abuso del derecho, llevado a cabo con la cesión de crédito futuro. El motivo de la preclusión sería el de que, al tratarse de un hecho o acto que se habría producido ya antes de la producción del título ejecutivo, el deudor ejecutado habría perdido la posibilidad de alegarlos en el juicio ejecutivo anterior. Podría interpretarse que, si el deudor ejecutado hubiera intentado invocar el citado fraude en el procedimiento ejecutivo anterior, los demandados ejecutantes pueden argumentar en el declarativo que ya opuso estas excepciones en el procedimiento de ejecución y no puede volver a conocerse en el procedimiento declarativo. Y si no las ha opuesto en el procedimiento de ejecución, pudiendo hacerlo, le pueden contraponer que la posibilidad de excepcionarlas en el procedimiento declarativo ya ha precluido.

Esta interpretación tan parcial sobre la acción de precluir recortaría gravemente la defensa del ejecutado en el plenario del artículo 564 de la LEC. Empero, este planteamiento es tan anticonstitucional (24 CE), como incoherente.

La conclusión de semejante planteamiento sería que la LEC arbitraría un técnica procesal donde el ejecutado no tendría derecho a defenderse, de las excepciones o acciones que el Ordenamiento le atribuye. No podría ejercitarlas en el procedimiento de ejecución y tampoco las podría ejercitar en el procedimiento declarativo del artículo 564. La propuesta haría pedazos principios procesales muy elementales e incluso podría justificar el fraude (ej. cometido con la cesión del crédito) o el delito (falsificación, estafa, alzamiento de bienes) si es que fue cometido anteriormente.

Se sometería al ejecutado a un criterio arbitrario e inseguro sobre cómo puede acertar para evitar la preclusión de sus pretensiones en el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC. El ejecutado, además de estar limitado en el procedimiento de ejecución en su derecho de defensa, no puede estar sometido a la duda de si podría alegar hechos y actos que hayan sido analizados o hayan podido ser analizados en el procedimiento de ejecución, sobre cuál ha sido la actitud del juzgador frente a los mismos, si han podido alegarse, aunque no estén comprendidos en las causas de oposición de los artículos 556 y 557 de la LEC o si necesariamente deben referirse a los hechos y actos que provoquen las excepciones de estos preceptos.

Entiendo que la prohibición de oponer no puede depender de si el juzgador ha querido o no conocerlas. Debe ser la ley la que prohíba de forma imperativa oponer las que no se encuentren en los artículos 556 y 557 en el procedimiento de ejecución entendiendo la justificación legal de la limitación en el sentido de prohibir la oposición, no porque no puedan existir o tener fundamento, sino en aras de la celeridad de los procedimientos de ejecución, remitiendo al deudor ejecutado para su conocimiento al artículo 564 de la LEC.



El criterio jurisprudencial no puede ser puesto en entredicho porque alguna sentencia haya manifestado que caben otras causas de oposición además de las contempladas en los artículos 556 y 557. Para la jurisprudencia, el artículo 564 viene a subsanar las limitaciones que padece el deudor ejecutado en el procedimiento de ejecución, permitiéndole alegar en el posterior procedimiento declarativo, todas las causas de oposición que no se recojan como causas de oposición a la ejecución en los artículos 556 y 557 de la LEC interpretados «*a contrario sensu*». Y no existe cambio de criterio alguno aunque la jurisprudencia haya introducido de forma abstracta otras causas que el deudor ejecutado no podrá invocar en el plenario posterior que no están contemplados en los indicados preceptos, pero que estarían contempladas en otros artículos de la LEC y que, por tanto, el deudor ejecutado pudo oponer en la ejecución y no lo hizo.

Este criterio se refleja en la STS de 9 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4636) (recurso 489/2009), que permitió conocer la inexistencia de la deuda derivada de un préstamo porque no se había podido oponer en el proceso de ejecución por no estar comprendida entre las causas de oposición del artículo 557 LEC.

La sentencia comienza razonando que la inexistencia de la deuda derivada de un préstamo *no se había podido oponer en el proceso de ejecución por no estar comprendida* entre las causas de oposición del artículo 557 LEC. Y añade que si la inexistencia de la deuda hubiera podido oponerse y no se hubiera hecho, se habría producido la excepción de cosa juzgada (FJ 2º); y que la inexistencia de la deuda se fundaba a su vez en una simulación negocial ajena al contenido de la escritura pública de préstamo en virtud de la cual se había despachado en su día la ejecución.

Y este criterio se modifica en parte en lo que se refiere a penalizar al deudor cuando voluntariamente dejó de comparecer en el proceso de ejecución como ejecutado o cuando no alegó la causa que podía haber opuesto en la ejecución.

El criterio no puede ser distinto al anteriormente expuesto cuando el Tribunal Constitucional tiene comprometida la falta de indefensión (cognición limitada y medios de defensa limitados de la ejecución en la existencia de un juicio declarativo posterior<sup>47</sup>).

La jurisprudencia no puede establecer nuevas causas de oposición a la ejecución al margen de la ley, lo que contradeciría también el principio establecido en los artículos 561.1 y 540 de la LEC sobre que el Auto que resuelva la oposición por motivos de fondo o lo resuelto sobre la sucesión lo hará «*A LOS SOLOS EFECTOS DE LA EJECUCIÓN*». Se ratifica igualmente en lo dispuesto en el precepto 552.3 de la LEC que permite y remite al acreedor a un procedimiento declarativo correspondiente para plantear en la ejecución derechos que no haya podido plantear en la ejecución y que por tanto no sean cosa juzgada. Lo corrobora igualmente el artículo 698 LEC<sup>48</sup> para las ejecuciones hipotecarias que permite alegar en procedimiento declarativo posterior todo tipo de reclamación ya se base en hechos anteriores o posteriores al título.

La ponderación de la doctrina se orienta en este sentido. DÍEZ PICAZO, I., señala que, *precisamente la sumariedad de la oposición a la ejecución consiste en excluir la alegación de excepciones en dicho incidente. Por tanto impedir su alegación ulterior abocaría a la más palmaria indefensión*<sup>49</sup>.

CERDÁN MORENO, F., entiende que *las limitaciones de las causas de oposición que se pueden alegar se compensa en el artículo 564 de la LEC con el reconocimiento expreso de la posibilidad de acudir al proceso que corresponde para hacer valer cualquiera otras que hagan ilícita la ejecución despachada*<sup>50</sup>.

LORCA NAVARRETE razona que *el fundamento del artículo 564 se encuentra en no permitir la ley otros medios de que oposición que las especificados en los artículos 556, 557, 558 y 559*<sup>51</sup>.

En definitiva, no importa el tiempo en que se hayan producido los hechos o actos jurídicos en que se fundamenten, sino tan solo si el deudor ejecutado ha podido o no defenderlas. El precepto podía haber sido redactado de forma más clara indicando que *no pueda tratarse todo lo que se haya tratado, o todo lo que se haya resuelto o haya podido ser tratado o resuelto en el procedimiento ejecutivo anterior (con efecto o no de cosa juzgada)*, pero en realidad ya lo dice su enunciado.

No habiendo duda al respecto, sin embargo, la jurisprudencia sí ha venido a castigar la pasividad del deudor ejecutado.

Lógicamente lo que las sentencias de la Sala de lo Civil, TS (Sala de lo Civil) sentencia núm. 462/2014 de 24 de noviembre, *RJ* 2014, 5985 y, de la Sección Pleno del TS núm. 463/2014 de 28 de noviembre, *RJ* 2014, 6052 no pueden modificar, es el criterio legal acorde con el principio de tutela efectiva de que el deudor siempre pueda invocar en el declarativo lo que no pudo ejercitar en el procedimiento de ejecución. En ellas se tratan ejecuciones forzosas de títulos no judiciales y se declara improcedente que el ejecutado plantee, sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de la deuda por impago parcial de intereses, la ineficacia de la ejecución en el juicio declarativo posterior promovido contra el ejecutante (que no está contemplada en los arts. 556 y 557 de la LEC). El TS interpretó el artículo 564 de la LEC penalizando al ejecutado con la desestimación de su demanda declarativa posterior basada en el artículo 564 de la LEC, cuando no ha opuesto a los demandantes lo que el Tribunal considera que podía haber opuesto. En el caso se trataba de una cláusula que se impugna, no por abusiva, sino por no cumplir el documento presentado, los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución y se resuelve: *«cuando de ejecución dineraria se trata debe estarse a lo dispuesto en los artículos 571 a 575 en relación con el artículo 559.1.3º de la LEC para enjuiciar si el documento que sirve de título reúne los requisitos legales para llevar aparejada ejecución y, uno de los requisitos es la exigibilidad y liquidez de la deuda. Dentro del primero (la exigibilidad) puede encuadrarse la procedencia o no del vencimiento anticipado, dado que solo de su examen puede*

*deducirse si la deuda ha vencido, según lo pactado o legalmente establecido, y por tanto, si es exigible»; y concluye que «en consecuencia, como quiera que en el juicio de ejecución de títulos no judiciales seguido en el Juzgado de Instancia las demandantes pudieron discutir la excepción de inexigibilidad de la obligación contenida en el título por no concurrir causa que legitime el vencimiento anticipado y esa excepción ha sido propuesta, “ex novo”, en el presente juicio ordinario del que trae causa este recurso, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial citada, es de apreciar la excepción de cosa juzgada, lo que nos lleva a confirmar la sentencia de instancia y desestimar el recurso de apelación»<sup>52</sup>.*

Con este criterio ya se había pronunciado la STS de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3912) (recurso 1733/2008) referida a una ejecución de título extrajudicial: que permitió alegar en el declarativo cuando considera que la inexistencia de la deuda derivada de una escritura pública de mandato retribuido, en el que la retribución quedaba supeditada a la recalificación de una finca, *podía volver a plantearse en un proceso declarativo después de que en el proceso de ejecución tanto el juez de primera instancia como el tribunal de apelación hubieran considerado que no podía oponerse la inexistencia del crédito fundada en el incumplimiento del mandato*<sup>53</sup>.

Pese a esta falta de claridad, se deduce fácilmente la doctrina jurisprudencial para resolver todos los supuestos de la misma forma y sin contradicciones. En realidad lo que proponen estas sentencias son excepciones basadas en la forma, presupuestos procesales y requisitos legales del título, que, aunque corresponde analizar de oficio al juzgador, pueden ser detectados y denunciados por las partes. Por eso la jurisprudencia cuando manifiesta que se pueden alegar otras excepciones contempladas en otros preceptos distintos a los contemplados en los artículos 556 y 557 LEC, no puede referirse más que a los presupuestos y requisitos formales.

El concepto de preclusión del artículo 564 de la LEC, en realidad, como ha concluido la jurisprudencia, no se aparta de la doctrina sobre la preclusión de alegaciones regulada de forma general en el artículo 400 de la LEC y que podemos resumir en que, en el procedimiento declarativo posterior no podrá oponerse lo que pudo oponerse en el procedimiento previo de ejecución. Y este precepto no habla para nada de hechos anteriores o posteriores<sup>54</sup>.

Para aclarar la doctrina jurisprudencial es necesario unir el título del artículo 564 LEC con su contenido como un todo, relacionarlo con los principios de cosa juzgada, preclusión y tutela efectiva del deudor ejecutado y (con relación al caso que hemos anticipado como modelo) con los efectos que pueden producir las cesiones de crédito futuro. De este modo será fácil rechazar cualquier interpretación contraria al principio de tutela efectiva o que limite la defensa del ejecutado en el procedimiento declarativo que no haya podido oponer en la ejecución o que, opuestas, el juzgador de la ejecución no las haya contemplado.

## 1. LA REDACCIÓN DEL TÍTULO DEL ARTÍCULO 564 LEC

Para una interpretación correcta del artículo 564 no se puede separar su título, del texto que lo desarrolla.

El enunciado del precepto señala en concreto las excepciones que el deudor ejecutado puede oponer y estas son todas aquellas que no incluyen los artículos 556 y 557 de la LEC, y que pudieron ser alegadas como causas de oposición a la ejecución.

De la lectura del título del artículo 564 LEC, se entiende que aquellas excepciones que no se relacionan en los artículos 556 y 557 de la LEC pueden ser alegadas en el procedimiento declarativo posterior.

El Tribunal Constitucional en sentencia 158/1997 de 2 de octubre ya dejó establecido que no se vulnera el derecho a la defensa si las posibilidades de alegación se relegan a la vía de un juicio declarativo ulterior. Cfr. auto núm. 75/2011 de 9 de mayo de la AP de Álava (Sección 1ª): el artículo 564 se aplica a causas de oposición que no están tasadas en los preceptos anteriores, que regulan un proceso de naturaleza sumaria, que no produce efectos de cosa juzgada si atendemos a que el artículo 561.1 LEC se refiere a su resolución «a los solos efectos de la ejecución». En segundo lugar la norma exige que los hechos o actos sean «distintos» de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución. Tasadas las causas en los artículos 556 y sigs.

El espíritu del precepto es el de no reducir ninguna de las posibilidades de alegación. Como se observa en el título del precepto 564 no distingue entre anteriores y posteriores *a las posibilidades de alegación en juicio «o» a la producción de un título ejecutivo extrajudicial*.

Este título del precepto debe relacionarse con su contenido. Dicho título condensa la significación y el planteamiento general del contenido del precepto, cualquiera que sea la forma como este se desarrolle en su contenido. La simple enunciación del título del artículo 564 LEC constituye una premisa que ha de relacionarse con la premisa de su contenido siendo necesarias ambas para llegar a una conclusión.

Precisamente cuando el contenido del precepto distingue la posibilidad para el deudor ejecutado de alegar en el procedimiento declarativo posteriores *a las posibilidades de alegación en juicio «o» a la producción de un título ejecutivo extrajudicial*, a lo que se está refiriendo en el primer aserto es a si ha sido posible para el deudor ejecutado, alegar en el juicio ejecutivo; y si no ha sido posible alegarlas, da igual que sean anteriores.

## 2. LA REDACCIÓN DEL CONTENIDO PRECEPTO Y SU PRECLUSIÓN

Quienes pretendan limitar las posibilidades de alegación del deudor ejecutado en el procedimiento declarativo, omiten la claridad del título, para centrarse

en la obscuridad del contenido del precepto. Y es que efectivamente, si se separa el título y se lee exclusivamente el contenido del precepto, podría argumentarse que se reducen las posibilidades de alegación del deudor ejecutado, ya que solamente se le permitiría invocar hechos o causas que se hayan producido *después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial*.

Sin embargo, no hay razón para que pueda separarse el contenido del precepto de su título, que autoriza a conocer todo tipo de pretensiones, hechos o actos siempre que no se hayan podido plantear en el procedimiento ejecutivo, tal como reza el título y los hechos o actos que hayan podido alegarse aunque sean anteriores.

### 3. LA CONCLUSIÓN SINTÁCTICA DEL TÍTULO Y EL CONTENIDO

De lo anteriormente expuesto es fácil deducir, que el contenido del precepto no excluye alegaciones del deudor ejecutado, sino que reitera las defensas expresadas en el título. Aunque es cierto que el precepto parece limitar las alegaciones posibles, en realidad, lo que pretende es referirse a una parte de las alegaciones que ya están contempladas en el título.

Como viene haciendo la jurisprudencia, el ejecutado podrá defenderse, en el declarativo posterior, de todos los hechos y actos no comprendidos en los artículos 556 y 557 de la LEC y además, por añadidura, también podrá defenderse de todos los hechos y actos que no constituyendo causas de oposición en los anteriores preceptos, se hayan producido después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial porque lógicamente tampoco pudieron oponerlas en el procedimiento de ejecución. Y no puede precluir lo que no se pudo oponer. De modo que también incluye todos los hechos y actos que no constituyendo causas de oposición en los anteriores preceptos, se hayan producido antes pero que no pudieron alegarse ni conocerse.

Que el contenido del precepto añada hechos o actos producidos después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo, no significa que las que tengan origen en hechos o actos anteriores no pueda ser interpretado como una limitación de defensa, si es que no pudieron alegarse. El artículo 546 no establece plazos ni términos para ejercitar las acciones que no pudieron tratarse en el procedimiento ejecutivo siendo este el concepto de preclusión que se recoge en el artículo 136 de la LEC<sup>55</sup>.

Pese a la difícil comprensión de las sentencias, lo que han querido decir es que efectivamente existen otros motivos en otros artículos de la LEC para impedir la ejecución, pero que no corresponde a la parte decidir, sino que debe

hacerlo el juzgador de oficio, examinando los requisitos formales y procesales del título ejecutivo tal como vimos y se establece en los artículos 517, 551 y 552 LEC, lo cual no quiere decir que el ejecutado no pueda denunciarlo ante el juzgador.

Como vimos esta es misión del artículo 698 LEC<sup>56</sup> que permite alegar en procedimiento declarativo posterior todo tipo de reclamación ya se base en hechos anteriores o posteriores al título de ejecución hipotecaria.

Extender la preclusión más allá de lo legalmente establecido, según cuando haya aparecido el hecho plantearía además la duda de cuál es el hecho o acto que provoca la preclusión para situarlo posteriormente en el tiempo.

En el ejemplo expuesto sobre la cesión del crédito, la desacertada tesis que limita la defensa del deudor ejecutado en el artículo 564 de la LEC, llevaría a un ejercicio tan baldío como el discutir cual es el hecho o acto que provoca la preferencia, la compensación o la ilicitud de la cesión, para determinar si se ha producido antes o después de las posibilidades de alegación en juicio «o» con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial. En dicho ejemplo no se producirían mayores problemas porque está claro que la escritura pública de préstamo del año 2008 es anterior en el tiempo a los Decretos de costas y su cesión están fechados en el año 2012. En definitiva los Decretos y la ilícita cesión son hechos o actos distintos de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución y se han producido con posterioridad a la producción del título ejecutivo extrajudicial representado por la escritura de préstamo extra judicial, por lo que no habría problema para que el deudor ejecutado realice alegaciones en el declarativo frente a los mismos, por ser posteriores al año 2008.

El intento de ampliar la preclusión podría llevarnos a la duda de qué hubiera sucedido si el acto o hecho fraudulento encontrara su causa en un hecho o acto anterior al año 2008.

En conclusión, lo único que ha de analizar el juzgador es si el deudor ejecutado pudo o no oponer esos hechos o actos y no si se han producido antes o después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio «o» a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, porque si no pudiera oponer los hechos o actos fraudulentos, (ni en el procedimiento ejecutivo, ni en el procedimiento declarativo), entonces sí que se estaría cometiendo un atentado gravísimo al principio de tutela efectiva.

Esta es la doctrina real del TS que, sin embargo, puede ser manipulada debido a la falta de concreción con la que, en ocasiones, se despacha la redacción de sus sentencias. Me refiero en concreto a que, en algunas sentencias, que examinaremos a continuación, lo que se resuelve es a favor de concurrir al procedimiento declarativo del artículo 564 LEC con las causas de oposición no contempladas en los artículos 556 y 557 de la LEC, porque en el supuesto que resolvían, se habían producido hechos o actos con posterioridad a la posibilidad

de alegación en juicio. Pero el hecho de que se admita en la correspondiente sentencia hechos y actos producidos con esa posterioridad es porque, en los casos sentenciados, eran hechos o actos en los que concurría ese supuesto, lo cual no quiere decir —aunque la sentencia de que se trate no se extienda a otros supuestos— que se denegaran los casos que dan título al precepto, fundados en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición aunque sean anteriores a la producción de un título ejecutivo.

Resolver a favor de que se permita la alegación de hechos nuevos, no quiere decir que no se admitan *hechos o actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución, aunque sean anteriores al título ejecutivo*. Los defensores de la teoría restrictiva sobre el artículo 564 LEC no se dan cuenta que, el hecho de que se admita uno de los supuestos contemplados en el precepto, no quiere decir que se rechacen los otros.

Es cierto que pueden existir deudores ejecutados que acudan al procedimiento declarativo para alargar los procedimientos, pero también existen otros muchos que simplemente quieran defenderse de lo que los artículos 556 y 557 de la LEC no le permiten.

Esta es la doctrina que se establece en las sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales, no existiendo ninguna sentencia, ningún principio procesal, ni ninguna opinión de la doctrina, como no puede ser de otra manera, que mantenga el cierre de pretensiones del deudor ejecutado basadas en hechos y actos que no constituyendo causas de oposición en los artículos 556 y 557 de la LEC y se hayan producido antes de precluídas las posibilidades de alegación en juicio o con anterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, si es que no pudo el ejecutado oponerlas en el procedimiento de ejecución. El artículo 564 de la LECiv, regula la posibilidad de acudir a un proceso declarativo para hacer valer los hechos y actos nuevos que no pudieron ser alegados en el proceso y sobre los que el tribunal no se pronunció, por lo que, en consecuencia, no se ven afectados por la cosa juzgada de la sentencia y también podrá hacer valer todos los hechos o actos que sean distintos de los admitidos en esta Ley como causas de oposición<sup>57</sup>.

Donde más rotundamente se recoge la doctrina jurisprudencial es en la ya anunciada STS núm. 463/2014 de 28 de noviembre (*RJ* 2014, 6052), por ser pronunciada por la Sección del Pleno. La sentencia se fundamenta en el criterio mantenido en la interpretación del artículo 1479 de la LEC de 1881.

A ellas debe añadirse la sentencia de 24 de noviembre de 2014-462/2014 que explica lo que se puede llevar al procedimiento declarativo del artículo 564 *entendiendo que se debe aplicar el principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del artículo 400 LEC en relación con su artículo 222; y en coherencia con lo anterior, la oposición, sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio*

*declarativo posterior sobre la misma cuestión. En suma, esta Sala considera que su doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1479 de la LEC 1881, debe ser mantenida en la interpretación del artículo 564 de la vigente LEC de 2000*<sup>58</sup>, considerando que las sentencias de los juicios ejecutivos, solo excluían el declarativo posterior sobre cuestiones opuestas o que hubieran podido oponerse en aquellos. Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán ya en la LEC anterior, la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión»<sup>59</sup>.

La sentencia, puede ser confusa porque dice que *no se aprecia, a los efectos del referido artículo 564 LECv, ni hechos producidos «después», ni con posterioridad*. Pero debemos prestar atención porque esta no es la causa o razón por la que no permite invocar la advertencia notarial en el procedimiento declarativo, sino que la razón es porque este hecho o acto pudo conocerse en el procedimiento de ejecución. De su lectura puede deducirse que reconoce que al artículo 564 se puede acudir con hechos o actos distintos de los debatidos que no se pudieron defender en el previo proceso ejecutivo aunque sean hechos y actos anteriores a las posibilidades de alegación o del título extrajudicial.

La sentencia del TS de 20 de diciembre de 2002 —que cita otras anteriores, como las de 4 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, 25 de abril de 2001 y 26 de noviembre de 2001—, analiza el alcance del derogado artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y recoge la doctrina que afirma la imposibilidad de que en un eventual juicio ordinario posterior, pueda conocerse de las mismas cuestiones resueltas por la sentencia firme del juicio ejecutivo o que en este hubieran podido plantearse por el ejecutado al formular su oposición<sup>60</sup>.

También la STS de 24 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 4606) (procedimiento sobre error judicial 10/2011): Considera, en un caso de ejecución fundada en un aval de la Ley 57/1968, que la entidad avalista sí puede oponer la falta de los requisitos necesarios para que el aval tenga carácter ejecutivo, cuales son la no iniciación de las obras o la falta de entrega de las viviendas. En lo que aquí interesa, declara esta sentencia que *«el control de las irregularidades formales del título ejecutivo debe hacerlo de oficio el juez que ha de decretar dicho despacho [el despacho de la ejecución], y sobre esa cuestión, por ser de orden público procesal, puede pronunciarse la AP al resolver la apelación aun en el caso de que ni el juzgador de instancia se hubiera pronunciado sobre ella ni la parte ejecutada la hubiera invocado como motivo de oposición»*.

La sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 209/2004 de 18 de marzo (*RJ* 2004, 1903) trata la cuestión y resuelve que *el alcance de la cosa juzgada solo la produce respecto de las cuestiones que pudieron juzgarse en el ejecutivo. Las que no pudieron debatirse, ni resolverse y no han podido oponerse en el proceso de ejecución no constituyen cosa juzgada*.

También las Audiencias Provinciales acogen esta doctrina jurisprudencial<sup>61</sup>.



Así como parece lógico, que en alguna ocasión se haya aplicado la preclusión en sentido estricto en dos procedimientos declarativos sucesivos<sup>62</sup>, no parece tan claro que pueda seguirse el mismo criterio para los procedimientos de ejecución en los que la LEC establece claras restricciones de defensa<sup>63</sup>. Especialmente en la ejecución de títulos judiciales.

La jurisprudencia también es confusa cuando ha identificado el concepto de preclusión, con el concepto de cosa juzgada.

Aunque el artículo 564 LEC se refiere a la acción de precluir, la jurisprudencia ha venido a identificar la excepción de la cosa juzgada y la excepción de preclusión. En principio se trataría de dos excepciones distintas e independientes que, sin embargo, la jurisprudencia ha venido a identificar cuando ha acogido como criterio de lo que debe entenderse por preclusión y lo ha identificado con el mismo ámbito objetivo de la cosa juzgada.

Esta conclusión que parece tan sencilla ha sido puesta en duda por algún sector de la jurisprudencia que ha establecido distintos criterios en la intensidad de los efectos de la preclusión, lo que ha provocado cierta inseguridad jurídica. Se distingue la interpretación estricta que se regula en el artículo 400 de la LEC o la interpretación atemperada, basada en el ámbito objetivo de la cosa juzgada pareciendo ser este la más aceptada jurisprudencialmente.

#### A) *Interpretación estricta de la preclusión del artículo 400*

A partir de la nueva LEC la cosa juzgada y la preclusión se separarían y se recogerían en dos nuevos y distintos artículos 222 cosa juzgada y artículo 400 preclusión.

En la interpretación estricta del artículo 400 LEC, la preclusión obliga *aducir en el primer procedimiento todos cuantos hechos y actos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponer la demanda sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos.*

Para esta interpretación, la preclusión se trataría en la interpretación estricta de una excepción que, en principio, se desarrolla de modo independiente y con efectos distintos a la cosa juzgada, y que tiene su razón de ser en la seguridad jurídica y en la economía procesal<sup>64</sup>. Trata de evitar que el demandante vaya fragmentando sus pretensiones deduciéndolas en sucesivas demandas, lo que resulta poco económico para el Estado conseguir que el demandado no vuelva a ser demandado ni emplazado por la misma cuestión que ya se trató en procedimiento anterior. El artículo 400.3 obligaría a aducir todos los hechos en el primer procedimiento ejecutivo y también todos los fundamentos jurídicos. En este caso el artículo 400 obliga al actor a acumular en la demanda todas

las causas de pedir. Precisamente lo que distingue a la preclusión y motiva sus efectos es, que por las partes esas pretensiones no se hayan ejercitado en el procedimiento anterior cuando pudo hacerse. En la interpretación estricta, la preclusión no afecta a lo que se pidió en la demanda anterior, sino que afecta a lo que se pudo pedir en el procedimiento anterior (400.2 LEC).

*B) La doctrina atemperada de la preclusión fundamentada en el ámbito objetivo de la cosa juzgada*

Como hemos adelantado la jurisprudencia generalmente opta por la interpretación más laxa de la preclusión que la identifica con el mismo ámbito objetivo de la cosa juzgada, por lo que no existirá preclusión del artículo 400 de la LEC, cuando se pueda apreciar algún distingo en las acciones del primer y segundo procedimiento<sup>65</sup>.

Por tanto, si la preclusión se identifica con la cosa juzgada en el artículo 400 de la LEC, los efectos de la preclusión deben ser menores en lo que corresponde a la preclusión que se deriva de los artículos 556, 557 y 564 de la LEC porque el artículo 561 de la LEC viene a reconocer la inexistencia de los efectos de la cosa juzgada en los procedimientos de ejecución cuando declara que el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo se dicta a los solos efectos de la ejecución. En el procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC se puede conocer todo el «*thema decidendi*» aunque fuera resuelto con carácter definitivo y firme en el procedimiento ejecutivo anterior que nunca constituye cosa juzgada. Los anteriores preceptos no ven razones de seguridad jurídica y tutela efectiva de que las cuestiones de fondo sean una cosa para un Tribunal y simultáneamente la contraria para otro, porque los efectos de la cosa juzgada es menor en los procedimientos ejecutivos.

Esta interpretación moderada, no permitiría ejercitar la misma pretensión en el segundo procedimiento declarativo, pero es evidente que, por la naturaleza del procedimiento ejecutivo y las restricciones de defensa que en el mismo se reconocen, no parece que pueda identificarse ninguna cuestión de fondo que no pueda conocerse en el procedimiento declarativo.

## VI. CONCLUSIONES

I. El sistema de restricción en la oposición de excepciones en los procedimientos de ejecución impuesto al deudor ejecutado establecido en la LEC (arts. 556 y 557), el retraso que produce el procedimiento declarativo regulado en el artículo 564 de la LEC (que lleva por título la: *Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la*

*ejecución*.) en el que se obliga al deudor ejecutado a seguir el procedimiento ejecutivo previamente ejercitando la oposición y su apelación, con el correctivo de la condena en costas y el impedimento de que el deudor ejecutado pueda solicitar una medida cautelar para suspender la ejecución fraudulenta, tal como está concebido jurisprudencialmente, no satisface plenamente el principio de tutela efectiva.

II. De un estudio jurisprudencial podría interpretarse que los artículos 247 de la LEC y 11 de la LOPJ, permiten conocer el fraude y el abuso procesal a los tribunales solo en el caso de que se haya producido en el seno del mismo procedimiento que están conociendo. Sin embargo, esa interpretación puede derivarse de que no haya resoluciones judiciales expresas en los procedimientos de ejecución que se hayan planteado la suspensión de la ejecución incluso cuando el fraude no proceda del mismo título que se ejecuta.

III. Aunque los tribunales han aplicado en los procedimientos de ejecución los artículos 247 de la LEC y 11 de la LOPJ, para rechazar el fraude, no hay certeza jurisprudencial de la extensión de los efectos que pueden producir estos preceptos, ni que puedan abortarse tan siquiera las ejecuciones que sean claramente ilícitas o fraudulentas o si también, en este caso, ha de esperar a tratarlas, el deudor ejecutado, en el procedimiento declarativo posterior del artículo 564 de la LEC.

IV. La posibilidad de alegar el fraude que representan las cláusulas abusivas de los títulos ejecutivos (como la Causa 7.<sup>a</sup> del núm. 1 del art. 557, introducida por el apartado dos del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, únicamente para los consumidores, impuesta por la Unión Europea), viene a romper la concepción del procedimiento de ejecución en España como un procedimiento donde, con el fin de alcanzar mayor agilidad, se limitaba a analizar abstracta y exclusivamente presupuestos procesales y defectos formales y evidentes por el juzgador, tal como justifican los artículos 517, 551 y 552 de la LEC.

V. Esta incursión no está justificada porque (al entender el Tribunal Constitucional que no se vulnera el derecho de tutela efectiva cuando coexiste un procedimiento declarativo posterior regulado en el artículo 564 de la LEC que permite a todo tipo de deudores alegar lo que no haya podido oponer en el procedimiento de ejecución), no se justifica el adelantamiento de la defensa de las cláusulas abusivas solamente a los deudores que tengan la condición de consumidor y negar el conocimiento de cuestiones de fondo a los que no lo sean.

VI. La preclusión regulada en el artículo 564 de la LEC no es más restrictiva, ni distinta a la regulada en los artículos 400 o 698 de la LEC. En definitiva, no importa el tiempo en que se hayan producido los hechos o actos jurídicos en que se fundamenten, sino tan solo si el deudor ejecutado ha podido o no defenderlas en el procedimiento de ejecución anterior.

VII. Tras la incorporación de cuestiones de fondo al procedimiento de ejecución, la jurisprudencia necesita determinar con mayor claridad lo dispuesto

en los artículos 540.3 y 561 de la LEC con relación a lo que constituya o no cosa juzgada de las cuestiones que se hayan tratado, de las que se pudieron tratar y no se trataron y de las que el juzgador pudo o no pudo conocer en los procedimientos de ejecución.

VIII. Los juzgadores que analizan las ejecuciones iniciadas por cesionarios de créditos en la comparecencia imperativa del artículo 540 de la LEC, deberían poder analizar el principio de protección del deudor cedido en todo caso, aunque la cesión no constituya el título ejecutivo.

IX. No hay jurisprudencia ni respuesta legal que determine el Juzgado competente cuando se trate de declarar la nulidad de una cesión de crédito simulada en cuyo fraude participen personas concursadas y no concursadas, ofreciendo más posibilidades de defensa en el procedimiento declarativo que el incidente concursal, por más que exista una *vis atractiva* del concurso.

#### ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STC de 2 de octubre de 1997
- ATC (Pleno) de 19 de julio de 2011
- STS de 6 de junio de 1992
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 4 de noviembre de 1997
- STS de 23 de enero de 1999
- STS de 31 de marzo de 2000
- STS de 1 de marzo de 2001
- STS de 21 de marzo de 2001
- STS de 20 de diciembre de 2002
- STS de 11 de marzo de 2003
- STS de 10 de diciembre de 2003
- STS de 5 de marzo de 2004
- STS de 18 de marzo de 2004
- STS de 23 de noviembre de 2005
- STS de 5 de abril de 2006
- STS de 9 de mayo de 2006
- STS de 4 de diciembre de 2007
- STS de 22 de febrero de 2008
- STS de 4 de noviembre de 2008
- ATS de 26 de febrero de 2009
- STS de 17 de septiembre de 2010
- STS de 21 de marzo de 2011
- STS de 30 de marzo de 2011
- STS de 12 de diciembre de 2011

- STS de 16 de diciembre de 2011
- STS de 13 de febrero de 2012
- STS de 9 de marzo de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 31 de enero de 2013
- STS de 7 de marzo de 2013
- STS de 24 de abril de 2013
- STS de 6 de noviembre de 2013
- STS de 24 de noviembre de 2014
- STS (Pleno) de 28 de noviembre de 2014
- STS de 12 de diciembre de 2014
- SAP Murcia (Sección 28ª) de 13 de noviembre de 1995
- SAP Madrid (Sección 19ª) de 7 de abril de 1997
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 13 de octubre de 1997
- SAP Barcelona (Sección 11ª) de 23 de octubre de 1997
- SAP Baleares (Sección 3ª) de 24 de febrero de 1998
- SAP Badajoz (Sección 2ª) de 26 de octubre de 1998
- SAP Las Palmas (Sección 1ª) de 14 de noviembre de 1998
- SAP Málaga (Sección 6ª) de 4 de marzo de 1999
- SAP Sevilla (Sección 5ª) de 9 de marzo de 1999
- SAP Asturias (Sección 7ª) núm. 568/2005, 12 de diciembre
- SAP Madrid (Sección 9ª) de 10 de enero de 2006
- SAP Barcelona Sección 17) de 28 de marzo de 2006
- SAP Valencia (Sección 8ª) núm. 9/2007, 16 de enero
- SAP Valencia (Sección 9ª) núm. 80/2008 27
- SAP Burgos (Sección 3ª) de 17 de noviembre de 2010
- SAP Valencia (Sección 9ª) de 9 de diciembre de 2010
- SAP Burgos (Sección 2ª) de 26 de enero de 2011
- SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 9 de febrero de 2011
- SAP Burgos (Sección 2ª) de 10 de mayo de 2011
- SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 188/2013, 14 de mayo
- SAP Madrid (Sección 9ª) de 15 de junio de 2017
- AAP Asturias núm. 81/2010, 2 de julio
- AAP Ciudad Real (Sección 1ª) de 5 de mayo de 2010
- AAP Santa Cruz Tenerife (Sección 3ª) núm. 166/2006, 28 de junio
- AAP Tarragona (Sección 3ª) núm. 244/2007, 17 de octubre
- AAP Lleida (Sección 2ª) núm. 122/2011, 15 de diciembre
- AAP Asturias núm. 81/2010, 2 de julio
- AAP Alava núm. 75/2011, 9 de mayo
- AAP Álava núm. 75/2011, 9 de mayo
- AAP Álava núm. 75/2011, 9 de mayo
- Auto JPI núm. 5 Cartagena 20 de marzo de 2013

## BIBLIOGRAFIA

- ALMAGRO NOSETE, J., *El fraude procesal*. La Ley Digital, noviembre de 2012.
- ANDREOTTI. *La cessione del contratto*, Padova, 1951.
- CERDÁN MORENO, F., *Comentarios a la LEC*. Vol. II, 2011.
- CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., y TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, Vol. I*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011.
- DÍEZ PICAZO, I., *Comentarios a la LEC, Civitas, 2001*.
- DOMINGO MONFORTE, J., Preclusión por inacción procesal. Extensión de la cosa juzgada. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 749/2008 Editorial Aranzadi, SAU, 2008.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., RIFA SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Ed. Iurgium, 2000.
- FLORS MATIAS, J., *El proceso civil*. Vol. VI Tirant Lo Blanch, Valencia 2001.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *Cesión de créditos en el sistema español: cesión de créditos: (formación sistema traslativo y protección del deudor)*, Tirant lo Blanch 1993.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios y Comentarios Legislativos. Editorial Civitas.
- LORCA NAVARRETE, A. M. (coord.) GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la nueva LEC*, Lex nova, 2000, director Valladolid.
- LORCA NAVARRETE (dir.). *Comentarios a la Nueva LEC*, 2ª ed. 2006.
- MUERZA ESPARZA, J., Comentario al artículo 136 de la LECiv Preclusión. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I)*. Editorial Aranzadi, SAU, marzo de 2011.
- NAVARRO PÉREZ, J. L., *La cesión créditos en el Derecho Civil Español*, Comares, Granada, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., Cesión de créditos, en *Anuario Derecho civil*. Vol. 41, núm. 4, 1988.
- VACAS GARCÍA, L., MARTÍN MARTÍN, G. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial, Vol. I*, Thomson, Aranzadi.
- XIOL RIOS, *Comentarios a la LEC. 2014*, Sepin.

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento:

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.

2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

En todo caso, por el secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el juez o la Sala.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>2</sup> Artículo 11:

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

<sup>3</sup> Artículo 556. Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.

1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

2. La oposición que se formule en los casos del apartado anterior no suspenderá el curso de la ejecución.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la ejecución se haya despachado en virtud del auto a que se refiere el número 8.º del apartado 2 del artículo 517, una vez el secretario judicial haya tenido por formulada oposición a la ejecución, en la misma resolución ordenará la suspensión de esta. Esta oposición podrá fundarse en cualquiera de las causas previstas en el artículo siguiente y en las que se expresan a continuación:

1.ª Culpa exclusiva de la víctima.

2.ª Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

3.ª Concurrencia de culpas.

<sup>4</sup> Artículo 557. Oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales

1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado solo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior, si se funda en alguna de las causas siguientes:

1.ª Pago, que pueda acreditar documentalmente.

2.ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.

3.ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.

4.ª Prescripción y caducidad.

5.ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.

6.ª Transacción, siempre que conste en documento público.

7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas.

2. Si se formulare la oposición prevista en el apartado anterior, el secretario judicial mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución.

<sup>5</sup> STC 41/1981, SSTC 64/1985, 6/1992, y 217/1993.

<sup>6</sup> Cfr. auto núm. 113/2011 de 19 de julio. 3. El Tribunal Constitucional (Pleno), sobre la cosa juzgada ha reiterado que ya afirmamos (F. 5) que «[en el procedimiento de ejecución, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión... en el proceso debatido falta la controversia entre la partes... es un procedimiento, que carece de una fase de cognición. A ello se añade que «[la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud». Seguidamente, en el fundamento jurídico 6, se señala que «[e]l hecho de que el procedimiento de ejecución se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución». Razona la sentencia que «[lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que solo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor no queda indefenso ni privado de tutela». Concluye finalmente la sentencia (F. 7) señalando que «aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional» doctrina que ha sido recordada por el Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 269], F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre [RTC 1997, 223], FF. 3 y 5), 217/1993 de 30 de junio y confirmada como regla general.

<sup>7</sup> Sobre el ánimo dilatorio, *Vid.*, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. RIFA SOLER, J.M., VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Ed. Iurgium, 2000, STS de 30 de marzo de 1994, RAJ 2312, 1102. Se debe impedir la persistencia en el abuso, SSTs de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986, 8 de julio y de septiembre de 1987.

<sup>8</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 556.2 LECiv, la presentación por parte del ejecutado del escrito de oposición fundado en causas materiales o de fondo «no suspenderá el curso de la ejecución», previsión esta que contrasta radicalmente, tanto con la prevista para la oposición frente a títulos no procesales ni arbitrales o de mediación (art. 557.2 LECiv), cuanto la dispuesta para la oposición frente al auto de cuantía máxima del artículo 517.2.8.º LECiv (art. 556.3 LECiv), en los cuales la simple presentación de aquel escrito provoca la suspensión del proceso de ejecución mientras se sustancia dicha oposición material o de fondo.

Esta radical diferencia a la hora de establecer los efectos suspensivos o no suspensivos de la oposición del ejecutado evidencia, una vez más, lo desafortunado de la opción legislativa de considerar como verdaderos títulos de ejecución a los antiguos títulos ejecutivos del artículo 1429 de la LECiv/1881, en cuyo tratamiento procesal, al no venir los mismos precedidos de ningún enjuiciamiento previo que declare definitiva e irrevocablemente el derecho del acreedor, previa la audiencia y defensa del deudor, ha de darse a este último la oportunidad de oponer ciertas excepciones y defensas frente a la legitimidad y exigibilidad de la obligación objeto de ejecución que son impensables cuando lo que se ejecuta es una condena impuesta por una resolución procesal o arbitral firme.

En estos últimos supuestos, como las defensas que puede oponer el ejecutado son mínimas y, además, en modo alguno se puede llegar con ninguna de ellas a cuestionar la legitimidad de la obligación ejecutada, el legislador, en aras a la celeridad procedimental y a la más eficaz tutela de los definitivos e irrevocables derechos del ejecutante, así como al escaso índice de probabilidades de que tal oposición triunfe, ha dispuesto la no suspensión de las actuaciones mientras se dilucida dicha oposición.



<sup>9</sup> La cuestión adquiere especial relevancia tras la STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7863) según la cual la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera, no solo cuando ha sido realizada *pro soluto*, sino también cuando se realiza *pro solvendo* no obstante admitir que en otros casos, también relativos a ese tipo de contrato, ha negado que la cesión «pro solvendo» produjera efectos traslativos del crédito a favor del cesionario (SSTS de 5 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1808]; 2 de febrero de 2003, 27 de junio y 4 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8897]). Sin embargo, para reconocerles el carácter privilegiado en los concursos —naciendo en el concurso con la afección prendaria o a favor del cesionario o acreedor pignoraticio; sentencia del TS de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3048) que declara que para la eficacia de la cesión o pignoración de un crédito futuro los caracteres definitivos de dicho crédito— deben estar adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 CC), no resultando indispensable que en el momento de la cesión anticipada del crédito se haya realizado ya el contrato o que haya surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, o que esté entonces determinada la figura del futuro deudor.

<sup>10</sup> Artículo 1198.

El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá este oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.

<sup>11</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. *El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios y Comentarios Legislativos*. Editorial Civitas, SA. El artículo 564, por su parte, se cuida de salvaguardar el derecho de las partes, permitiendo que hagan valer en el proceso que corresponda la eficacia de aquellos hechos o actos jurídicos distintos de los admitidos por la Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos y obligaciones de las partes.

Como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento, la oposición solo puede fundarse en los motivos tasados que se establecen, detallando «unas pocas y elementales causas» que son las únicas que podrán ser objeto de controversia, buscando así un sistema equilibrado que, por una parte, permita una eficaz tutela del derecho del acreedor ejecutante, mediante una relación limitada de los medios de oposición, que no desvirtúe la eficacia del título ejecutivo, y que, por otro lado, no prive al deudor ejecutado de posibilidades de defensa frente a los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución. Y como quiera que entre estas causas de oposición no figura la compensación que aquí se invoca, lo que resulta coherente con el sistema establecido en la nueva Ley pues su viabilidad exigiría analizar primero la realidad, exigibilidad y liquidez del crédito que esgrime el ejecutado, introduciendo así nuevos elementos a la controversia, ajenos a lo que propiamente constituyó el objeto de debate, habrá de dejarse imprejujada esta excepción, sin perjuicio de que la parte pueda hacer valer su derecho en el juicio que corresponda». AAP Asturias 4.ª, 21 de febrero de 2005: AAP Madrid 24.ª, 23 de julio de 2009:

<sup>12</sup> STS de 4 de noviembre de 2008 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 989/2008 de 4 de noviembre, RJ 2008, 6928. *Este motivo es el que en realidad descubre lo que subyace en el litigio, que no es tanto la eficacia liberatoria de la consignación como si una cesión de créditos puede alterar las reglas de la preferencia crediticia eliminando a todos los posibles acreedores del cedente en beneficio exclusivo del cesionario, quien tras el conocimiento de la cesión por el deudor cedido se erigiría en acreedor único de este en detrimento de todos sus demás posibles acreedores por razón de los mismos créditos cedidos... Que la cesión de créditos a entidades financieras puede constituir «una mala práctica bancaria orientada a situarse al margen y por encima del sistema legal de concurrencia y prelación de créditos*

«se apuntó por esta Sala en su sentencia de 27 de junio de 2002 (rec. 69/97), se declaró ya explícitamente en la de 1 de diciembre de 2003 (rec. 339/98 N) y, vistas las circunstancias del caso examinado, en que la empresa cedente llegó incluso llegó a desaparecer del tráfico, procede reiterarlo ahora. De ninguna de las dos normas citadas en el motivo se desprende que proceda tal alteración, siquiera sea por la elemental razón de que el crédito cedido no pierde su identidad ni por tanto sube de rango, ya que aun cuando además del cedente y del cesionario intervenga en la cesión el deudor cedido, los terceros ajenos a la cesión pero que se crean con derecho a cobrar el importe de los efectos comprendidos en el ámbito de la cesión no podrán resultar perjudicados por una relación jurídica a la que son ajenos, dada la regla del artículo 1257 del Código civil. Por otra parte, como ha declarado la ya citada sentencia de 7 de octubre último, «el crédito de los que ponen su trabajo y materiales a la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3.º y 5.º del artículo 1423 del Código civil». En definitiva, el caso tercero del párrafo segundo del artículo 1176 del Código civil permite liberarse de su obligación al deudor que tiene voluntad de cumplir la prestación debida en situaciones de incertidumbre sobre cuál de los sujetos que pretenden recibir esa misma prestación tiene efectivamente derecho a recibirla, anticipándose así el deudor a un eventual conflicto centrado en el artículo 1164 del Código civil. Tras la consignación, pues, serán esos posibles acreedores quienes tengan que dirimir entre sí su preferencia, como asimismo señala la sentencia de esta Sala de 7 de octubre último, pero a ese conflicto ulterior será ajeno quien consignó, liberado ya de su obligación o «responsabilidad» como dispone el párrafo primero del artículo 1176 del Código civil, de suerte que, por todas las razones antedichas, también este motivo ha de ser desestimado.

Además de las sentencias a que alude la anterior Sentencia acompañamos en el mismo sentido otras del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 659/2012 de 26 de octubre, RJ 2012, 10137; sentencia núm. 242/2005 de 23 de noviembre, JUR 2002, 23080 AP de Almería (Sección 3ª); sentencia del Alto Tribunal de 21 de marzo de 2001, con cita de las precedentes de 19 de febrero de 1993 y 20 de febrero de 1995, se ha mostrado favorable a esa posibilidad de oposición al cesionario de las excepciones.

<sup>13</sup> Al reconocimiento jurisprudencial del indicado principio, se suma el de toda la doctrina española Cfr. NAVARRO PÉREZ, J.L., *La cesión de créditos en el Derecho Civil Español*, Comares, Granada, 1988, 284; ANDREOTTI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 10; PANTALEÓN PRIETO, A.F. *Cesión de créditos*, *Anuario de Derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 41, núm. 4, 1988, 1033-1132; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *Cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos: (formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Tirant lo Blanch, 1993. ISBN 84-8002-080-6.

<sup>14</sup> Dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. Si esta no se opusiere dentro de dicho plazo, el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el Tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente.

<sup>15</sup> Cfr. CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.) *Comentarios a la Nueva LEC*. Vol. I, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, 1208. El abuso del derecho, fraude procesal o de ley no parece que puedan servir de base para inadmitir la demanda, *a limine litis*, ni siquiera en los procedimientos declarativos, al tratarse de conceptos a depurar desde el fondo del asunto o desde su incidencia formal o procesal dentro del juicio. Hacerlo iría en contra del derecho de acceso a los tribunales que según una abundante jurisprudencia del TC, forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva del artículo 24 CE. Recogen el auto de la AT Barcelona de 5 de octubre de 1988, RGD, 1988, 7053, que inadmitió la demanda en un caso de evidente y notorio fraude.

<sup>16</sup> La referencia abstracta a otras causas de oposición sin determinación de las mismas se produce en las SSTS (Sala de lo Civil) sentencia núm. 462/2014 de 24 de noviembre, RJ

2014, 5985 y, de la Sección Pleno del TS núm. 463/2014 de 28 de noviembre, *RJ* 2014, 6052 que serán analizadas posteriormente por constituir la doctrina jurisprudencial.

<sup>17</sup> AAP Madrid 19.<sup>a</sup>, 11 de febrero de 2004.

<sup>18</sup> AAP Cantabria 1.<sup>a</sup>, 12 de marzo de 2004.

<sup>19</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. *El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios y Comentarios Legislativos. Editorial Civitas.

<sup>20</sup> Artículo veinte. *El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.*

<sup>21</sup> Artículo sesenta y siete. *El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.*

<sup>22</sup> Sobre las cuestiones que no pueden considerarse motivos de oposición en el juicio cambiario y que plantearse en la vía declarativa precedente AP de Burgos (Sección 2.<sup>a</sup>) sentencia núm. 223/2011 de 10 de mayo, *JUR* 2011, 239414, SAP de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de fecha 9/12/2010 y SAP Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de fecha 9 de febrero de 2011 y de la AP de Burgos en su Sección 2.<sup>a</sup> (Sentencia de fecha 26 de enero de 2011) y Sección 3.<sup>a</sup> (sentencias de fecha 17 de noviembre de 2010 y, 20 de abril de 2011). SAP de Burgos, Sección 3.<sup>a</sup> de fecha 17 de noviembre de 2010. En el mismo sentido, SSAP de Madrid, Sección 9.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2006, que cita otras, de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 1999; Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 1999 y Sección 4.<sup>a</sup>, de 31 de diciembre de 1.998; Las Palmas, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 1998; Badajoz, Sección 2.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 1998; Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, de 24 de febrero de 1998; Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, de 23 de octubre de 1997; Castellón, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 1997; Madrid; Sección 19.<sup>a</sup>, de 7 de abril de 1997; y, Murcia, Sección 28.<sup>a</sup> de 13 de noviembre de 1995.

<sup>23</sup> STS de 17 de octubre de 1998, *RJ* 1998, 8377.

<sup>24</sup> *Vid.*, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., RIFA SOLER, J.M., VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Ed. Iurgium, 2000, considera el artículos 247 LEC como una norma de *ius cogens* por lo que quien infrinja el deber de conducta que la misma impone, incumple a la vez un precepto imperativo aunque el acto contrario a la buena fe no invalida el acto; VACAS GARCÍA, L., MARTÍN MARTÍN, G. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Vol. I, Thomson, Aranzadi.

<sup>25</sup> STS de 23 de enero de 1999 y 31 de marzo de 2000 declara que es doctrina jurisprudencial reiterada recaída en interpretación del artículo 11.2.º de la LOPJ, que el fraude procesal es un verdadero «...fraude de ley, existiendo entre ambos una notoria semejanza, pudiendo ser comprendidas ambas en la norma del apartado 4 del artículo 6 del Código civil, y en punto a su existencia exigen la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan, habiéndose declarado así por uniforme doctrina jurisprudencial de la Sala, recogida, entre otras, en las sentencias de fechas de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 1 de febrero de 1990 y 20 de junio de 1991, cuya exigencia se encuentra presente en la definición que del «fraude de ley» se hace en la indicada norma, por tanto, los requisitos a tener en cuenta para calificar los hechos de «fraude de ley», cabe esquematizarles, recopilando la doctrina referida, así: que el acto o actos sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerle, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros, debiendo señalarse, asimismo, que la susodicha figura no requiere la prueba de la intencionalidad, siendo, pues, una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que la configuran. De lo expuesto, es de decir, como resumen, que el «fraude legal» se caracteriza por la presencia de dos normas:

la conocida y denominada de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de esta y en forma fraudulenta se pretende eludir, designada como norma eludible o soslayable».

Sobre la identificación del concepto de mala fe con el abuso del derecho del artículo 6 del Código civil Cfr. auto núm. 81/2010 de 2 de julio. *JUR* 2010, 276175 de la AP de Asturias (Sección 1ª). En cuanto al concepto de mala fe procesal, y su relación con la fase de ejecución, se refiere el AAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 5 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 215513), señalando que «el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962), como aplicación específica a la relación jurídico procesal del concepto general contenido en el artículo 6 del Código civil (LEG 1889, 27), proscribire la mala fe, el abuso de derecho o el fraude de ley en este ámbito, y acompaña tal proscripción de dos tipos de sanciones: la inadmisibilidad de la pretensión que esté afectada por alguno de esos vicios y la imposición de una multa al litigante que no respete las reglas de la buena fe procesal» añadiendo que «por eso, será contrario a la buena fe procesal aquella conducta que no tenga otro propósito que el de dilatar artificialmente el procedimiento, o aquella que no guarde coherencia con la conducta de la parte expresada en actuaciones anteriores. Habrá abuso cuando se utilice un derecho procesal con una finalidad distinta a la que le es propia, extrayendo los límites institucionales del propio derecho subjetivo, y habrá fraude procesal, cuando empleando una norma de cobertura, que dé apariencia de licitud al acto de que se trate, se pretenda eludir el cumplimiento de una norma imperativa, como, por regla general, son todas las que disciplinan los actos procesales», por último, señala esta resolución en referencia al proceso de ejecución, que «la propia dinámica del mismo demuestra que, en líneas generales, hay tres posturas que el ejecutado puede adoptar: la de colaboración con el resultado de la ejecución, tratando de que en tiempo razonable llegue a su fin de satisfacción del ejecutante; la de la mera tolerancia o sufrimiento de la acción y del proceso ejecutivos, en la que el ejecutado nada hace pero nada impide, como no sea, a lo sumo, plantear una oposición dentro de los cauces legales; y una tercera, de obstaculización del mismo, tratando de impedir el normal desenvolvimiento de las actuaciones ejecutivas. Esta ofrece un matiz propio cuando el ejecutado aparentemente trata de cumplir, pero emplea todos los medios que considera a su alcance, aunque la Ley no los reconozca, para dilatar el resultado, encubriendo en esas propuestas de solución el germen de la dilación», esta última posición «es la que entraña mala fe, y para ella la Ley vigente prevé remedios específicos (multas coercitivas en determinados casos, medidas de ingerencia en el patrimonio del obligado, y, en lo que nos interesa, imposición de multas por mala fe procesal). Con ellas se trata, además de remediar los puntuales abusos, de convencer al deudor de la inexorabilidad de la ejecución».

<sup>26</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de marzo de 2015, *RJ* 2015, 1786.

<sup>27</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 570/2010 de 17 de septiembre, *RJ* 2010, 7132.

<sup>28</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 872/2011 de 12 de diciembre, *RJ* 2012, 32.

<sup>29</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 15/2013 de 31 de enero, *RJ* 2013, 2408.

<sup>30</sup> Sobre el ánimo dilatorio, *Vid.*, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., RIFA SOLER, J.M., VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Ed. Iurgium, 2000, STS de 30 de marzo de 1994, RAJ 2312.

<sup>31</sup> Auto (Sala de lo Civil, Sección 1ª) TS de 26 de febrero de 2009, *RJ* 2009, 1126.

<sup>32</sup> AP Las Palmas (Sección 4ª), auto núm. 119/2010 de 22 de abril. *JUR* 2010, 418828.

<sup>33</sup> AP Valencia (Sección 8ª), Sentencia núm. 9/2007 de 16 de enero. *JUR* 2007, 235074.

<sup>34</sup> AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), auto núm. 166/2006 de 28 de junio. *JUR* 2006, 229897.

<sup>35</sup> Sentencia de 27 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 38174), Rec. 881/04 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). (Sección 15ª); auto núm. 173/2006 de 11 de mayo. *JUR* 2006, 271647 y (Sección 19ª); auto núm. 103/2005 de 13 de junio. *JUR* 2005, 176526; (Sección 15ª); auto núm. 55/2006 de 8 de febrero. *JUR* 2007, 21465; (Sección 15ª); auto núm. 310/2005 de 14 de diciembre. *JUR* 2006, 85953; (Sección 12ª); auto de 5 de noviembre de 2002. *JUR* 2003, 61363.

<sup>36</sup> AP de Tarragona (Sección 3ª) Auto núm. 244/2007 de 17 de octubre. *JUR* 2008, 12395, sobre el Abuso de Derecho.

<sup>37</sup> SAP de Lleida (Sección 2ª) en el Auto núm. 122/2011 de 15 de diciembre. *JUR* 2012, 26318.

<sup>38</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena (Provincia de Murcia) en el de 20 de marzo de 2013. *AC* 2013, 1074.

<sup>39</sup> Auto de la AP de Asturias (Sección 1ª) en el núm. 81/2010 de 2 de julio. *JUR* 2010, 276175.

<sup>40</sup> SAP de AP Madrid Sección 9ª, 15 de junio de 2017.

<sup>41</sup> SAP de AP Madrid Sección 9ª, 15 de junio de 2017.

<sup>42</sup> SAP de Murcia (Sección 5ª). En el mismo sentido se manifiestan otras Sentencias del Alto Tribunal que forman un cuerpo uniforme de doctrina, pudiéndose citar las Sentencias, núm. 212/2006 de 9 de mayo. *AC* 2006, 1012; de 4 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5842), 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2588) ó 6 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5165).

<sup>43</sup> Cfr. STS, (Sección 1ª) núm. 719/2014 de 12 de diciembre.

<sup>44</sup> Cfr. SAP Secc. 17ª, Barcelona de 28 de marzo de 2006, 24174.

<sup>45</sup> El Tribunal Constitucional en sentencia 158/1997 de 2 de octubre ya dejó establecido que no se vulnera el derecho a la defensa si las posibilidades de alegación se relegan a la vía de un juicio declarativo ulterior. Cfr. auto núm. 75/2011 de 9 de mayo de la AP de Álava (Sección 1ª): *el artículo 564 se aplica a causas de oposición que no están tasadas en los preceptos anteriores, que regulan un proceso de naturaleza sumaria, que no produce efectos de cosa juzgada si atendemos a que el artículo 561.1 LEC se refiere a su resolución «a los solos efectos de la ejecución». En segundo lugar la norma exige que los hechos o actos sean «distintos» de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución. Tasadas las causas en los artículos 556 y sigs.*

<sup>46</sup> ALMAGRO NOSETE, J. *El Fraude procesal*, noviembre de 2012, La Ley Digital. En el ámbito del Derecho civil, no suelen ser frecuentes los supuestos de fraudes procesales, advertidos por el órgano judicial, a tiempo de conseguir su frustración, mediante la oportuna sentencia que lo desenmascara (son más frecuentes los casos que se denuncian y prueban, una vez que ya se dictó sentencia firme, casos que pueden combatirse por medio del recurso de revisión, con los efectos anulatorios oportunos).

<sup>47</sup> STC Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales, (Pleno) auto núm. 113/2011 de 19 de julio; STC 41/1981, de 18 de diciembre.

<sup>48</sup> Artículo 698 LEC: 1. *Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*

<sup>49</sup> Cfr. Díez PICAZO, I., Comentarios a la LEC, Civitas 2001, 974; Cf. En el mismo sentido XIOL RIOS, Comentarios a la LEC, Sepin. FLORS MATIAS, J. El proceso civil, Vol. VI, 4879, Tirant Loblanch, Valencia 2001, 4879.

<sup>50</sup> CERDAN MORENO, F., Comentarios a la LEC, Vol. II, 217.

<sup>51</sup> Cfr. LORCA NAVARRETE (dir.) Comentarios a la Nueva LEC, 2ª ed. 2006, 2773.

<sup>52</sup> *No se limita, pues, el Tribunal a excluir al ejecutado de su defensa con cualquier acción que no esté recogida en los artículos 556 y 557 de la LEC como causa de oposición a la ejecución, sino que incluye otras posibles causas de oposición que no están incluidas en los indicados preceptos. En la citada Sentencia del TS —entiende que, aunque no se encuentre dentro de las causas de oposición de los artículos 556 y 557 de la LEC— el ejecutado podía haber opuesto la oscuridad de la cláusula de vencimiento en el juicio ejecutivo anterior como demandado, mediante solicitud de nulidad radical del despacho de ejecución, porque no se trataba de un hecho posterior a la producción del título ejecutivo extrajudicial, sino de hechos y motivos basados en el propio título ejecutivo extrajudicial y en el modo en que se produce. Esto es, como la demanda se basaba en la interpretación de la cláusula de la*

póliza de préstamo que faculta a declarar anticipadamente el vencimiento y, consiguiente, resolución del contrato, esta pretensión para el juzgador encaja en la causa de oposición «procesal» del artículo 559.1.3º de la LEC: «nulidad del despacho de ejecución A ello se añade que «de una interpretación conjunta y sistemática de las normas aplicables en relación con las precedentes sentencias de esta Sala sobre la materia se desprende, primero, que las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, sí son oponibles en el proceso de ejecución; y segundo, que el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución».

<sup>53</sup> A ella se remite la sentencia núm. 462/2014, de 30 de septiembre, que resuelve: 1ª) Lo que la parte demandante-recurrente presenta como un problema de interpretación del contrato de crédito, ajeno a las causas de oposición que habrían podido hacerse valer en el proceso de ejecución, es en realidad un problema de vencimiento de la obligación y, por tanto, de si esta era o no exigible. 2ª) En consecuencia, del mismo modo que el juez tenía que examinar de oficio si la cláusula de vencimiento anticipado justificaba que un solo impago parcial de intereses (y no más de uno como se alegaba en la demanda del proceso declarativo y se alega en el recurso de casación) podía ser determinante de la resolución del contrato y del carácter exigible de la inmediata y total devolución del préstamo (conformidad de los actos de ejecución «con la naturaleza y contenido del título», art. 551.1 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), así también la parte ejecutada habría podido oponer la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1-3º Ley Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable al caso por razones temporales). SSTS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7927) (recurso 2784/1993), 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2570) (recurso 2423/97), 10 de diciembre de 2003 (recurso 597/1998) y 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1922) (recurso 2691/1999): Como otras muchas acerca del artículo 1479 de la LEC de 1881 («Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión»), consideran que las sentencias de los juicios ejecutivos sí excluían el declarativo posterior sobre cuestiones opuestas o que hubieran podido oponerse en aquellos.

<sup>54</sup> Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este.

<sup>55</sup> MUERZA ESPARZA, J., Comentario al artículo 136 de la LECiv Preclusión. Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I). Editorial Aranzadi, SAU, marzo de 2011.

<sup>56</sup> Artículo 698 LEC: 1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

<sup>57</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. El Proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios y Comentarios Legislativos. Editorial Civitas.

<sup>58</sup> Se trataba de una póliza de contrato mercantil dictada y viene a decir que no se permite al ejecutado acudir al declarativo cuando no se ha opuesto a la ejecución por no oponer los demandantes del declarativo la oscuridad de la cláusula de vencimiento en el juicio ejecutivo anterior como demandados. La sentencia recoge otras muchas: SSTS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7927) (recurso 2784/1993), 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2570) (recurso

2423/97), 10 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8652) (recurso 597/1998) y 5 de abril de 2006 (*RJ* 2006, 1922) (recurso 2691/1999):

<sup>59</sup> La citada doctrina del TS se aplica en la sentencia núm. 719/2014 de 12 de diciembre, aunque se trate de un supuesto en que se deniega que el ejecutado pueda acudir al procedimiento declarativo del 564 LEC. Pero precisamente no se permite en ella la alegación en el procedimiento plenario posterior porque el ejecutado pudo, en este caso, invocar las excepciones que permite el procedimiento de ejecución anterior al declarativo y no lo hizo. En este caso se trataba de la falta de una advertencia notarial entendiendo el TS que no concurrían las circunstancias para aplicar el artículo 564 LEC, pues la advertencia notarial y sus consecuencias sobre la eficacia del título de ejecución podían ser analizados y fueron abordados en toda su amplitud o extensión en el previo juicio ejecutivo como causas de oposición. Como vemos se trata de un requisito procesal o de forma que corresponde al juzgado de la ejecución conocer *ad limine litis* según disponen los artículos 551 y 552 de la LEC, pero que también puede alegar el ejecutado. SSTS de 4 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7927) (recurso 2784/1993), 11 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2570) (recurso 2423/97), 10 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8652) (recurso 597/1998) y 5 de abril de 2006 (*RJ* 2006, 1922) (recurso 2691/1999): Como otras muchas acerca del artículo 1479 de la LEC de 1881 (LEG 1881, 1) («Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión»), consideran que las sentencias de los juicios ejecutivos sí excluían el declarativo posterior sobre cuestiones opuestas o que hubieran podido oponerse en aquellos.

<sup>60</sup> Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la Sección 18 de la AP de Madrid de 24 de marzo de dos mil seis declara: «en el actual estado de la legislación procesal resulta claro que aquello que puede ser opuesto en el ámbito del proceso de ejecución no puede luego ser hecho valer en un proceso declarativo posterior, según se desprende del artículo 564 LEC. En definitiva, el proceso ejecutivo se comporta como si fuese un proceso declarativo respecto de la posibilidad de entablar otro *a posteriori* de manera que los que pudo oponerse en el primero no puede esgrimirse después en el segundo».

<sup>61</sup> La AP de Álava (Sección 1ª) auto núm. 75/2011 de 9 mayo: el artículo 564 se aplica a causas de oposición que no están tasadas en los preceptos anteriores, que regulan un proceso de naturaleza sumaria, que no produce efectos de cosa juzgada si atendemos a que el artículo 561.1 LEC se refiere a su resolución «a los solos efectos de la ejecución». En segundo lugar la norma exige que los hechos o actos sean «distintos» de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución. Igualmente la AP de Valencia (Sección 9ª) sentencia núm. 80/2008 de 27 de febrero sobre el artículo 564 LEC, declara: En definitiva, el proceso ejecutivo se comporta como si fuese un proceso declarativo respecto de la posibilidad de entablar otro *a posteriori* de manera que los que pudo oponerse en el primero no puede esgrimirse después en el segundo. La AP de Murcia (Sección 5ª) sentencia núm. 188/2013 de 14 de mayo refiere: En suma, el título extrajudicial recoge la aparente certeza de una deuda que puede ser rebatida con amplitud en posterior juicio declarativo por causas que no pudieron oponerse en el de ejecución. La AP de Asturias (Sección 7ª) sentencia núm. 568/2005 de 12 de diciembre, declara: El artículo 400, apartado 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este». Referente al artículo 564. Es obvio que dicho precepto resulta de imposible aplicación al caso que nos ocupa, pues, los hechos que se aducen en apoyo de la pretensión del demandante, en el presente procedimiento, ya pudieron ser alegados.

<sup>62</sup> Confr. sentencia Sala de lo Civil, Sección 1ª, en el Caso Europortal Jumpy España S.A. sentencia núm. 189/2011 de 30 de marzo. *RJ* 2011, 3134: *Como se ha dicho, el artículo 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra (a) por la realidad de dos demandas —sentencia 452/2010, de*

7 de octubre—; (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos —«diferentes hechos»—, como normativos —«distintos fundamentos o títulos jurídicos»—; (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior —resulten conocidos o puedan invocarse—; y (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas.

Para examinar si lo que en dichos escritos se pide es lo mismo —que es lo que ha negado la AP para rechazar la aplicación al caso del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— resulta conveniente no aislarlo de la que sea su causa. Pero esa conveniencia no significa que, solo por ser esta distinta en las dos demandas, lo sea también lo pedido en cada una de ellas. Entenderlo así significaría dejar sin aplicación una norma que, como se expuso, vincula el efecto preclusivo, precisamente, a la reserva de causas de pedir distintas, en los planos fáctico o normativo, de las aducidas para justificar la pretensión. Lo que pretendieron en la primera demanda don Adolfo y doña Marta fue la condena de Gestevisión Telecinco, SA a la indemnización de los daños que les había causado con la intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, con las conductas que describe el artículo 7 de la misma Ley. La pretensión deducida en la posterior demanda —la rectora del proceso del que dimanaban los recursos a decidir— tiene también por objeto la condena de Gestevisión Telecinco, SA a la indemnización de los daños producidos a los demandantes, si bien a causa de haber desconocido la demandada sus derechos a ser informados previamente a la captación de sus datos personales y a consentir el tratamiento y comunicación de los mismos —artículos 5, 6 y 11 de la Ley 15/1999—. Como puso de manifiesto la AP dicha pretensión se basa en unos títulos o fundamentos jurídicos distintos de aquellos en que lo había hecho la primera demanda. Es evidente que, cuanto menos, el elemento normativo de cada una de las dos causas de pedir es diferente del de la otra. Sin embargo, lo que se pide en ambas demandas —una indemnización de daños y perjuicios de igual naturaleza— es lo mismo, aunque no desde una visión ontológica —ya que la suma reclamada por la intromisión ilegítima en el ámbito de protección reconocido en el artículo 2 de la Ley 1/1982 no coincide con la que lo ha sido por la infracción de la Ley 15/1999—, pero sí conforme a una visión jurídica adecuada a la función que está llamada a cumplir la preclusión, dada la homogeneidad de las pretensiones y la coincidencia de sus finalidades prácticas. Siendo ello así, no estaba justificado que los demandantes reservaran, para alegarlos en un segundo proceso, los fundamentos fácticos y jurídicos.

a) El Tribunal Supremo en la Jurisprudencia posterior al artículo 400 LEC ha sido especialmente inexorable con la PRECLUSIÓN en los procedimientos. Y así es de apuntar la STS núm. 164/2011 de 21 de marzo trasladable al supuesto que nos ocupa, sobre reclamación por daños materiales con la parada de las cubas de electrólisis; se pretendía actualizar una indemnización o deuda de valor: En ella se establece que no cabe estimar como válida la segregación de procesos que pretende la actora, para haber solicitado en el pleito anterior, la liquidación de daños y perjuicios que creyó oportuna, y dejar, para el pleito presente, la «actualización» de la cantidad obtenida en el primer proceso, por lo que «por su propia naturaleza» debió haber sido solicitada en el primer proceso, «como cuestión plenamente atinente precisamente al cálculo exacto del daño y perjuicio efectivamente sufrido, y por ende indemnizable». No es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS de 30 de julio de 1996 [RJ 1996, 6413], 3 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3191] y 27 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8487]), y, B) ADEMÁS, SEGÚN ESTA MISMA SENTENCIA, ALCANZA A CUESTIONES QUE SE HAN DEDUCIDO DE MANERA IMPLÍCITA EN LA DEMANDA: «La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el



tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS de 28 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1610] y 30 de julio de 1996), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al artículo 400 de la nueva LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). El artículo 400.2 se extienden no solo a los hechos jurídicos y fundamentos aducidos, sino a los que hubieran podido alegarse en el primer proceso o el proceso anterior.

<sup>63</sup> *La preclusión que regula el artículo 564 LEC coincide con el concepto general de preclusión regulado en el artículo 400 de la LEC aunque la ubicación del artículo 564 se encuentre en la LEC dentro del LIBRO III referente a la ejecución, y la preclusión como excepción general en el artículo 400 venga regulada en el LIBRO II referido a los procedimientos declarativos.*

*c) Incluso los efectos de la preclusión que regula el artículo 564 LEC deben ser menores que los establecidos en el artículo 400 LEC, por tratarse de un precepto que vendría a reparar específicamente la indefensión sufrida por el ejecutado en los procedimientos de ejecución que no permite oponer nada más que las excepciones de los artículos 556 y 557 de la LEC.*

*d) Substancialmente, por las características de unos y otros procedimientos, en cuanto a su capacidad de contenido de lo que puede conocerse, no tendría sentido que la interpretación de la preclusión del artículo 564 de la LEC fuera diferente y más estricta que la preclusión regulada en el artículo 400 de la LEC.*

<sup>64</sup> DOMINGO MONFORTE, J., Preclusión por inacción procesal. Extensión de la cosa juzgada. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 749/2008 Editorial Aranzadi, SAU, 2008.

<sup>65</sup> El sentido de la interpretación de la preclusión basada en el ámbito objetivo de la cosa juzgada y de la misma pretensión se recoge en la STS 944/2011 de 16 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 185/2013 de 7 de marzo, **CONSISTENTE EN QUE NO SE PUEDEN REITERAR LAS RECLAMACIONES DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**. *El motivo se funda, en síntesis, en que (a) la demandante interpuso con anterioridad a la presentación de la demanda que dio origen al presente procedimiento otra contra la cadena de televisión Gestevisión Telecinco, S.A., la productora Atlas España y D. Eladio (del que luego desiste) por considerar vulnerado su derecho al honor e intimidad por las declaraciones que se hicieron sobre ella en el programa "Aquí hay tomate" los días 16 y 19 de marzo de 2007, que fue tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid con el número de autos 578/2007 y que daría lugar a la sentencia ya firme de 7 de enero de 2009; posteriormente la demandante presentó otra demanda contra el Sr. Benedicto para la protección de su derecho al honor e intimidad en relación con sus intervenciones en el mismo programa de televisión los días antes señalados; (b) el contenido, los hechos alegados y la causa petendi de ambas demandas es idéntico y si bien los demandados son distintos se hallan ligados por vínculos de solidaridad, según lo dispuesto en el artículo 65.2 Ley de Prensa e Imprenta (RCL 1966, 519); (c) debió estimarse en la instancia la excepción de litispendencia o cosa juzgada alegada en la contestación de la demanda dada la interdependencia de ambos procesos; (d) la reserva de acción realizada por la demandante, en el acto del juicio celebrado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34, respecto de los comentarios efectuados por el Sr. Benedicto en el mismo programa de televisión choca con lo dispuesto en los artículos 414, 428, 72 y 400.2 LEC; (e) en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 no se tuvo en cuenta esta reserva de acción dado que en su fundamentación se recogen algunas de las manifestaciones del Sr. Benedicto para estimar la vulneración del derecho al honor de la demandante, lo que demuestra que se enjuició el contenido íntegro de los programas aportados en CD con la demanda incluyendo los comentarios del Sr. Benedicto, por lo que concluye que los hechos objeto de esta segunda demanda ya han sido valorados judicialmente y han dado lugar junto con otros a una condena ya firme, por lo que estaríamos frente a la excepción de cosa juzgada con efectos preclusivos. El motivo debe ser estimado. En el caso que nos ocupa la demandante perjudicada se dirigió en un primer procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1144 del Código civil*

*(LEG 1889, 27), contra varios de los deudores solidarios y obtuvo una condena al pago de una indemnización de 24.000 euros tras apreciarse la existencia de una lesión en sus derechos fundamentales al honor e intimidad, sin que pueda en un segundo procedimiento dirigirse contra otro de los sujetos causantes de la lesión y pretender así el cobro de una nueva indemnización, en este caso 9.000 euros. Solo podría en este segundo pleito pedir que se declarase al demandado responsable solidario respecto de la condena ya dictada, pues en otro caso se multiplicaría indebidamente la indemnización por los mismos hechos. En consecuencia, debe aplicarse la doctrina de la Sala resumida al principio de este Fundamento, y entender que la ahora recurrida no podía entablar un nuevo procedimiento y dirigir su reclamación contra el recurrente por los mismos hechos para así obtener nueva reparación.*

*(Trabajo recibido el 26-9-2018 y aceptado  
para su publicación el 21-11-2018)*



# La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario

## *Control of material transparency in the Draft Law (and in the Law to be adopted?) regulating real estate credit agreements*

por

M.<sup>a</sup> NATALIA MATO PACÍN

*Profesora Ayudante. Doctora en Derecho*

*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid*

*RESUMEN:* El control de transparencia material al que están sujetas las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato, hasta ahora de desarrollo eminentemente jurisprudencial, se positiviza en el actual Proyecto de Ley reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario. El cambio de contexto político en mitad de la tramitación de la norma hace que la revisión de las enmiendas planteadas al texto cobre un especial interés. Por ello, tras una exposición de los aspectos esenciales del régimen del control de transparencia material y de su aplicación por los tribunales en referencia a las cláusulas suelo, préstamos con cláusula en divisa extranjera y cláusulas índice IPRH, en el trabajo se examinan y valoran las propuestas de modificación planteadas por los Grupos Parlamentarios en esta materia.

*ABSTRACT: The control of material transparency linked to the clauses referring to the main object of the contract —developed by the jurisprudence so far— is regulated by the Draft Law on real estate credit agreements. The change of the political context while being negotiated makes the analysis of the amendments proposed to this text highly interesting. Therefore, after explaining the basic rules on the control of material transparency and its use by the courts, the main amendments to the mentioned Draft Law will be examined and evaluated.*

**PALABRAS CLAVE:** Control de transparencia material. Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario. Cláusulas suelo. Préstamos en divisa extranjera. IRPH. Consumidores.

*KEY WORDS: Control of material transparency. Draft Law on real estate credit agreements. Floor clauses. Loans on foreign currency. IRPH. Consumers.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN E INTERÉS DEL TEMA.—II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DELIMITADO POR LA JURISPRUDENCIA: 1. ASPECTOS ESENCIALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. 2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL POR LOS TRIBUNALES: A) Cláusulas suelo. B) Préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera. C) Cláusula índice IRPH.—III. LA TRANSPARENCIA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SUS POSIBLES MODIFICACIONES.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN E INTERÉS DEL TEMA

Dentro de todos los múltiples debates jurídicos que, en el marco del derecho de consumo y el contrato de préstamo hipotecario, se han producido en nuestro país en los últimos años, este trabajo se centra en uno de los que ha tenido más presencia en los tribunales. Asimismo, se trata de un ámbito en el que la doctrina jurisprudencial ha desempeñado un papel principal y lo ha hecho tanto la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como la de nuestro Tribunal Supremo. Nos referimos, concretamente, a la exigencia de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, esto es, al conocido como control de transparencia material. En este sentido, posiblemente resultaría complicado encontrar en nuestro país a alguien que no

haya oído hablar en los últimos años acerca de las cláusulas suelo. No tuvieron una presencia tan extendida entre los consumidores en su momento pero también han estado de actualidad las que se han denominado como «hipotecas multidivisa» y, por último, en el mismo sentido se han planteado problemas con préstamos hipotecarios referenciados al índice IRPH.

En una primera parte del trabajo, tras exponer de manera sucinta qué tienen en común este tipo de cláusulas y el porqué de su tratamiento conjunto, pasaremos a analizar brevemente qué problemas han provocado y cuál ha sido su solución jurídica. Esta exposición previa será necesaria para abordar, en una segunda parte del trabajo, el estudio de las novedades o iniciativas legislativas en marcha. Textos que suponen, en cierta medida y como veremos, una positivización de las cuestiones desarrolladas hasta ahora principalmente por los tribunales en este ámbito: la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 (en adelante, Directiva 2014) y, en especial, el —en la actualidad— Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aprobado el 17 de noviembre de 2017 (en adelante, PLCCI)<sup>1</sup>. Las circunstancias actuales que han vuelto interesante un análisis más pormenorizado de este último texto residen en el reciente cambio de Gobierno y de pactos en el Congreso de los Diputados estando en vías de tramitación el mismo. Esto puede dar lugar a que, como consecuencia de los debates y votaciones correspondientes, se produzca un cambio de la redacción final de la Ley respecto de la del texto actual del Proyecto. De ahí que cobre relevancia revisar cuáles han sido las enmiendas propuestas, en su caso, por los distintos Grupos Parlamentarios y analizar en qué consisten las medidas o modificaciones al texto del PLCCI que se plantean.

## II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DELIMITADO POR LA JURISPRUDENCIA

### 1. ASPECTOS ESENCIALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

La justificación para el tratamiento conjunto de las cláusulas citadas en el epígrafe introductorio debe comenzar con una, siquiera breve, delimitación de las mismas. Especialmente breve, para empezar, en lo que concierne a la cláusula suelo que, como bien es sabido, se trata de una cláusula que limita los efectos de las posibles oscilaciones del interés nominativo variable a pagar por el consumidor (por ejemplo, EURIBOR + 1.25) estableciendo un tope mínimo que impide que las potenciales bajadas se trasladen al consumidor prestatario, que siempre va a pagar dicho mínimo (por ejemplo, 2.5%). Por su parte, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de «hipotecas multidivisa» o, mejor dicho, préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera? *Grosso modo* —pues después nos detendremos en analizar un poco más al detalle su funcionamiento

concreto—, se trata de préstamos hipotecarios que se conceden en una moneda extranjera y que tienen que reembolsarse también por parte del prestatario en esa moneda (o, en el caso de que sea un préstamo hipotecario con cláusula multdivisa, en otra divisa dentro de un elenco entre las que se puede cambiar a lo largo de la vida del contrato)<sup>2</sup>. Por último, el índice IRPH es un índice de referencia más, como puede ser el EURIBOR, que se ha utilizado en algunos préstamos hipotecarios en nuestro país<sup>3</sup>. En concreto, se trata de un índice oficial publicado por Banco de España y que se podría definir como la media simple de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras en préstamos a más de tres años para la adquisición de vivienda libre<sup>4</sup>.

El sentido de tratar de forma conjunta estas tres cláusulas en relación con la protección al consumidor en contratos no negociados no es su naturaleza de cláusulas no accesorias del contrato, sino de cláusulas que representan elementos esenciales del mismo, que forman parte del objeto principal del contrato. En este caso concreto, que forman parte del precio que el consumidor paga por el servicio que recibe como contraprestación<sup>5</sup>. Y este hecho, su naturaleza jurídica dentro del contrato, es relevante porque determina el control al que están sujetas como condiciones generales de la contratación, esto es, como cláusulas no negociadas.

Como sabemos, las cláusulas accesorias están sujetas a un primer control de incorporación —meramente formal— y, si lo superan, a un control de contenido: serán declaradas nulas por abusivas si, habiendo sido impuestas por el predisponente, suponen en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes (art. 82 TRLGDCU). Sin embargo, este régimen de control de desequilibrio o abusividad no se aplica a cláusulas como las que nos ocupan, que se refieren a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios proporcionados como contrapartida. El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE es la única referencia normativa a este tipo de cláusulas y las excluye del control de abusividad, «siempre que [...] se redacten de manera clara y comprensible». Aunque el legislador español no ha transpuesto este artículo a nuestra normativa interna, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y por una interpretación conforme a la Directiva europea, el artículo 4.2 de la misma debe entenderse vigente también en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, a pesar del silencio legislativo, no cabe el control del equilibrio de las cláusulas que describan y definan el objeto principal del contrato<sup>6</sup>. Es decir, no cabe un control judicial de precios<sup>7</sup>.

A fin de conocer la razón para esta exclusión y poder enjuiciar mejor los mecanismos de tutela existentes y los propuestos al respecto, resulta de interés atender al comportamiento del consumidor desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. En este sentido se ha dicho que aquel no basa su decisión de contratar o no contratar en

las cláusulas accesorias (por ejemplo, una cláusula penal muy elevada, una limitación de responsabilidad por parte del profesional, una cláusula de sumisión expresa que le obligue, en su caso, a demandar al predisponente ante unos tribunales lejanos). El consumidor no presta atención a estas cláusulas porque el coste de leer todo el clausulado es mayor que los potenciales beneficios de hacerlo<sup>8</sup>.

En lo que sí se fija el consumidor y tiene en cuenta para tomar su decisión de contratar o no contratar es en los elementos esenciales, el precio y la contraprestación. De ahí que, respecto de estos, el ordenamiento jurídico solo tiene que garantizar que el consumidor tiene un pleno conocimiento. Pero, una vez garantizado esto, es irrelevante su contenido, esto es, es irrelevante si el precio es desequilibrado respecto del «valor» del bien o servicio: el consumidor ha dado su consentimiento y no es necesaria una mayor protección porque aquí entra en juego el mercado y la competencia<sup>9</sup>.

¿Cuál es, entonces, el control al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato? Se trata, el denominado de transparencia material, de un control que se ha ido construyendo de forma mayoritariamente jurisprudencial. Dado que lo importante es que el consumidor sea plenamente conocedor de los elementos esenciales del contrato, respecto de ellos no será suficiente con que se cumplan los requisitos formales del control de incorporación —constancia en el pliego de condiciones generales que se le ha de entregar al consumidor con una redacción relativamente comprensible o transparente—. Es necesario algo más. Como estas cláusulas influyen de forma directa en la decisión de contratar o no contratar por parte del consumidor, es necesario que este tenga, en palabras del Tribunal Supremo, «un conocimiento real y razonablemente completo de qué papel juegan en el contrato» y lo que implican en la práctica, es decir, de cuál es la carga jurídica y económica de las cláusulas<sup>10</sup>.

Si las cláusulas que definen el objeto principal del contrato superan el control de transparencia material así configurado, su contenido no podrá ser objeto de valoración pues el equilibrio o desequilibrio que represente será irrelevante al haber sido consentido por el consumidor con pleno conocimiento. Sin embargo, si el predisponente —en nuestro caso, la entidad prestamista— no ha informado de manera suficiente al consumidor como para entender que este ha comprendido lo que realmente implican las cláusulas en su contrato, podrían ser declaradas abusivas<sup>11</sup>. La abusividad aquí, no obstante, insistimos, no resulta de un precio desproporcionado respecto del valor del bien o servicio. La abusividad aquí viene dada porque la falta de transparencia ha producido una alteración de lo que el consumidor pensaba legítimamente que estaba contratando, a la vista de la información que había recibido<sup>12</sup>.



Pues bien, a la vista de esta breve exposición acerca de la configuración del control de transparencia material, cabe preguntarse cómo se ha aplicado el mismo a las cláusulas con las que abríamos el trabajo. Es decir, cuál ha sido, en su caso, el problema de transparencia que se ha planteado en torno a las cláusulas suelo, cláusulas en divisa extranjera y cláusulas índice IRPH, que ha llevado a que —al menos, algunas de ellas— hayan sido declaradas abusivas por no transparentes en multitud de sentencias.

## 2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL POR LOS TRIBUNALES

### A) *Cláusulas suelo*

En el caso de las cláusulas suelo, como bien es sabido, el argumento detrás de su nulidad por falta de transparencia reside en el hecho de que las entidades financieras las incluyeran «a hurtadillas», sin ponerlas en relación evidente con la fórmula del tipo de interés nominal variable a la que afectaban y sin explicar al consumidor que, a través de esta cláusula, lo que en principio era un préstamo a interés variable, se podía acabar convirtiendo en un préstamo a interés fijo, porque como mínimo iba a pagar siempre lo establecido como suelo si descendía el índice de referencia —algo que era relativamente previsible para el predisponente que pasara—.

De los criterios tenidos en cuenta por la abundante jurisprudencia para valorar el cumplimiento del control de transparencia material podemos señalar los siguientes, detallados por el Tribunal Supremo: que estas cláusulas se resalten de una forma especial y proporcional a la importancia que revisten (por ser un elemento definitorio del objeto principal del contrato) y que no se enmascaren entre una abrumadora cantidad de datos; que no se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; que se incorporen simulaciones de los distintos escenarios que pueden darse con las variaciones de los tipos de interés (en función del comportamiento previsible en el momento de contratar) y que expliquen qué supondría en ellos la inclusión de esa cláusula suelo<sup>13</sup>. El Tribunal Supremo, no obstante, ha aclarado que no se trata de cumplir con una lista concreta y cerrada de parámetros sino que de lo que se trata es de que, a la vista de las circunstancias concretas del caso, se ponga de relieve que se ha conseguido transmitir al consumidor las implicaciones de la cláusula, es decir, se ha conseguido tener «el resultado: un consumidor perfectamente informado» (por todas, ATS de 3 de junio de 2013 y STS de 9 de marzo de 2017)<sup>14</sup>.

En todo caso, por ser un supuesto más sencillo y respecto del que se ha escrito ampliamente<sup>15</sup>, nos remitimos, en general, a las consideraciones más concretas que hagamos a continuación acerca de la aplicación práctica del control

de transparencia material a los préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera, en cuyo análisis nos detendremos más detalladamente.

*B) Préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera*

Para comprender el problema planteado y la solución jurídica dada por los tribunales nos parece necesario, con carácter previo, hacer una breve referencia al funcionamiento de este tipo de préstamos.

Ciertamente, la naturaleza jurídica de los préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera no ha sido una cuestión pacífica, pasando de ser considerados en un primer momento instrumentos financieros derivados complejos a, después, simples contratos de préstamo con la particularidad de la referencia a una divisa extranjera<sup>16</sup>. Dicho esto, a pesar de no ser clasificado en la actualidad como un producto financiero complejo derivado a los efectos de las obligaciones de la Ley del Mercado de Valores, no se puede negar que estamos ante un contrato que tiene sus riesgos y complejidades añadidas a las de un préstamo en euros y referenciado al EURIBOR. Así, al riesgo normal de la fluctuación del tipo de interés de referencia cuando existe un tipo de interés variable, hay que sumar el riesgo de fluctuación del propio tipo de cambio, que puede tener consecuencias bastante perjudiciales para el prestatario y que, de hecho, las tuvo cuando el euro comenzó a depreciarse a partir de 2010. El problema que se generó entonces fue que, no solo aumentó significativamente la cuota mensual —en su conversión a euros—, sino que también lo hizo la cantidad pendiente de amortizar —de nuevo, convertida a euros—, pues el recálculo de cantidades según la fluctuación del tipo de cambio se aplica a todo y también, por tanto, a la deuda pendiente del prestatario<sup>17</sup>.

Para ilustrar los importantes efectos de una fluctuación del tipo de cambio en un préstamo en divisa extranjera podemos tomar los datos del supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017. Un consumidor concierta un préstamo hipotecario en yenes japoneses en 2008, siendo en ese momento inicial el contravalor en euros de la cantidad debida por el prestatario 260.755 euros. En 2012, después de pagar cuatro años de cuotas y debido a una apreciación del yen japonés respecto del euro, la cantidad debida pendiente de amortizar por ese consumidor —en euros— había ascendido a 404.323 euros, es decir, como apunta el Tribunal Supremo, un 55% de incremento sobre la cuantía inicial. El aumento en euros de la cuota periódica a pagar podía ser algo previsible por un consumidor medio pero no parece que lo fuera esta segunda consecuencia pues, como señala el órgano jurisdiccional, la

percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que, a medida que se van abonando cuotas de amortización, el importe de la carga económica que supone el préstamo para el consumidor irá, en todo caso, disminuyendo. No en vano, como ha señalado algún tribunal, el permanente recálculo del capital inicial (en su conversión a euros, se entiende) «es la verdadera espada de Damocles del consumidor en este tipo de contratos» (SAP de Salamanca de 18 de enero de 2018).

En este contexto, consumidores afectados comienzan a interponer demandas solicitando la anulación de las cláusulas que establecen la devolución de los préstamos en divisa extranjera, pretensión de nulidad parcial que se ha canalizado a través de diversas vías. Por una parte, el artículo 6.3 Código civil por la vulneración de normas imperativas, a saber, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y las obligaciones derivadas de la Ley del Mercado de Valores anteriormente citada<sup>18</sup>. Por otra parte, y principalmente, alegando la existencia de error vicio del consentimiento y/o la nulidad por abusividad (derivada de una falta de transparencia)<sup>19</sup>. Los argumentos en los que esencialmente se apoyan son la insuficiente información y advertencia acerca del riesgo de fluctuación de la divisa extranjera respecto de la nacional, el énfasis en los beneficios del producto pero no tanto en los riesgos potenciales y en una ausencia de la redacción de las cláusulas de forma clara y comprensible que permitiera al consumidor apreciar el alcance de las obligaciones que asumía.

El TJUE, conociendo de varias cuestiones prejudiciales<sup>20</sup>, fue el primer encargado de delimitar cuál es el alcance y configuración de la obligación de claridad y transparencia respecto de este tipo de cláusulas en divisa extranjera, es decir, cuál es la información debida al consumidor para entender superado el control de transparencia material en este supuesto. Lo hizo en la sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*)<sup>21</sup> siendo acogida su doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo apenas dos meses después, en la sentencia de 15 de noviembre del mismo año. El TJUE interpreta que el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE implica, en el ámbito de los contratos de préstamo con cláusula en divisa extranjera, que las entidades prestamistas deben facilitar previamente a los consumidores la información suficiente para que estos estén en condiciones de «tomar decisiones fundadas y prudentes». Esto conlleva la necesidad de que el prestatario comprenda no solo que existe la posibilidad de que la divisa extranjera fluctúe, sino también el riesgo al que se expone si vienen *mal dadas*, es decir, en caso de apreciación de la divisa extranjera, y cuáles son las consecuencias económicas —«potencialmente significativas», resalta el TJUE— que asume en este sentido.

Esta protección al consumidor, que en este caso se canaliza como una obligación de información, debe ser entendida además de manera extensiva. Así se

deduce del razonamiento del TJUE cuando afirma que debe exponerse de manera transparente no solo el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula —el impacto de la fluctuación en las cuotas y capital pendiente de amortizar— sino también, en su caso, «la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas». Nos parece que es de resaltar esto último en la medida en que muchos préstamos hipotecarios con cláusulas en divisa extranjera contienen otras cláusulas vinculadas y que también se podrían calificar como problemáticas en cuanto a sus consecuencias para el consumidor. Una de ellas, sobre la que también se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, es la que atribuye al banco facultades de resolución anticipada del contrato por fluctuaciones significativas de los tipos de cambio que le perjudiquen. El funcionamiento interrelacionado de estas cláusulas —cuyos potenciales riesgos no se habían transmitido en el caso concreto al consumidor y eran, además, altamente imprevisibles para él— agrava todavía más su posición de debilidad pues puede verse ante la pérdida del beneficio del plazo y ante la obligación de devolver la totalidad del préstamo recibido sin haber mediado un incumplimiento importante por su parte<sup>22</sup>.

Por último, preguntado acerca del momento que debe tomarse como referencia para valorar si existe o no abusividad —es decir, si existe un desequilibrio importante entre lo que pensaba el consumidor legítimamente que estaba contratando a la vista de la información recibida y lo que realmente estaba contratando—, el TJUE fija como tal el momento de celebración del contrato. A tal efecto, en el caso de préstamos en divisa extranjera, hay que estar a la evolución y variaciones de los tipos de cambio previsibles en ese momento por parte del prestamista, a la luz de su experiencia y conocimientos. No hay que tener en cuenta, en su caso, las variaciones significativas del tipo de cambio que se produzcan a lo largo de la ejecución del contrato, salvo en lo que pudieran haber sido conocidas por la entidad prestamista en el momento de contratar.

Cosa distinta es, se ha apuntado, que un efectivo uso por parte del consumidor de algunas cláusulas requiera de un comportamiento activo del prestamista a lo largo de la vida del negocio jurídico. Véase, por ejemplo, otro tipo de cláusula también habitual en este tipo de contratos como es aquella que permite al prestatario solicitar el cambio de una divisa a otra, bajo determinados requisitos. Para que un consumidor medio pueda ejercitar efectivamente su facultad de cambio si la evolución de la divisa a la que está referenciado el préstamo en un momento dado le es perjudicial, debe tener, como indica el Tribunal Supremo, información suficiente acerca de estas evoluciones en forma de advertencias regulares sobre la variación de los tipos de cambio y sobre la existencia de esta facultad de modificación. Pero este comportamiento será relevante a efectos del incumplimiento de obligaciones contractuales derivadas de la buena fe, no en el ámbito de determinar si ha habido falta de transparencia o no. En todo caso,

nos remitimos a la segunda parte del trabajo, donde retomaremos esta cuestión al hilo del análisis de las enmiendas al Proyecto de Ley.

Volviendo a la abusividad, hay que estar, por tanto, a la mayor o menor diferencia entre lo que el consumidor pensaba legítimamente que estaba contratando a la luz de la información recibida y lo que realmente estaba contratando<sup>23</sup>. Es decir, existirá desequilibrio si el consumidor, teniendo la misma información que el prestamista puede tener sobre las previsiones en el momento de la contratación (haber sido tratado de manera «leal y equitativa», dice el TJUE), no hubiera aceptado la cláusula en cuestión. Como se advertía en la exposición inicial general sobre el sentido y objetivo del control de transparencia material, la abusividad aquí se aprecia en que la falta de una información suficiente impide al consumidor prestatario tener una noción real del precio que paga por el préstamo (al menos, en la medida en que este pueda ser previsto en el momento de celebración del mismo) y, por lo tanto, comparar con otros productos.

Como indicábamos, el Tribunal Supremo aplica en su sentencia de 15 de noviembre de 2017<sup>24</sup> esta doctrina del TJUE y así lo hacen, a su vez, las sentencias de instancias inferiores dictadas a partir de esa fecha. ¿Qué elementos tienen en cuenta estas resoluciones en la práctica para valorar si se había contratado con la transparencia debida?

a) Respeto de la información debida

El primer y más importante aspecto en el que se detienen las resoluciones es la información previa que han proporcionado las entidades prestamistas al consumidor, explicando las características del contrato y sus consecuencias. El nivel de información exigido para los contratos de préstamo en divisa extranjera debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria. Así lo señalan explícitamente algunas sentencias<sup>25</sup> y parece lo coherente con los riesgos y complejidades especiales que vimos que comporta este tipo de préstamos, aun no teniendo la naturaleza jurídica de producto financiero derivado sujeto a la Ley del Mercado de Valores.

En todo caso, la carga de la prueba de haber cumplido con este deber de transparencia en la información la tiene el prestamista. A estos efectos, se valora en los razonamientos jurídicos de las sentencias circunstancias como, por ejemplo, la claridad de la publicidad o, principalmente, la existencia de documentación entregada que pudiera acreditar una información suficiente: si se ha facilitado un folleto informativo y/o la oferta vinculante, si se han incluido simulaciones de las consecuencias económicas de los distintos escenarios de fluctuación del tipo de cambio<sup>26</sup> o si se ha analizado la evolución pasada de

la cotización de las diferentes divisas<sup>27</sup>. También se tiene en cuenta el hecho de que las partes hubieran intercambiado emails de los que se deduzca la familiaridad del consumidor con los riesgos derivados de las fluctuaciones<sup>28</sup>. Asimismo, se menciona en varias resoluciones el hecho de que el consumidor tuviera a su disposición el acceso a la página web de la entidad donde consultar las variables que afectaban a su préstamo y las cuotas mensuales a abonar. Pero se hace para rechazar que este argumento fuera significativo porque la información accesible era limitada y no incluía el capital del préstamo pendiente de amortizar en euros (lo que sí hubiera dado una idea clara al consumidor de la repercusión que estaba teniendo la divisa en sus obligaciones contractuales)<sup>29</sup>. A esto hay que sumar, pensamos, que el problema de la falta de información suficiente se ha producido ya antes del momento de formalización del contrato y ahí —y no en un momento posterior— reside el fundamento de la nulidad que nos ocupa. En la misma línea, el haber atendido durante años el pago de las cuotas mensuales que se han ido devengando no se ha considerado relevante a estos efectos [ni cabe entenderlo «*como una especie de convalidación o confirmación del contrato*», al margen de que la nulidad de pleno derecho no es, además, susceptible de convalidación, según la SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 22 de enero de 2018]<sup>30</sup>.

Vinculado a la necesidad de una información cualificada se ha resaltado en algún razonamiento la falta de formación del empleado de la entidad bancaria, por ser un hecho que convertía en dudosa la capacidad para trasladar y explicar al consumidor las características e implicaciones del contrato [SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 8 de febrero de 2018].

También se alude en algunas resoluciones al hecho de que la iniciativa de la contratación del producto fuera del consumidor o bien una recomendación por parte de la entidad prestamista. Parece que no necesariamente es relevante el dato de quién ha tomado la iniciativa porque, a pesar de que no haya sido un producto recomendado por el personal de la entidad sino solicitado por el propio consumidor, si no tiene un perfil que presuponga que tiene conocimientos suficientes y no se le ha dado la información previa necesaria, igualmente se tiende a concluir la no transparencia de la cláusula. La SJPI de Madrid (49.º) de 22 de diciembre de 2017 evidencia en este sentido de forma muy clara que «el hecho de que un cliente acuda con una idea preconcebida de pedir un préstamo de estas características no supone que tenga conocimiento pleno».

Por último, la jurisprudencia incide en que se trata de información a entregar *antes* de la formalización del préstamo ante notario. En este sentido, es una afirmación reiterada y común a todas las sentencias que la lectura y mera advertencia genérica notarial de los riesgos es insuficiente por sí misma porque se produce al final del proceso, cuando el consumidor ya difícilmente va a reconsiderar su decisión. También sobre el papel del notario volveremos en la segunda mitad del trabajo.

b) Respecto del perfil del consumidor

El perfil del cliente en el ámbito de la contratación de productos financieros complejos ha sido una de las variables centrales de la valoración de su anulación por parte de la jurisprudencia. En estos casos, la figura jurídica a través de la que se solicitaba esta anulación del contrato es el error vicio del consentimiento, uno de cuyos requisitos es la excusabilidad, esto es, que el error no sea imputable al que lo padece. Para enjuiciar si el error pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media es fundamental atender, por lo tanto, al nivel de formación y experiencia del concreto contratante<sup>31</sup>. El enfoque del papel del perfil del consumidor en el control de transparencia de los elementos esenciales es, en general, otro. Para analizar si una cláusula supera el control se toma como referencia el consumidor medio, es decir y en palabras del TJUE, se valora si «un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» ha podido conocer y comprender el alcance de la cláusula en cuestión (en este caso, de la cláusula de reembolso del préstamo en divisa extranjera, sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriuc*)<sup>32</sup>.

Se ha señalado<sup>33</sup> que es más sencillo que una cláusula sea declarada nula por abusiva por falta de transparencia que entender, en el mismo supuesto, que el consumidor ha contratado bajo error vicio del consentimiento. Esto ocurre porque, mientras que lo relevante en el primer caso es la conducta del predisponente (es decir, si ha proporcionado la información suficiente para que la cláusula sea comprensible por el consumidor), lo que debe resultar probado en el error es que ha existido una ausencia de comprensión real de la cláusula. Y para ello hay que valorar la diligencia desplegada por el propio prestatario, que dependerá de sus circunstancias subjetivas (su nivel de formación o su experiencia previa en contratos similares), algo irrelevante, *a priori*, en el caso del control en materia de consumo.

Sin embargo, aunque el énfasis del control de transparencia material esté situado en el lado del prestamista predisponente y todas las observaciones se hagan tomando como referencia a un «consumidor medio», esto no quiere decir que en ningún caso pueda tener relevancia el perfil del consumidor en el caso concreto<sup>34</sup>. Si de lo que se trata es de que el consumidor comprenda qué está contratando, es evidente que es un aspecto que puede entrar en juego en la valoración. Y, de hecho, el juicio de abusividad ha de hacerse —como, recordemos, ha recalado la doctrina del TJUE— atendiendo a las circunstancias del caso concreto en el momento de la celebración del contrato<sup>35</sup>. Con lo que, pensamos, no se puede excluir que, a pesar de que el peso del control se sitúe en el cumplimiento o no por parte del prestamista de sus obligaciones de información, el perfil del consumidor pueda tener alguna relevancia en el caso concreto. Como señala la SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2018, «no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase

de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa».

En todo caso, en sentencias conociendo de préstamos hipotecarios en divisa extranjera la mención al perfil del consumidor se hace mayoritariamente como argumento de refuerzo. En la mayor parte de los casos, de refuerzo para destacar su falta de experiencia y formación para entender los riesgos del contrato cuando no ha existido una información adecuada por parte del prestamista<sup>36</sup>. En algunos otros, sin embargo, también se ha utilizado en sentido contrario, es decir, como una razón más —es cierto que, por tanto, nunca la única— para concluir cubierto el control de transparencia material<sup>37</sup>.

### *C) Cláusula índice IRPH*

Por último, ¿cuál ha sido la aplicación del control de transparencia respecto de las cláusulas índice IRPH? En este caso, la solución dada por el Tribunal Supremo ha sido diferente a la de los dos supuestos anteriores. Así, en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 falló a favor de considerar que no hacía falta, para entender cumplida con la debida transparencia, informar al consumidor de manera pormenorizada acerca de cómo se forma este índice<sup>38</sup>. Entiende que, al tratarse de un índice oficial cuya elaboración está supervisada por el Banco de España —quien lo publica mensualmente—, es una información pública y accesible para cualquiera y un índice no controlable por reflejar una disposición administrativa. Señala el Tribunal Supremo que la transparencia se cumple en este caso con el hecho de que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál es el índice de referencia —de entre los varios admitidos legalmente— que se utiliza por el predisponente en el contrato en cuestión así como el diferencial a aplicar sobre tal índice para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado. Y de ahí que marque distancias con el caso de las cláusulas suelo: en el caso del IRPH el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial mientras que, sin embargo, en las cláusulas suelo el problema residía en que el coste del préstamo no siempre funcionaba con esos dos elementos ya que había que tener en cuenta el tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

Además, volviendo a la doctrina ya apuntada del TJUE sobre el momento temporal que debe tenerse en cuenta para el control —recordamos, la celebración del contrato—, recalca que no se puede exigir a la entidad prestamista que hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del índice IPRH en lo que no fuera previsible. Lo único que podría haberse exigido, según el Tribunal Supremo, es informar al consumidor de que una evolución del IRPH



más desfavorable que la del EURIBOR podría ser peor para él si, pese a los distintos márgenes<sup>39</sup>, el resultado era superior, lo que, concluye, es una obviedad.

Este fallo, no obstante, no fue unánime pues la sentencia contenía el voto particular de un magistrado (al que se adhiere otro) en sentido contrario: en él se señala que los deberes de información que incumben al profesional deben ser entendidos de manera extensiva para cumplir con la doctrina del TJUE y que, por tanto, estos deberes van más allá de la mera referencia al índice oficial en la cláusula predispuesta: la fórmula aritmética es relativamente compleja a efectos de transparencia para el consumidor medio y, además, argumentan, el carácter residual de su utilización hacía que los consumidores estuvieran menos familiarizados con el índice respecto del EURIBOR.

Nos parece que habría que comenzar puntualizando, que, aunque la formación del índice esté determinada por una disposición administrativa la cláusula que incorpora el índice al contrato sí que está sujeta a un control de transparencia pues, como sabemos, la razón de ser del mismo no es valorar si el contenido de la cláusula (la formulación del índice tal y como se ha predeterminado por el Banco de España) es o no adecuado. El objeto de la transparencia material es garantizar, en su caso, que se han transmitido de forma conveniente al consumidor las implicaciones que, como elemento esencial, tiene para él la cláusula en el contrato. En este sentido, parece claro que el consumidor sí que tendría un acceso relativamente sencillo al valor del índice en cada momento, es decir, al precio del préstamo. Dicho esto, uno de los argumentos en los que se apoya el voto particular para entender necesaria una información más detallada por parte del prestamista es en la compleja y peculiar formación del índice —respecto del EURIBOR—. Esta «peculiar configuración» a la que se refiere es el hecho de que la fórmula de cálculo del índice IRPH incluye los diferenciales, gastos y comisiones que los clientes pagan a las entidades, ya que se trata de una media simple de los tipos de interés cobrados por las entidades, a partir de los datos que estas proporcionan. Superado el argumento de la arbitrariedad<sup>40</sup>, la pregunta que a nuestro juicio es pertinente para saber si es suficiente con indicar cuál es el índice y dónde consultarlo —sin necesidad de dar una explicación más detallada sobre su composición y consecuencias—, no es exactamente si el consumidor sabía la fórmula concreta del IRPH. Posiblemente tampoco hubiera sabido interpretar, en su caso, cómo se calcula el EURIBOR. La cuestión es si esta «peculiar configuración» del IRPH afectaba a su posibilidad de variación y hacía que el índice fuera presumiblemente más perjudicial para el consumidor en su evolución futura, es decir, si esta iba a mantenerse siempre previsiblemente en valores superiores a los del EURIBOR. El atractivo con el que se vendía este producto a los consumidores era su estabilidad (se trata de un índice calculado respecto de una media de tres años con lo que no tiene variaciones tan bruscas como el EURIBOR) y unos diferenciales más competitivos que los del índice más extendido. En este sentido, el consumidor sí podría beneficiarse de no verse

afectado por una posible subida brusca del EURIBOR porque, al ser el IRPH una media a tres años, tardaría más en reflejar dicho movimiento. Pero esta hipotética situación sería solo (y muy) temporal. Y como el IRPH recoge las subidas de diferenciales que —presumiblemente— vayan fijando las entidades en su oferta comercial para compensar las bajadas del EURIBOR (cuando estas se den), el primer índice será normalmente siempre mayor que el segundo. El problema, por tanto, más que en una falta de transparencia derivada de que el consumidor no tuviera conocimiento de un elemento esencial como es el índice al que está sujeto su préstamo o de la (no) obligación del prestamista de ofertar también préstamos referenciados al EURIBOR<sup>41</sup>, reside en aquellos supuestos en los que se haya ofertado el IRPH como la mejor opción, resaltando su estabilidad sin hacer lo propio con otras consecuencias de su fórmula de cálculo. Aun siendo las evoluciones futuras de ambos índices imprevisibles —y no vinculantes a los efectos de determinar la abusividad por falta de transparencia de una cláusula—, por la composición expresada se antoja difícil que el IRPH pudiera ser a largo plazo más beneficioso que el EURIBOR.

En todo caso, parece que hay debate y, de hecho, de nuevo se ha recurrido al TJUE para determinar el alcance del control de transparencia en este supuesto. Se han planteado varias cuestiones prejudiciales al citado tribunal europeo<sup>42</sup> pidiendo aclaración, entre otros aspectos, respecto de si es necesaria la información detallada acerca de la configuración del índice y su evolución pasada y futura, gráficos y comparativas. El TJUE ha decidido no tramitar la cuestión prejudicial mediante el procedimiento acelerado con lo que todavía no parece próxima la decisión que ponga punto y final a la valoración de cuáles son los deberes de transparencia de obligado cumplimiento por parte de las entidades prestamistas respecto del índice IRPH. Mientras tanto y a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo, las decisiones jurisprudenciales en instancias inferiores no son unánimes. Y es que en los últimos meses se encuentran entre los Juzgados de Primera Instancia algunas sentencias que fallan a favor de entender que las cláusulas índice IRPH no superan el filtro de transparencia —y, por tanto, son nulas— ante la falta de información precisa al consumidor para conocer la conformación del índice de referencia<sup>43</sup>. Ello antes de que planteara y aceptara la cuestión prejudicial por el TJUE, circunstancia que ha provocado la suspensión de muchos procedimientos a la espera de la resolución del órgano jurisdiccional europeo. La última novedad al respecto ha sido la publicación de las observaciones realizadas por la Comisión Europea al TJUE respecto de este proceso de petición de decisión prejudicial: la Comisión Europea propone en ellas entender que el deber de transparencia del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE comprende, respecto del índice IRPH, la obligación de explicar la configuración del índice y su evolución así como de realizar una comparativa<sup>44</sup>. Es decir, la Comisión adopta la postura del voto particular y no la del fallo principal de la sentencia del Tribunal Supremo.

### III. LA TRANSPARENCIA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SUS POSIBLES MODIFICACIONES

Como se ha señalado hasta ahora, la mayor parte de este control de transparencia material respecto de las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato ha sido de creación jurisprudencial, tomando como punto de partida la sucinta mención del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, y ante los problemas generados en la concesión y contratación de préstamos en el mercado europeo —especialmente, para la adquisición de vivienda—, se aprueba en 2014 una Directiva sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la idea de establecer un marco jurídico adecuado y armonizado que fomente la responsabilidad en la concesión y contratación de préstamos y que eleve, con ello, el grado de protección de los consumidores.

Esta norma recoge, entre otras, una serie de obligaciones más o menos generales para las entidades prestamistas en materia de transparencia dentro de su ámbito de aplicación. La transposición parcial de esta norma a nuestro ordenamiento jurídico se producirá cuando se apruebe el PLCCI que se está tramitando en la actualidad en el Congreso de los Diputados (Proyecto de 17 de noviembre de 2017)<sup>45</sup>. Se trata de una transposición que va más allá de la Directiva 2014, pues incluye otras previsiones no recogidas por esta pero que pretenden regular cláusulas concretas que han resultado problemáticas en nuestro país en materia de préstamos hipotecarios de consumo (especialmente, intereses moratorios abusivos, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos...). Sin perjuicio del enorme interés del análisis de la regulación propuesta respecto de estas otras cuestiones, nos centraremos de aquí en adelante en las menciones directamente relacionadas con el tipo de cláusulas y control objeto del presente trabajo, esto es, la regulación del control de transparencia material. Como señalábamos al principio, el cambio de pactos en el Congreso de los Diputados en la mitad de su tramitación, ha hecho que el análisis y valoración del texto del Proyecto y, en especial, de las enmiendas presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios, haya recobrado interés pues puede que alguna de ellas acabe formando parte del futuro texto de la norma.

Pues bien, en lo que aquí interesa, ¿qué mecanismos de protección al consumidor en materia de transparencia incluyen estos textos? ¿Están en la línea del desarrollo jurisprudencial del control y son suficientes para cumplir su objetivo?<sup>46</sup>

Inicialmente se alude en ambos casos a unos principios de actuación general (actuación «honesta, imparcial, transparente y profesional», teniendo en cuenta «la información sobre las circunstancias del prestatario» y «las hipótesis razonables sobre los riesgos», art. 4 PLCCI) que se concretan después en obligaciones

de publicidad e información precontractual. En este sentido y respecto de los préstamos en divisa extranjera, la publicidad debe contener de forma clara, concisa y destacada una advertencia sobre el riesgo de que aumente el capital adeudado como consecuencia de posibles fluctuaciones del tipo de cambio, si bien no se exigirán ejemplos representativos en esta relación meramente publicitaria [arts. 11.2.j) Directiva y 5.1.f)5.º PLCCI].

Por su parte, la finalidad que se pretende conseguir con la información precontractual es permitir al prestatario comparar los préstamos disponibles en el mercado para poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo (arts. 14 Directiva, 8 y 12 PLCCI), ideas estas —la de comparar y la de tomar una decisión «fundada»— que ya habíamos visto presentes en los razonamientos del TJUE y del Tribunal Supremo. Esto se pretende garantizar, por un lado, estableciendo un plazo mínimo de antelación para la entrega de los documentos de siete días naturales respecto del momento de la firma del contrato<sup>47</sup>. Por otro, y para facilitar la información, creando la denominada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que, en el caso español, se complementa además con una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de entrega obligatoria, entre otros, para cumplir con las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios que recoge el artículo 12 PLCCI. En ambos documentos se pretende dejar constancia de forma detallada de las características y riesgos principales del préstamo. En lo que aquí atañe y respecto de la FEIN, son múltiples las referencias que deben hacerse, en su caso, al hecho de que el contrato esté concedido en una moneda extranjera y a las variaciones que pueden darse en el capital del préstamo. Concretamente, se debe incluir una simulación de lo que aumentaría la deuda en la moneda nacional del prestatario en el caso de una variación del tipo de cambio de un 20% negativa para este último. Asimismo, se deben especificar los derechos del consumidor ante una subida significativa del importe del crédito —véase, derecho a renegociar el préstamo o a convertirlo en otra moneda— (punto 3 FEIN, Características principales del préstamo). Debe indicarse también cómo se determinará el tipo de cambio aplicable durante la vida del contrato y, respecto del tipo de interés variable, una explicación acerca de los componentes de su fórmula y dónde puede el prestatario obtener información sobre los índices o tipos de referencia utilizados en el contrato.

La FiAE que, en virtud del artículo 12 PLCCI, debe también entregarse con antelación y en papel u otro soporte duradero, incide en las cláusulas objeto principal del contrato que han sido más problemáticas en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que especifique la necesidad de hacer mención a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés variable (en relación con la cláusula índice IRPH), a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado (en relación con las cláusulas

suelo) y al hecho de estar ante un préstamo en moneda extranjera (préstamos con cláusula en divisa extranjera), entre otros<sup>48</sup>.

La delimitación de la obligación de información precontractual prevista en la Directiva acaba aquí<sup>49</sup> pero en el PLCCI se prevé un segundo paso bajo lo que se denomina «comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material» (art. 13). En esta fase, el papel de garantizar la protección al consumidor lo desempeña la figura del notario, al que el prestamista ha de remitirle toda la documentación entregada al cliente (art. 12.1 *in fine*). De hecho, dentro de la información que, como mínimo, debe recibir el prestatario, está la de advertirle de «la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario» (art. 12.1.f). De este modo, el prestatario debe comparecer ante él antes del día de la firma del contrato para que el operador jurídico compruebe que ha recibido en tiempo la documentación preceptiva y le asesore de forma individualizada acerca de las características y los riesgos concretos del contrato (deteniéndose en cada una de las cláusulas sensibles que deben detallarse en la FEIN y la FiAE). Se pretende, por lo tanto, la comprensión real de lo que se está contratando y de ahí que se haga referencia, entre otros, a ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas en distintos escenarios económicos e incluso a un test al que debe responder el prestatario. De forma similar a lo ya recogido en la EHA/2899/2011, el prestatario debe dejar constancia, de su puño y letra, de que ha recibido con la antelación prevista legalmente la documentación necesaria y que comprende, entiende y acepta los riesgos económicos y jurídicos de la operación.

Esta fase de «comprobación» del cumplimiento previo de la obligación de transparencia es tan relevante que sin ella no es posible la formalización del préstamo. Así, todas las cuestiones indicadas en el párrafo anterior (y, en general, todas las contenidas en el artículo 13 del Proyecto), deben constar en un acta notarial sin la cual «no podrá autorizarse la escritura pública del préstamo» (art. 13.4 *in fine*)<sup>50</sup>.

¿Qué valoración cabe hacer de este refuerzo novedoso del papel del notario durante la fase previa a la formalización del contrato? *A priori*, todos los mecanismos que supongan un aumento de las garantías de que el prestatario comprenda realmente antes de la firma del contrato cuál es la carga jurídica y económica que asume, merecen una calificación positiva. Cuestión aparte es si lo que en este artículo se califica como mera «comprobación» del cumplimiento de la transparencia material —lo que sugiere que la obligación de información se ha tenido que cumplir de forma previa por parte de la entidad prestamista— se convierte en la práctica en *parte* de esa obligación de transparencia, si no en la parte fundamental de la misma, pues puede ser que, al final, lo que realmente garantice al consumidor una comprensión del producto sea el asesoramiento individualizado por parte del notario<sup>51</sup>, más que las «explicaciones adecuadas» previas del prestamista y todas las menciones que se exigen en la

FEIN y FiAE, que no dejan de ser documentos estandarizados que, posiblemente, por sí mismas, no arrojen luz al prestatario sobre las cuestiones complejas del contrato. De ahí que sea importante recalcar que los deberes de transparencia recaen sobre la entidad prestamista y que no cabe aplicar el artículo 13 y el papel del notario de tal forma que vacíe o relaje el contenido de esta obligación y en el sentido de que al final casi pueda suponer una suerte de garantía para el prestamista de que el consumidor, tras su paso por la notaría, no va a poder alegar que no había recibido la información adecuada.

De hecho, precisamente son los artículos 12 y 13 PLCCI, núcleo duro de la transposición de la Directiva y del control de transparencia, respecto de los que se han presentado más enmiendas<sup>52</sup>. En algún caso, incluso proponiendo directamente su supresión bajo el argumento de que acarrearán consecuencias negativas para el consumidor y protegen realmente al prestamista al suponer solo la entrega de más documentación formal, situar el control en el ámbito del notario —excediendo de sus competencias— y establecer una presunción *iures et de iure* de que el prestatario está debidamente informado<sup>53</sup>. Un razonamiento hasta cierto punto similar pero con consecuencias menos intensas está detrás de las enmiendas que mantienen la pervivencia de los artículos pero con modificaciones. Así, la mayor parte de los cambios propuestos van en la línea de resaltar que la obligación de hacer entender al cliente las implicaciones económicas y jurídicas de lo que va a contratar corresponde principalmente al prestamista. Esto es lo que se pretende al plantear, por ejemplo, la supresión de la serie de comprobaciones financieras con las que el artículo 13.2.b) carga al notario («recoger pruebas realizadas por el prestatario para el entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo»)<sup>54</sup>. O también con el cambio del momento temporal en el que debe el prestatario declarar de forma manuscrita que ha recibido la documentación preceptiva y que comprende y acepta su contenido y entiende los riesgos económicos de la operación. El artículo 13.2.d) del Proyecto sitúa esta manifestación en el momento de comparecencia ante el notario pero alguna enmienda plantea adelantarla a la fase de comercialización con el prestamista pues es a este a quien le corresponde la obligación de facilitar toda la documentación e información necesaria<sup>55</sup>.

A nuestro juicio, siguiendo en la línea de la idea formulada antes y sin perjuicio de lo que apuntaremos en el último epígrafe respecto del papel del registrador, nos parece acertada la presencia y delimitación explícita de la figura y labor del notario en el proceso de contratación pues dentro de sus funciones está la de controlar la legalidad y es un operador jurídico idóneo para realizar esta labor de supervisión o control. Pero, del mismo modo y como señalábamos, creemos que el texto del artículo 13 del Proyecto de Ley

no responde a la idea que parece querer dar su título (la de una *comprobación* del cumplimiento previo de la transparencia material) sino que carga sobre los hombros del notario la mayor parte de la tarea real de asesoramiento activo al prestatario<sup>56</sup>. La regulación impone una serie de obligaciones que suponen una mayor garantía de que este vaya a contratar con un conocimiento verdadero de las consecuencias jurídicas y económicas que asume. Pero esas obligaciones, hablando desde un punto de vista de obligaciones delimitadas y concretas que puedan ser identificables y exigibles, están en la fase de la relación prestatario-notario. Es cierto que el artículo 13.1 del Proyecto comienza señalando que las previsiones respecto del notario lo son «sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista [...] debe facilitar al prestatario». Pero esta es la única mención a un deber de información a cargo del prestamista que no sea meramente documental pues el artículo 12 del Proyecto —respecto de las cláusulas objeto de este trabajo— lo que hace es enumerar una serie de documentos de los que debe hacer entrega al prestatario, aun cuando el aumento de la documentación, por sí sola, no conlleva necesariamente una mayor comprensión. Estas obligaciones formales y la genérica referencia a unas «explicaciones adecuadas» están lejos del detallado asesoramiento de la mano del notario recogido en el artículo 13. Partiendo de estas premisas, nos parece que debe valorarse de forma positiva el traslado de la manifestación por parte del prestatario de haber recibido la documentación y explicaciones y de haber comprendido su contenido a un momento previo, a la fase de su relación con el prestamista. Además, nos inclinamos por recoger en el artículo 12 de forma explícita y detallada la obligación material de información por parte del prestamista (quizás con algunas de las menciones que se señalan en el artículo 13 para el notario: ejemplos de aplicación práctica de cláusulas financieras en diversos escenarios de coyuntura económica, información individualizada sobre cada cláusula...<sup>57</sup>)<sup>58</sup>. Es evidente que el hecho de explicitarlo como deber para la entidad financiera no hace que automáticamente se garantice que se haya informado adecuadamente al prestatario. Siendo puntillosos, ni siquiera el hecho de que este haya expresado de su puño y letra que le han explicado y que comprende la carga jurídica y económica de los elementos esenciales del contrato asegura completamente que esto sea así<sup>59</sup>. Pero precisamente para su comprobación existen filtros, uno de los cuales es el filtro del notario: para cerciorarse de que se han dado las explicaciones —*a priori* suficientes— que conforman el deber de transparencia material que tiene la entidad y, por supuesto, para completar la información y asesoramiento allá donde sea necesario y no haya llegado el prestamista, a quien —eso sí—, en rigor, corresponde el grueso o el peso de la obligación —como por otra parte deja claro la Directiva<sup>60</sup>—. Con todo, hay que ser conscientes de que el efecto de una intervención del notario asesorando el día de antes de la firma del contrato (tal y como permite el art. 13.3) sería bastante similar al de hacerlo de forma coetánea a

la propia firma (que es lo que se quiere evitar), en cuanto a garantía de que pueda producirse un cambio de voluntad del prestatario si, una vez comprendidos todos los elementos del contrato, este no le interesa<sup>61</sup>.

Íntimamente vinculadas con el proceso de comprobación, también se plantean enmiendas a cuestiones más concretas reguladas en estos dos artículos 12 y 13 del Proyecto. Es el caso de la supresión del apartado 5 del artículo 13 —referido a la validez probatoria del acta notarial—<sup>62</sup> y la inclusión en el artículo 13, apartado 6, de la exigencia de que el prestatario intervenga en el otorgamiento de la escritura obligatoriamente asistido por letrado en ejercicio<sup>63</sup>. Respecto a lo primero, coincidimos en la conveniencia de la eliminación del texto que presume veraz e íntegra el acta y afirma su valor como prueba de que se ha cumplido con el principio de transparencia material en tanto en cuanto demuestra que se ha prestado asesoramiento por el notario y que el prestatario ha comprendido y aceptado el contenido de los documentos<sup>64</sup>. Está claro que en algún momento hay que situar el punto y final de la comprobación de una comprensión que, como hecho subjetivo que es, no va a poder nunca asegurarse por completo. Evidentemente, en este sentido, el acta es una prueba de mucho peso a favor de entender superado el control de transparencia material pero esto no obsta para que pudiera darse algún supuesto excepcional en el que pudiera suceder lo contrario, opción que queda del todo descartada con este artículo que parece redactado en términos muy definitivos y contraproducentes para los intereses del consumidor<sup>65</sup>. Además, aunque volveremos sobre ello en el último epígrafe, no podemos olvidar el papel ulterior del registrador en cuanto a supervisor del cumplimiento de los requisitos legales, entre los que se encuentran estas obligaciones de información y transparencia. En cuanto a incluir la obligación de comparecer ante el notario asistido de letrado en ejercicio para recibir el asesoramiento legal apropiado y sin conflicto de intereses, si bien estamos de acuerdo en que sería la situación ideal pues la firma de este tipo de contratos es lo suficientemente relevante como para justificar la asistencia de un abogado, no compartimos la idea de imponerlo como algo obligatorio en el proceso en la medida en que supone un coste añadido a cargo del prestatario para garantizar una transparencia que, en correcta aplicación de la norma, debería quedar cubierta por la actuación del prestamista y la posterior supervisión y confirmación del notario.

Sin perder de vista estas medidas generales sobre transparencia material, tanto la Directiva 2014 como el PLCCII contienen, además, previsiones específicas respecto de cláusulas especialmente complejas y que se han revelado problemáticas en la práctica. En lo que aquí nos interesa, ambos textos se detienen en los préstamos en moneda extranjera (art. 23 Directiva y art. 18 PLCCI) y en las cláusulas de interés variable (art. 24 Directiva y art. 19 PLCCI). El texto español contiene, asimismo, algunas menciones a las cláusulas que limitan la variación de tipo de interés, esto es, las cláusulas suelo.



Comenzando por estas últimas para mantener el mismo orden de exposición que en la primera parte del trabajo, el artículo 12.1.b) PLCCI obliga a hacer referencia expresa en la FIAE a «la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado» mientras que el artículo 13.2.b) incluye dentro de los ejemplos y escenificaciones a cargo del notario según la coyuntura económica, «en especial», «las relativas a tipos de interés». Las enmiendas presentadas que afectan a este tipo de cláusulas varían entre aquellas que plantean directamente su prohibición y aquellas que aceptan su inclusión en el contrato pero con ciertas limitaciones. Las que abogan por suprimir cualquier mención a la posibilidad de existencia de este tipo de cláusulas lo hacen porque entienden que legitima cláusulas que numerosa jurisprudencia en nuestro país ha declarado nulas (aunque, en una de las enmiendas, puntualizando que se permite la excepción de las llamadas cláusulas cero, que impiden la aplicación de intereses negativos)<sup>66</sup>. Por su parte, aquellas enmiendas que las aceptan pero con matices optan por reforzar el deber de información e incluir ciertas restricciones a su utilización que supongan una mayor tutela para el prestatario. En esta línea, se propone exigir una proporción entre la cláusula suelo y la cláusula techo y que el suelo no sea nunca «superior al interés que el prestatario haya de pagar en su primera disposición»<sup>67</sup>. Es decir, se trata de evitar al prestatario la sorpresa de que en un momento futuro del préstamo el tipo de interés no pueda descender respecto de uno más elevado que el que se le aplicó al inicio de su contrato y del que sí era conocedor<sup>68</sup>. Por otro lado, también se ha apostado por declarar nula una cláusula suelo en un contrato con un consumidor si no va acompañada de una cláusula techo o si es un suelo alto, en especial en proporción con el valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación<sup>69</sup>.

Pues bien, a pesar de la gran controversia y los perjuicios que las cláusulas suelo han generado en nuestro país a multitud de consumidores, que se han visto obligados a acudir a los tribunales en buena parte de los casos para defender sus intereses, no nos parece correcto prohibir la utilización de este tipo de cláusulas. Como ha señalado el Tribunal Supremo reiteradamente, no se trata de cláusulas abusivas y nulas en sí mismas sino de lícita utilización por parte de las entidades financieras como parte de su libertad para determinar el precio del préstamo. El problema con las cláusulas suelo, como es sabido, fue su falta de transparencia, es decir, que no se informó al consumidor de su existencia y de lo que implicaban para él. Comprendiendo el consumidor completamente la carga jurídica y económica que suponen son válidas. Como aquí no se está valorando si el precio del préstamo es —como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo— muy «caro» o «barato» sino solo si es desequilibrado respecto de lo que el consumidor creía legítimamente que estaba contratando según la información recibida, no sería necesario entrar a limitar cuantitativamente qué

suelo sería aceptable sino que, al ser parte del objeto principal del contrato, con ser transparente desde el punto de vista material la cláusula sería válida. De ahí que restricciones que supongan un límite en la cuantía de la cláusula suelo solo tendrían sentido en la medida en que se interpretaran como vías para ayudar a la transparencia y eliminar cualquier efecto sorpresivo de, por ejemplo, encontrarse con un suelo muy elevado respecto del interés que pagó al inicio (es decir, del que el consumidor es más consciente) o del que creía que estaba contratando (manteniendo una proporción respecto del tipo de referencia). En cuanto al papel de las cláusulas techo como mecanismos de protección del prestatario, hay que advertir que no siempre han sido vistas por los tribunales como una garantía de protección para los consumidores. Antes bien, en muchos casos la existencia de una cláusula techo —eso sí, desproporcionadamente alta— ha colaborado a hacer la cláusula suelo menos transparente por generar una engañosa sensación de protección en el consumidor frente a subidas de tipos de interés. De ahí que el mero hecho de que se incluya una cláusula suelo sin una cláusula techo no tiene por qué conllevar, necesariamente y en sí mismo, la nulidad<sup>70</sup>.

Dejando a un lado la regulación de las cláusulas suelo pasamos a exponer las medidas que se proponen respecto de los préstamos con cláusula en moneda extranjera. Más allá de las menciones obligatorias en relación con el cumplimiento del deber de transparencia (referencias obligadas en la FEIN y el FiAE [art. 12 PLCCI] y asesoramiento notarial [art. 13 PLCCI]), tanto la Directiva como el Proyecto de Ley reservan un precepto específico para este tipo de cláusulas (arts. 23 Directiva y 18 PLCCI). Conectando con lo dicho en la primera parte del trabajo, en ambos textos se presta atención a mecanismos que supongan un límite a los potenciales riesgos que estas cláusulas en moneda extranjera conllevan. Este límite es el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa que le resulte más familiar: bien aquella en la que reciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, bien aquella del Estado de residencia.

Por otra parte, como vimos en su momento, este derecho quedaría prácticamente vacío sin una correlativa obligación por parte del prestamista de informar a lo largo de la vida del contrato de las fluctuaciones de los tipos de cambio y de la propia existencia del derecho y sus condiciones de ejercicio. Aunque las posibles evoluciones futuras —respecto del momento de celebración del contrato— no pueden ser tenidas en cuenta para valorar la abusividad de la cláusula —en lo que no fueran razonablemente previsibles—, esto no quiere decir que no sean relevantes a otros efectos en el contrato. Se trata de un contrato de tracto sucesivo cuya ejecución se ve directamente afectada por las cláusulas en divisa extranjera y, por tanto, la transparencia en el sentido de deber de información, debe mantenerse también durante la vida del contrato. Esta información debe proporcionarse al prestatario, según el artículo 18, «periódicamente». Sin embargo, la concreción de cuál es esa periodicidad se deja a un desarrollo

normativo administrativo posterior. Y solamente se especifica la obligación de informar en el caso de que aumenten en más del 20% el capital pendiente de amortizar o las cuotas (se entiende, en su equivalente convertido) respecto del importe que habría correspondido si se aplicara el tipo de cambio vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo. Teniendo en cuenta las elevadas cantidades de dinero que normalmente tienen por objeto este tipo de préstamos para la adquisición de bienes inmuebles, parece que el límite del 20% para el deber de informar es un límite bastante generoso para el prestamista. Para ese momento, cuando el prestatario reciba la advertencia y pueda plantearse la posibilidad del cambio de divisa, puede haberse visto ya gravemente afectado por una variación en los tipos de cambio<sup>71</sup>.

Siendo este el régimen jurídico recogido en el Proyecto de Ley, ¿qué enmiendas se han planteado? Al igual que respecto de la cláusula suelo, también se ha propuesto desde la prohibición de comercialización de este tipo de préstamos hipotecarios cuando el prestatario sea consumidor<sup>72</sup> hasta su aceptación pero con matices y requisitos restrictivos. Estas restricciones son, en algunos casos, de carácter subjetivo: se circunscribe este tipo de contratos solo a consumidores que «posean una elevada formación financiera y conozcan y sean capaces de entender y asumir los riesgos inherentes a este tipo de préstamos»<sup>73</sup>. En otros, se plasman a través de mecanismos de protección durante la vida del contrato: «asesoramiento durante toda la vida del préstamo de personal del prestamista especializado en este tipo de productos»<sup>74</sup>, solicitud de cambio de divisa pero «con previa simulación de las consecuencias económicas que dicho cambio pudieran generar en el referido préstamo»<sup>75</sup> o posibilidad de todo prestatario y no limitada solo a los no consumidores —como hace el Proyecto de Ley— de pactar sistemas de limitación del riesgo de tipo de cambio<sup>76</sup>.

En sintonía con la importancia que le da el Proyecto (así como el Tribunal Supremo) a la información al prestatario, no solo precontractual sino también a lo largo de la duración del contrato en este tipo de préstamos, cabe resaltar (junto a la mención a la obligación de asesoramiento continuado antes citado) la propuesta de una enmienda de anular la nulidad parcial del contrato y su conversión a un préstamo referenciado en euros<sup>77</sup>, no solo a la falta de transparencia material en su contratación sino también al incumplimiento de los deberes de información postcontractual<sup>78</sup>. Esta nueva regla, se argumenta, pretende acomodar el texto normativo a la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017. Sin embargo, aunque es cierto que el Tribunal Supremo pone de relieve la trascendencia que para este tipo de contratos tiene una información continua sobre la evolución de los tipos de cambio, no nos parece que la equipare en cuanto a consecuencias con la falta de transparencia previa a la formalización del contrato. La ve necesaria para poder considerar a la facultad de cambio de divisa como un mecanismo real de limitación del riesgo, pero entendiendo esta esfera como diferente a la de la transparencia en

la información precontractual. Y desde luego, siguiendo la doctrina del TJUE, la valoración para determinar la nulidad parcial por falta de transparencia material no puede alcanzar a lo no previsible en el momento de contratar<sup>79</sup>.

¿Cuáles son las vías a las que podría recurrir el prestatario en el caso de falta de las advertencias debidas por parte del prestamista, más allá de esta medida? ¿Es necesario incluir esta extensión de la nulidad? Como hemos anotado anteriormente, sin esta nueva medida que se propone, la ausencia de advertencias regulares estaría en la órbita del incumplimiento contractual y sus consecuencias. En el caso de considerarse este relevante —por ejemplo, si no se informa de una variación sensible de los tipos de cambio que tenga unas repercusiones negativas muy importantes para el consumidor— podría dar lugar a solicitar la resolución del contrato, medida que no parece favorecer mucho al consumidor porque supondría una devolución de las prestaciones. Quizás la responsabilidad contractual sería un mecanismo posible más conveniente para los intereses del prestatario: seguiría vinculado al contrato pero, una vez informado, podría hacer el cambio de moneda y ver, por otro lado, en teoría, compensada su pérdida por el incumplimiento de la obligación de informar a través de una indemnización.

La extensión de los supuestos de nulidad a la falta de información supondría, efectivamente, un aumento de protección para el consumidor en la medida en que introduce una nueva vía de reclamación. Sin embargo, dudamos de que la figura de la nulidad sea una respuesta proporcionada y adecuada para el incumplimiento de obligaciones derivadas de una cláusula o mecanismo accesorio de limitación de un riesgo ya teóricamente comprendido —en el sentido de aprehendido— en el momento de contratar. No olvidemos que se ha tenido que superar el control de transparencia material y, dado lo complejo del contrato, será necesario para ello a partir de ahora, bien una cierta formación o experiencia específica, bien una amplia labor de información y asesoramiento<sup>80</sup>. Además, una medida con tantas repercusiones en el negocio jurídico como la nulidad dependería de la interpretación de con qué periodicidad se entiende adecuado informar al prestatario<sup>81</sup> y, por otra parte, no siempre tiene por qué ser beneficiosa para el mismo en comparación con la vía de la responsabilidad contractual. Lo que se plantea es considerar el préstamo como concedido desde el principio en la moneda en la que el prestatario reciba la parte principal de sus ingresos, es decir, un recálculo de todo el préstamo. No obstante, puede que, a lo largo de la vida del contrato, haya habido momentos en el pasado en los que la cláusula en divisa extranjera haya sido mucho más beneficiosa para el prestatario que la moneda respecto a la se debe recalcular todo y, en global, que el consumidor haya salido ganando hasta ese momento por tener referenciado el préstamo a la divisa a la que lo tenía inicialmente. De hecho, si no ha hecho uso de la posibilidad de cambio de divisa hasta ese momento estando informado de la evolución de los tipos de cambio —porque de no haber sido informado, ya habría entrado en juego esta medida antes—, se entiende

que es porque le ha beneficiado. Esto no ocurre, sin embargo, con la vía de la responsabilidad contractual: el prestatario puede referenciar el préstamo a la nueva moneda pero con efectos solo hacia el futuro, viéndose indemnizado por los perjuicios que haya podido sufrir en este momento por no cambiar antes pero manteniendo las ganancias pasadas que hubiera podido obtener con la divisa original y que, se entiende, no ha querido cambiar porque, según la información recibida, le beneficiaba.

Por último, otra propuesta de mecanismo protector al consumidor vinculada a una limitación del riesgo viene de la mano de la conversión del contrato de préstamo en divisa extranjera a un contrato en euros en el caso de que la evolución del tipo de cambio durante el primer año de contrato haya sido perjudicial para el consumidor (concretamente, «si durante el primer año de vigencia del contrato con tipo de interés variable la cuota resultante fuere mayor que la que hubiese derivado el mismo contrato en euros»<sup>82</sup>). Quizás el fundamento de esta medida, conjeturamos, podría estar relacionado con el hecho de que la evolución del tipo de cambio a corto plazo es una información —en principio y en condiciones normales— relativamente disponible para un prestamista diligente y que, por lo tanto, tenía que haberse incluido en la información previa a contratar (por ser negativa para el consumidor). Sin embargo, encontramos algunos aspectos de la medida propuesta que no nos acaban de convencer. Por una parte, que la conversión a euros es, según se señala en la enmienda propuesta, automática («el contrato pasará automáticamente a préstamo normal en euros») y sin matices (en cuanto al nivel de aumento de la cuota); por otra, que es desconocida la justificación para elegir el espacio temporal concreto de un año —poco significativo en un contrato de estas características— y que esa evolución inicial negativa —que no tiene, además, por qué haber sido de una gran entidad— no excluye una positiva posterior para el prestatario. Todo esto, por supuesto, partiendo de un prestatario que asume consciente y correctamente informado el riesgo asociado a este tipo de préstamos y teniendo en cuenta que existen mecanismos de limitación del riesgo durante la ejecución del contrato<sup>83</sup>.

Vista la regulación y propuestas respecto de las cláusulas suelo y los préstamos en moneda extranjera, pasamos a cerrar la exposición con las disposiciones del Proyecto de Ley en materia de cláusulas que tienen por objeto recoger el tipo de interés del préstamo, cuando este es variable. Cláusulas en las que podemos incluir las controvertidas cláusulas índice IRPH.

El artículo 12, además de recoger la ya conocida obligación de indicar al consumidor en la documentación, en este caso, el índice de referencia utilizado para fijar el tipo de interés variable —así como una simulación de las cuotas según las diferentes evoluciones de los tipos de interés—, especifica en su apartado 4º la posibilidad de que los prestamistas apliquen cualquier índice de referencia oficial<sup>84</sup> y, por tanto, también el IRPH.

En este sentido, el debate generado acerca de la naturaleza y «tachas» del índice IRPH se puede poner en relación con las condiciones que se imponen en el artículo 19.2 PLCCI a los índices que pueden ser utilizados como referencia para el cálculo del interés nominal durante la vida del préstamo. De los requisitos exigidos destacamos que el índice tiene que ser «claro, accesible, objetivo y verificable por las partes» y que debe calcularse a coste de mercado y «no ser susceptible de influencia por el propio prestamista o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas». El entrecomillado es relevante porque hace referencia a cuestiones que, como se ha señalado en el trabajo, han sido controvertidas en nuestro país en torno al índice IRPH. Por un lado, uno de los argumentos del Tribunal Supremo para rechazar que se tratara de un índice complejo que requiriera de una explicación pormenorizada al consumidor era su carácter oficial, público y fácilmente accesible al ser objeto de publicación mensual por parte del Banco de España, entidad que supervisa su elaboración. Por otro, especialmente en un primer momento, la mayor objeción que se le opuso al IRPH fue que vulneraba el artículo 1256 del Código civil y dejaba el contrato en manos de uno de los contratantes, al ser este índice una media de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras en España. Como señalábamos en la primera parte del trabajo, esta idea no ha prosperado en los tribunales. Aun así, en el PLCCI se especifica que el índice no puede ser susceptible de influencia por el propio prestamista, ni directa ni indirectamente [art. 19.2.b)], requisito que no figura, sin embargo, en el texto de la Directiva, que se limita a exigir claridad y accesibilidad.

De las condiciones coincidentes que, en ambos textos, se fijan para aceptar incluido el tipo de interés variable en un contrato de préstamo, no puede extrapolarse fácilmente cuál es la extensión de los deberes de transparencia de las entidades financieras respecto del IRPH. Parece que este índice sí que cumple ser «accesible, objetivo y verificable» siendo quizás el requisito de claridad el que pudiera implicar, entendido de una manera amplia, la obligación de explicar al consumidor la formulación y consecuencias del concreto índice de referencia.

En cuanto a la obligación de conservar registros históricos de los índices a la que hace referencia la Directiva (no así el PLCCI), no parece que pueda dar lugar a obligaciones de ilustrar con comparativas a los consumidores porque, por una parte, habla solo de conservar (y no enseñar) y, por otra, la obligación recae sobre los prestamistas o los proveedores de índices para el cálculo de los tipos de deudores.

En una primera lectura del texto de las enmiendas se observa ya la tendencia a favorecer el uso del EURIBOR como índice de referencia principal —y, en algunos casos, único—. Así, se propone que, cuando el prestatario sea consumidor el interés variable solo pueda referirse al EURIBOR<sup>85</sup> o bien que este sea el índice de referencia general y que, en el caso de que la entidad financiera utilice otro índice, tenga que justificar por qué para superar el control de

transparencia material, teniendo en cuenta, en este último caso, que no podrán utilizarse índices o tipos de interés de referencia que «hayan sido expresamente declarados nulos o abusivos por los Tribunales»<sup>86</sup>. Recordamos, en cualquier caso, que el problema con las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato no es su ilicitud o abusividad intrínseca sino, en su caso, la falta de transmisión al consumidor de las repercusiones que debería conocer para saber qué está contratando, en el supuesto de hecho concreto<sup>87</sup>.

No referido al EURIBOR sino a cualquier tipo de interés —admitiendo otros, por tanto— se ha propuesto también especificar legalmente el deber de la entidad prestamista de detallar en el contrato el funcionamiento del tipo de interés que se aplicará, debiendo ser capaz el prestatario, a la vista de tales explicaciones, de calcular la cuota mensual resultante<sup>88</sup>. Así conceptualizado, no parece que fuera este el problema con el IRPH pues el consumidor podía fácilmente consultar el valor del índice y realizar la operación. El debate se planteó respecto de la propia fórmula y composición del índice de referencia. En este sentido, las enmiendas propuestas parecen estar en consonancia con el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 y no con el fallo principal. Esto es, se posicionan a favor de no entender cumplido el control de transparencia material con la mera referencia y descripción legal del índice en el contrato y con el argumento de que se trata de un índice oficial. Así, se incluye una obligación de proporcionar «la mayor información posible sobre el funcionamiento y evolución pasada y futura previsible de los tipos de interés» sin admitirse en el contrato, por otro lado, «remisiones a explicaciones normativas sobre el tipo deudor»<sup>89, 90</sup>.

#### IV. EL REGISTRADOR Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

En el trabajo, siguiendo el texto objeto de análisis, hemos hecho referencia al papel del notario. Sin embargo, y como hemos dejado apuntado en alguna ocasión en líneas anteriores, es de resaltar la existencia de otra figura relevante si hablamos de protección al consumidor en los contratos de préstamo hipotecario, como es la del registrador. Y es que, del mismo modo que los notarios, también los registradores se ven expresamente vinculados por la ley para no inscribir contratos o negocios jurídicos en los que consten cláusulas que hayan sido declaradas nulas por abusivas (art. 84 TRLGDCU). E, igualmente y centrándonos en el aspecto concreto que nos ocupa —la transparencia material—, es doctrina asentada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador debe comprobar si en el proceso de contratación se han cumplido todos los deberes de información y transparencia exigidos legalmente. Así, se ha señalado explícitamente en la resolución de 19 de mayo de 2017 que:

« [...] el registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificadora, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con vivienda, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen [...]»<sup>91</sup>.

El fundamento de esta, no solo potestad, sino obligación del registrador (como afirmó la DGRN en su resolución de 13 de septiembre de 2013), se encuentra en que la protección del consumidor que se pretende por parte de la normativa y la jurisprudencia alcanza a la totalidad del proceso de contratación. Este, según la Dirección, comienza con la puesta a disposición del consumidor de la información precontractual suficiente y adecuada, continúa con la posibilidad de estudiar el contrato de préstamo antes de su firma y con la obligación de información y asesoramiento a cargo del notario autorizante y no culmina hasta la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad (más teniendo en cuenta el carácter constitutivo y no meramente declarativo de esta última fase) (Resolución de 19 de mayo de 2017).

Como consecuencia de lo anterior, a modo de ejemplo, en la resolución de 22 de enero de 2015 se confirma la calificación negativa dada por el registrador por la falta, en la copia autorizada de la escritura objeto de calificación, de la expresión manuscrita que acredita que el prestatario ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato firmado (entiende correctamente suspendida la inscripción por el mismo hecho la resolución de 20 de julio de 2018). Y es que la DGRN ha señalado en diversas ocasiones, respecto de esta expresión manuscrita imperativa, que se trata de «un aspecto que debe ser calificado por el registrador», para cuyo cumplimiento *en la actualidad* no basta «la mera manifestación de la notaria de haberse redactado [...] sino que la misma deberá incorporarse físicamente a las copias que se expidan de la escritura de préstamo hipotecario, del mismo modo que se exige la incorporación de la ficha de información personalizada [...]» (Resolución de 19 de mayo de 2017). De modo similar, en la resolución de 9 de marzo de 2016 se plantea si la omisión en la escritura de constitución de la hipoteca de la constancia de haberse suministrado por parte del notario autorizante la información a la que se refiere el artículo 123-10, número 2 del Código de Consumo de Cataluña (información sobre el contenido, consecuencias jurídicas y económicas del contrato y de su incumplimiento, entre otros) es motivo suficiente, por sí sola, para suspender la inscripción de la hipoteca pactada. Así lo considera la DGRN respecto de la obligación del notario de velar por que el predisponente y él



mismo hayan proporcionado información para hacer comprensible al consumidor las consecuencias de la obligación que asume: «requisito cuyo cumplimiento, indudablemente, debe ser objeto de control registral en cuanto es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados» (en el supuesto de hecho concreto se acredita el cumplimiento de este requisito).

Volviendo al texto del PLCCI, el acta notarial allí prevista seguiría siendo objeto de control por parte del registrador<sup>92</sup> aunque el artículo 20.2 PLCCI solo dispone que «los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 13.6»<sup>93</sup>. A la vista de doctrina de la DGRN brevemente aquí expuesta y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es, en todo caso, incrementar la protección al consumidor potenciando la seguridad jurídica y la transparencia, la regla resulta llamativa pues parece que no deberían reducirse los filtros de control existentes en lo que a la labor de comprobación del registrador se refiere.

## V. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

I. Los tribunales, a golpe de sentencia y al hilo de cláusulas concretas, han ido delimitando, en mayor o menor medida y con mayor o menor uniformidad y acierto, el fundamento, ámbito de aplicación, funcionamiento y consecuencias del control de transparencia material. Dada la repercusión práctica que ha tenido el mismo respecto de los contratos de préstamo hipotecario con consumidores en nuestro país, nos parece un acierto su positivización en un texto normativo de tal forma que se homogeneice su regulación y se reduzca, como consecuencia, la inseguridad jurídica para todos los implicados en el proceso de contratación. Este es uno de los objetivos del PLCCI que, sin complicarse mucho, transpone a nuestro ordenamiento jurídico de una manera relativamente fiel en lo que a transparencia material se refiere la Directiva de 2014 —que, ya habíamos señalado, de por sí no impone un nivel de exigencia de información muy elevado—.

II. Lo más novedoso, el papel del notario, ha sido también una de las cuestiones más discutidas y respecto de las que se han planteado más enmiendas. En general, si atendemos a ellas, el texto de la Ley resultante de la tramitación podría sufrir las modificaciones más relevantes en esta materia precisamente en los artículos 12 y 13. En la mayor parte de las propuestas de reforma se observa una preocupación por proteger la posición del consumidor prestatario asegurando que reciba las explicaciones y asesoramiento suficientes y adecuados. Y, especialmente, por dejar claro que esta obligación se sitúa eminentemente en la esfera del prestamista y que no puede producirse un trasvase de estos deberes a la figura del notario de tal forma que, al final, la única transparencia

exigible a la entidad financiera sea prácticamente documental. Sería necesario delimitar acciones más allá de lo formal y que fueran más concretas (y, por tanto, identificables y exigibles a los prestamistas) que una mera referencia a unas «explicaciones adecuadas». En todo caso, además, hay que tener en cuenta —aunque expresamente no se aluda a ello en el texto normativo— que esta regulación de la labor del notario no merma el papel del registrador como pieza del sistema de protección al consumidor. En él recae, asimismo, un deber de velar por la transparencia en la contratación, deber que se concreta en la necesidad de comprobar de forma efectiva el cumplimiento de las obligaciones legales.

III. En cuanto a la regulación concreta de las cláusulas aquí analizadas, la tendencia de las enmiendas es a incluir restricciones, bien en el perfil del prestatario (vetando su comercialización con consumidores o exigiendo perfiles expertos), bien en la configuración de la propia cláusula (por ejemplo, límites en la cuantía del suelo), bien a modo de limitación de riesgos (por ejemplo, potenciación del deber de información durante la vida del contrato o aumento de los supuestos que dan lugar a la conversión a euros del préstamo, en los referenciados a divisa extranjera). Algunas de estas medidas, si bien suponen un aumento de la protección, no resultan, sin embargo y a nuestro parecer, adecuadas.

IV. Nos parecen criticables las enmiendas que abogan por prohibir en términos absolutos la comercialización con consumidores de préstamos hipotecarios que incluyan las cláusulas controvertidas objeto del presente trabajo, por haber sido consideradas nulas frecuentemente en los tribunales por falta de transparencia. Estas cláusulas no son ilícitas *per se* y puede haber consumidores para los que el contrato fuera adecuado. Faltaríamos a la verdad si afirmáramos que ningún prestatario consumidor se ha visto beneficiado en nuestro país, por ejemplo, por la contratación de un préstamo con cláusula en divisa extranjera para la adquisición de su vivienda habitual. Es cierto, no obstante, que las entidades financieras previsiblemente se aventurarán poco a incluir en sus préstamos estas cláusulas ante el riesgo de que no superen el nivel del control de transparencia material<sup>94</sup>.

V. Por último, y aunque no hemos hecho mención en el trabajo a las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato por falta de transparencia material, no podemos cerrar estas observaciones sobre el PLCCI sin aludir a las enmiendas que plantean explicitar, tanto en el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (en adelante, LCGC) como en el artículo 83 TRLGDCU, que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Si bien nos parece acertada la adición en este último caso pues viene a clarificar las consecuencias de la falta de transparencia material —cuestión, asimismo, controvertida en la doctrina—, no podemos decir lo mismo de la modificación propuesta del artículo 5 LCGC.

Esto último podría generar confusión acerca de la naturaleza jurídica del control de transparencia material (¿acaso la transparencia formal del art. 5 LCGC es la misma que la del control de transparencia material?; ¿pertenece entonces este al ámbito del control de incorporación pero con otra consecuencia?<sup>95</sup>) y una posible contradicción si se incluye en los dos preceptos (¿pertenece también, al mismo tiempo, al de abusividad, al que alude el artículo 83 TRLGDCU? ¿se trata, la del artículo 5 LCGC, una mera mención que complementa a la del régimen principal, que se regula en el art. 83 TRLGDCU?)<sup>96</sup>. Es decir, en una u otra ubicación (a nuestro juicio, mejor en sede del art. 83 TRLGDCU) pero, en todo caso, no en las dos.

## RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank* [TJCE\2015\435]
- STJUE de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus* [TJCE\2017\31]
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriciuc* [TJCE\2017\171]
  
- STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]
- STS de 12 de enero de 2015 [RJ 2015, 608]
- STS de 30 de junio de 2015 [RJ 2015, 2662]
- STS de 9 de marzo de 2017 [RJ 2017, 977]
- STS de 15 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 4730]
- STS de 14 de diciembre de 2017 [RJ 2017, 5440]
- ATS de 3 de junio de 2013 [RJ 2013, 3617]
  
- SAP de Asturias (7.<sup>a</sup>) de 24 de febrero de 2017 [JUR 2017, 106295]
- SAP de Madrid (18.<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 2017 [JUR 2017, 206161]
- SAP de Asturias (6.<sup>a</sup>) de 23 de junio de 2017 [JUR 2017, 210832]
- SAP de Madrid (12.<sup>a</sup>) de 28 de junio de 2017 [JUR 2017, 244225]
- SAP de Salamanca (1.<sup>a</sup>) de 4 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 252486]
- SAP de Madrid (18.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 258043]
- SAP de Asturias (4.<sup>a</sup>) de 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 258214]
- SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 26 de octubre de 2017 [JUR 2017, 309113]
- SAP de Madrid (8.<sup>a</sup>) de 30 de octubre de 2017 [JUR 2018, 1744]
- SAP de Valladolid (1.<sup>a</sup>) de 27 de diciembre de 2017 [JUR 2018, 53027]
- SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2018 [JUR 2018, 64471]
- SAP de Salamanca (1.<sup>a</sup>) de 18 de enero de 2018 [JUR 2018, 64426]
- SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 22 de enero de 2018 [AC 2018, 157]
- SAP de Barcelona (15.<sup>a</sup>) de 5 de febrero de 2018 [AC 2018, 327]
- SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 8 de febrero de 2018 [JUR 2018, 52863]
- SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2018 [JUR 2018, 53179]

- SAP de Tarragona (1.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2018 [*JUR* 2018, 87899]
- AAP de Almería de 20 de marzo de 2018
- AAP de Las Palmas (4.<sup>a</sup>) de 5 de octubre de 2018 [Id Cendoj: 35016370042018200001]
  
- SJPI de Madrid (49.<sup>o</sup>) de 22 de diciembre de 2017 [*JUR* 2018, 27994]
- SJPI de Amurrio (Álava) (2.<sup>a</sup>) de 15 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 20713]
- SJPI de Sagunto (Valencia) (3.<sup>a</sup>) de 15 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 19779]
- SJPI de Alicante (3.<sup>a</sup>) de 19 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 41258]
- SJPI de Gavá (Barcelona) (3.<sup>a</sup>) de 20 de febrero de 2018 [*JUR* 2018, 55248]
- AJPI de Barcelona (38.<sup>a</sup>) de 16 de febrero de 2018 [*JUR* 2018, 50716]
  
- RDGRN de 13 de septiembre de 2013 [BOE-A-2013-10699]
- RDGRN de 22 de enero de 2015 [BOE-A-2015-1873]
- RDGRN de 28 de abril de 2015 [BOE-A-2015-6077]
- RDGRN de 9 de marzo de 2016 [BOE-A-2016-3307]
- RDGRN de 19 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-6547]
- RDGRN de 19 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-6548]
- RDGRN de 20 de julio de 2018

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2018). Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: La «nueva» obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], enero, disponible en [http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/PLCI\\_obligacion\\_de\\_los\\_notarios\\_de\\_controlar\\_la\\_abusividad\\_de\\_las\\_clausulas.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/PLCI_obligacion_de_los_notarios_de_controlar_la_abusividad_de_las_clausulas.pdf)
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016). Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Cesco* [En línea], núm. 20, 42-73, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1239>
- (2017). Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: *Andriciuc y otros/Banca Românesacă SA. La Ley Unión Europea*, núm. 53, 30 de noviembre de 2017.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- (2011). Más sobre las cláusulas de «suelo»: ¿cómo saber si una cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato? [En línea], disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es> [marzo de 2011].
- (2017a). ¿Y ahora qué?. *InDret* [En línea], núm. 1, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/318296> [enero de 2017].
- (2017b). La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo. [En línea], disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es> [enero de 2017].

- (2017c). De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte. [En línea], disponible en <http://derecho-mercantiles.espana.blogspot.com.es> [febrero de 2017].
- ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (105-126).
- ARANGUREN URRIZA, F. J. (2016). El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores. En: C. Hornero, M. Espejo y F. Oliva (dirs.), *Derecho de contratos: Nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Navarra: Aranzadi (111-141).
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en [www.indret.com/pdf/1304.pdf](http://www.indret.com/pdf/1304.pdf) [abril 2017].
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional* [En línea], Vol. 5, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1815/846> [octubre de 2013, 209-233].
- (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 549-643.
- (2017). Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [En línea], vol. 9, núm. 1, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628> [marzo de 2017, 383-395].
- CANIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 3, 67-105.
- CARRASCO PERERA, A. (2017a). Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisas. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3240-una-previsible-y-fallida-sentencia-nulidad-y-futuro-de-las-hipotecas-multidivisas> [noviembre de 2017].
- (2017b). El notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3296-el-notario-y-la-transparencia-material-en-el-proyecto-de-ley-de-cr%C3%A9dito-inmobiliario> [diciembre de 2017].
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2015). Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 269-292.
- DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. En: S. Díaz Alabart (dir.): *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (13-103).
- FUENTESECA DEGENEFTE, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE. En: S. Díaz Alabart

- (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (127-222).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). Comentario al artículo 80. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi (1027-1083).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2018). Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no? *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3320-las-cl%C3%A1usulas-irph-son-transparentes-%C2%BFo-no> [enero 2018].
- MATO PACÍN, M. N. (2017). El contrato de servicios bancarios: Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Jus Civile* [En línea], núm. 3, 244-270, disponible en [http://www.juscivile.it/contributi/2017/18\\_MatoPacin.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/2017/18_MatoPacin.pdf)
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 82. En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex (711-753).
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2018). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria. *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en [www.indret.com/pdf/1386.pdf](http://www.indret.com/pdf/1386.pdf)
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Madrid: Marcial Pons.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2017), 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato [En línea], disponible en <http://almacenederecho.org/> [marzo de 2017].
- PAZOS CASTRO, R. (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Navarra: Aranzadi.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret* [En línea], núm. 3, disponible en [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1681&pdf=995.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1681&pdf=995.pdf)
- (2017a). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017b). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 1197-1238.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2017). El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: L. M. Miranda y J. Pagador (dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid: Marcial Pons (459-474).

## NOTAS

<sup>1</sup> Versión del Proyecto de Ley vigente en el momento en el que se presentó este artículo (octubre de 2018). El trabajo, por lo tanto, se basa en este texto aunque se han incluido breves menciones en nota a pie acerca de las modificaciones más relevantes —en relación con la transparencia— que ha supuesto la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley el pasado 20 de diciembre de 2018.

<sup>2</sup> En la práctica, por los tipos de interés y de cambio, las divisas elegidas en el periodo en el que se contrataron mayoritariamente este tipo de préstamos por consumidores eran los francos suizos y los yenes japoneses. El atractivo de este contrato respecto de un préstamo en euros y referenciado al EURIBOR residía, por una parte, en la aplicación de un tipo de interés de referencia más bajo que el EURIBOR (el LIBOR asociado a cada una de las dos divisas antes mencionadas) y, por otra, en el propio juego de los tipos de cambio entre un euro fuerte y las otras divisas extranjeras, depreciadas respecto del euro en ese momento (CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2015, 269 y sigs.)

<sup>3</sup> Aunque es el segundo índice de referencia más utilizado después del EURIBOR, se estima que se ha incluido en el 15% de los préstamos hipotecarios concedidos en España (según informe de ADICAE de fecha 6 de julio de 2017, [http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Informe\\_IRPH\\_junio\\_2016.pdf](http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Informe_IRPH_junio_2016.pdf)).

<sup>4</sup> Regulado como índice o tipo de referencia oficial en la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

<sup>5</sup> Sobre la delimitación de las cláusulas que se refieren a elementos esenciales, ver MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 728-732); ALFARO ÁGUILA-REAL (2011); CÁMARA LAPUENTE (2013, 227 y sigs.); PAZOS CASTRO (2017, 367 y sigs. (en especial, 378 y sigs.).

<sup>6</sup> Estudio en detalle en CÁMARA LAPUENTE (2015, 557 y sigs.).

<sup>7</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 723).

<sup>8</sup> Pues están incluidas en clausulados largos y farragosos, el consumidor carece normalmente de formación jurídica y económica para comprenderlos y existe la sensación de que no se podrá influir en su contenido y de que este será similar al de los clausulados de otros predispuestos. Al respecto, nos remitimos a los estudios de ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, 70 y sigs.) y PAGADOR LÓPEZ (1999, 103 y sigs. [en especial, 113 y sigs.]).

<sup>9</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 726-728).

<sup>10</sup> Por todas, STS de 9 de mayo de 2013.

<sup>11</sup> Sin querer profundizar en la naturaleza jurídica del control de transparencia material, aquí seguimos a la doctrina que defiende una «abusividad ponderada» —es decir, la falta de transparencia da lugar a entrar a valorar la abusividad de una cláusula— y no la «abusividad directa» —la falta de transparencia hace la cláusula directamente abusiva— (las expresiones son utilizadas por CÁMARA LAPUENTE (2015, 562 y sigs.), quien sostuvo una tercera postura que incluye a la falta de transparencia material dentro de la órbita del control de incorporación (asimismo CÁMARA LAPUENTE (2017, 392), a la que parecen adscribirse también ALBIEZ DOHRMANN (2017, 14) y VALPUESTA GASTAMINZA (2017, 464 y sigs.). A favor de la necesidad de valoración de los efectos de la falta de transparencia, entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, 108 y sigs.), CAÑIZARES LASO (2015, 92 y sigs.), MATO PACÍN (2017, 163 y sigs.), PAZOS CASTRO (2017, 414, 439). A favor, por el contrario, de una equiparación automática entre abusividad y falta de transparencia, ALFARO ÁGUILA-REAL (2017c), MIRANDA SERRANO (2018, 16-17). Por su parte, algunas resoluciones del Tribunal Supremo hacían dudar de la configuración del control que aplicaba, pero esta parece quedar clara en la STS de 9 de marzo de 2017 (tras la doctrina del TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus*), en la que subraya que «el control y la transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación».

<sup>12</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 23 y sigs.) y (2017a, 101 y sigs.).

<sup>13</sup> El nivel tan exigente impuesto por el Tribunal Supremo en esta primera sentencia fue ampliamente criticado por la doctrina (véase, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 15), ALFARO ÁGUILA-REAL (2017, 7), VALPUESTA GASTAMINZA (2017, 462).

<sup>14</sup> De hecho, en esta última sentencia el propio Tribunal falló a favor de entender superado el control de transparencia de una cláusula suelo valorando, entre otras circunstancias, que la cláusula estaba redactada en negrilla y que había sido advertida por el notario a los consumidores. Entendemos, sin embargo, que, a pesar de estas menciones, el argumento de mayor peso para llegar a esa conclusión fue la inclusión como suelo de un tipo de interés

diferente al que venía usando la entidad (lo que da pie a pensar que los prestatarios conocían el alcance y las consecuencias de la aplicación de la cláusula), porque ni la negrilla, ni la advertencia del notario, nos parecen criterios suficientes en sí mismos (especialmente respecto de este último, como tendremos ocasión de ver).

<sup>15</sup> Aunque representa una mínima proporción de todos los estudios sobre las cláusulas suelo, véase PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2013, 4 y sigs.) (2017a), CAÑIZARES LASO (2015, 87-92), ALFARO ÁGUILA-REAL (2017b), MATO PACÍN (2015, 245 y sigs.).

<sup>16</sup> En efecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 2015, los calificó como instrumentos financieros derivados complejos y, por tanto, sujetos a las obligaciones de información cualificada derivadas de la Ley del Mercado de Valores (art. 79). Para llegar a esta conclusión puso el acento en el hecho de que la cuantificación de la obligación de una de las partes —el pago de las cuotas y el cálculo del capital pendiente de amortizar— dependía de la cuantía que alcanzara otro valor distinto, en este caso, una divisa extranjera. Sin embargo, el mismo año, el TJUE, en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*), excluyó del ámbito de aplicación de la normativa de instrumentos financieros a este tipo de operaciones, entendiendo que no constituyen un servicio o una actividad de inversión, doctrina mantenida en la STJUE de 20 septiembre 2017 (caso *Andriuc*). El Tribunal Supremo ha asumido esta posición del TJUE en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, modificando su anterior doctrina y concluyendo que la finalidad de un préstamo denominado en divisas no es llevar a cabo una inversión sino simplemente ejecutar las obligaciones esenciales de un contrato de préstamo con la peculiaridad de estar referenciado a una divisa extranjera: estas operaciones de cambio de divisa «no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto (el préstamo) sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de este».

<sup>17</sup> CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (2015, 271 y sigs.).

<sup>18</sup> Cabe señalar que los argumentos de nulidad parcial sustentados sobre la vulneración de normas imperativas no han prosperado. Además de que las entidades financieras que comercializan préstamos hipotecarios en divisa extranjera no están sujetas a las obligaciones de información y valoración del perfil del cliente de la Ley del Mercado de Valores, en todo caso, los tribunales ponen de manifiesto que, ni esta norma ni las administrativas que imponen obligaciones de transparencia a los prestamistas, ligan la consecuencia de la nulidad de estas cláusulas o del contrato de préstamo al incumplimiento de los deberes de información en ellas previstos, sino, tan solo, sanciones administrativas (por todas, STS de 15 de noviembre de 2017).

<sup>19</sup> Realiza un estudio en profundidad acerca del error como mecanismo para anular los préstamos con cláusulas en divisas extranjeras PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2017, 1197-1238). Por otra parte (y aunque sin reflejo por el momento en la jurisprudencia), PANTALEÓN PRIETO (2017) planteó la posibilidad de acudir a la vía del dolo incidental (art. 1270.II CC) para salvar el problema de la consecuencia de la nulidad total del contrato.

<sup>20</sup> En este caso, no planteadas por tribunales españoles, sino rumanos, respecto de préstamos con garantía hipotecaria en francos suizos.

<sup>21</sup> Realiza un comentario en profundidad a esta sentencia ALBIEZ DOHRMANN (2017, 1 y sigs.).

<sup>22</sup> En todo caso, esta última cláusula, al regular una cuestión accesoria en el contrato, estaría sujeta al régimen del control de contenido de tal forma que, aunque se resaltara su existencia por parte del prestamista, si su redacción implica una facultad de resolución unilateral a favor del prestamista sin un correlativo incumplimiento sustancial del prestatario o sin una justificación suficiente, podría ser declarada abusiva.

<sup>23</sup> Sobre la valoración del desequilibrio en los casos de falta de transparencia material, PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2017a, 113-114).

<sup>24</sup> Comenta y valora negativamente esta sentencia CARRASCO PERERA (2017a, 1 y sigs.).

<sup>25</sup> SAP de Barcelona (15<sup>a</sup>) de 5 de febrero de 2018.



<sup>26</sup> No será suficiente la simulación si se limita a la comparativa del importe a pagar en euros y en la divisa extranjera, en el momento de contratar porque esta simulación solo refleja la situación en el momento concreto de celebrar el contrato pero no posibles evoluciones [SAP de Madrid (12.<sup>a</sup>) de 28 de junio de 2017]. Por otro lado, hay que incluir en la simulación los escenarios perjudiciales para el consumidor. Esto se tiene en cuenta en la SAP de Madrid (8.<sup>a</sup>) de 30 de octubre de 2017, donde se especifica que consta acreditado que al prestatario se le expusieron posibles escenarios y simulaciones de evolución desfavorable del tipo de cambio. Como vimos al analizar la doctrina del TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017, el prestatario debe comprender no solo que la divisa extranjera fluctúe sino también el riesgo al que se expone en la peor situación para él, esto es, cuando esa divisa extranjera se aprecia.

<sup>27</sup> Aunque en algún caso sí se había hecho pero solo para resaltar el buen comportamiento del euro —SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2018—.

<sup>28</sup> Así ocurre, por ejemplo, en la SAP de Madrid (8.<sup>a</sup>) de 30 de octubre de 2017, en la que el consumidor pedía simulaciones con las distintas monedas para poder tomar una decisión sobre en qué divisa formalizar el préstamo al inicio.

<sup>29</sup> No así en la SAP de Asturias (7.<sup>a</sup>) de 24 de febrero de 2017, en la que —en interpretación conjunta con más circunstancias en el mismo sentido— se señala que «[E]stá acreditado que los demandantes eran usuarios de la web de la entidad Bankinter, S.A., en la que podían consultar entre otros aspectos las cuotas pagadas, la evolución del tipo de interés y del cambio de la divisa y de hecho accedieron a dicha web desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública hasta la presentación de la demanda en 2666 ocasiones». Desde nuestro punto de vista, repetimos, es irrelevante este hecho para valorar si, en el momento de la contratación, habían tenido la información suficiente.

<sup>30</sup> Cosa distinta es que pueda tener importancia para determinar si ha caducado el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento (tomando como *dies a quo* aquel en el que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, según doctrina del Tribunal Supremo [por todas, STS de 12 de enero de 2015]).

<sup>31</sup> Nos remitimos a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017b, 1214 y sigs.), respecto de las condiciones subjetivas del prestatario.

<sup>32</sup> Efectivamente, de forma mayoritaria se ha entendido en la doctrina siempre que el análisis del control de transparencia debe enfocarse desde la perspectiva del consumidor medio, tal y como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, 1063 — 1034). En el mismo sentido, por todas, SAP de Madrid (18.<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 2017: «[...] con independencia de que el actor no puede ser considerado un inversor profesional, que en este momento no es relevante pues no nos encontramos ante la información precontractual derivada de la Ley del mercado de valores, sino ante el mero control de transparencia cualificada determinado por la Directiva 93/13.

<sup>33</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017a, 127).

<sup>34</sup> Incluye también esta matización PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017a).

<sup>35</sup> Artículo 82.3 TRLC: «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración [...]».

<sup>36</sup> A mayor abundamiento, junto con un cumplimiento deficiente del deber de información precontractual por parte del prestamista, resaltan la importancia del perfil no experto financiero de los prestatarios, entre otras, la SAP de Salamanca (1.<sup>a</sup>) de 4 de septiembre de 2017 (varios consumidores: formación en ciencias económicas pero con trabajo en el ramo de la contabilidad, camarero, jubilados y con estudios primarios); SAP de Asturias (4.<sup>a</sup>) de 3 de octubre de 2017 (ingeniero topógrafo sin conocimiento financiero); SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 26 de octubre de 2017 (policía sin conocimientos específicos en valores o productos bancarios); SAP de Valladolid (1.<sup>a</sup>) de 27 de diciembre de 2017 (trabajador en unos talleres de vehículos con perfil conservador); SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2018 (matrimonio formado por un administrador de una pequeña empresa y una odontóloga); SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 22 de enero de 2018 (abogado en un despacho familiar pero que está

especializado en Derecho de familia y sucesiones); SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 8 de febrero de 2018 (funcionaria de la Inspección de Trabajo); SAP de Valladolid (3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2018 (licenciado en Derecho pero que no ejerce).

<sup>37</sup> Es el caso de la SAP de Asturias (6.<sup>a</sup>) de 23 de junio de 2017, en la que se falló a favor de entender que los consumidores conocían o estaban en posición de conocer el riesgo porque, a pesar de que no había quedado demostrada la entrega al consumidor de toda la información precontractual exigida, le había sido dada por el sindicato la oferta comercial para los trabajadores de la aerolínea, había tenido la iniciativa de contratar, acudiendo primero a otra oficina a informarse, y se trata de trabajadores que, por viajar al extranjero, están familiarizados con el cambio en divisas y no necesitan especial explicación. Por su parte, se señala en la SAP de Madrid (18.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2017 que «no puede decirse en modo alguno que los posibles problemas [...] podían ser desconocidos para el actor que tiene una sólida formación en temas jurídicos y financieros, con estudios de posgrado, y que desde luego permiten descartar que el mismo, [...] no tuviera conocimiento del funcionamiento de una operación de este tipo». Y de modo similar en la SAP de Madrid (8.<sup>a</sup>) de 30 de octubre de 2017, se falló a favor de la suficiencia de la información suministrada al consumidor porque, además de acreditarse la explicación de los distintos escenarios, la iniciativa del consumidor y algún cambio de divisa durante el contrato, «el demandante tenía la formación suficiente para entender el mecanismo de la hipoteca multdivisa pues [...] es ingeniero industrial y analista de precios en Endesa y, por tanto, debió estar familiarizado con los riesgos de cambio derivados de la eventual fluctuación del valor de las divisas en el mercado».

<sup>38</sup> Esta sentencia «supone un paso atrás respecto de la doctrina sobre el control de transparencia» establecida por la sentencia sobre multdivisa para MARTÍNEZ ESPÍN (2018, 19). Considera acertada la decisión, por el contrario, MIRANDA SERRANO (2018, 29).

<sup>39</sup> «Los diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al EURIBOR, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos», apunta el órgano jurisdiccional.

<sup>40</sup> Un argumento que se había utilizado para declarar la ineficacia del índice IRPH era su contrariedad contra una norma de naturaleza imperativa como es el artículo 1256 del Código civil. Este precepto prohíbe que el contrato quede en manos de una de las partes lo que se alegaba que ocurría en el caso de este índice: al ser el resultado de la media de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras se solicitaba su nulidad bajo el razonamiento de que una de las partes tiene influencia en su formación, hecho sobre el que, además, no se había informado al cliente. Esta vía, sin embargo, no ha tenido éxito en los tribunales que han señalado que «no debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación» [por todas, SAP de Tarragona (1.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2018].

<sup>41</sup> Niega la existencia de esta obligación, con acierto desde nuestro punto de vista, entre otras, la SAP de Tarragona (1.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2018.

<sup>42</sup> AJPI de Barcelona (38.<sup>a</sup>) de 16 de febrero de 2018 y AAP de Almería de 20 de marzo de 2018.

<sup>43</sup> Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Sagunto (Valencia) (3.<sup>a</sup>) de 15 de enero de 2018, de Amurrio (Álava) (2.<sup>a</sup>) de 15 de enero de 2018, de Alicante (3.<sup>a</sup>) de 19 de enero de 2018, de Gavá (Barcelona) (3.<sup>a</sup>) de 20 de febrero de 2018. Tomando un extracto de esta última resolución, se señala que en supuesto de hecho «no hay prueba alguna que refleje que el actor fuera informado de cuáles eran las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH, para que los mismos pudieran decidir si querían subrogarse en ese préstamo hipotecario o elegir otra entidad financiera».

<sup>44</sup> Observaciones de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2018 remitidas al TJUE el 17 de septiembre de 2018, respecto del Asunto C-125/18 (DC90822). Este informe ha sido

tenido en cuenta por los tribunales como un argumento más para suspender la tramitación de procedimientos. A modo de ejemplo, el AAP de Las Palmas de 5 de octubre de 2018 alude en su motivación a «la excepcionalidad de la situación derivada del planteamiento de una cuestión prejudicial unido al hecho de que la Comisión Europea haya informado a favor de que se declare la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula» así como al principio de seguridad jurídica y la total vinculación a la decisión del TJUE.

<sup>45</sup> De nuevo, como se indicó al inicio del trabajo, se trataba del texto vigente en el momento de presentar el trabajo. En la actualidad, el Proyecto de Ley que se está tramitando es de fecha de 20 de diciembre de 2018. Se hará en nota a pie una breve mención de los cambios más relevantes que atañan al trabajo. En cualquier caso, y respecto del Anteproyecto de Ley previo, encontramos un análisis en ALBIEZ DOHRMANN (2016, 42-73). Una de las críticas reiteradas al texto es su amplia remisión a un desarrollo reglamentario posterior en cuestiones tan importantes como el contenido de la publicidad, la información general o la personalizada, entre otros. Esto parece haberse corregido parcialmente en el Proyecto de Ley, como veremos a continuación.

<sup>46</sup> Véase una aproximación general a la Directiva en DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (2015, 13-103); ARROYO AMAYUELAS (2017, 44). Específicamente, respecto de la regulación de la transparencia y la información debida, *ibidem*, 21-25.

<sup>47</sup> Este plazo de siete días naturales se amplía en el nuevo texto a diez días naturales, tanto respecto de la antelación de entrega de la documentación como de su consideración como oferta vinculante (art. 14.1). Por otro lado, en el Proyecto de Ley aprobado en diciembre de 2018 se ha incluido un nuevo artículo (art. 7) referido a las «Obligaciones de transparencia en relación con los contratos» y que alude a la inscripción por parte de los prestamistas de los clausulados utilizados en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Del mismo modo, se ha incluido en el artículo relativo a la información general de los préstamos inmobiliarios un exhaustivo elenco de elementos sobre los que se debe informar (art. 9), mientras que en el texto anterior había una mera remisión a un ulterior desarrollo reglamentario.

<sup>48</sup> También incluye referencias al vencimiento anticipado, a los intereses moratorios o a los gastos asociados a la concesión del préstamo, algunas de las cláusulas que más presencia han tenido en nuestros tribunales. Además, también se debe entregar, en su caso, documentación respecto de la contratación de un seguro. Eso sí, aunque se incluyen dentro de las obligaciones de transparencia, volvemos a incidir en que se tratan de cláusulas accesorias de tal modo que el hecho de que sean objeto de explicación al consumidor no impide que, si su contenido es intrínsecamente desequilibrado, puedan ser declaradas igualmente abusivas.

<sup>49</sup> El artículo 22 de la Directiva hace alusión a servicios de asesoramiento que pueden prestar las entidades financieras pero parece que se trata más bien de un servicio extra, que puede o no darse y que, por tanto, no formaría parte de las obligaciones de un control de transparencia material. En este sentido, FUENTESECA DEGENEFFE (2015, 188-193), aclara que no es lo mismo explicar e informar que asesorar, en tanto en cuanto lo segundo —servicio no obligatorio— implica recomendaciones. Esto no obsta para que las advertencias del riesgo que constan en el artículo 22 también sean realmente contenido de la información debida por el prestamista.

<sup>50</sup> Crítico con este papel que otorga el Proyecto a los notarios, CARRASCO PERERA (2017b, 1-2). El autor señala cómo el texto, haciendo una particular transposición de la Directiva, ha convertido a los notarios en asesores independientes gratuitos y se ha asegurado de salvar el obstáculo de que su intervención coetánea a la firma del contrato no garantiza la transparencia obligando a que esta se produzca antes.

<sup>51</sup> Aunque, como señala ARROYO AMAYUELAS (2017, 33-34), a pesar del término elegido, el «asesoramiento» por el notario del artículo 13 del Proyecto no parece equivalente a los servicios de asesoramiento a los que se refiere el artículo 22 de la Directiva sino a unas simples explicaciones.

<sup>52</sup> Enmiendas recogidas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 23 de marzo de 2018, núm. 12-3.

<sup>53</sup> Los Grupos Parlamentarios Unidos Podemos y Esquerra Republicana son los que abogan por su supresión (del artículo 13 y de ambos artículos, 12 y 13, respectivamente). En el primer caso, respecto del artículo 13, se señala que el notario no es un asesor (y, en todo caso, no asesorará en contra de los intereses de la entidad bancaria), que se necesita una transparencia de contenido con previsiones de futuro que corresponde a la entidad bancaria, que extender un acta notarial es una herramienta de protección para los prestamistas y que el control debe ser judicial (enmienda núm. 33, 117). El segundo de los Grupos citados, por su parte, resalta que el Proyecto es huérfano en la comprobación de si el prestatario realmente ha entendido o no la información precontractual y el asesoramiento recibidos —lo que no es regulable por ley— además de mantener referencias a cláusulas que «si bien no han sido declaradas nulas *per se*, en la práctica no pasan en casi ningún caso el citado doble control de transparencia, habiendo sido declaradas con reiteración [...] su nulidad o inaplicación por los Tribunales», lo que «fomenta una especie de «bendición» a su uso generalizado» (enmienda núm. 138, 238).

<sup>54</sup> Enmienda núm. 103 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista que argumenta que el notario ha de ser fedatario e informante pero no encargarse de «recoger pruebas», más todavía respecto a los ejemplos de aplicación práctica que tienen normalmente relación con conocimiento de economía financiera y que no parece una función del notario sino tarea de los prestamistas: «Lo razonable pues, es exigir que el notario constate si se ha facilitado esa información y en qué términos. Y que si no se ha facilitado información, o esta sea insuficiente, advierta al prestatario de los riesgos que asume y la posibilidad de no firmar el contrato o de que el prestatario requiera información complementaria o que negocie la modificación de las cláusulas afectadas. [...] El notario no puede sustituir los deberes de información que corresponden al prestamista, tampoco puede sanear o corregir lo que debe hacer la entidad financiera o el intermediario. Su función ha de ser la de advertir al consumidor de las deficiencias observadas en la información o de la inclusión de cláusulas que no sean claras o comprensibles» (198 y 199).

<sup>55</sup> Así lo proponen los Grupos Parlamentarios EAJ-PNV (enmiendas núm. 8 y 9, 74 y 75), Esquerra Republicana (enmienda núm. 148, 244 y 245) y el Grupo Mixto (enmienda núm. 222, 314). La motivación en los dos primeros casos es la siguiente: «[E]n orden a la apreciación del cumplimiento del principio de transparencia material, es de enorme importancia que en cada fase y con los efectos que le son propios, el prestatario exteriorice su entendimiento positivo acerca del tipo de préstamo ofrecido por la entidad financiera. Desde tal punto de vista, se anticipa a la fase de comercialización la expresión manuscrita del prestatario que ahora se encuentra en la fase precontractual y en presencia del notario, para que quede constancia que, en esta fase, se ha producido un avance en la formación de la voluntad del futuro prestatario mediante su declaración manuscrita de haber recibido y entendido la información que debe suministrarle la entidad».

<sup>56</sup> En este sentido, es realmente más coherente con el contenido actual del artículo el título que propone el Grupo Parlamentario Ciudadanos: «Acta notarial y asesoramiento al prestatario» (280). Sin embargo, no nos mostramos favorables a la enmienda que hace este Grupo al artículo 12 del Proyecto pues plantea que la documentación deba ser entregada por parte de la entidad al notario y que sea este el que se la remita al consumidor (enmienda núm. 188, 278). Aunque sí valoramos positivamente la especificación que se propone en la enmienda de algunas obligaciones del prestamista para cumplir con su deber de transparencia material (279), nos parece que la entrega de la documentación al prestatario debe hacerse directamente por parte de la entidad y que lo contrario, además de no favorecer la comunicación entre ambas partes contratantes, supone introducir un intermediario y una labor añadida e innecesaria para el notario.

<sup>57</sup> Y quizás en la redacción propuesta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (enmienda núm. 188, 279): «[E]l prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria, de manera verbal o por escrito, a efectos de cumplir con el principio de transparencia, tanto en su vertiente formal como material, debiendo asegurarse de que el prestatario ha comprendido en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo».

<sup>58</sup> En el texto aprobado en diciembre de 2018 se ha procedido a trasladar la manifestación manuscrita firmada por el prestatario al momento de la contratación con el prestamista pues este documento deberá ya remitirse, junto con el resto, al notario (art. 14.1, último párrafo). Por otro lado, se han detallado los deberes concretos del prestamista, siguiendo la redacción de la enmienda recogida en la nota a pie anterior (art. 14.2). Se ha eliminado, por el contrario, esta descripción de los deberes de transparencia del notario [el art. 15.2.b) —anterior 13.2.b)— simplemente señala que deberán constar en el acta «las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario». Se incide de nuevo y explícitamente en la idea de que el peso de los deberes de información corresponde principalmente al prestamista en un nuevo apartado añadido (art. 15.9), extendiéndose todas las obligaciones de protección a los fiadores o garantes personas físicas (art. 15.4).

<sup>59</sup> Pone de manifiesto ARROYO AMAYUELAS (2017, 33-34), que nada asegura que las explicaciones permitan al consumidor realmente comprender todos los extremos ni que la falta de entendimiento frene su decisión de contratar. Lo mismo señala, respecto de la expresión manuscrita, ARANGUREN URRIZA (2016, 137-138).

<sup>60</sup> El Considerando 48.º del texto comunitario señala que «resulta oportuno que los prestamistas y, si procede, los intermediarios de crédito, proporcionen la asistencia supletoria respecto de los productos que ofrecen al consumidor explicando la información pendiente, incluidas, en particular, las características esenciales de cada uno de los productos propuestos de forma personalizada, de manera que el consumidor pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Los prestamistas [...] deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de este y de la índole de los productos de crédito específicos». Por otra parte, el artículo 16 obliga a los Estados a que velen por que los prestamistas faciliten al consumidor «explicaciones adecuadas» sobre el contrato (mención que transpone con demasiada literalidad el PLCCI y sin el desarrollo necesario en una ley nacional y que era más difícil para la Directiva).

<sup>61</sup> En este sentido, AGÜERO ORTIZ (2018, 3).

<sup>62</sup> Enmienda núm. 103 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista (198): «[E]l valor probatorio del acta notarial se regula por la LEC y se pondera por los jueces en los términos que se derivan de la LEC y de la práctica judicial», haciendo referencia, a este respecto, a que el notario «no puede sanear o corregir lo que debe hacer la entidad financiera» sino que su función «ha de ser la de advertir al consumidor de las deficiencias observadas en la información o de la inclusión de cláusulas que no sean claras o comprensibles».

<sup>63</sup> Enmienda núm. 160 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (252): «Es conveniente indicar en la escritura del préstamo que es necesario que el prestatario esté asistido por un profesional de la abogacía. El fundamento de esta petición no es corporativo, sino que responde a la realidad de las distintas funciones que le corresponden al notario y al profesional de la abogacía. En muchos aspectos son complementarias: el abogado asesora con carácter previo y defiende a su cliente; y el notario en principio no tiene un cliente, sino, en su caso, dos: el prestamista y el prestatario, por lo que evidentemente se podría plantear un conflicto de intereses».

<sup>64</sup> Artículo 13.5: «Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material».

<sup>65</sup> A este respecto, CARRASCO PERERA (2017b, 2), ofrece otra interpretación de la norma: además de considerar el acta prueba *iuris et de iure* del cumplimiento de la transparencia material, podría interpretarse como simple prueba de que se ha cumplido con el procedimiento que pretende conseguir la transparencia material, sin implicar que *de facto* se haya alcanzado esta. El autor, favorable por el contrario a la primera interpretación, lamenta que los tribunales probablemente acogieran la segunda pues «siempre sostienen (erróneamente, es cierto) que, en materia de contratos financieros, el cumplimiento de estándares legales o reglamentarios nunca agota la diligencia exigible al banco» (también, CARRASCO PERERA, 2017a, 16-17).

<sup>66</sup> Rechazándola en todo caso, enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos (116) y aceptando las de límite mínimo cero, enmienda núm. 221 del Grupo Parlamentario Mixto (313).

<sup>67</sup> Enmienda al artículo 5 núm. 93 del Grupo Parlamentario Socialista (189): «En el supuesto de que el préstamo a interés variable incluya cláusulas limitativas de tipos de interés, el prestatario deberá ser previamente advertido de la misma, debiendo informar el banco expresamente de la incidencia de la cláusula en el contrato. La cláusula limitativa del tipo de interés en su referencia inferior no podrá ser nunca superior al interés que el prestatario haya de pagar en su primera disposición. La cláusula limitativa en su referencia superior deberá ser proporcional a la fijada en su límite inferior».

<sup>68</sup> Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en muchos casos el primer o primeros años de los préstamos se contrataban a interés fijo, sin que tuviera efecto la cláusula suelo.

<sup>69</sup> Enmienda núm. 196 del Grupo Parlamentario Ciudadanos que propone añadir un artículo específico donde se regulen los «Límites a la variación a la baja del tipo de interés» (291), cuyo punto 2 rezaría del siguiente modo: «Cuando el prestatario sea consumidor, se considerará nula la cláusula que fije un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características: 1.<sup>a</sup> Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida. 2.<sup>a</sup> Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50 % del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1%, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50 % no se aplica». Además de recalcar la necesidad de que este tipo de cláusulas superen un control de transparencia material y plantear requisitos para aceptar las cláusulas suelo, contiene una previsión sobre las consecuencias de su infracción: se propone que consista en el reembolso de lo indebidamente cobrado más el interés legal y otro tanto equivalente (a lo indebidamente cobrado, no parece incluir el interés legal) en concepto de indemnización, efecto este último de la indemnización, entendemos, bastante desincentivador del uso de la cláusula sin atenerse a los límites previstos.

<sup>70</sup> Sin embargo, en el texto del Proyecto de Ley aprobado en diciembre de 2018 se ha optado por la prohibición de las cláusulas suelo. Así, el artículo 21 en su apartado 3, claramente señala que «en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés», completando esta regla con la imposibilidad de que el interés remuneratorio pueda ser negativo (art. 21.4).

<sup>71</sup> Es cierto que el PLCCI ha seguido en este punto a la Directiva 2014, que habla simplemente de advertencias regulares y fija el mínimo también en una modificación de más del 20%. Sin embargo, es verdad que, como se ha dicho, la Directiva no ha querido o podido elevar demasiado los niveles de exigencia porque se trata de una norma de mínimos y llamada a ser transpuesta en muy diversos ordenamientos jurídicos. Este inconveniente no lo tiene la norma nacional y el hecho de no haber elevado la protección ha sido criticado por ARROYO AMAYUELAS (2017, 34). De hecho, con anterioridad, ÁLVAREZ MORENO (2015, 123), había criticado que la propia Directiva se hubiera quedado corta en cuanto a la protección al prestatario en este aspecto pues solo había establecido una obligación informativa en lugar de un tope o límite máximo de pérdidas.

<sup>72</sup> En este caso, propuesto por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en la enmienda núm. 191 (285). La prohibición se completa especificando las consecuencias de su incumplimiento, en

este caso, las de contradicción con una norma imperativa, esto es, la nulidad. Pero no la nulidad de todo el contrato sino solo parcial, en beneficio del consumidor, de las referencias a monedas extranjeras, siendo integrado el vacío contractual con el euro (o moneda de curso legal) al tipo de cambio vigente en el momento en que se suscribió el préstamo. Dada la intervención del notario en el proceso de contratación, entendemos que estos serían supuestos residuales en los que ha habido un error en la calificación del prestatario como no consumidor, siéndolo.

También contrario a su comercialización se muestra el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana al hilo de la enmienda de supresión de los artículos 12 y 13 Proyecto (enmienda núm. 138, 237-239) por, como se señaló en su momento, suponer una suerte de respaldo al uso generalizado de cláusulas que han sido reiteradamente declaradas nulas por no haber pasado en casi ningún caso el control de transparencia material. De este modo, se plantea su uso «muy extraordinario y solo para un posible prestatario muy avezado o profesional y no al consumidor». Como veremos en el siguiente pie de página, subsidiariamente, proponen su limitación a consumidores con altos conocimientos.

<sup>73</sup> Así lo propone el Grupo Parlamentario Unidos Podemos en su enmienda núm. 32 al artículo 12 (115), señalando que la valoración del grado de formación del consumidor le corresponde al prestamista (también en la enmienda núm. 42 al artículo 18 (128) mencionan como parte de la especial protección al consumidor «el examen de sus conocimientos»). La misma limitación del ámbito subjetivo es planteada, subsidiariamente a su prohibición de comercialización, por parte del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (enmienda núm. 153, 249), dejando a un desarrollo reglamentario las condiciones para entender que el prestatario posee la debida formación. Aunque la figura del notario supone una garantía de control y, por otro lado, nos parece complejo fijar en una norma criterios cerrados que delimiten claramente en todos los casos cuándo un consumidor posee esa formación financiera específica o no, valoramos positivamente que se establezcan —en la Ley o en un desarrollo reglamentario— unas ciertas pautas que guíen a los operadores.

<sup>74</sup> Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 42, 128.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> *Idem* y Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 168, 257. En el primer caso, se propone, además, que este seguro que se contrate, no represente coste para el consumidor, lo que, a nuestro juicio, podría llevar a alterar el elemento de aleatoriedad que conlleva necesariamente este tipo de contratos, haciendo que sea, así, un producto seguro para el consumidor y cargando todo el riesgo al prestamista.

<sup>77</sup> Nos referimos, en general, a la moneda en la que el prestatario percibiera la parte principal de sus ingresos.

<sup>78</sup> Grupo Parlamentario Socialista, enmienda núm. 106 (202), que introduce, para acomodar el texto a la STS de 15 de noviembre de 2017, un nuevo apartado en el artículo 18 con la siguiente redacción: «7. El incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo, incluidos los deberes de información postcontractual, determinarán, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multdivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos».

<sup>79</sup> En el texto del Proyecto de Ley de diciembre de 2018 se ha incluido finalmente de forma expresa esta referencia a los efectos del incumplimiento siguiendo la redacción de la enmienda recogida en el pie de página anterior pero suprimiendo la mención explícita a «incluidos los deberes de información postcontractual» (art. 20.6).

<sup>80</sup> De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, señala los amplios conocimientos del mercado de divisas del prestatario como alternativa a la necesidad de una adecuada información por parte del banco durante la ejecución del contrato para garantizar el uso de la cláusula de cambio de divisa.

<sup>81</sup> Mientras no se desarrolle reglamentariamente, la norma —de mantenerse el texto del Proyecto— hablaría de un deber de información periódico (art. 18.4).

<sup>82</sup> Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 42, 128-129.

<sup>83</sup> Recordemos que esta medida propuesta se añade a otras en la misma enmienda (un necesario examen de un alto conocimiento en la materia, un apoyo durante la vida el contrato por parte del prestamista u opción de cambio de divisa previa simulación).

<sup>84</sup> Es decir, publicado «por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por sí o a través del Banco de España conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito».

<sup>85</sup> Grupo Parlamentario Ciudadanos, enmienda núm. 188, 279.

<sup>86</sup> Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 154, 249. Respecto de la necesidad de justificación y aunque esta limitación se complementa con más requisitos a modo de control, cabe plantearse si la utilización pasada del IRPH podría haber cumplido con este criterio en la medida en que las entidades financieras lo utilizaban con el argumento de que era más estable que el EURIBOR.

<sup>87</sup> En la justificación se reconoce esto pero se puntualiza que, en la práctica, no pasan en casi ningún caso el citado doble control de transparencia con lo que debería evitarse el visto bueno a su uso generalizado y su reconocimiento implícito (249).

<sup>88</sup> Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 41, 127.

<sup>89</sup> *Ibidem*, 127.

<sup>90</sup> Las enmiendas que se plantean no solo se refieren a los préstamos a concertar a partir de su entrada en vigor sino que, tales son los reparos que genera el IRPH, que algunas proponen añadir una Disposición Derogatoria que expresamente suprima este índice hacia el futuro en todos los sentidos (Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 71, 156 y Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 179, 264-267). Es decir, que sea de aplicación también a los contratos sujetos al mismo vigentes a la publicación de la Ley (lo que, por un lado y siguiendo con la propuesta, generaría la transformación del índice al EURIBOR más un diferencial igual o inferior a un punto y, por otro, implicaría la devolución —en efectivo— de las cantidades cobradas de más desde la celebración del contrato respecto de las que hubieran correspondido según el EURIBOR). Dado que el problema es —en el caso de que se entienda, a diferencia de la posición mayoritaria del Tribunal Supremo, que hay un problema— la falta de transparencia en el caso concreto, esto contrastaría con la solución de sustitución en bloque de todas las cláusulas índice IRPH existentes en los contratos de préstamo hipotecarios en la actualidad.

<sup>91</sup> En el mismo sentido, resoluciones de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014, 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 19 de octubre de 2016.

<sup>92</sup> Recordemos que la resolución de 13 de septiembre de 2013, aunque refiriéndose a los deberes de transparencia de un modo genérico, ha señalado que «[...] sobre tal extremo el registrador no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente».

<sup>93</sup> Artículo 22.2 en el Proyecto de Ley de diciembre de 2018.

<sup>94</sup> Dependiendo de cómo se interpreten los efectos del acta obligatoria del notario, tal y como se regula ahora en el artículo 13.5 PLCCI.

<sup>95</sup> Hay que tener en cuenta que la sanción derivada de no superar el control formal es la no incorporación de la cláusula, su inoponibilidad, que, estrictamente, no tiene por qué conllevar siempre los mismos efectos que la nulidad del artículo 83 TRLGDCU.

<sup>96</sup> Sobre el amplio debate en la doctrina y que excede de este trabajo, nos remitimos a la nota a pie número 11.

*(Trabajo recibido el 15-10-2018 y aceptado  
para su publicación el 21-11-2018)*





La Carta de Derechos Fundamentales  
de la Unión Europea y la  
constitucionalización del Derecho  
privado: ¿una nueva vía para proteger  
el derecho a la vivienda?\*

*The Charter of Fundamental Rights  
of the European Union and the  
constitutionalisation of private law: a  
new way to protect the right to housing?*

por

HÉCTOR SIMÓN MORENO  
*Doctor en Derecho*  
*Profesor Lector de Derecho Civil*  
*Universidad Rovira i Virgili*  
*Cátedra UNESCO de Vivienda*

*RESUMEN:* La vivienda constituye en la actualidad el epicentro del crecimiento económico de la Unión Europea y el principal activo de sus ciudadanos.

---

\* Este trabajo ha sido posible gracias a la estancia de investigación en el Centre for Housing Law, Rights and Policy Research (dirigido por el Dr. Padraic Kenna) de la National University of Ireland, Galway, durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de agosto de 2018, financiada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes en el marco del Programa «José Castillejo» para la movilidad de jóvenes doctores 2017.

Esta realidad es el resultado de un proceso gradual de mercantilización de este activo, cuya adquisición se ha posibilitado gracias al crédito al consumo, que se ha convertido en uno de los motores de la economía europea. La expansión de la vivienda en propiedad, junto con la falta de regulación de los préstamos hipotecarios irresponsables, ha contribuido no obstante a la crisis financiera internacional, que ha afectado de manera relevante a algunos países europeos, como España o Irlanda. La Unión Europea carece de una competencia expresa en las áreas clave —vivienda y derecho de propiedad— para afrontar los desafíos derivados de la crisis, pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha iniciado un proceso de constitucionalización del Derecho privado europeo vinculando el derecho de consumo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que puede abrir una nueva vía de protección del derecho a la vivienda. El presente trabajo explora de qué manera la Carta puede ayudar a interpretar la normativa de consumo, especialmente la relativa a los préstamos hipotecarios, de una manera acorde con los derechos humanos y fundamentales.

*ABSTRACT: Housing is currently the epicentre of economic growth in the European Union and the main asset of its citizens. This reality is the result of a gradual process of commodification of housing, whose acquisition has been made possible thanks to consumer credit, which has become one of the driving forces of the European economy. The expansion of home ownership, coupled with the lack of regulation of responsible mortgage loans, has nonetheless contributed to the international financial crisis, which has significantly affected some European countries, such as Spain or Ireland. The European Union lacks an express competence in the key areas —housing and property rights— to face the challenges arising from the crisis, but the Court of Justice of the European Union has initiated a process of constitutionalisation of European private law by linking consumer law with the Charter of Fundamental Rights of the European Union that can open a new way of protecting the right to housing. This paper explores how the Charter can help interpret consumer law rules, especially those related to mortgage loans, in a manner consistent with human and fundamental rights.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la vivienda. Derecho de consumo. Legislación europea. Derechos humanos. Préstamos hipotecarios.

**KEY WORDS:** *Right to housing. Consumer law. European law. Human rights. Mortgage loans.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. —II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EUROPA: UNA VISIÓN GENERAL: 1. LA CARTA DE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. —III. LAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: ¿SUFICIENTES PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA CRISIS?: 1. EL DERECHO DE CONSUMO COMO LA PRINCIPAL ÁREA DE ARMONIZACIÓN DEL *EUROPEAN REGULATORY PRIVATE LAW*. 2. EL MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO COMUNITARIO. 3. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA PARA CONTRARRESTAR LA CRISIS FINANCIERA. 4. UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DE LA VIVIENDA EN EL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. —IV. EL POTENCIAL ROL DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA: 1. EL VÍNCULO ENTRE LA CARTA Y EL DERECHO COMUNITARIO. 2. HACIA UNA BIFURCACIÓN DEL DERECHO HIPOTECARIO EN LA UE. 3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMUNITARIO VIGENTE: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CDFUE: A) *La aplicación del principio de proporcionalidad*: a) Los límites de su aplicación. b) Las consecuencias de su aplicación. B) *La adopción de medidas tendentes a evitar el sobreendeudamiento del deudor*. —V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La principal fuente de riqueza en Europa y en los Estados Unidos de América en los siglos XVIII y XIX fueron los terrenos de naturaleza agrícola. Esta riqueza ha sido reemplazada paulatinamente desde mediados del siglo pasado por otros bienes de naturaleza industrial, financiera e inmobiliaria (en especial, viviendas) (PIKETTY, 2014, 117). El aumento de la importancia de la vivienda como fuente de riqueza puede explicarse por los esfuerzos de las políticas nacionales para extender la vivienda en propiedad entre la ciudadanía con el objetivo de asegurar su propio bienestar («asset-based welfare»). Con este objetivo en mente, la vivienda en propiedad se asoció a determinados valores: estatus social, seguridad, autonomía y condición de buen ciudadano (RONALD, 2008, 29 y 81; ROLNIK, 2012, 3 y sigs.). Como resultado, y siguiendo las políticas nacionales de vivienda un enfoque neoliberal (ROLNIK, 2013, 1061 y sigs.), los gobiernos promovieron la venta (privatización) de viviendas sociales y una liberalización progresiva de los mecanismos de financiación de la vivienda, renunciando así a su papel de proveedores de vivienda asequible. Con todo, la acumulación de riqueza inmobiliaria varía de un país a otro, ya que las políticas de vivienda dependen en gran medida de los contextos socioeconómicos nacionales (WIND *et al.*, 2017, 627 y sigs.)<sup>1</sup>.

Este proceso ha cristalizado en una mercantilización gradual de la vivienda<sup>2</sup>, que se ha convertido en la principal fuente de riqueza de los ciudadanos y en la principal garantía utilizada no solo para préstamos hipotecarios y valores respaldados por hipotecas, sino también para toda una gama de productos financieros. De hecho, la relación entre la deuda hipotecaria y los préstamos privados en circulación aumentó del 30% (periodo 1900-1960) al 60% en 2010, y los préstamos hipotecarios hicieron lo propio del 20% del PIB europeo al 64% entre 1914 y 2010 (AALBERS, 2017, 544 y sigs.). El resultado es que los préstamos hipotecarios de vivienda en circulación en Europa ascendieron a casi siete mil billones de euros en 2016 (EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, 2017, 99). Desde el punto de vista del consumidor, este proceso ha desembocado en la «financiarización» del consumo, es decir, en un aumento del uso del crédito para adquirir viviendas, por lo que el préstamo hipotecario ha reemplazado a otras vías para acceder a una vivienda como el alquiler de viviendas o su adquisición por herencia<sup>3</sup>. Nuestra sociedad se ha convertido, pues, en una sociedad de crédito (NOGLER y REIFNER, 2014, 14).

Una de las externalidades negativas de este proceso ha sido la crisis financiera internacional que comenzó en los EEUU tras el colapso de Lehman Brothers, que fue alimentada precisamente por la generalización de la vivienda en propiedad (NASARRE AZNAR, 2014, 37 y sigs.), la falta de normas sobre préstamos hipotecarios responsables y la falta de supervisión por parte de las autoridades públicas. En particular, el impacto de la crisis financiera en algunos Estados miembro de la UE ha sido especialmente relevante. En el caso de España, por ejemplo, el estallido de la burbuja inmobiliaria provocó el sobreendeudamiento de las familias y un aumento en el número de desahucios de deudores hipotecarios e inquilinos, viviendas vacías, malas prácticas bancarias y problemas de acceso a la vivienda, así como la falta de suficientes viviendas sociales y beneficios sociales (NASARRE AZNAR y GARCÍA TERUEL, 2016, 34 y sigs.). Por otra parte, las medidas de austeridad adoptadas por los Estados miembro de la UE para contrarrestar la crisis financiera (contracciones del presupuesto público que afectan el gasto social, medidas fiscales regresivas, reformas del mercado laboral y reformas estructurales de los planes de pensiones) han tenido un gran impacto en el disfrute de los derechos humanos, principalmente de naturaleza social, como el derecho a la vivienda (FAHRA, 2017, 62)<sup>4</sup>.

Sin embargo, las medidas que puede adoptar la UE son limitadas de acuerdo con las atribuciones competenciales de los tratados (no le otorgan una competencia específica en materia de vivienda o derecho de propiedad), por lo que la principal norma que ha adoptado la UE tras la crisis financiera internacional (sobre la base del artículo 169.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE<sup>5</sup>) busca proteger al consumidor de la concesión de préstamos hipotecarios irresponsables (a través de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles

de uso residencial, DCH<sup>6</sup>). Ante el limitado efecto de esta medida, que tiene una clara orientación económica y no social (en tanto que el fin último de la UE es alcanzar un mercado interior), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha abierto (gracias a la iniciativa de los tribunales nacionales mediante el mecanismo de cuestiones prejudiciales, art. 267 TFUE) una nueva vía de protección de los derechos de los consumidores (e indirectamente del derecho a la vivienda) en las sentencias *Sánchez Morcillo*<sup>7</sup> y *Kušionová*<sup>8</sup> a través de la interpretación del derecho de consumo (principalmente, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>9</sup> —Directiva 93/13—, que busca proteger al consumidor de las cláusulas abusivas impuestas por profesionales en los contratos formalizados para la adquisición de bienes y servicios) de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>10</sup>. Esta aproximación ha tensionado a nivel europeo la relación entre los derechos humanos y las instituciones seculares del Derecho civil, que tradicionalmente ha sido el encargado de establecer los criterios básicos de la ordenación de la convivencia y las categorías fundamentales del sistema.

En este contexto, el presente trabajo analiza en primer lugar la protección del derecho a la vivienda en la UE y su competencia en esta materia, para luego concluir sobre el papel que podría desempeñar la CDFUE para lograr una mejor protección del derecho a la vivienda a nivel europeo, principalmente gracias a una interpretación de la normativa europea e hipotecaria de consumo en consonancia con los derechos humanos.

## II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EUROPA: UNA VISIÓN GENERAL

### 1. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La CDFUE fue promulgada para contribuir a la preservación y el desarrollo de los valores en los que basó la fundación de la UE (dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad), y tiene actualmente el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, TUE<sup>11</sup>). La CDFUE no contiene ningún precepto que regule específicamente el derecho a la vivienda, si bien muchos de los derechos que contempla están relacionados indirectamente con este derecho. Su regulación se inspira en otros instrumentos internacionales (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, CEDH)<sup>12</sup>, por lo que la interpretación de los derechos consagrados en estos últimos puede ayudar a desgranar el significado y alcance de aquellos derechos de la CDFUE que potencialmente pueden proteger el derecho a la vivienda<sup>13</sup>. Algunos ejemplos son los artículos 4 (Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos

o degradantes, que se inspira en el art. 3 CEDH), 7 (Respeto de la vida privada y familiar, que se inspira en el art. 8 CEDH), 17 (Derecho a la propiedad, que es similar —no idéntico— al art. 1.1 del Protocolo Adicional al CEDH 1952<sup>14</sup>), 21 (No discriminación, que se inspira en el art. 14 CEDH), 23 (Igualdad entre hombres y mujeres, que se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada de 1996 —CSE—)<sup>15</sup>, 25 (Derechos de las personas mayores, que se inspira en el art. 23 CSE revisada), 26 (Integración de las personas discapacitadas, que se inspira en el art. 15 CSE), 34.3 (que reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna, que se inspira en el art. 13 CSE), 38 (Protección de los consumidores) y 47 (Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, que se inspira en el art. 6 CEDH.).

Entre estos derechos cabe destacar el de asistencia social y de vivienda<sup>16</sup>, que no permite llevar a cabo reclamaciones directas a las instituciones de la UE o a las autoridades de los Estados miembro al considerarse un principio y no un derecho en sentido estricto (CHEREDNYCHENKO, 2014, 183). Dado que el artículo 34.3 CDFUE se basa en la CSE revisada, esta última puede ayudar a ampliar su interpretación y alcance (KENNA y GAILIUTE, 2013, 612 y sigs.). Los Estados Parte de la versión revisada de la CSE (entre los que no se encuentran Alemania o España<sup>17</sup>) se comprometen a destinar los recursos necesarios para posibilitar el acceso a la vivienda, a prevenir y a paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes (art. 31 CSE)<sup>18</sup>. El CEDS ha adoptado decisiones relevantes sobre el derecho a la vivienda a través del mecanismo de reclamaciones colectivas<sup>19</sup>.

Por lo tanto, puede concluirse que el derecho a la vivienda se considera como un derecho de naturaleza social tanto en la CDFUE como en la CSE y una cuestión de competencia nacional (KENNER, 2003, 23).

## 2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El CEDH no menciona expresamente el derecho a la vivienda, sino el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al hogar y a la correspondencia (art. 8). El interés protegido por el artículo 8 CEDH es la privacidad de la persona o la familia en el hogar contra la injerencia ilegal de una autoridad pública (Sentencias *Airey —1979—*<sup>20</sup> y *X and Y —1985—*<sup>21</sup>), contra la que debe interponerse una denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en caso de violación de este derecho una vez se hayan agotado todos los recursos internos a nivel nacional (art. 45.1 CEDH). Toda injerencia de la autoridad pública en este derecho deberá estar prevista por la ley y constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para alcanzar determinados intereses<sup>22</sup>. Según el TEDH, la pérdida del hogar es la forma

más extrema de injerencia en este derecho, por lo que cualquier persona en esta situación debería tener la posibilidad de que un tribunal independiente analizase la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios del artículo 8 ECHR<sup>23</sup>. Con todo, este precepto no otorga a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir la provisión de vivienda a las autoridades públicas (es una cuestión política, no judicial<sup>24</sup>).

No obstante, el artículo 8 CEDH también impone obligaciones positivas a los Estados Parte a la hora de garantizar el respeto del derecho a la vida privada y familiar<sup>25</sup>, por ejemplo el garantizar un sistema legislativo, administrativo y judicial práctico y eficaz o el tomar determinadas medidas preventivas (CLAPHMA, 1993, 166 y 181), por lo que los Estados podrían ser considerados responsables por las violaciones de los derechos previstos en el CEDH incluso en las relaciones entre particulares (AKANDJI-KOMBE, 2007, 15)<sup>26</sup>. Ejemplos de la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas en cuestiones de vivienda (principalmente, por la injerencia que un desahucio puede provocar en el derecho a la vida privada y familiar)<sup>27</sup> son las sentencias *Bagdonavicius* (2016)<sup>28</sup>, *Winterstein* (2013)<sup>29</sup>, *Yordanova* (2012)<sup>30</sup> y *Stanková* (2007)<sup>31</sup>.

### 3. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El pilar europeo de los derechos sociales (2017)<sup>32</sup> tiene como objetivo ofrecer nuevos y más efectivos derechos para los ciudadanos en las siguientes categorías: a) Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral; b) Condiciones de trabajo justas; y c) Protección e inclusión social. En esta última categoría hay disposiciones específicas sobre vivienda y asistencia para las personas sin hogar (principio número 19): a) Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad; b) Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso; y c) Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social. Además, el Principio número 20 hace referencia al acceso a los servicios esenciales para quienes lo necesitan, como el agua, el saneamiento y la energía, que dependen en gran medida de tener una vivienda adecuada. El pilar europeo de los derechos sociales se supervisará mediante un «social scoreboard»<sup>33</sup>, que evaluará su implementación por parte de los Estados miembro de la UE.

Esta iniciativa va un paso más allá que el actual artículo 34.3 CDFUE al reconocer el acceso de los más necesitados a vivienda social. Con todo, la Comisión Europea<sup>34</sup> ha admitido expresamente que el pilar «no afecta a los principios y derechos ya contenidos en las disposiciones vinculantes del Derecho de la Unión». Por lo tanto, el pilar es un instrumento (adoptado sobre la base del artículo 292 TFUE) que no tiene fuerza vinculante para los Estados



miembro (art. 288 TFUE). De hecho, las instituciones de la UE adoptan este tipo de recomendaciones cuando no tienen la competencia para adoptar medidas vinculantes. La implementación del pilar seguirá siendo, por lo tanto, un asunto de competencia nacional.

Debe tenerse presente, sin embargo, que las recomendaciones deben ser tomadas en consideración por los tribunales nacionales<sup>35</sup>, por lo que su aplicación judicial podría ser el camino para que el pilar adquiriese fuerza ejecutiva<sup>36</sup>. Otra vía podría ser el desarrollo de la política social de la UE a través del derecho secundario (ARANGUIZ, 2017). Sea como fuere, ni el pilar ni el *scoreboard* se refieren expresamente al derecho a la vivienda, por lo que la Comisión Europea no supervisará, por ejemplo, la asequibilidad de la vivienda, el número de personas necesitadas o, en general, las políticas adoptadas para cumplir con las disposiciones consagradas en el pilar (HOUSING EUROPE, 2017).

### III. LAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: ¿SUFICIENTES PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA CRISIS?

#### 1. EL DERECHO DE CONSUMO COMO LA PRINCIPAL ÁREA DE ARMONIZACIÓN DEL *EUROPEAN REGULATORY PRIVATE LAW*

El artículo 5 TUE establece los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad<sup>37</sup>, por lo que la UE debe actuar dentro de los límites de las competencias que le confieren los Tratados. En términos generales, la UE carece de competencia expresa en lo que respecta al derecho a la vivienda. Además, existen cláusulas específicas en los Tratados europeos que impiden a la UE adoptar medidas en determinadas materias. Un ejemplo es el artículo 345 TFUE, que establece que «*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembro*». Este precepto ha sido calificado de «misterioso» (SCHÜTZE, 2014, 230), si bien su interpretación más plausible es que la UE no prejuzga los regímenes de propiedad de las empresas, que por lo tanto pueden estar sujetos al control público o privado, sin que la UE pueda obligar a los Estados miembro a su nacionalización o privatización (VAN ERP y AKKERMANS, 2010, 303-304). Por lo tanto, la UE tiene margen para regular normas de derecho de propiedad siempre que redunden en beneficio del mercado común<sup>38</sup> (la base competencial sería el artículo 114.1 TFUE). Así lo ha hecho para regular áreas específicas del derecho de propiedad (por ejemplo, las relativas a la reserva de dominio, aprovechamiento por turnos, garantías financieras, marcas, gas o electricidad, SIMÓN MORENO, 2017). La necesidad de que la medida tenga un impacto positivo en el mercado común explica, por ejemplo, por qué se ha cuestionado la competencia de la UE para la adopción

de un Código civil Europeo (RUTGERS, 2010, 11) o la armonización de los arrendamientos de uso residencial (SCHMID, 2018, 336 y sigs.).

Por estos motivos, las principales disposiciones que se han promulgado en el seno de la UE tienen por objeto garantizar un alto nivel de protección de los consumidores en los ámbitos de seguridad de los productos, mercados digitales, servicios financieros, seguridad y etiquetado de alimentos, energía y viajes, ocio y transporte<sup>39</sup>, sobre la base del artículo 169.1 TFUE. Sin embargo, la UE nunca se ha preocupado por el establecimiento de unas reglas específicas de Derecho privado (es decir, de normas contractuales, de propiedad o de derecho de daños basadas en la autonomía privada o la libertad contractual) como si de un ordenamiento jurídico nacional se tratase, dado que el objetivo primordial de la integración europea es el establecimiento de un mercado común. Por esta razón, los tratados no distinguen de manera clara entre normas de Derecho público y de Derecho privado (SEMMELMANN, 2012, 51 y sigs.). Pues bien, el objetivo de lograr un mercado común ha impulsado el denominado *European regulatory private law*, un cuerpo de normas que rodea (y que por lo tanto no es estrictamente idéntico) el núcleo del Derecho privado de cada Estado miembro (MICKLITZ, 2014, 130 y sigs.). Este cuerpo de normas se basa en el denominado «access justice» (MICKLITZ, 2011, 2), es decir, la UE debería asegurar el acceso al mercado a aquellos que están excluidos o que experimentan dificultades para acceder a él. De hecho, el acceso a los mercados determina hoy en día la protección de los derechos socioeconómicos esenciales, como la sanidad, el empleo, la alimentación, los servicios públicos y la vivienda (KENNA, 2017, 191).

## 2. EL MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO COMUNITARIO

La ausencia de una competencia de la UE en materia de vivienda no ha impedido a la Comisión Europea promulgar normas o proponer acciones relacionadas directa o indirectamente con este derecho, que se pondrán en relación con los elementos esenciales que integran el derecho a la vivienda (ONU, 1991)<sup>40</sup> (seguridad legal de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura; vivienda asequible; vivienda habitable; y vivienda y ubicación accesibles) para constatar su efectividad<sup>41</sup>.

Estas normas o acciones son las siguientes:

a) La Agenda Europea de Migración (2015)<sup>42</sup> tiene como objetivo construir un enfoque coherente e integral para abordar los desafíos derivados de la migración. El alojamiento de los migrantes es una cuestión primordial y un gran desafío para la UE (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HOUSING AND PLANNING, 2015)<sup>43</sup> ya que no existe un enfoque común en los Estados

miembro con respecto a los solicitantes de asilo (es decir, existen diferentes beneficios sociales, políticas de alojamiento, etc.). Uno de los objetivos a largo plazo de la UE es el fortalecimiento de la política de asilo común, por lo que es probable que se aborde el alojamiento de los migrantes en términos de vivienda accesible, habitabilidad y ubicación. Otras normas europeas se refieren a la igualdad de trato en la vivienda y los solicitantes de asilo<sup>44</sup>.

b) Otra área relevante es la eficiencia energética<sup>45</sup>, en la que se promueve la reducción del consumo de energía de los edificios. Por ejemplo, la Directiva 2010/31/UE establece que el certificado de eficiencia energética (que indica el rendimiento energético de un edificio o unidad del mismo) debe incluirse en todos los anuncios publicitarios cuando un edificio se pone a la venta o en alquiler, y debe entregarse al comprador o al nuevo inquilino después de que se haya alcanzado un acuerdo (art. 12). Existen otras reglas que se centran en la comercialización de productos de construcción<sup>46</sup> y ascensores<sup>47</sup>. Estas medidas están relacionadas principalmente con la habitabilidad de la vivienda y su asequibilidad (ya que la eficiencia energética de la vivienda probablemente afectará los recursos económicos que los hogares deban destinar al pago de los servicios básicos).

Esta legislación se incluye dentro de la Agenda Urbana de la UE (2016)<sup>48</sup>, que representa un nuevo método de trabajo multinivel que promueve la cooperación entre los Estados miembro, las ciudades, la Comisión Europea y otras partes interesadas. Aunque esta Agenda no afecta a la distribución actual de competencias y a las estructuras de trabajo y toma de decisiones existentes en la UE, podría ayudar al intercambio de buenas prácticas en este ámbito.

c) La legislación antidiscriminación es otro ámbito relevante<sup>49</sup>, que tiene como objetivo combatir la discriminación en el acceso a bienes y servicios basada en la orientación sexual o en el origen racial o étnico. Esta legislación no menciona la vivienda como un bien o servicio incluido en su ámbito objetivo de aplicación, pero así debe entenderse con una interpretación de estas disposiciones en consonancia con los artículos 7 CDFUE y 8 CEDH (European Union Agency for Fundamental Rights y Council of Europe, 2010, 73 y sigs.). Por lo tanto, las disposiciones antidiscriminación pueden tener implicaciones potenciales en cuanto a la forma en que se asignan o se alquilan las viviendas (por ejemplo, por las autoridades sociales), por lo que estas medidas pueden influir en la accesibilidad, asequibilidad y ubicación de la vivienda.

d) Otra área de interés es la de los servicios bancarios y financieros, que incluye la supervisión financiera de las entidades bancarias, los servicios financieros al consumidor, los fondos de inversión, los seguros y las pensiones<sup>50</sup>. Aquí puede destacarse la DCH<sup>51</sup>, que ha influido, principalmente, en el acceso a la vivienda.

e) También vale la pena mencionar que se está debatiendo en la UE la implementación de una Ley Europea de Accesibilidad<sup>52</sup>, que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento del mercado interno de productos y servicios acce-

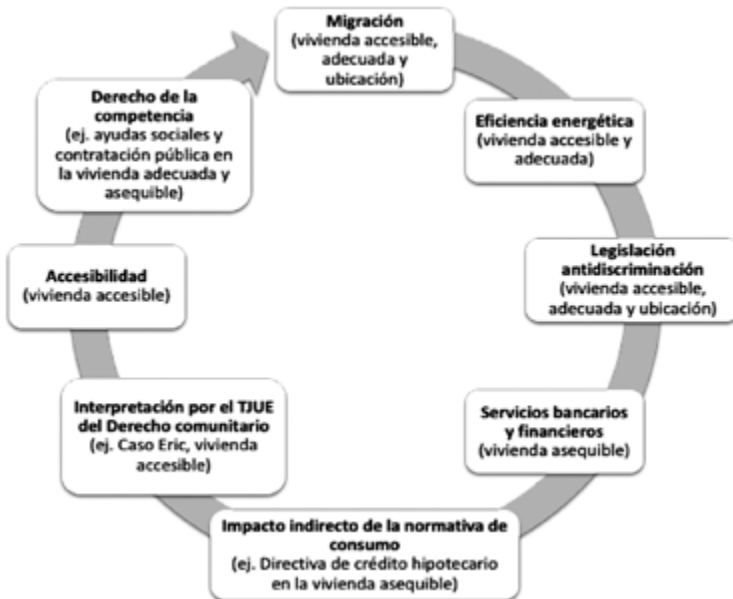
sibles. Aunque la vivienda no está incluida dentro de su ámbito de aplicación, los requisitos de accesibilidad establecidos en la Sección IX del Anexo I se tendrán en consideración al establecer las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación relacionados con todos los contratos y concesiones públicas, lo que significa que las empresas constructoras deberán tenerlos presentes al construir o rehabilitar viviendas (HOUSING EUROPE, 2015). Esto repercutiría favorablemente en la accesibilidad de la vivienda.

f) Finalmente, han surgido algunas controversias entre promotores inmobiliarios, proveedores de viviendas sociales y la Comisión Europea en torno a la provisión de viviendas sociales gracias a ayudas públicas (BRAGA y PALVARINI, 2013, 38 y sigs.), una temática donde es objeto de discusión el artículo 106.2 TFUE<sup>53</sup>.

Por último, la UE puede influenciar el derecho a la vivienda por otras vías. En primer lugar, la UE puede confiar en las medidas de protección del consumidor para tener un impacto (indirecto) en este derecho. Por ejemplo, la DCH impone a los prestamistas el deber de evaluar la solvencia de los consumidores (art. 18), lo que puede tener un impacto en el acceso a la vivienda ya que los prestamistas podrían otorgar préstamos hipotecarios con un *Loan to Value* (relación entre la cuantía del préstamo y el valor de la vivienda que sirve de garantía) inferior. Esto afectaría a la asequibilidad de los préstamos hipotecarios, ya que las familias estarían obligadas a financiar ellas mismas el coste restante no financiado (NASARRE AZNAR y GARCÍA TERUEL, 2016, 34). En segundo lugar, el TJUE podría interpretar la legislación de la UE de una manera favorable al derecho a la vivienda sobre la base de los derechos fundamentales<sup>54</sup> y las libertades comunitarias. Un ejemplo en relación a este último supuesto es la sentencia *Libert* (2013)<sup>55</sup>, en la que el TJUE sostuvo que la ley belga que exigía que una persona tuviera un vínculo suficiente con el municipio a la hora de comprar o alquilar bienes inmuebles ubicados en ciertas comunidades de Flandes constituía una restricción injustificada de las libertades fundamentales. Otro ejemplo relativo a la libertad de circulación de los trabajadores es la sentencia *European Commission* (2011)<sup>56</sup> (en relación con esta libertad se aprobó la Directiva 2014/54/UE<sup>57</sup>, que se refiere expresamente al acceso a la vivienda, artículo 2(1)(f)). Y, en tercer lugar, la UE puede actuar cuando se identifican problemas específicos que plantean problemas en el mercado interior. Por ejemplo, un estudio identifica algunos problemas en las transacciones inmobiliarias transnacionales de bienes inmuebles de uso residencial (Sparkes, 2016, 198 y sigs.)<sup>58</sup>.

La Figura 1 resume el marco legislativo del derecho a la vivienda en la UE.

Figura 1  
Marco legislativo del derecho a la vivienda en la UE. Fuente: elaboración propia



### 3. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA PARA CONTRARRESTAR LA CRISIS FINANCIERA

El análisis anterior muestra que la principal medida post-crisis adoptada por la UE (dentro de su ámbito competencial) ha sido la DCH, que pretende proteger al consumidor de la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios (un resumen puede consultarse en NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2014, 14 y sigs.).

Por un lado, es cierto que las medidas contempladas en la DCH y la Directiva 93/13 han influenciado los principios generales de derecho contractual y de propiedad de los Estados miembro de la siguiente manera:

a) La entidad prestamista debe proporcionar información al consumidor sobre determinados aspectos del préstamo (por ejemplo, el importe de los tipos de interés) antes de la celebración del contrato (art. 13 DCH), lo que constituye una clara excepción al deber del comprador de cuidar de sus propios intereses (*caveat emptor*);

b) La DCH también impide que la entidad prestamista otorgue el préstamo hipotecario si es probable que los consumidores no puedan devolverlo de acuerdo con el resultado de la evaluación de su solvencia (art. 18.5.a) DCH), incluso si ambas partes aceptan asumir el riesgo de dicho incumplimiento potencial, lo que restringe la libertad contractual de las partes;

c) La entidad prestamista puede verse obligada a tener que aceptar los bienes hipotecados en pago de la deuda (dación en pago) sobre la base de la interpretación que den los Estados miembro al artículo 28.1 DCH (según el cual estos alentarán a los prestamistas a ser razonablemente tolerantes antes de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria) o verse imposibilitada de poder reclamar la deuda pendiente una vez finalizado el proceso de ejecución, por ejemplo, si el tribunal anula por abusiva la cláusula contractual que prevé el principio de responsabilidad universal del deudor sobre la base de la Directiva 93/13 (este fue el caso en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 7 de diciembre de 2016)<sup>59</sup>;

d) La entidad prestamista puede verse imposibilitada de utilizar el procedimiento estándar de ejecución hipotecaria debido a la existencia de cláusulas contractuales abusivas sobre la base de la Directiva 93/13, como la cláusula de vencimiento anticipado (así lo consideró la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 5 de mayo de 2014)<sup>60</sup>, e incluso de ver extinguido el derecho real de garantía (en el caso de que exista una accesoriedad legal con el préstamo) si el juez declara nulo todo el contrato de préstamo debido a la existencia de condiciones contractuales abusivas sobre la base de la Directiva 93/13<sup>61</sup>.

Y por otro, que la DCH no deja de ser una norma de consumo que, como tal, tiene un enfoque básicamente económico<sup>62</sup>: busca proteger al consumidor para que en última instancia el negocio hipotecario siga contribuyendo a alcanzar un mercado interior. De hecho, la DCH no aborda eficazmente cómo pueden resolverse las situaciones de sobreendeudamiento ya existentes, y es dudoso que pueda contribuir a incrementar el préstamo hipotecario transfronterizo (JOSI-POVIC, 2014, 253).

En definitiva, la DCH es un primer paso necesario, pero, a su vez, insuficiente. Si se analiza esta medida desde una perspectiva más amplia, las acciones adoptadas en el seno de la UE no abordan todos los aspectos que incluye el derecho a la vivienda, y los que sí se abordan, como la accesibilidad, la asequibilidad y la ubicación, lo hacen desde una perspectiva tangencial sin ofrecer soluciones estructurales a los problemas de asequibilidad de la población europea (el 11% de los hogares dedica más del 40% de sus ingresos a la vivienda), a las dificultades de acceso al transporte público (que afecta a casi el 12% de la población) y de mantenimiento de la temperatura adecuada en el hogar (que afecta al 8%), a las situaciones de hacinamiento (que afecta al 16,8%) o al hecho de que el 14% de la población viva en una área especialmente contami-

nada (ABBÉ PIERRE y FEANTSA, 2018, 108). De hecho, no parece que la mercantilización de la vivienda sea un aspecto que vaya a abordarse por la UE: la DCH ha sido aprobada para proteger a los consumidores de los préstamos irresponsables pero tiene un enfoque básicamente económico, y, además, la UE pretende regular la titulización como un elemento básico del mercado interior con el mismo enfoque económico<sup>63</sup>.

Las dificultades para la realización efectiva del derecho a la vivienda en la UE también están presentes en los Estados miembro. En efecto, si bien de los textos internacionales y europeos puede extraerse un contenido abstracto del derecho a la vivienda (prohibición de desalojos forzosos, accesibilidad, etc.), una serie de obligaciones para los Estados miembro (de protección, de respeto y de desarrollo con el máximo de recursos disponibles) y una serie de dimensiones (social, ambiental, económica y fundamental, GALIANA, 2018), la indeterminación sobre su contenido y alcance ha provocado que tanto los jueces como los legisladores se amparen directa o indirectamente en el llamado «derecho a la vivienda» para buscar soluciones a los nuevos retos de nuestra sociedad ante la incapacidad del Derecho civil para afrontarlos de manera efectiva. Es lo que la doctrina ha denominado «Robinprudencia» (NASARRE AZNAR, 2015), es decir, los jueces juzgan de acuerdo a la equidad y no al derecho (un ejemplo lo encontramos en la sentencia citada del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona declarando abusiva la cláusula que prevé la responsabilidad universal del deudor, es decir, una medida de este tipo debe adoptarse por ley<sup>64</sup>), y los legisladores interpretan —a su manera— lo que significa el derecho a la vivienda y aplican o desarrollan políticas que poco o nada tienen que ver entre sí con la finalidad de dar una respuesta a un contexto social y económico concreto. Como ejemplos pueden citarse la dispar regulación del derecho a la vivienda en la UE (algunos lo regulan en la Constitución —España o Portugal—, en otros se ha admitido por la jurisprudencia —Italia— o en normas con rango de ley —Francia—, mientras que en otros no existe ninguna regulación legal o reconocimiento —Malta—), en las prioridades de las políticas nacionales en cuanto al régimen de tenencia inmobiliaria (por ejemplo, la propiedad, el alquiler u otras vías intermedias) o en la manera de afrontar el sobreendeudamiento y el desahucio de las personas que no pueden pagar sus deudas. Todos estos problemas a nivel europeo e internacional derivan, esencialmente, de la dificultad a la hora de definir lo que significa realmente el derecho a la vivienda (HOHMANN, 2013, 120 y sigs.)<sup>65</sup>. Todo ello cuestiona además cómo el Derecho civil puede adaptarse al nuevo contexto socioeconómico, del que se ha afirmado se encuentra ante un problema de supervivencia, en especial el derecho real de hipoteca (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2017; MUÑIZ, 2016).

4. UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DE LA VIVIENDA EN EL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo tanto, deben buscarse nuevas vías dentro del ámbito competencial de la UE para lograr una mayor protección del derecho a la vivienda y unos estándares comunes en los Estados miembro que posibilite ulteriormente al Derecho privado adaptarse, aunque sea en un área concreta, al nuevo contexto socioeconómico. En este sentido, existen nuevos enfoques para incorporar una dimensión más social en el derecho contractual. Este es el propósito del *European Social Contract Group*, que ha acuñado el concepto de «LifeTime contracts» (NOGLER y REIFNER, 2018, 3 y sigs.), que se definen como relaciones sociales a largo plazo que proporcionan bienes, servicios y oportunidades de trabajo y creación de ingresos. Estos contratos, entre los que se incluye el préstamo hipotecario, serían esenciales para la autorrealización de los individuos y para su participación en la sociedad en las diversas etapas de su vida<sup>66</sup>. Para conseguir este objetivo, este grupo ha elaborado una serie de principios que deberían aplicarse a esta clase de contratos, como el acceso universal a recursos y servicios esenciales (sin discriminación), el establecimiento de un precio justo, la adaptación del contrato a los sucesivos cambios en el tiempo (para abordar las necesidades del consumidor) o la protección contra su finalización injusta o prematura (esta debe ser transparente y socialmente responsable).

Pues bien, las normas que rigen la DCH se refieren directa o indirectamente a algunos de los principios de los «LifeTime contracts». Por ejemplo, no se permite discriminar en el acceso (lo que deriva de la normativa sobre discriminación ya apuntada) y se provee información en la esfera precontractual para superar las asimetrías de información. Sin embargo, la DCH no aborda otras cuestiones como el vencimiento anticipado del crédito por parte del acreedor hipotecario o la existencia de un precio justo como contraprestación, y tampoco tiene en consideración la vertiente o dimensión más humana del contrato, es decir, las relaciones personales y los aspectos físicos, sociales y psicológicos de la parte débil del contrato, el consumidor, por ejemplo a la hora de abordar los riesgos sociales del desempleo, la falta de vivienda y el sobreendeudamiento.

De este modo, la CDFUE podría ser una vía para que la regulación europea de consumo en materia hipotecaria (y ulteriormente el Derecho privado de los Estados miembro) tuviera un enfoque inspirado en los principios de los «Lifetime contracts». No se trataría, pues, de analizar únicamente si la normativa promulgada por la Comisión Europea es compatible con los derechos fundamentales de la CDFUE<sup>67</sup>, sino de integrar estos últimos en aquella desde un inicio. A continuación, se analiza este rol potencial de la CDFUE.



#### IV. EL POTENCIAL ROL DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

##### 1. EL VÍNCULO ENTRE LA CARTA Y EL DERECHO COMUNITARIO

El artículo 51.1 CDFUE establece que sus disposiciones se dirigen no solo a las instituciones y los órganos de la UE —teniendo debidamente en cuenta el principio de subsidiariedad— sino también a los Estados miembro —solo cuando apliquen Derecho de la UE—.

Esto significa, por un lado, que una vez que se establece que la institución de la UE se encuentra dentro de las categorías que prevé el artículo 51.1 CDFUE, «*it is incontrovertible that any act produced by it having legal effects vis-à-vis third parties must comply with the Charter*» (WARD, 2014, 1426). Por lo tanto, la CDFUE debe aplicarse por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo (BCE) en su papel dentro del Mecanismo Único de Supervisión (PERASSI, 2016, 277) y por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), una agencia de la UE que trabaja para garantizar una regulación y supervisión prudencial efectiva y coherente en todo el sector bancario europeo. Y por otro, que la CDFUE debe aplicarse tanto por las autoridades de los Estados miembro cuando transpongan legislación de la UE como por los tribunales nacionales cuando interpreten legislación de la UE. Esto también afecta a la manera en la que el TJUE interpreta la legislación comunitaria<sup>68</sup>. Por lo tanto, el derecho derivado de la UE debe promulgarse e interpretarse de conformidad con los preceptos relacionados con el derecho a la vivienda que recoge la CDFUE<sup>69</sup>.

De hecho, el TJUE ya ha vinculado el derecho derivado con la CDFUE. Ejemplos son las sentencias *Sánchez Morcillo*<sup>70</sup> y *Kušionová* (2014)<sup>71</sup>, en las que el TJUE ha fortalecido los derechos de los consumidores a través de la interpretación del derecho de consumo, principalmente la Directiva 93/13, de conformidad con los artículos 7 y 47 CDFUE<sup>72</sup>. De hecho, los derechos fundamentales tienen cada vez más relevancia en este ámbito (por ejemplo, en los servicios financieros y la comunicación electrónica) (BENÖHR, 2013, 109 y sigs.). La labor del TJUE ha llevado a la doctrina a destacar la potencial constitucionalización del derecho de consumo sobre la base del vínculo entre estas disposiciones y los derechos fundamentales (DELLA NEGRA, 2015, 1009 y sigs.)<sup>73</sup>.

Por lo tanto, el vínculo entre la Directiva 93/13 y la DCH con las disposiciones de la CDFUE demuestra que los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE pueden ayudar a interpretar al derecho de consumo de una manera acorde con los derechos humanos.

## 2. HACIA UNA BIFURCACIÓN DEL DERECHO HIPOTECARIO EN LA UE

Dado que la CDFUE está llamada a influenciar el derecho promulgado por las instituciones europeas, este hecho puede desembocar en un nuevo cuerpo de normas destinado a regular los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de viviendas. Esto sería coherente con la evidencia actual: la vivienda se ha convertido en la principal fuente de riqueza de los ciudadanos, cuya adquisición en masa ha sido posible gracias a los préstamos hipotecarios, y la UE puede promulgar normas en este ámbito (art. 169.1 del TFUE). Además, los préstamos hipotecarios son esenciales para que los consumidores participen en la sociedad y tengan acceso a los derechos socioeconómicos esenciales que proporciona, cada vez más, el mercado. La UE, dentro de sus competencias, debería proteger dichos derechos para garantizar un mínimo de dignidad social y valores morales cuando las personas entablan relaciones contractuales (como también tiene lugar en «Life Time contracts»).

Esta aproximación debería cristalizar en una bifurcación clara de la legislación hipotecaria en Europa (crédito residencial, por un lado, y crédito corporativo, por otro), interpretada conforme los estándares de la CDFUE. De hecho, la CDFUE «*is not merely a set of prohibitions. It also should serve as a tool to guide action, ensuring that the institutions of the Union exercise their competences with a view to fulfilling the provisions of the Charter*» (DE SCHUTTER, 2016, 24). La UE ha adoptado esta división, parcialmente, con la DCH, que se ha confirmado con la Propuesta de Directiva sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales de 11 de abril de 2018<sup>74</sup>, que establece, entre otras medidas, un mecanismo común adicional de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales en relación con los contratos de crédito garantizados celebrados entre los acreedores y los prestatarios empresariales y que estén cubiertos por garantías reales. Este mecanismo no se aplica a los contratos de crédito garantizados celebrados entre acreedores y prestatarios empresariales que estén respaldados por bienes inmuebles residenciales que constituyan la residencia principal de un prestatario empresarial (art. 2.5.(ii), *cf.* Considerando 43).

Sin embargo, el enfoque adoptado por la UE en otras medidas no es coherente, ya que no distingue entre préstamos hipotecarios residenciales y los desembolsados con otras finalidades. Así, el principal objetivo de las Directrices de la ABE sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias (ABE, 2015) es orientar a los Estados miembro en la transposición del artículo 28.1 DCH en relación a los préstamos hipotecarios que se formalicen después del 21 de marzo de 2016. Por el contrario, la Guía del BCE sobre préstamos dudosos para entidades de crédito (BCE, 2017, 41 y sigs.) adopta un amplio ámbito de aplicación al referirse a los préstamos hipotecarios (los préstamos hipotecarios residenciales, de hecho, solo se citan como un ejemplo de especificidades na-

cionales), por lo que entran dentro de su alcance todos los contratos de crédito establecidos en el artículo 3 DCH. Sin embargo, no está clara la relación entre ambos instrumentos<sup>75</sup>. Además, la Comisión Europea, siguiendo las Conclusiones del Consejo «Plan de acción para hacer frente a los préstamos dudosos en Europa» (2017)<sup>76</sup>, presentó el segundo informe de situación sobre la reducción de los préstamos dudosos (marzo de 2018)<sup>77</sup> que tampoco distingue entre préstamos hipotecarios residenciales y de otra índole.

Sea como fuere, es probable que la UE adopte más medidas legislativas en el ámbito de los préstamos hipotecarios residenciales en un futuro cercano, que debería distinguir entre los préstamos hipotecarios residenciales y de otra naturaleza gracias a la aplicación (a los primeros) de la CDFUE. De hecho, la Comunicación de la Comisión «Un Nuevo Marco para los Consumidores» de 11 de abril de 2018<sup>78</sup> concluyó que la legislación europea de consumo aprobada hasta la fecha había ofrecido un alto nivel de protección tanto para los consumidores como para los empresarios, pero que todavía quedaban desafíos por abordar, como el uso generalizado por parte de las instituciones crediticias de condiciones contractuales abusivas en los préstamos hipotecarios. Esta podría ser un área por abordar por la Comisión Europea dado que la DCH no regula las cláusulas abusivas.

Con todo, el grado de influencia que la CDFUE puede tener sobre este nuevo cuerpo de normas sobre préstamos hipotecarios en la UE todavía se encuentra por definir y explorar. Sin embargo, a continuación se analizan dos ejemplos de esta influencia en el derecho derivado vigente de la UE.

### 3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMUNITARIO VIGENTE: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CDFUE

#### A) *La aplicación del principio de proporcionalidad*

La sentencia *Kušionová* sostuvo que el derecho a la vivienda («right to accommodation» en la versión inglesa) es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 CDFUE, que debe interpretarse de conformidad con el artículo 8 CEDH. Dado que el TJUE no aborda realmente la complejidad de la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 8 CEDH, ¿qué efectos podría llegar a tener este vínculo?

Si tomamos como ejemplo el caso irlandés *Allied Irish Banks vs Peter Cunnihan and Mary Cunnihan* (2016)<sup>79</sup>, la entidad bancaria inició el procedimiento de ejecución hipotecaria ante el impago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una tierra de cultivo. Los deudores reclamaron la aplicación de la Directiva 93/13, y el tribunal, una vez aceptada dicha demanda, defendió que los tribunales nacionales deben analizar de oficio si una cláusula contrac-

tual que entre dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva es abusiva. La aplicación de oficio de la Directiva 93/13 por los tribunales irlandeses significa, primero, que empiezan a cumplir con este (ya reconocido anteriormente por la jurisprudencia del TJUE), lo que no es la norma en la actualidad (CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY, 2018, 25)<sup>80</sup>, y, segundo, la potencial aplicación del principio de proporcionalidad<sup>81</sup> ya que el «derecho a la vivienda» está garantizado por el artículo 7 CDFUE. No obstante, los jueces irlandeses parecen reacios a ir un paso más allá de la redacción de la ley<sup>82</sup>. Por este motivo, el Proyecto de ley irlandés *Keeping People in their Homes Bill* 2017<sup>83</sup> se encuentra en tramitación parlamentaria, cuyo objetivo es obligar a los tribunales irlandeses a aplicar el principio proporcionalidad —vía artículo 7 CDFUE<sup>84</sup>, interpretado conforme el artículo 8 CEDH— en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Si trasladamos esta reflexión (centrada en el Derecho irlandés) al Derecho comunitario, el principio de proporcionalidad debería aplicarse en los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que estén involucrados consumidores y esté en juego la pérdida de la vivienda<sup>85</sup>. De hecho, la DCH (que debería interpretarse conforme al art. 7 CDFUE) prevé entre sus medidas que los Estados miembro velarán por que los acreedores hipotecarios se muestren razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución (art. 28.1).

Así, una interpretación del artículo 28.1 DCH de conformidad con la CDFUE implicaría, primero, que la Comisión Europea debería haber incluido *ab initio* el principio de proporcionalidad como una medida a implementar por los Estados miembro y, segundo, que, en ausencia de dicha previsión, los jueces nacionales deberían interpretar la normativa nacional de conformidad con la CDFUE, incluso en un litigio entre particulares (CHEREDNYCHENKO, 2014, 185)<sup>86</sup>. Un ejemplo es el caso *Benkharbouche* (2015)<sup>87</sup>, en el que el Tribunal de Apelación inglés (*Court of Appeal*) sostuvo que una normativa que derivaba de un Convenio Europeo (la *English State Immunity Act* de 1978 de la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, adoptada por el Consejo Europeo) era incompatible con los artículos 6 CEDH y 47 CDFUE y que, por lo tanto, no debía aplicarse<sup>88</sup>. De hecho, el TJUE ha sostenido que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la UE (en los que se incluyen los previstos en la CDFUE) deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho comunitario<sup>89</sup>, y en la sentencia *Mediation Sociale* (2014)<sup>90</sup> que el artículo 27 CDFUE, para ser plenamente efectivo, debe tener una expresión más específica en la legislación europea o nacional. De esto puede deducirse que la aplicación de los derechos previstos en la CDFUE en las relaciones entre particulares dependerá de si requieren una expresión concreta en el Derecho nacional o de si tienen por sí mismos fuerza suficiente para ser invocados por los particulares, lo que debe ponerse en relación con la distinción entre principios y derechos que el artículo 52.5 CDFUE no aborda adecuadamente. Dado que el derecho

a la vida privada y familiar debe considerarse como un derecho y no principio (como sí sucede con los derechos del art. 34.3 CDFUE), si las leyes nacionales que transponen la DCH no hacen referencia al principio de proporcionalidad, el juez debería interpretarla de una manera conforme a la CDFUE.

Por lo tanto, nótese que la doctrina del CEDH podría aplicarse —vía artículo 7 CDFUE— a las relaciones entre particulares y no solo —como sucede ahora con el CEDH— en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, extendiendo así la protección actual de los deudores hipotecarios (COLLINS, 2017, 215).

Esta conclusión es relevante en tanto que existe un debate en torno a la aplicación horizontal del principio de proporcionalidad del artículo 8 CEDH en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, en el caso *Manchester City Council v Pinnock* (2010)<sup>91</sup>, el Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó su aplicación en los procedimientos de desalojo iniciados por propietarios públicos, pero la rechazó posteriormente en las relaciones entre particulares (caso *McDonald vs McDonald and others*, 2016)<sup>92</sup> en tanto que la horizontalidad no debería aplicarse en aquellos casos en los que las disposiciones legales rigen la relación contractual, por lo que los tribunales no deberían ir más allá de un análisis de las cláusulas del contrato.

Pero lo cierto es que el juez (como autoridad pública) debería interpretar las disposiciones legales de una manera conforme al CEDH (lo que se ha denominado «statutory horizontal effect», LEES, 2014, 31<sup>93</sup>) a fin de garantizar la proporcionalidad de la medida como lo exige el artículo 8 CEDH, sin importar si el demandante es un organismo público. El CEDH ya señaló este enfoque en *Khurisd* (2008)<sup>94</sup>. De hecho, en el caso subsiguiente *Stewart v Watts* (2016)<sup>95</sup> el Tribunal de Apelación inglés aplicó el artículo 8 CEDH (junto con el artículo 14 CEDH) en un caso en el que los fideicomisarios de una fundación querían desalojar a los ocupantes de sus viviendas. Además, la jurisprudencia del TEDH es clara al afirmar que cualquier persona en riesgo de perder su hogar debería tener la posibilidad de que un tribunal independiente analizase la proporcionalidad de la medida, por lo que no se distingue entre propietarios públicos o privados (LOVELAND, 2015, 5)<sup>96</sup>. Un ejemplo sería la sentencia *Lemo and Others* (2014)<sup>97</sup>. También es relevante el Dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (el encargado de monitorizar la implementación del PIDESC) de 20 de junio de 2017<sup>98</sup>, en el que los demandantes alegaron que el Estado había violado su derecho a una vivienda adecuada (art. 11 PIDESC) dado que habían sido desahuciados de su vivienda alquilada sin tener en cuenta, primero, el hecho de que no tenían una vivienda alternativa adónde ir, y segundo, las consecuencias de la orden de desalojo en sus hijos menores de edad. El CESCR defendió que las previsiones del PIDESC se extienden a las relaciones entre particulares, por lo que los Estados parte deben tomar medidas razonables (hasta el máximo de sus recursos disponibles) para

proporcionar un alojamiento alternativo a las personas que se quedan sin hogar debido a un desahucio, independientemente de si es iniciado por las autoridades públicas o por un particular, como un arrendador (párrafo 15.2), lo que no sucedió en el caso analizado. Por este motivo, el CECSC consideró la existencia de una violación del derecho a una vivienda adecuada de los ocupantes. Pues bien, el TEDH ha denegado finalmente la aplicación horizontal del artículo 8 CEDH (y, por lo tanto, del principio de proporcionalidad) a una relación estrictamente privada en el caso *F.J.M. (2018)*<sup>99</sup>, que resuelve la disputa que dio lugar a la sentencia *McDonald vs McDonald and others*.

Sea como fuere, la potencial aplicación horizontal del CEDH no implicaría empoderar a los individuos con acciones basadas en el mismo, sino el deber de los legisladores nacionales de permitir que los tribunales analicen la proporcionalidad de la injerencia (es decir, del desahucio) en el derecho a la vida privada y familiar de los ocupantes de la vivienda (art. 8 CEDH). En ausencia de dicha legislación, los jueces estarían obligados a interpretar la ley de una manera conforme al CEDH. Nótese, por lo tanto, que la aproximación respecto al principio de proporcionalidad es distinta en el caso de la CDFUE: aquí los particulares sí que podrían invocarlo directamente sobre la base de la DCH y su interpretación conforme al artículo 7 CDFUE.

a) Los límites de su aplicación

La aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales de justicia (con base en la CDFUE) está sujeta a una serie de limitaciones. La principal es que solo se aplicará si se produce una conexión entre la CDFUE y la legislación de la UE. En el caso de la Directiva 93/13, debe existir una relación jurídica entre una empresa y un consumidor, por lo que quedarían fuera, por ejemplo, aquellos contratos de arrendamiento o de hipoteca celebrados entre particulares o profesionales. Además, el TJUE mantuvo en la sentencia *Barclays*<sup>100</sup> que la Directiva 93/13 y los principios de la legislación de la UE relativos a la protección del consumidor deben interpretarse de tal modo que las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro están excluidas de su ámbito de aplicación cuando no exista una cláusula contractual que altere el efecto o el ámbito de dichas disposiciones. Por lo tanto, el tribunal se limitará a evaluar si el procedimiento tiene un impacto en los derechos de los ocupantes a fin de proteger el derecho a la vivienda tal y como está consagrado en el artículo 7 CDFUE<sup>101</sup> y decidirá si el desalojo (lo que provoca la injerencia en el derecho protegido por el art. 7 CDFUE) es o no proporcional (siguiendo por el momento las directrices del art. 8 CEDH); sin embargo, el alcance de su aplicación es limitado en relación con otras cuestiones de derecho público o privado, por ejemplo en cuanto al derecho del acreedor hipotecario a ejecutar

la garantía (el más relevante del acreedor) en caso de incumplimiento de la deuda hipotecaria)<sup>102</sup>, que permanecería por lo tanto intacto (si bien la potencial posibilidad de que el ocupante de la vivienda continúe poseyéndola puede tener ulteriores consecuencias para el ejecutante y el adquirente), y no podría aplicar otras medidas de protección del deudor hipotecario a no ser que estuvieran previstas en la legislación nacional (por ejemplo, una dación en pago). En el caso de la DCH, el principio de proporcionalidad solo se aplicaría en aquellos préstamos hipotecarios que entrasen dentro de su ámbito de aplicación, es decir, principalmente aquellos otorgados para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (art. 3).

b) Las consecuencias de su aplicación

El juez debe aplicar el principio de proporcionalidad con base en el artículo 7 CDFUE. Ahora bien, también deberá respetar el derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE), que se basa en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que constituye uno de los pilares de la economía de la UE (es un principio general de derecho comunitario, sentencia *Productores*)<sup>103</sup>. Su contenido, desde una perspectiva de derecho civil, es común a las tradiciones jurídicas de los Estados miembro (SIMÓN MORENO, 2011, 597 y sigs.), e incluye bienes muebles e inmuebles y posesiones inmateriales como acciones o derechos de propiedad intelectual, incluyendo por lo tanto a la vivienda (PEERS, 2014, 472 y sigs.), cuya posesión debe haber sido adquirida legalmente para gozar de plena protección.

Como el derecho a la propiedad y el derecho al respeto por la vida privada y familiar son derechos fundamentales que se encuentran en igualdad de condiciones, los conflictos entre ellos deben resolverse alcanzando el debido equilibrio (LENAERTS, 2012, 393), como estableció el TEDH en *Fernández Martínez* (2014)<sup>104</sup>. De hecho, y como no existe una jurisprudencia propia del TJUE en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad que deriva del artículo 8 CEDH, la jurisprudencia del TEDH puede servir como primer criterio de interpretación.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad puede concluirse lo siguiente:

a) *Elementos que el tribunal debe tener en consideración.* La evaluación de la proporcionalidad de la injerencia debería tener en cuenta una serie de elementos<sup>105</sup>. Así, el Proyecto de ley irlandés *Keeping People in their Homes Bill 2017* ofrece un exhaustivo listado de aspectos que el tribunal debe tener en consideración incluyendo, entre otros, una serie de circunstancias relacionadas con el préstamo hipotecario (cuantía del capital pendiente y del interés pagado), la capacidad del deudor de pagar el préstamo, la idoneidad de otras

medidas, como la cesión del préstamo a un organismo de vivienda autorizado, el comportamiento de las partes (por ejemplo, si el acreedor hipotecario ha intentado resolver la controversia mediante una mediación), el impacto en otros derechos fundamentales del deudor hipotecario u otros miembros del hogar, la disponibilidad de un alojamiento alternativo adecuado a las personas ocupantes o si están involucradas personas vulnerables. En este sentido, el TEDH ha desarrollado el concepto de grupo vulnerable, al que pertenecerían las personas cuya vulnerabilidad proviene de circunstancias sociales, políticas e institucionales. La minoría romaní, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH o las que buscan asilo serían ejemplos de este concepto (PERONI y TIMMER, 2013, 1063 y sigs.).

Todo ello ayudará al tribunal a decidir si el prestamista persigue un interés legítimo y necesario en una sociedad democrática (podrá ponerse en duda si hay evidencias de un comportamiento irresponsable del prestamista, por ejemplo si existen cláusulas abusivas o si no se ha analizado la solvencia del consumidor, o si el impacto financiero previsible en el prestamista no es relevante, por ejemplo si se ha satisfecho gran parte del préstamo), responde a una necesidad social imperiosa y es proporcionada al objetivo perseguido (se analizará si existen otras opciones menos gravosas y si el impacto del desahucio es proporcional al objetivo perseguido por el prestamista, en definitiva, si se respeta el derecho a la vida privada y familiar de los ocupantes) (CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY y OPEN SOCIETY, 2018, 7-8).

b) *El tribunal debe decidir si el desahucio es o no proporcionado.* Después de analizar los intereses de ambas partes, el tribunal puede sostener que existe una injerencia en los derechos del ocupante. Como el principio de proporcionalidad es una cuestión de otorgar o no la orden de desahucio (es decir, es un principio de carácter procedimental), el tribunal puede decidir concederla, suspenderla por un tiempo determinado o incluso rechazarla por completo<sup>106</sup>. La decisión final dependerá de las circunstancias del caso y del criterio del tribunal<sup>107</sup> teniendo en cuenta las medidas antes mencionadas, pero hay ejemplos que pueden proporcionar alguna orientación sobre cuál podría ser el resultado. Por ejemplo, el tribunal puede imponer una breve moratoria para poder recuperar la posesión de la vivienda. Esta medida no sería novedosa en algunos Estados miembro. Por ejemplo, la ley faculta al juez español a suspender temporalmente el desalojo de los ocupantes de una vivienda que la utilizan como su residencia principal debido a causas de necesidad (art. 704.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>108</sup>), la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social<sup>109</sup>, preveía la suspensión de los lanzamientos durante el plazo de dos años (que se ha extendido hasta los siete años, es decir, hasta mayo de 2020<sup>110</sup>) de aquellas personas en situación de vulnerabilidad cuando el acreedor se hubiera adjudicado la vivienda en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, sin que esté claro que



el poseedor de la vivienda (antiguo deudor hipotecario) deba satisfacer alguna renta al propietario<sup>111</sup>, y el auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 39 de 6 de marzo de 2013<sup>112</sup> pospuso el desahucio hasta el final del curso académico por la presencia en la vivienda de menores de edad. Desde la perspectiva del derecho a la propiedad, sin embargo, el TEDH sostuvo en un caso relacionado con el control de renta de los alquileres<sup>113</sup> que el derecho de los propietarios a obtener un rendimiento de sus bienes deriva del artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH. Esto significa que el juez debería tener en cuenta el derecho de los propietarios privados a obtener beneficios de sus propiedades, es decir, debería concretar —a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad— las obligaciones de los ocupantes para con la vivienda que ocupan.

c) *El tribunal, en determinadas circunstancias, puede requerir que las autoridades públicas proporcionen a los ocupantes un alojamiento alternativo para que el desahucio sea efectivo.* Existen casos en los que el TEDH ha postergado en España (mediante medidas cautelares) el desahucio de unos ocupantes por las implicaciones que este podía tener en su derecho a la vida privada y familiar con base en el artículo 8 CEDH (SIMÓN MORENO, 2014, 162 y sigs.). Y el CEDS ha sostenido que incluso si el desalojo es legítimo, las autoridades deben adoptar las medidas necesarias para ayudar económicamente o realojar a las personas afectadas<sup>114</sup>. El principal problema con respecto a la doctrina de las obligaciones positivas del artículo 8 CEDH es el grado en que los Estados parte están obligados a proporcionar un alojamiento alternativo (REMICHE, 2012, 799)<sup>115</sup>. Los casos relacionados con España muestran, sin embargo, que un alojamiento corto y temporal podría no ser suficiente para cumplir con los estándares del artículo 8 ECHR.

## B) *La adopción de medidas tendentes a evitar el sobreendeudamiento del deudor*

Finalmente, otro precepto de la DCH que podría interpretarse conforme a la CDFUE es el 28.5, que prevé que los Estados miembro deben alentar a los prestamistas a adoptar medidas que faciliten el reembolso del préstamo en aquellos casos en que la deuda no quede saldada. En este sentido, las medidas para evitar el sobreendeudamiento están relacionadas con los derechos humanos, tales como el derecho a una vivienda adecuada y una alimentación adecuada (art. 11.1 PIDESC), el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 PIDESC), el derecho al trabajo (art. 23 DUDH), la prohibición del encarcelamiento por el impago de deudas (art. 11 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, ICCPR<sup>116</sup>), la prohibición de discriminación (arts. 26 ICCPR y 14 CEDH) y el derecho a la privacidad (art. 8 CEDH) (ONDERSMA, 2014, 295 y sigs.). El Comité Económico y Social Europeo (2014)<sup>117</sup> ha recomendado en este sentido una serie de medidas con base en los artículos 38 CDFUE, 114 y 81 TFUE.

## V. CONCLUSIONES

I. La crisis financiera internacional ha puesto de manifiesto la limitada capacidad de la UE para adaptar su legislación a las nuevas necesidades socioeconómicas debido a falta de una competencia expresa en materia de vivienda y derecho de propiedad. Las medidas que ha podido adoptar dentro de su ámbito competencial, principalmente la DCH, tienen un alcance limitado (su objetivo es restaurar el equilibrio entre el empresario y el consumidor), tienen un enfoque básicamente económico (en el marco del objetivo de la UE de alcanzar un mercado interior) y no abordan aquellos aspectos más sociales que van más allá de la relación contractual. Por otra parte, la ausencia de una delimitación clara del significado y alcance del derecho a la vivienda (a nivel europeo e internacional) ha motivado que los jueces y los legisladores de los Estados miembro hayan adoptado medidas dispares en sus políticas nacionales de vivienda, en ocasiones reinterpretando (los primeros) el Derecho civil. Por lo tanto, una mayor protección del derecho a la vivienda podría conseguirse a través de otros instrumentos legales, como la CDFUE, que permitiría al derecho derivado de la UE (y ulteriormente al Derecho de cada Estado miembro) alcanzar una dimensión más acorde con los derechos humanos y fundamentales en tanto que todos los Estados miembro de la UE han ratificado el CEDH, la CSE o el PIDESC, aceptando de esta manera la obligación de desarrollar políticas y leyes apropiadas que reconozcan, respeten, protejan, promuevan y cumplan con el derecho a la vivienda. Por lo tanto, todos estos derechos son ahora parte integrante de la legislación de la UE a través de su incorporación a la CDFUE.

II. El TJUE es el principal impulsor de la actual constitucionalización del Derecho derivado europeo gracias a la interpretación de la normativa de consumo (principalmente, la Directiva 93/13) en línea con las disposiciones de la CDFUE. Con todo, no debe olvidarse que sus disposiciones deben tenerse en consideración por las instituciones y organismos de la UE, los Estados miembro al aplicar el Derecho derivado de la UE y los tribunales nacionales. De esta forma, la UE debe no solo valorar la compatibilidad del derecho derivado con la CDFUE sino también integrar y promulgar sus disposiciones de acuerdo con su contenido. Dado que el derecho de consumo es una de las principales áreas de competencia de la UE, su interpretación conforme a la CDFUE (que es necesaria para que los derechos contenidos en ella puedan tener un carácter vinculante entre los particulares) podría conducir a un nuevo cuerpo de normas sobre préstamos hipotecarios dentro la UE que distinguiese entre préstamos hipotecarios residenciales y de otra naturaleza. Un ejemplo de esta aproximación son las disposiciones de la DCH relativas al procedimiento de ejecución hipotecaria, que deberían incluir, gracias a la CDFUE, el principio de proporcionalidad y medidas concretas para hacer frente a las situaciones de sobreendeudamiento.

III. La influencia de la CDFUE en otras áreas del Derecho comunitario y en el resto de aspectos que integran el derecho a la vivienda todavía está por definir y explorar. Con todo, el presente trabajo ha querido mostrar el potencial rol de la CDFUE para lograr una regulación europea y nacional en materia de consumo y de vivienda más acorde con los derechos humanos y fundamentales. Esta aproximación podría ser un primer paso para tratar la vivienda como un derecho humano y no como un activo financiero en la UE.

#### ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 10 de septiembre de 2014.
- STJUE de 17 de julio de 2014.
- STJUE de 30 de abril de 2014.
- STJUE de 15 de enero de 2014.
- STJUE de 8 de mayo de 2013.
- STJUE de 26 de febrero de 2013
- STJUE de 15 de marzo de 2012.
- STJUE de 20 de enero de 2011.
- STJUE de 16 de septiembre de 2010.
- STJUE de 29 de enero de 2008.
- STJUE de 12 de diciembre de 2006.
- STJUE de 13 de diciembre de 1989.
  
- STEDH de 11 de octubre de 2016.
- STEDH de 10 de julio de 2014.
- STEDH de 12 de junio de 2014.
- STEDH de 17 de octubre de 2013.
- STEDH de 29 de mayo de 2012.
- STEDH de 24 de abril de 2012.
- STEDH de 21 de junio de 2011.
- STEDH de 9 de octubre de 2007.
- STEDH de 19 de junio de 2006.
- STEDH de 27 de mayo de 2004.
- STEDH de 18 de enero de 2001.
- STEDH de 24 de febrero de 1998.
- STEDH de 27 de septiembre de 1995.
- STEDH de 26 de marzo de 1985.
- STEDH de 9 de octubre de 1979.
  
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 7 de diciembre de 2016.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 5 de mayo de 2014.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 39 de 6 de marzo de 2013.

## BIBLIOGRAFÍA

- THE FOUNDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA (2018). *Third overview of housing exclusion in Europe [En línea]*. Disponible en <https://www.feantsa.org/download/full-report-en1029873431323901915.pdf>.
- (2015). *An overview of housing exclusion in Europe [En línea]*. Disponible en [http://www.fondation-abbe-pierre.fr/sites/default/files/content-files/files/chapter\\_3\\_-\\_european\\_union\\_legislation\\_relating\\_to\\_housing.pdf](http://www.fondation-abbe-pierre.fr/sites/default/files/content-files/files/chapter_3_-_european_union_legislation_relating_to_housing.pdf).
- AALBERS, M. (2017). The variegated financialization of housing — Symposium. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 41, núm. 4, 542-554.
- AALBERS, M. y FERNÁNDEZ, R. (2017). Capital Market Union and residential capitalism in Europe: Rescaling the housing-centred model of financialization. *Finance and Society*, vol. 3, núm. 1, 32-50.
- ABE (2015). *Directrices de la ABE sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias [En línea]*. Disponible en <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/consumer-protection-and-financial-innovation/guidelines-on-arrears-and-foreclosure>.
- AKANDJI-KOMBE, J. F. (2007). *The development of positive obligations under the European convention on human rights*. Human rights handbooks, vol. 7°. Brussels: Council of Europe.
- ANDERSON, M. (2018). ¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda? Perspectiva europea, española y catalana, a partir de la situación del deudor hipotecario. En J. Tarabal Bosch y E. Lauroba Lacasa (coords.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARANGUIZ, A. (2017). What future for Housing Rights? The Potential of the European Pillar of Social Rights, *Housing Rights Watch [En línea]*, 14 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.housingrightswatch.org/content/what-future-housing-rights-potential-european-pillar-social-rights>.
- BCE (2017). *Guía sobre préstamos dudosos para entidades de crédito [En línea]*, 1-144. Disponible en [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance\\_on\\_npl.es.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.es.pdf).
- BENÖHR, I. (2013). *EU Consumer Law and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BRAGA, M., y PALVARINI, P. (2013). *Social Housing in the EU*. Brussels: European Parliament, Directorate general for internal policies. Policy department a: economic and scientific policy.
- CHEREDNYCHENKO, O. (2014). Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services. En H. Micklitz (ed.), *Constitutionalization of European Private Law*, XXII/2, Oxford: Oxford University Press (170-209).
- CLAPHMA, A. (1993). The ‘Drittwirkung’ of the Convention. En R. St. J. McDonald *et al.* (eds.), *The European system for the Protection of Human Rights*. London: Martinius Nijhoff Publishers (163-206).

- COLLINS, H. (2017). The challenges Presented by the Fundamental Rights to Private Law. En K. Barker *et al.* (eds.), *Private Law in the 21st Century*. Bloomsbury.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (1991). *Comentario general (núm. 4) sobre el derecho a una vivienda adecuada [En línea]*. Disponible en <https://www.escr-net.org/resources/general-comment-4>.
- DELLA NEGRA, F. (2015). The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová. *Common Market Law Review*, vol. 52, núm. 4, 1009-1032.
- COUNCIL OF EUROPE AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2017). *Guide on Article 8 of the Convention — Right to respect for private and family life [En línea]*. Disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf).
- HOUSING EUROPE (2017). *Housing in the European Pillar of Social Rights. A critical review [En línea]*, 27 de abril de 2017. Disponible en <http://www.housingeurope.eu/resource-930/housing-in-the-european-pillar-of-social-rights>.
- (2015). *Making Europe Accessible. What does the Accessibility Act bring to the housing sector? [En línea]*. Disponible en [http://www.housingeurope.eu/resource-621/making-europe-accessible#\\_ftn2](http://www.housingeurope.eu/resource-621/making-europe-accessible#_ftn2).
- FARHA, L. (2017). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto [En línea]*, presentado en el 34º período de sesiones Consejo de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>.
- FONTECHA, L. M. (2017). The European Pillar of Social Rights. *ERA Forum*, vol. 18, núm. 2, 149-153.
- GALIANA SAURA, A. (2018). La naturaleza jurídica del derecho subjetivo a la vivienda. En Nasarre Aznar, S. *et al.* (coords.). *Análisis de la política legislativa para la promoción del acceso a la vivienda*, Valencia: Tirant lo Blanch (33-52).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 762, 2006-2023.
- CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY (2018). *Access to Justice and the ECB. A study of ECB Supervised and other Mortgage Possession Cases in Ireland [En línea]*. Galway: NUI Galway. Disponible en <https://www.nuigalway.ie/chlrp/>.
- CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY y OPEN SOCIETY (2018). *Your EU Consumer and Human Rights. A Guide for People in Mortgage distress in Ireland [En línea]*. Galway: NUI Galway. Disponible en <https://www.nuigalway.ie/chlrp/>.
- HOHMANN, J. (2013). *The Right to Housing. Law, concepts, Possibilities*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- INTERNATIONAL FEDERATION FOR HOUSING AND PLANNING (2015), *Housing Refugees Report [En línea]*. Disponible en <http://www.ifhp.org/housing-refugees-report>.
- JOSIPOVIC, T. (2014). Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 224-253.
- KENNA, P. (2017). Making Economic, Social and Cultural Rights meaningful. *Irish Law Times*, vol. 35, núm. 14, 191-196.
- KENNA, P. y GAILIUTE, D. (2013). Growing Coordination in Housing Rights Jurisprudence in Europe? *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 606-614.

- KENNER, J. (2003). Economic and Social Rights in the EU Legal Order. En T. Herevey y J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing (1-25).
- LEES, E. (2014). Horizontal Effect and Article 8: McDonald v McDonald. *Law Quarterly Review [En línea]*, vol. 131, 34-39. Disponible en <https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/246005>.
- LENAERTS, K. (2012). Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, 375-403.
- LOVELAND, I. (2015). Horizontality of article 8 in the context of possession proceedings. *European Human Rights Review [En línea]*, vol. 2, 1-14. Disponible en <http://openaccess.city.ac.uk/13737/1/macdonald.pdf>.
- LUCKOW, A. (2014). *Mortgages in the over-indebtedness of private households - a European comparison*, ponencia presentada en la Conferencia *Buying and Owning Property in Europe [En línea]*, Trier. 16 de junio de 2014). Disponible en <https://www.pfandbrief.de>.
- MANKO, R. (2015). *EU competence in private law, The Treaty framework for a European private law and challenges for coherence*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION (2017). *Review of Europe's mortgage and housing markets [En línea]*. Disponible en <https://hypo.org/app/uploads/sites/3/2017/09/HYPOSTAT-2017.pdf>.
- MICKLITZ, H.-W. (2014). The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law. En L. Azoulay (ed.), *The Question of Competence in the European Union*. Oxford: Oxford University Press (125-154).
- (2011). Social justice and access justice in Private Law. *European University Institute [En línea]*, 2. Working Paper. Disponible en <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/15706>.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2016). *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción*. Madrid: Civitas.
- NASARRE AZNAR, S. (2015). «Robinhoodian» courts' decisions on mortgage law in Spain. *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 7, núm. 2, 127-147.
- (2014). A legal perspective of the Origin and the Globalization of the Current Financial Crisis and the Resulting Reforms in Spain. En P. Kenna (ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*. Farnham: Ashgate Publishing (37-72).
- NASARRE AZNAR, S. y GARCÍA Teruel, R. M. (2016). El acceso a la vivienda en España. En Adicae (ed.), *Vivienda y Financiación. La oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda*. Madrid: ADICAE Servicios Centrales (31-58).
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2014). Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 139, 11-55.
- NIELD, S. (2013). Article 8 Respect for the Home: A Human Property Right?, *King's Law Journal*, vol. 24, núm. 2, 147-171.
- NOGLER, L. y REIFNER, U. (2018). The contractual Concept of Life Time Contracts under Scrutiny. En L. Ratti, (ed.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*. The Hague: Eleven International Publishing (3-26).

- (2014). Introduction: the new dimension of life time in the law of contracts and obligations. En L. Nogler y U. Reifner (eds.), *Life Time Contracts. Social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*. The Hague: Eleven International Publishing (1-71).
- NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, Núm. 1, 69-89.
- ONDERSMA, C. (2014). A Human Rights Framework for Debt Relief, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, 269-351.
- PEERS, S. (2014). Artículo 17(1), Right to Property. En S. Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*. Oxford: Hart Publishing (465-488).
- PERASSI, M. (2016). The New Pillars of the EU Financial Architecture and the Single Supervisory Mechanism. En F. Fariello *et al.* (ed.), *Financing and Implementing the Post-2015. Development Agenda*. vol. 7, Washington, DC: The World Bank Legal Review, World Bank Publications.
- PERONI, L. y TIMMER, A. (2013). Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 1056-1085.
- PIKETTY, T. (2014). *Capital in the Twenty-first century*. Harvard: Harvard University Press.
- MAX PLANCK INSTITUTE (2017). *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*. Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission.
- ACTIONES PLATFORM (2017). *Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter [En línea]*. Disponible en <https://www.eu.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/ACTIONES/ACTIONESplatform>.
- RASNAČA, Z. (2017). (Any) relevance of the european pillar of social rights for eu law? *European Law blog [En línea]*. 17 de noviembre de 2017. Disponible en <http://european-lawblog.eu/2017/11/17/any-relevance-of-the-european-pillar-of-social-rights-for-eu-law/>.
- REMICHE, A. (2012). Yordanova and Others v. Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home. *Human Rights Law Review [En línea]*, vol. 12, núm. 4, 787-800.
- ROLNIK, R. (2013). Late Neoliberalism: The Financialization of Homeownership and Housing Rights. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 37, núm. 3, 1058-1066.
- (2012). *The right to adequate housing [En línea]*. United Nations General Assembly. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286.pdf>.
- RONALD, R. (2008). *The Ideology of Home Ownership: Homeowner Societies and the Role of Housing*. Basingstone: Palgrave Macmillian.
- RUTGERS, J. W. (2010). *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument [En línea]*. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1542533](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542533).
- DE SCHUTTER, O. (2016). *The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU institutional framework*. European Parliament's Committee on Constitutional Affairs and commissioned, Brussels, 1-76.

- SCHMID, C. (2018). Epilogue. En C. U. Schmid (ed.), *Tenancy law and housing policy in Europe. Towards Regulatory Equilibrium*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- SCHÜTZE, R. (2014). Limits to the Union's 'Internal Market' Competence(s), Constitutional Comparisons. En L. Azoulai (ed.), *The Question of Competence in the European Union*. Oxford: Oxford University Press (215-233).
- SEMMELMANN, C. (2012). Theoretical reflections on the public-private distinction and their traces in European Union law. *Oñati Socio-Legal Series [En línea]*, vol. 2, núm. 4. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2016077](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2016077).
- SIMÓN MORENO, H. (2017). El Derecho de bienes en el Derecho Privado europeo. En J. A. Tito-Añamuro (dir.), *La unificación del derecho privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*. Perugia: Università Degli Studi di Perugia.
- (2014). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 16, 162-187.
- (2011). Towards a European System of Property Law. *European Review of Private Law*, vol. 19, núm. 5, 579-611.
- SPARKES, P. (2016). *Cross-Border Acquisition of Residential Property: Problems that Arise for Citizens [En línea]*. Brussels: European Parliament. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL\\_STU\(2016\)556936\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU(2016)556936_EN.pdf).
- VALANT, J. (2015). *Consumer protection in the EU. Policy overview*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- VAN ERP, S. y AKKERMANS, B. (2010). European Union property law. En C. Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press (173-186).
- WARD, A. (2014). Article 51 — Field of Application. En S. Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*. Oxford: Hart Publishing (1413-1454).
- WIND, B. *et al.* (2017). The distribution of housing wealth in 16 European countries: accounting for institutional differences. *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. 32, núm. 4, 625-647.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Por lo tanto, pueden distinguirse varios grupos de países en el seno de Unión Europea (UE): de alquiler (Alemania, Suiza, Austria) y la zona comunista de Europa central (República Checa, Polonia, Estonia); de expansión de la vivienda en propiedad (Dinamarca, Suecia, Países Bajos, Bélgica y Francia) y de vivienda en propiedad (Italia, España y Portugal).

<sup>2</sup> El término equivalente en inglés, «finanzialisation», ha sido definido como «the increasing dominance of financial actors, markets, practices, measurements and narratives, at various scales, resulting in a structural transformation of economies, firms (including financial institutions), states and households» (AALBERS y RODRIGO FERNÁNDEZ, 2017, 34 y sigs.).

<sup>3</sup> La Relatora Especial sobre una vivienda adecuada Leilana FARHA apuntó en el *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho*



a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, en el 34.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos (2017), que «La cantidad de dinero implicada en la compra de vivienda y bienes inmuebles es casi imposible de asimilar. Cushman and Wakefield, una empresa estadounidense de servicios inmobiliarios mundiales que participa en ventas de bienes inmuebles por un valor de 90.000 millones de dólares anuales, publica un informe anual titulado “The Great Wall of Money” que incluye un cálculo de la cantidad de capital obtenido cada año por las inversiones inmobiliarias transfronterizas. El total en 2015 fue la cifra récord de 443.000 millones de dólares, de la que las viviendas representan la mayor proporción individual» (párrafo 24).

<sup>4</sup> El Informe afirma que «El gasto en los rescates de bancos e instituciones financieras tras la crisis financiera de 2008 superó con mucho el gasto en la prestación de asistencia a las víctimas de la crisis. De hecho, muchos Gobiernos nacionales hicieron importantes recortes en sus programas de vivienda. Como se ha señalado antes, el Banco Mundial sigue promoviendo la “liberalización financiera” en lugar de la intervención activa del Estado en la provisión de vivienda en las economías emergentes, a pesar de que es evidente que la financiarización aumenta por lo general la desigualdad y no tiene en cuenta las necesidades de los millones de familias que viven en situaciones de falta de vivienda o en viviendas extremadamente inadecuadas».

<sup>5</sup> DO C 326, de 26 de octubre de 2012, 47.

<sup>6</sup> DO L 60, de 28 de febrero de 2014, 34.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de julio de 2014, Morcillo/Banco Bilbao, 169/14, EU:C:2014:2099, apartado 51.

<sup>8</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kušionová/SMART, 34/13, EU:C:2014:2189, apartado 65.

<sup>9</sup> DO L 95, de 21 de abril de 1993, 29.

<sup>10</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, 389.

<sup>11</sup> DO C 326, de 26 de octubre de 2012, 13.

<sup>12</sup> Disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>13</sup> Ver en este sentido las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (DOC 303, de 14 de septiembre de 2007, 17), que explica la conexión de sus disposiciones con otros derechos recogidos en instrumentos análogos.

<sup>14</sup> Disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>15</sup> Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013> (última visita 10 de julio de 2018). El derecho a la vivienda no se incluye en la versión original de la CSE 1961.

<sup>16</sup> «3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

<sup>17</sup> Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignatureRatificationIndex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignatureRatificationIndex_en.asp) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>18</sup> Ver la Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el órgano del Consejo de Europa que supervisa la implementación de la CSE en los Estados Parte, en el caso *International Movement ATD Fourth World (ATD) v. France*. Reclamación no. 33/2006, de 5 de diciembre de 2007. Disponible en <https://www.coe.int> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>19</sup> *Vid., infra* apartado IV, epígrafe A.b).

<sup>20</sup> Sentencia del TEDH (STEDH) de 9 de octubre de 1979 *Airey vs. Ireland*, n.º 6289/73, § 25. Series A núm. 32.

<sup>21</sup> STEDH de 26 de marzo de 1985 *X and Y vs. Netherlands*, núm. 8978/80, § 23. Series A núm. 91.

<sup>22</sup> Como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>23</sup> Tal y como ha establecido en la STEDH de 27 de mayo de 2004 *Connors vs UK*, núm. 66746/01. Ver también STEDH de 27 de septiembre de 1995 *McCann and Others vs United Kingdom*, núm. 18984/91; STEDH de 21 de junio de 2011 *Orlic vs Croatia*, no. 48833/07; STEDH de 10 de julio de 2014 *Lemo and others vs Croatia*, no. 3925/10; y la STEDH de 29 de mayo de 2012 *Bjedov vs Croatia*, núm. 42150/09, § 66.

<sup>24</sup> STEDH de 18 de enero de 2001 *Chapman vs. United Kingdom*, núm. 27238/95, § 99.

<sup>25</sup> STEDH de 24 de febrero de 1998 *Botta vs. Italy*, núm. 21439/93, § 33. Reports of Judgments and Decisions 1998-I. El Consejo de Europa y el TEDH defienden que la doctrina de las obligaciones positivas «*may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*» (Council of Europe and European Court of Human Rights, 2017, 8).

<sup>26</sup> Se discute sobre ello *infra* en el apartado IV.

<sup>27</sup> La relación entre el artículo 8 CEDH y la vivienda en la jurisprudencia del TEDH se resume por el Consejo de Europa y el TEDH (Council of Europe and European Court of Human Rights, 2017, 54 y sigs.).

<sup>28</sup> STEDH de 11 de octubre de 2016 *Bagdonavicius and Others vs. Russia*, núm. 19841/06, §§ 97-108.

<sup>29</sup> STEDH de 17 de octubre de 2013 *Winterstein and others vs France*, núm. 27013/07, § 167.

<sup>30</sup> STEDH de 24 de abril de 2012 *Yordanova and Others vs. Bulgaria*, núm. 25446/06, §§ 120-144.

<sup>31</sup> STEDH de 9 de octubre de 2007 *Stanková vs. Slovakia*, núm. 7205/02, §§ 61-62.

<sup>32</sup> El texto está disponible en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>33</sup> Disponible en <https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/social-scoreboard/#> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>34</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 26 de abril de 2017, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, 6 (COM(2017) 250 final).

<sup>35</sup> STJUE de 13 de diciembre de 1989, *Salvatore/Le Fonds*, 322/88, apartados 13 y sigs.

<sup>36</sup> «There is very little in terms of concrete potential for the enforcement of the EPSR. As often is the case in the EU realm, one can only hope that the EPSR will gain some teeth as a result of the judicial application both at the EU and national level. In this regard, the CJEU's past case law concerning similar instruments gives some reason for confidence» (RASNAČA, 2017). El hecho de que el pilar simplemente repita el acervo social ya existente de la UE y su carácter jurídico no vinculante se han señalado como sus principales deficiencias (FONTECHA, 2017, 153).

<sup>37</sup> Así, la UE solo puede actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembro en los Tratados, sólo interviene en caso de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembro y el contenido y la forma de su acción no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

<sup>38</sup> Ver en este sentido la STJUE de 12 de diciembre de 2006, *Alemania/Consejo y Parlamento*, 380/03, EU:C:2006:772, apartado 80.

<sup>39</sup> Ver [https://ec.europa.eu/info/strategy/consumers/consumer-protection\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/consumers/consumer-protection_en) (última visita 10 de julio de 2018). Existen estudios que proporcionan una visión global de la competencia de la UE en materias relacionadas con el Derecho privado (MANKO, 2015; VALANT, 2015).

<sup>40</sup> Sobre la base del Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (última visita 10 de julio de 2018). El derecho a la vivienda también se recoge en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948 (DUDH). Disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>41</sup> La Fundación Abbé Pierre y Feantsa proporcionan una visión general de la legislación de la UE sobre vivienda (ABBÉ PIERRE y FEANTSA, 2015, 81 y sigs.).

<sup>42</sup> COM(2015) 240 final. El último documento disponible es la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, de 14 de mayo de 2018 (COM(2018) 250 final).

<sup>43</sup> Disponible en: <http://www.ifhp.org>.

<sup>44</sup> Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180, de 29 de junio de 2013, 96). La vivienda se incluye dentro de las «condiciones materiales de acogida» que deben ponerse a disposición de los solicitantes cuando presentan su solicitud de protección internacional (art. 2.1.g).

<sup>45</sup> Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DO L 315, de 14 de noviembre de 2012, 1); y la Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DO L 153, de 18 de junio de 2010, 13). Ver en este sentido: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/buildings> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>46</sup> Reglamento 305/2011, de 9 de marzo de 2011, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la Directiva 89/106/CEE (DO L 88, de 4 de abril de 2011, 5).

<sup>47</sup> Directiva 2014/33/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembro en materia de ascensores y componentes de seguridad para ascensores (DO L 96, de 29 de marzo de 2014, 251).

<sup>48</sup> Ver en este sentido: <https://ec.europa.eu/futurium/en/urban-agenda> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>49</sup> Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, 37); y la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19 de julio de 2000, 22).

<sup>50</sup> Más información en: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/eu-banking-and-financial-services-law\\_en#financial-supervision-and-risk-management](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/eu-banking-and-financial-services-law_en#financial-supervision-and-risk-management) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>51</sup> *Vid.*, *infra* apartado III, epígrafe 1.

<sup>52</sup> Propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios (COM/2015/0615 final).

<sup>53</sup> «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

<sup>54</sup> Sobre ello *vid.*, *infra* apartado, IV epígrafe 1.

<sup>55</sup> STJUE de 8 de mayo de 2013, Libert y otros/Gouvernement, 197/11 y 203/11, EU:C:2013:288, apartado 48.

<sup>56</sup> STJUE de 20 de enero de 2011, Comisión/Grecia, 155/09, EU:C:2011:22, apartado 63.

<sup>57</sup> Directiva 2014/54/UE, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128, de 30 de abril de 2014, 8).

<sup>58</sup> Este estudio identifica y analiza las dificultades legales y prácticas a las que se enfrenta un ciudadano de la UE a la hora de adquirir una vivienda en otro Estado miembro.

<sup>59</sup> ECLI: ES:JMB:2016:4780. El ECLI puede utilizarse en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (última visita 10 de julio de 2018). De acuerdo con el artículo 1911 del Código civil español 1889 (última versión disponible en <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=1>) (última visita 10 de julio de 2018), el deudor es responsable

del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. La doctrina ha criticado el enfoque de esta decisión judicial (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2017).

<sup>60</sup> ECLI: ES:JMB:2014:85.

<sup>61</sup> La STJUE de 15 de marzo de 2012, Jana/SOS, 453/10, apartado 35, ha establecido que la Directiva 93/13 «no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, una normativa nacional que permita declarar la nulidad total de un contrato entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor».

<sup>62</sup> NOGLER y REIFNER (2014, 41) defienden que la DCH y otras regulaciones de la UE en el campo de los servicios financieros, como la Directiva de Crédito al Consumo o las Directivas MIFID I y II, «focused on the marketing and “sale” of such services providing cooling-off periods, extensive pre-contractual information and a technical harmonisation of products and supervision. Questions concerning the life time of those who use these services (access, exploitation, cancellation, usury, debt enforcement, adaptation, continuity) have expressly been left to the National Legislator, which in fact was based on the neo-liberal assumption that functioning markets would render protective regulation superfluous». Por su parte, se ha defendido que la Directiva «llega tarde y decepciona a muchos, deja huérfanas de la protección que establece a situaciones que muy bien pueden derivar en la pérdida de la vivienda habitual (o de otros bienes esenciales para el sustento) o comprometer seriamente la capacidad económica del consumidor, pero al fin y al cabo es coherente en cuanto a la línea que sigue: dicta, dentro del marco de sus competencias, normas de protección de consumidores [...] No es, por tanto, una norma de protección de la vivienda, aunque claramente en su trasfondo subyace la preocupación por los estragos que ha causado la crisis en algunos Estados miembro» (Anderson, 2018).

<sup>63</sup> Por ejemplo, a través del Reglamento 2017/2402, de 12 de diciembre de 2017, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada (DO L 347, de 28 de diciembre de 2017, 35). De acuerdo con AALBERS y RODRIGO FERNÁNDEZ, «The goal of the EU Commission is not to create a safer primary or secondary mortgage market for borrowers and lenders, but rather to rollout the technique of securitization across the EU, thereby pushing housing-centred financialization onto countries with hitherto relatively low levels of mortgage debt or securitization», y «giving securitization a central role in financial intermediation in the EU wilfully ignores the systemic risks of the shadow banking system» (AALBERS y FERNÁNDEZ, 2017, 45-46).

<sup>64</sup> Como tuvo lugar en Rumanía con la promulgación de la Ley 77/2016, que entró en vigor el 13 de mayo de 2016. Esta norma permitía al deudor liberarse en su totalidad de cualquier responsabilidad de la deuda de préstamos hipotecarios residenciales siempre que fuera un consumidor y el valor del la vivienda estuviera por debajo de los 250.000 euros, independientemente de su capacidad financiera. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rumano modificó la aplicación de la ley en octubre de 2016 y exigió la existencia de un cambio en las circunstancias (*hardship*) para su aplicación. Se puede encontrar un resumen de las principales reformas emprendidas en Anton y Enache, 2017. Recent Legislative Changes Impacting the Crediting Business. *Chambers and Partners*. 31/7/2017. Disponible en: <https://www.chambersandpartners.com/article/2201/recent-legislative-changes-impacting-the-crediting-business> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>65</sup> Uno de los problemas legales del derecho a la vivienda es precisamente su concreción: «Despite wealth of interpretative statements and the growing body of jurisprudence on the right, it is difficult to locate a definition of jurisprudence on the right or its corresponding obligations, such that it is almost imposible to say what the right to housing is».

<sup>66</sup> Ver <http://www.eusoco.eu/?p=1012> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>67</sup> Lo que se exige en la actualidad, ver Comisión Europea (2009), *Impact Assessment Guidelines*, 31 (SEC[2009] 92). Disponible en [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission\\_guidelines/docs/iag\\_2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>68</sup> STJUE de 16 de septiembre de 2010, Chatzi/Ypourgos, 149/10, EU:C:2010:534, apartado 43.

<sup>69</sup> Vid *supra* Apartado II, epígrafe I.

<sup>70</sup> STJUE de 17 de julio de 2014, apartado 51. El Tribunal sostuvo que el sistema procesal español no era conforme a la legislación de la UE (art. 47 CDFUE), ya que el acreedor que solicitaba la ejecución hipotecaria tenía derecho a presentar un recurso de apelación contra la decisión judicial que declaraba abusiva una cláusula del contrato, pero no permitía, por el contrario, que el consumidor pudiera apelar contra la decisión que desestimaba su oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas.

<sup>71</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2014, apartado 65. En este caso, el órgano jurisdiccional remitente trataba de esclarecer si las disposiciones de la Directiva 93/13 posibilitaban el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor. El TJUE sostuvo que «la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia SÁNCHEZ MORCILLO y ABRIL GARCÍA, EU:C:2014:1388, apartado 11). En este sentido, el TEDH ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, *McCann c. Reino Unido*, demanda núm. 19009/04, apartado 50, y *Roussak c. Suecia*, demanda núm. 27183/04, apartado 137). En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13».

<sup>72</sup> VAN DUIN sostiene que ambas sentencias muestran que el artículo 47 CDFUE puede funcionar como un mecanismo de corrección cuando se considera que el procedimiento civil nacional ofrece una protección incompleta o insuficiente a la luz de la legislación de la UE, ver VAN DUIN (2017). *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures Under Directive 93/13/EEC. Amsterdam Law School Research Paper [En línea]*, núm. 37, 11. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3034205>.

<sup>73</sup> Esto también lo pone de relieve la plataforma Acciones (2017), un proyecto implementado con el apoyo financiero de la Fundamental Rights & Citizenship Programme de la UE (Module 4, Consumer Protection, 7). El estudio explica los casos más relevantes en este ámbito.

<sup>74</sup> COM(2018) 135 final.

<sup>75</sup> De acuerdo con la Guía del BCE (BCE, 2017), «La guía no sustituye a ningún otro requisito o guía de carácter regulatorio o contable aplicable en virtud de reglamentos o directivas de la UE ya existentes, o de los actos jurídicos que los incorporan al derecho nacional, ni a las directrices emitidas por la Autoridad Bancaria Europea (ABE). Más bien, la guía constituye un instrumento de supervisión dirigido a aclarar las expectativas supervisoras sobre identificación, gestión, medición y saneamiento de NPL en áreas no reguladas en reglamentos, directivas o directrices existentes o reguladas solo de forma genérica». Por lo tanto, no está claro si las instituciones de crédito a las que se dirige la Guía deben seguir solo las Directrices de la ABE o la también Guía del BCE.

<sup>76</sup> Ver <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/> (última visita 1 de julio de 2018).

<sup>77</sup> COM(2018) 133 final. Disponible en [http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180314-communication-non-performing-loans\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180314-communication-non-performing-loans_en.pdf) (última visita 1 de julio de 2018). Una nota de prensa en español puede consultarse en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1802-es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1802-es.htm) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>78</sup> COM(2018) 183 final.

<sup>79</sup> IEHC 752 Barrett J, de 21 de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.icel.ie/userfiles/file/conferences/Abusive%20lending/AIB%20v%20Counihan%20Unrep%20HC%2021%20Dec%2016.pdf> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>80</sup> De hecho, un estudio muestra que la base legal y la aplicación de oficio del derecho de consumo no es una cuestión clara para los jueces nacionales, que no estarían dispuestos a aplicarlo para evaluar si las cláusulas contractuales acordadas son abusivas. Los autores del estudio recomiendan a la Comisión Europea que aclare el papel activo del juez nacional y el deber de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas (Max Planck Institute, 2017: 30 31, 181 y sigs., y 196 y sigs.).

<sup>81</sup> Kenna, P. (2016). Actions over mortgages must take account of EU rules. *Irish Times*, 27 de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/actions-over-mortgages-must-take-account-of-eu-rules-1.2918096> (última visita 1 de julio de 2018).

<sup>82</sup> Ver *IrishLife and Permanent plc v Gemma Dunne y Kevin Dunne, IrishLife and Permanent plc v Dylan Dunphy*, de 15 de mayo de 2015 ([2015] IESC 46), apartados 5.21 y 22.

<sup>83</sup> Núm. 25. Disponible en <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/bill/2017/25/eng/initiated/b2517d.pdf> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>84</sup> El *Explanatory Memorandum* del Proyecto establece que «EU law already requires consideration of additional matters. Indeed, once EU law issues become applicable — as they are in mortgage cases — then the EU Charter of Fundamental Rights obliges Irish courts to consider the «proportionality» of granting, adjourning, varying, postponing, suspending or executing possession orders», 1.

<sup>85</sup> Sobre su ámbito específico de aplicación, *vid.*, *infra* epígrafe IV, epígrafe 3.

<sup>86</sup> «It cannot be excluded that the CJEU will also grant direct horizontal effect to other EU fundamental rights in the form of general principles or under the EUCFR in cases that fall within the scope of EU law. This would circumvent the need for private parties to invoke fundamental rights against public authorities in order to ensure respect for such rights in the private sphere. In particular, it would become unnecessary to search for and rely on an interpretation of national law of EU origin which would strike a fair balance between competing EU fundamental rights». Aunque el TJUE se ha mostrado reticente a reconocer el efecto directo de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, la aplicación horizontal de la CDFUE ha sido admitida en la STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger/Werk*, 414/16, ECLI:EU:C:2018:257, apartado 76); y en la STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Wuppertal y Willmeroth/Baure y Broßonn*, C-569/16 y C-570/16, *Stadt Wuppertal contra Bauer y Willmeroth contra Broßonn*, ECLI: EU: C: 2018: 871, apartado 89.

<sup>87</sup> *Benkharbouche vs. Embassy of the Republic of Sudan; Janah v. Libya* [2014] ICR 169.

<sup>88</sup> El Tribunal Supremo ha confirmado esta posición en la sentencia de 18 de octubre de 2017 ([2017] UKSC 62).

<sup>89</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013, *Aklagaren/Hans*, 617/10, apartado 19.

<sup>90</sup> STJUE de 15 de enero de 2014, *Médiation/Union Locale*, 176/12, ECLI:EU:C:2014:2, apartados 41 y sigs.

<sup>91</sup> UKSC 45, [2011] 1 All ER 285.

<sup>92</sup> UKSC 28, [2016] All ER (D) 81.

<sup>93</sup> Lees distingue entre «statutory horizontal effect, which arises through the court's obligation to interpret statutory provisions in a Convention-compliant way; "common law" horizontal effect, where existing common law rules would be reinterpreted and shaped so as to protect Convention rights; and direct horizontal effect, where a new rule is created such that a private individual relies directly on their Convention right in an action against another private individual», de manera que nos posicionamos a favor de la primera vertiente que menciona sobre el efecto horizontal de las disposiciones del CEDH.

<sup>94</sup> *Khurshid Mustafa v Sweden*, no. 23883/06. El TEDH mantuvo que «Admittedly the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent upon it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the principles underlying the Convention», § 33.

<sup>95</sup> [2016] EWCA Civ 1247.

<sup>96</sup> «It is the impact of the loss of the home on the defendant with which the Strasbourg Court is concerned».

<sup>97</sup> STEDH de 10 de julio de 2014 *Lemo and others vs Croatia*, apartados 39-46. El demandante era una empresa privada (anteriormente era una empresa de propiedad pública) y el TEDH sostuvo que existía una violación del artículo 8 CEDH dado que los tribunales nacionales se limitaron a considerar que la ocupación de los solicitantes carecía de base legal, pero no llevaron a cabo ningún otro análisis en cuanto a la proporcionalidad de la medida.

<sup>98</sup> Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015 de 20 de junio de 2017. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/.../E\\_C-12\\_61\\_D\\_5\\_2015\\_26006\\_S.docx](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/.../E_C-12_61_D_5_2015_26006_S.docx) (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>99</sup> STEDH de 6 de noviembre de 2018 *F.J.M. vs The United Kingdom*, No. 7205/02, §§ 46.

<sup>100</sup> STJUE de 30 de abril de 2014, *BARCLAYS/Sara*, 280/13, EU:C:2014:279, apartado 45.

<sup>101</sup> Sobre el resultado, *vid., infra* Apartado IV, epígrafe 3.A.

<sup>102</sup> Desde un punto de vista económico, el Reglamento 575/2013, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DO L 176, de 27 de junio de 2013, 1) establece que la cobertura del riesgo de crédito, una técnica de mitigación del riesgo, depende de que la institución prestamista pueda liquidar u obtener la transferencia o la propiedad, o retener determinados activos o importes, en caso de incumplimiento (arts. 4.1.(58) y 194.4). Esta es la razón por la que los Estados miembro, en términos generales, priorizan la protección de las instituciones de crédito y la realización de la garantía real sobre los intereses del deudor (Luckow, 2014).

<sup>103</sup> STJUE de 29 de enero de 2008, *Productores/Telefónica*, C-275/06, EU:C:2008:54, apartado 62.

<sup>104</sup> STEDH de 12 de junio de 2014 *Fernández Martínez vs Spain*, no. 56030/07, §123.

<sup>105</sup> Para un análisis desde la óptica del Derecho inglés, aplicando horizontalmente el artículo 8 CEDH (NIELD, 2013, 147 y sigs.).

<sup>106</sup> *Manchester City Council v Pinnock* (2010), apartado 62. UKSC 45, [2011] 1 All ER 285.

<sup>107</sup> Nield pone de relieve sus inquietudes al respecto: «the implications of an Article 8 based protection of the home are dependent firstly upon the width of compliant judicial discretion and secondly on just how the courts will exercise their discretion in assessing proportionality. The signs are that the judiciary will take the most conservative of approaches to both issues. Certainty is a quality beloved of property lawyers and discretion smacks of uncertainty. First, the nature of any discretion must be justified by clear policy, in which the judiciary, in recognition of its proper constitutional role, will wish to defer to Parliament. Secondly, the exercise of any discretion must be guided by avoidance of a disproportionate outcome» (NIELD, 2013, 171).

<sup>108</sup> BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7, 575. Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>109</sup> BOE de 23 de mayo de 2013, núm. 123, 38848. Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073>.

<sup>110</sup> Por el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo (BOE de 18 de marzo de 2017, núm. 66, 19786). Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-2985>.

<sup>111</sup> Se ha defendido que los ocupantes de la vivienda deben considerarse como comodatarios con el deber, como mínimo, de mantener la vivienda en buenas condiciones (NÚÑEZ IGLESIAS, 2014, 82 y sigs.).

<sup>112</sup> ECLI: ES:JPI:2013:13A.

<sup>113</sup> STEDH de 19 de junio de 2006 *Hutten-Czapska vs. Poland*, no. 35014/97, apartado 239.

<sup>114</sup> European Committee of Social Rights (2003), European Social Charter (revised) - Conclusions 2003, Volume 1 (Bulgaria, France, Italy), 221.

<sup>115</sup> «All in all, if the right to respect for one's home cannot yet be interpreted as requiring the State to provide alternative accommodation to persons who have been forcibly removed,

the Court has construed it as imposing on national authorities an obligation to consider ‘arrangements for alternative shelter’. In other words, the Court does not impose an unqualified duty on national authorities to provide evicted people with alternative housing but it obliges them to demonstrate that the risk of homelessness which may flow from an eviction order and, if necessary, arrangements for alternative housing, were duly considered and weighed».

<sup>116</sup> Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (última visita 10 de julio de 2018).

<sup>117</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio), (DO C 311, de 12 de septiembre de 2014, 38). Las medidas propuestas «deben basarse en la rapidez y la gratuidad de este procedimiento, la suspensión de los procesos judiciales una vez iniciado el proceso destinado a poner fin al sobreendeudamiento, la verificación de los créditos, la conservación de la vivienda principal, el tratamiento en pie de igualdad de los acreedores ordinarios, la posibilidad de cancelar la deuda en los casos más graves y la obligación de dejar a la persona sobreendeudada un “mínimo para vivir” suficiente para satisfacer de modo digno las necesidades de la vida diaria, dado que el objetivo es reintegrar rápidamente al consumidor en la vida económica y social» (Recomendaciones 1.8 y 1.9).

*(Trabajo recibido el 16-7-2018 y aceptado  
para su publicación el 21-11-2018)*





# DICTÁMENES Y NOTAS



# La necesidad de conseguir fines generales por parte de las fundaciones

## *The need to obtain general purposes by the foundations*

por

JOSÉ ANTONIO OREJAS CASAS  
*Profesor titular  
Universidad de Valladolid*

**RESUMEN:** Las fundaciones realizan una gran labor en nuestra sociedad. Su constitución depende de la voluntad de un fundador. Voluntad que se plasma en los estatutos fundacionales debiendo establecer un fin fundacional, acorde a esa voluntad pero también a la ley. La determinación del fin fundacional y su cumplimiento permite la existencia de la fundación siempre que no se individualicen sus beneficiarios, por eso se trata de averiguar si solo las colectividades genéricas de personas son los beneficiarios de los fines fundacionales.

**ABSTRACT:** *The foundations do a great job in our society. Its constitution depends on the will of a founder. Will that is embodied in the founding statutes must establish a foundational purpose, according to that will but also to the law. The determination of the foundational purpose and its fulfillment allows the existence of the foundation provided that its beneficiaries are not identified, that is why it is a matter of ascertaining if only the generic collectivities of persons are the beneficiaries of the foundational purposes.*

**PALABRAS CLAVE:** Fundador. Fines fundacionales. Interés general. Beneficiarios. Colectividades genéricas.

*KEY WORDS: Founder. Foundational goals. General interest. Beneficiaries Generic communities.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS.—III. INTERÉS PÚBLICO-INTERÉS GENERAL: 1. SIGNIFICADO DEL INTERÉS PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. INTERÉS GENERAL SEGÚN LA CE. 3. INTERÉS GENERAL EN LA LF.—IV. FUNDACIONES DE INTERÉS PARTICULAR.—V. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR COLECTIVIDADES GENÉRICAS DE PERSONAS?—VI. FINES FUNDACIONALES.—VII. DETERMINACIÓN DEL FIN.—VIII. IDONEIDAD DEL FIN FUNDACIONAL.—IX. EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN POR SUS FINES.—X. CONCLUSIONES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Es claro el papel que van adquiriendo las fundaciones en nuestra sociedad<sup>1</sup>. Indica la EM de la LF País Vasco de 2016, que han sabido adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad actual<sup>2</sup>. Desde hace décadas las fundaciones han representado un instrumento idóneo para hacer frente a los nuevos retos sociales que a lo largo de la historia de la solidaridad han ido apareciendo.

Como bien dice SERRANO CHAMORRO<sup>3</sup> la fundación hace presente en el mundo jurídico el querer de la persona aun después de su fallecimiento; consiste en afectar capitales en favor de beneficiarios indeterminados, no con un fin pasajero, sino como destino permanente. Se trata de una liberalidad que debe realizarse de modo duradero y continuado.

El patrimonio y las rentas de una fundación están afectos y adscritos a la realización de los objetivos y fines de interés general de la misma. Deberán perseguir fines de interés general para beneficiar a colectividades genéricas de personas.

En ningún caso, podrán constituirse con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Como elementos básicos que fijan la naturaleza del negocio fundacional se señalan: el fin, el patrimonio y la organización<sup>4</sup>.

Es el fin un elemento de gran relevancia y objeto de una comprobación exhaustiva. No se trata de cumplir un fin sin más, la fundación debe tener un fin de interés general y real. Debe figurar en sus estatutos, pero debe estar presente siempre en la vida fundacional. Una fundación puede cumplir diversos

fines, así se indica en el artículo 3 LF y en las restantes normas autonómicas sobre fundaciones, pero estos fines deben realizarse por la fundación. No tiene sentido establecer unos fines con el único objetivo de dar respuesta a la exigencia normativa. Tanto en la CE como en las dos leyes estatales posteriores sobre fundaciones se observa la preocupación de atender a los fines generales en el momento de constitución de las fundaciones. Que es requisito para su constitución no cabe ninguna duda, en los estatutos se exige que consten los fines fundacionales (art. 11 LF). Las leyes hablaban de la necesidad de plasmar de forma correcta el derecho de fundación, dicho uso ha hecho proliferar la constitución de fundaciones alcanzando un papel relevante en nuestra sociedad por el fin de interés general que persigue. Fin que va unido a unos beneficiarios colectivos no individualizados, pero que cuando uno estudia diversas fundaciones pueden llegar a surgir numerosas dudas ¿es válida una fundación con fines generales sin más? ¿fines generales es lo mismo que beneficiarios genéricos? ¿están prohibidas las fundaciones familiares? ¿puede constituirse válidamente una fundación sin indicar un beneficiario particular, pero que solo beneficie a ciertas personas? ¿que entendemos por colectividades genéricas de personas? ¿son lícitas todas las fundaciones que persigan fines de interés general? ¿es lo mismo fines públicos que fines de interés general?

Estas y muchas otras preguntas surgen en este estudio, y aunque la ley da respuestas amplias generales, sin embargo surgen ciertas cuestiones que no tienen una respuesta clara. En este trabajo me propongo analizar el panorama actual legislativo sobre fundaciones, pero haciendo un recorrido histórico para situarnos y saber porqué la ley se ha redactado de esta manera y no de otra teniendo en cuenta la gran labor que han desarrollado (y desarrollan) en nuestra sociedad las fundaciones y su estrecha relación con la acción social realizada.

## II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

Las organizaciones, con la finalidad de tener una mejor estructura social se hacen necesarias en nuestra civilización para el desarrollo y crecimiento de esta. A pesar de que los intereses de las entidades actuales han cambiado y que, obviamente, ya no son los mismos que los de antes, la idea y el fundamento del concepto de organización sigue siendo el mismo, «un grupo de personas unidas con un fin en común».

Las personas para conseguir sus objetivos se unen y asocian con otras creando organizaciones y persiguiendo un fin común. La persona está llamada a vivir en comunidad y como tal debe perseguir fines lícitos y sociales acordes a la época en que exista. No solo es el Estado el que debe procurar un interés común o general, sino que las personas, sean estas privadas o públicas están llamadas a fomentar y colaborar con la sociedad procurando un bien común.

Muestra de ello es la gran labor humana que se desarrolla en la sociedad, en la labor del estado social<sup>5</sup> pueden colaborar junto con los poderes públicos otros sujetos de derecho que persigan fines que por ello se califican de interés general. En nuestra historia ha sido muy destacable la labor social realizada por la Iglesia.

Como expone BENEYTO<sup>6</sup> en la tradición greco-helenística ya existían disposiciones hechas a favor de los templos, las *polis* griegas se hacían cargo de paliar las secuelas civiles de las campañas militares auxiliando a los mutilados y a los huérfanos de guerra. Se habla de disposiciones de bienes en favor de los necesitados, no de fundación en el sentido actual. A comienzos del siglo IV las fundaciones se configuran como legados *sub modo* para fines de interés benéfico y religioso. La idea de un patrimonio adscrito a un fin, de fundaciones benéficas con personalidad autónoma, era desconocida para el Derecho romano, por el rígido concepto del derecho de dominio de un sujeto particular. Se acudía por tanto a negocios fiduciarios o modales, así vemos que en el Derecho propiamente romano, las fundaciones, siempre con fin asistencial, se crean a través de la adscripción de bienes a una familia o a un municipio, que se hacen fiduciarios. No obstante, no puede hablarse todavía de fundación como patrimonio erigido en persona jurídica. Los bienes depositados en manos del obispo o de un establecimiento de caridad pasaban a ser propiedad de ellos, aunque con la carga de ser destinados al uso previsto por el causante<sup>7</sup>. En la época de Justiniano, estas donaciones o sucesiones en favor de las iglesias o monasterios se orientan a la fundación de instituciones pías como establecimientos destinados a fines piadosos o benéficos en dependencia de la autoridad eclesiástica, vislumbrándose ya la personalidad autónoma de aquellas fundaciones que, aunque bajo la administración del obispo, se consideraban como independientes de la Iglesia.

La Edad Media constituye una época de expansión de los institutos benéficos y establecimientos de caridad alcanzando consideración de sujetos diferenciados y autónomos. La costumbre de crear fundaciones fue amplia, sin embargo, hasta prácticamente el Renacimiento toda la actividad benéfica fue algo casi exclusivo de la Iglesia<sup>8</sup>.

La Edad Moderna supuso un cambio significativo en el régimen de propiedad. La Ilustración no es favorable a las fundaciones. En España las fundaciones vienen afectadas, al ser consideradas como manos muertas, por la legislación desvinculadora y desamortizadora, bajo la cual caen los fideicomisos, patronatos y cualquier vinculación de bienes<sup>9</sup>, así como las obras pías, prohibiendo su fundación para el futuro.

De los principios ilustrados y liberales queda como idea que inspira desde entonces la legislación, la del necesario control de la administración sobre las fundaciones.

SERRANO CHAMORRO<sup>10</sup> expresa que la política general de desamortización y de lucha contra las denominadas «manos muertas», iniciada hacia 1820 y mantenida hasta el momento mismo de publicación del Código civil en

1889, suponía que la afectación de conjuntos patrimoniales solo podía encontrar fundamento en consideraciones de interés público (o en términos de nuestra actual CE, atendiendo a «fines de interés general») y no en el mantenimiento de estructuras de vinculación de patrimonios que hasta entonces habían garantizado la pervivencia de mayorazgos y otras instituciones características del *ancien régime*.

Actualmente, como expone esta autora<sup>11</sup>, cuando han transcurrido ya más de cien años de la publicación del Código civil, la mentalidad y las preocupaciones españolas han cambiado radicalmente, por ello no puede mantenerse como en épocas pasadas la restricción de las fundaciones a finalidades benéficas y que su reconocimiento se fundamente en disposiciones fragmentarias, confusas e inadecuadas<sup>12</sup>.

Hoy día la fundación no es una institución ligada a la Iglesia Católica para realizar la caridad o la beneficencia en el campo social. Tras la CE y la legislación fundacional, la práctica totalidad de la doctrina considera desterrada de nuestro ordenamiento jurídico la idea de identificar fundación con fin benéfico. Las fundaciones religiosas al amparo del Acuerdo de 3 de enero de 1979 hablan sin más de fines fundacionales, lo que hay que completar con el certificado de fines religiosos que debe visarse o expedirse por el secretario general de la Conferencia Episcopal<sup>13</sup>.

La CE en su artículo 34<sup>14</sup> reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley, agudizando la confrontación entre la voluntad del fundador y la consecución de fines generales.

LÓPEZ JACOISTE<sup>15</sup> ha resaltado que, frente a la antigua «mano muerta», la fundación moderna entraña una persona jurídica con capacidad de acción al servicio de un fin.

Un fin, como expondré, con un marcado carácter social, una preocupación que ha existido en todos los tiempos, pasados, presentes y futuros. Motivaciones sociales que existieron en sus orígenes, induciendo a los particulares a constituir fundaciones benéficas en un principio y sociales en la actualidad, pero siempre dentro de unas líneas de actuación iguales<sup>16</sup>. Como dice MADRUGA<sup>17</sup> la creación de fundaciones benéficas tiene su justificación en la idea de satisfacer una serie de necesidades humanitarias y de solidaridad cristiana, los particulares crean fundaciones benéficas desprendiéndose de una masa de bienes con el fin de que sus rentas se dediquen a la satisfacción de necesidades benéfico asistenciales.

DE LORENZO<sup>18</sup> al hablar de las fundaciones benéficas indica que el Código civil en su artículo 35 atribuye la cualidad de personas jurídicas a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley, respondiendo a la idea de fundación benéfica, distanciándose de la fundación benéfica estricta y permitiendo la constitución de otras fundaciones para fines socialmente útiles, «o lo que es lo mismo, para un fin de interés público, distinto del fin estrictamente



asistencial y gratuito, como ha ocurrido con las fundaciones para la construcción, laborales y sobre todo, culturales».

DE PRADA<sup>19</sup> afirma que el Código civil sustituyó el concepto de beneficencia por el de interés público, ya que se vino a aceptar fines de interés público no estrictamente benéficos.

PARAMÉS<sup>20</sup> recogiendo una serie de datos plasmados en un informe de la Fundación Botín indica que existe unanimidad en el reconocimiento de las ventajas claras de la herramienta fundacional, y señala como tales: a) la fundación es la mejor fórmula para consolidar y dar futuro a cualquier proyecto de solidaridad. b) a través de la fundación se puede hacer que prevalezca una idea con independencia de las personas que la generan y desarrollan inicialmente. c) con la fundación se garantiza un mayor protagonismo social que se logra de modo muy especial a través de la relevancia política y la credibilidad de los miembros del patronato.

Destacar el papel que se va abriendo en nuestra sociedad el llamado Tercer Sector de Acción Social, que como bien expone SERRANO CHAMORRO<sup>21</sup> lo forman un conjunto de entidades de naturaleza privada, adhesión y participación voluntaria y autonomía operativa cuya finalidad no lucrativa consiste en la consecución de objetivos de bienestar social mediante el suministro o provisión de bienes y servicios sociales o preferentes, gratuitamente o a precios económicamente no significativos, a personas o grupos de personas socialmente excluidas o en riesgo de exclusión social, integrando en estas entidades a las fundaciones.

### III. INTERÉS PÚBLICO-INTERÉS GENERAL

Aunque algún autor considera que *interés público-interés general* son términos equivalentes, como DE LORENZO<sup>22</sup>, considero que son términos que se aproximan pero no son coincidentes aunque sean similares, como explicaré a continuación.

Tanto la ley 50/2002 como su predecesora la ley 30/94 comienzan en su Exposición de Motivos hablando del derecho de fundación para fines generales reconocido en el artículo 34 de nuestra Constitución. Sin embargo el Código civil en su artículo 35.1, hablaba de interés público<sup>23</sup>, pero creo que aunque la doctrina ha debatido sobre el interés general-interés público, la referencia que se hace a este en el artículo 35 se refiere más bien, a mi modo de ver, a la naturaleza pública o privada de quien constituya estas entidades, según sean fundaciones privadas constituidas por particulares o bien fundaciones públicas creadas por entes públicos, ambos tipos de fundaciones son admisibles en nuestro ordenamiento, pero siempre deben perseguir fines generales, es decir, interés público puede coincidir con interés general siempre que traten de beneficiar a la sociedad en sentido amplio no individualizando y concretando solo a unas

personas, como tendré oportunidad de matizar al hablar de colectividades genéricas. Las fundaciones generalmente tienen por finalidad atender a intereses públicos, generales, sociales aptos y acordes para toda la sociedad.

#### 1. SIGNIFICADO DEL INTERÉS PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 35 del Código civil en su ap. 1 dispone: «*Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.*

*Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas*»<sup>24</sup>.

Se refiere a la posibilidad de crear fundaciones siempre que atiendan un interés público<sup>25</sup>. Como bien decía LÓPEZ JACOISTE<sup>26</sup> ya en el año 1965, lo determinante e impulsivo en la fundación radica en la necesidad o designio elegido, pero esta necesidad es colectiva y común a diversos interesados y tenderá a hacerse objetiva y despersonalizada. «Cuando un designio pasa de ser necesidad personal a menester colectivo o amplio suele trocarse en fin». Cita a IHERING que al tratar los fines del derecho indica que en la sociedad surgen necesidades muy variadas, una sociedad desarrollada se hace cada vez más exigente y prolija en sus requerimientos colectivos, «en consonancia con tales necesidades se delimita y acusa el interés de los correspondientes fines sociales». «En suma, la acumulación de necesidades individuales coincidentes consolida fines que en el seno de la vida social adquieren carácter diferenciado. Tales fines son los que la fundación atiende al hacerlos causa de la liberalidad en que ella misma consiste. De esta forma el fin queda interpuesto entre el fundador y los destinatarios; al realizarse resultan beneficiadas las personas afectadas por el mismo».

DE PRADA<sup>27</sup> acertadamente expresa que el Código civil sustituyó el concepto de beneficencia por el de interés público, si bien al exigir, a continuación, que fueran reconocidas por la ley planteó el problema de si esta referencia era a la Ley de Beneficencia, única ley que regulaba, en cierta forma, las fundaciones, implicando, indirectamente, una consagración de la exigencia del carácter benéfico de la fundación. Si bien tanto la jurisprudencia como los protectorados ampliaron el concepto y aceptaron fines de interés público no estrictamente benéficos.

GARCÍA TREVIJANO<sup>28</sup> explica que las palabras «interés público» del artículo 35.1 del Código civil no se refieren a las personas jurídicas de derecho público, sino a las personas jurídicas de interés público que pueden pertenecer al derecho privado o al derecho público, el interés público no tipifica el carácter público de una fundación. Siguiendo a VALVERDE expresa que habrá interés público en función del fin que se propongan pudiendo hablar de fundaciones de

interés privado. Sin embargo sí que comparto que en las asociaciones los fines individuales prevalecen sobre los colectivos, pero afirmar que en las fundaciones no existen fines individuales, no es del todo exacto como expresa SÁNCHEZ ROMÁN<sup>29</sup>. Fines individuales en las fundaciones pueden existir pues es el fundador el que crea la fundación, y aunque debe tener un fin de interés general es verdad que la causa que da origen a la fundación es un interés concreto e individual que persigue un interés general, como favorecer a los residentes de una determinada población (causa-fin de su constitución) pero dirigido a unas personas indeterminadas, sin poner freno a las mismas, todas resultan protegidas ya que el beneficiario es la sociedad en su conjunto, ejemplo: cualquier persona podría constituir una fundación para beneficiar a los habitantes de mi pueblo con independencia de que sean 200 o 2000.

MADRUGA<sup>30</sup> señala que el Código civil reconoce a las personas jurídicas de interés público de carácter privado, pero incluye solo a las fundaciones benéfico-particulares y docentes, es decir, aquellas que tienen una finalidad asistencial o benéfica, añadiendo que las fundaciones deben su origen a un acto individual con fin duradero que cumplir y una vez creada necesitará el reconocimiento del Estado, es decir, que el interés público haya sido constatado en un acto estatal.

Como dice LÓPEZ JACOISTE<sup>31</sup> la coincidencia de las necesidades de diversas personas hasta integrar una necesidad común a todas ellas, es un punto de importancia capital en la estructura jurídica de la fundación, constituye la esencia del interés público a que se refiere el artículo 35 del Código civil, pues incluye a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley. «El requisito de perseguir un interés público constituye un rasgo que el derecho positivo eleva a condición inexcusable para conseguir personalidad a la fundación. Su contenido debe estimarse equivalente al de interés social». En su opinión, que comparto, la remisión al interés público sirve para debatir quién sea el verdadero destinatario de la fundación, el efectivo beneficiario. Está claro que al referirse a interés público el artículo 35 del Código civil trata de beneficiar a la sociedad como tal. Beneficiar a un destinatario que se identifica con la sociedad acarrea la indeterminación del beneficiario individual». El destino en favor del todo excluye la plenaria atribución a alguno de sus miembros. Las personas individualmente determinadas no pueden ser destinatarios de la fundación. La indeterminación del destinatario individual, por constituir el reverso expresivo de la destinación en favor de la sociedad, constituye un elemento esencial de la fundación». Añadiendo que el requisito del «interés público» exigido por el artículo 35 del Código civil para que la fundación pueda tener personalidad jurídica, consiste en que se beneficie a un destinatario popular, colectivo, personalmente indeterminado.

Considero que con estos argumentos se puede mantener un interés público tanto de fundaciones benéficas como de otros fines sociales, la sociedad actual ha ido encaminada a un reconocimiento de fines amplios, abarcando intereses

públicos, generales, sociales, asistenciales, en fin, dentro de estos parámetros, no debe hacerse un recorte, se debe proporcionar la creación de estas fundaciones con sometimiento a la ley, dado que cabe la elección del tipo social, se elegirá este en función de la permisión normativa. El ente creador determina su fin, es decir, un ente público debe perseguir un fin público, pero un ente privado puede perseguir un fin público o general<sup>32</sup>.

Durante varios años se exigía a las fundaciones el cumplimiento de ese interés público, si bien, como ya indiqué, con fines benéficos y asistenciales, las primeras normas fundacionales se referían a fundaciones benéficas, culturales, ya en 1952 plantea CÁRDENAS la posibilidad de hablar de fundaciones familiares, a lo que se opuso DE CASTRO en su trabajo de 1953, conocida esta controversia planteada y en parte zanjada, de nuevo se trae a colación según la sociedad va avanzando, así LÓPEZ JACOISTE en 1965 nos dice que la fundación de estricto carácter familiar implica consecuencias similares a las del fideicomiso<sup>33</sup>.

CÁRDENAS<sup>34</sup> afirma que junto a las fundaciones de interés público debieran aceptarse las de interés particular. Añadiendo que la fundación exige la especialidad de un fin y beneficiario indeterminado, aunque esté incluido en un círculo restringido. A continuación indica en qué consiste una fundación familiar; el objeto de socorrer a los necesitados, costear estudios, aportar dotes o premiar méritos, aunque se reduzca a los miembros de una determinada familia, constituye una finalidad irreprochable, lo que se haga en beneficio de ella aprovecha también a la sociedad en general. Es más al hablar de dotación, precisa que supone una vinculación de bienes que quedan fuera del tráfico rigiendo la prohibición de amortizar la propiedad inmueble y de que las fundaciones puedan poseer más bienes de esta clase que los necesarios a los fines de su instituto. Estas consideraciones enseguida fueron discutidas al año siguiente, el profesor DE CASTRO<sup>35</sup> rechaza la tesis de la validez de las fundaciones exclusivamente familiares, «el sistema general del Código civil repudia la vinculación de bienes de modo perpetuo o indefinido en favor de los parientes o de la familia del fundador». A la pregunta de si pueden constituirse eficazmente fundaciones de interés particular, responde que las leyes desvinculadoras vedan terminantemente las vinculaciones y las prohibiciones de disponer.

## 2. INTERÉS GENERAL SEGÚN LA CE

La CE en su artículo 34<sup>36</sup> reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, pero dada la polémica mantenida en torno a las fundaciones familiares, se producen algunos cambios en la redacción de este artículo por la influencia de la obra de DE CASTRO. Así en un principio se hablaba en el anteproyecto de la CE del reconocimiento del derecho de fundación con arreglo

a la ley en su artículo 22, si bien en el Senado se introduce la frase «para fines de interés general», se justificaba con el argumento de que el derecho de fundación es solo para fines de interés general, ya que en otro caso se posibilitaría la técnica de las fundaciones familiares que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos. Se pedía esta inclusión razonando que el derecho a instituir fundaciones se conecta con el fin a que se afectan los bienes a los que la ley confiere personalidad jurídica, fines que deben orientarse hacia el interés general para merecer el amparo constitucional. Esta nueva redacción se aprobó tanto en el Congreso como en el Senado sin votos en contra.

DURAN RIVACOBA<sup>37</sup> considera que el artículo 34 CE precisa dos requisitos: generalidad y respeto a la ley. Respecto a la observancia de la ley, se declaran ilegales las fundaciones cuyos fines o medios sean tipificados como delito, y las que contravengan el marco jurídico establecido. Ahora bien la LF considera condiciones básicas del derecho de fundación la norma del artículo 3 ap 1, 2 y 3, debiendo tener en cuenta la normativa autonómica fundacional.

LACRUZ<sup>38</sup> estima que el interés general es un elemento esencial en toda fundación que persigue la exclusión de las vinculaciones familiares. La expresión «interés general» es muy amplia y representa una especificación y aclaración del interés público a que se refiere el Código civil. Sería interés general según este autor, todo aquel que no es individual o de grupo de personas determinadas y que representa un valor apetecible para la comunidad con fines legales. El aspecto altruista entra en el propio concepto de fundación, que es benéfica. Una fundación exige que su objetivo ha de representar un beneficio de cualquier clase para la comunidad, para el colectivo de los conciudadanos. Su actividad debe ser filantrópica, en el sentido de no perseguir la ganancia. Ahora bien, esta postura debe matizarse entendiendo hoy en día que es deseable obtener beneficios conforme a los parámetros legales.

GARCÍA DE ENTERRIA<sup>39</sup> afirma que vale constituir fundaciones para cualquier fin, siempre que sea de interés general, que es la única exigencia del artículo 34 CE, añadiendo que dado que el principio de tipificación de las fundaciones ha desaparecido, puede haber fundaciones que no sean benéficas, ni culturales ni laborales ni de construcción, siempre que sea de interés general<sup>40</sup>.

El Tribunal Constitucional en varias sentencias<sup>41</sup> apunta que una de las notas más características del Estado Social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y esta interrelación entre lo público y lo privado trasciende al campo de las fundaciones, desempeñando un papel de primera magnitud.

DE PRIEGO<sup>42</sup> ha realizado un brillante trabajo sobre el interés general y la indeterminación de los beneficiarios de una fundación. Son más los fines concretos y específicos que encuentran su encuadre en la expresión interés general que en la de interés público. Expone que hay que estar a la caracterización del fin como de interés general, siendo este el único límite establecido

en el artículo 34 CE. Defiende que «no se pueden aproximar fines de interés general y destinatarios no individualizados hasta el punto de hacerlos coincidir totalmente, como tampoco hay que identificar destinatarios individualizados con fines de interés privado» Añadiendo que una fundación que persiga un fin de interés general y cuyos destinatarios sean personas determinadas no pueden constituirse como fundaciones en virtud del artículo 3.2 LF. Esta afirmación, desde mi punto de vista debe ser objeto de crítica como se verá al comentar este precepto en otro epígrafe.

Un elemento esencial y básico en las fundaciones es la generalidad de los fines.

DE PRIEGO<sup>43</sup> acertadamente indica que la expresión interés general comprende unos fines que van más allá de los que puedan ser objeto de actividad por parte de la administración pública, de manera que tendrán cabida finalidades que presenten una trascendencia social, aunque no se trate de fines propios de los poderes públicos, ni se consideren estrictamente de fines de interés público. Estos fines de interés general pueden interesar a toda la sociedad o a una parte más o menos amplia de la misma y, en este sentido, la actividad de los particulares a través de las fundaciones puede no solo ser un complemento de la actividad pública sino incluso un sustituto de la misma.

Por su parte PIÑAR MAÑAS<sup>44</sup> señala que el interés general que deben perseguir las fundaciones es el interés superior al individual, incluso al de grupo si este está integrado por sujetos no genéricamente individualizados. Es más, ningún fin de interés general le está vedado a las fundaciones, pero sí le son inaccesibles ciertos medios para imponerlos, por tanto no hay intereses generales vedados a las fundaciones, sino medios para imponerlos. Medios que corresponden en exclusiva al poder público.

### 3. INTERÉS GENERAL EN LA LF

La ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General recogía el aspecto fiscal y el sustantivo de las fundaciones, como decía su EM el estado de gran parte de las normas legales y reglamentarias vigentes, antiguas y preconstitucionales, obliga a su revisión para adaptarlas al marco que la Constitución establece en materia de fundaciones. Las fundaciones, fenómeno expresivo de la autonomía de la voluntad, tenían innegable peso como coadyuvantes en la satisfacción del interés general. La situación era la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Uno de sus objetivos es unificar el régimen aplicable a todas las fundaciones y garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales que han de ser, necesariamente, de interés general.

En su artículo 1.1 definía las mismas como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero<sup>45</sup> su patrimonio a la realización de fines de interés general<sup>46</sup>. Y el artículo 2 precisaba que «Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga». En las sociedades democráticas desarrolladas constituye una realidad la participación, junto con el sector público, de personas, entidades e instituciones privadas en la protección, el desarrollo y el estímulo de actividades de interés general en las diversas manifestaciones que estas pueden revestir, desde lo puramente benéfico y asistencial hasta lo cultural y artístico. Está claro que los fines a conseguir son inmensos, como diversas sus normas, con la nueva ley se prescinde de una regulación fragmentaria en función del tipo de fundación, y se prefiere dar una regulación general para toda fundación. Se buscan fines de interés general que beneficien a colectividades genéricas de personas.

Esta ley, sin embargo duró poco, pues en el año 2002 se dictó una nueva ley estatal sobre fundaciones, separando el aspecto fiscal del sustantivo, se publicaron dos leyes seguidas: la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones a la que me referiré (LF) y la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Se busca eliminar ciertas rigideces de la anterior regulación que dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional. La Ley pretende, a lo largo de todo su articulado, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

La sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero<sup>47</sup> determina la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general, con una interacción entre el Estado y los agentes sociales<sup>48</sup>. «La configuración del Estado como social de derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua estado-sociedad».

Este fin de interés general también se exige para fundaciones extranjeras, así el artículo 7 aps. 1 y 2 LF dispone: «1. *Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades.*

2. *La fundación extranjera que pretenda su inscripción deberá acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal.*

*La inscripción podrá denegarse cuando no se acredite la circunstancia señalada en el párrafo anterior, así como cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español».*

En principio ningún fin de interés general le está vedado a las fundaciones, pero sí le son inaccesibles ciertos medios para imponerlos.

Como precisa SERRANO CHAMORRO<sup>49</sup> las fundaciones forman parte del Tercer Sector y desarrollan unas funciones sociales de un gran valor en aquellas actividades que se dirigen de un modo altruista en favor de distintos colectivos que precisan de una atención específica, por ello se puede hablar de un subconjunto que sería el Tercer Sector de Acción Social que refleja un enorme trabajo voluntario en beneficio de colectivos que precisan de una atención específica. Las fundaciones son un exponente de la madurez de un país pues el sector privado asume responsabilidades sociales en beneficio del común, se erigen en agentes de impulso completando la labor de sector público.

#### IV. FUNDACIONES DE INTERÉS PARTICULAR

La exigencia de que las fundaciones beneficien a colectividades genéricas de personas y persigan fines de interés general<sup>50</sup> excluye la posibilidad de que se creen fundaciones para intereses privados y sobre todo de fundaciones familiares, según manifiesta ORTIZ<sup>51</sup>. En mi opinión, el fin fundacional es un fin desinteresado, en el sentido de no perseguir un provecho patrimonial propio, pero conectado con un interés común para la sociedad y en ese sentido se puede hablar de interés particular en las fundaciones, siendo válida su constitución. Me refiero a que en ocasiones se crean fundaciones con un interés personal (mi mujer ha muerto por cáncer), constituyo una fundación (fundación para investigar el cáncer), en este caso el interés personal es un interés general (todas las personas desean que se investigue esta enfermedad).

Muchas veces se contraponen intereses privados a interés general, pero en mi opinión no tiene que ser así, cabe la posibilidad de que el fin de la constitución de una fundación sea el beneficiar a una persona, pero como la ley no lo permite, se debe conseguir un fin de interés general, y como se exige que beneficie a colectividades genéricas, no puede excluirse a la persona en que pensó el fundador en sus inicios. Pensemos en muchos casos existentes en nuestro país, como es la Fundación Bertín Osborne (en 2009)<sup>52</sup> que surgió tras la vivencia personal del nacimiento de su hijo con lesión cerebral (en el año 2007). Su presidente es Norberto Ortiz Osborne (Bertín) y su vicepresidenta es su mujer, Fabiola Martínez Benavides. Tiene por objeto prestar atención a



niños con lesión cerebral con el propósito de mejorar su calidad de vida<sup>53</sup>, su objetivo es informar a los padres que tienen hijos con lesiones cerebrales sobre terapias diferentes como la terapia Doman. Está claro que la constitución de esta fundación se produjo por una preocupación personal y particular, es decir, un interés particularizado, pero sano, se trata de ayudar a todas las personas y familiares que se encuentren ante esta enfermedad. Quieren acercar un tratamiento especial ante esta enfermedad, por lo tanto se convierte en un interés general ya que se dirige a más de 400.000 familias que pueden ser beneficiados<sup>54</sup>. A esta Fundación, Bertín destina los beneficios de sus discos y de su empresa de alimentación, actualmente ayudan a 90 familias, por lo que está claro que en este caso un fin interesado y particular puede comprender una suma de ellos que determine ese interés general tanto para todos los beneficiados como para la sociedad en general.

Otras fundaciones como la Fundación Dalí creada por el propio Salvador Dalí en 1983 tiene como misión, tal como recogen sus estatutos, promocionar, fomentar, divulgar, prestigiar, proteger y defender, en el territorio del Estado español y en el de cualquier otro estado, la obra artística, cultural e intelectual del pintor<sup>55</sup>, es una fundación cultural privada que gestiona varios museos (Teatro-Museo de Figueres, el Castillo Gala Dalí de Púbol y la Casa Salvador Dalí de Portlligat), el fin de su creación fue el interés personal sobre la obra del autor, pero a la vez es un interés cultural para todo el mundo interesado por la obra de su creador.

Con estos ejemplos quiero poner de relieve la necesidad de cumplir las exigencias legales para ser fundación, no hay que preocuparse tanto en buscar el motivo o razón de su constitución, pero si controlar su funcionamiento, la vida fundacional, sus actuaciones, sus recursos, es lo verdaderamente importante, desde el momento en que hay múltiples clases de fundaciones, serán diversos los intereses que persigan, siempre en beneficio de una pluralidad indeterminada, sin una concreción específica. La fundación sirve al interés de la sociedad y todo su patrimonio va destinado al mismo, nunca al lucro de los fundadores o gestores. En la fundación estamos ante un patrimonio destinado a un fin, un patrimonio que aportó el fundador, por eso en la fundación prima la voluntad del fundador, siempre que responda a las exigencias legales, claro está. Como señala LÓPEZ JACOISTE<sup>56</sup> «el negocio de fundación requiere como elemento básico un patrimonio que se adscribe al cumplimiento de unos fines». El acto dirigido puramente a crear la persona fundacional carece de sentido, a falta de dotación representarían meras intenciones humanitarias sin soporte real, como dice este autor «sin asignación de bienes no hay finalidad consolidada a efectos de constituir, vitalizar e informar la persona jurídica fundacional. El ordenamiento jurídico confiere el poder de crearla en función de una liberalidad a realizar, no como potestad independiente de un efectivo beneficio social. Sin liberalidad no hay fundación». La fundación precisa una configuración causal

superadora de la indeterminación personal del beneficiario como expondré al hablar de la determinación del fin.

CÁRDENAS<sup>57</sup> habla de «finalidad altruísta y desinteresada que legitima la creación de la figura», «en la fundación no hemos de prescindir del acto de liberalidad que la hace nacer». Estas afirmaciones presentan algunas objeciones, yo creo que una fundación aunque beneficie a muchas personas tiene una finalidad interesada, se quiere beneficiar a personas mayores, a niños, a mujeres...muchas veces el fundador tiene un interés personal en atender un colectivo específico, no se quiere sin más crear una fundación para que atiendan a todo el mundo, al contrario, suele tener una finalidad particular como ayudar a las personas mayores de 70 años que vivan en Paredes de Nava, a personas enfermas de cáncer, a desempleados de más de 45 años, etc. Se persigue un fin general, en estos casos da igual que sean hombres o mujeres, que estén en silla de ruedas o no, que tengan familia o no. El fin es válido y no hay que limitar o frenar la actividad fundacional. Estamos ante una vocación de personas indeterminadas con una vocación de permanencia en el tiempo. El auge de las fundaciones obedece a una preocupación social (aunque tenga interés particular) y repercute en el bienestar general, de ahí la gran ayuda que han supuesto las fundaciones para la sociedad en general. El Estado debe contribuir a facilitar y premiar estas constituciones fundacionales. La fundación llega donde muchas veces el Estado no puede.

PIÑAR MAÑAS<sup>58</sup> considera que resulta ya discutible definir la fundación como patrimonio adscrito a un fin general. «Hoy la idea de participación y la necesidad de contar con una organización estable que permita la consecución de los fines fundacionales son igualmente identificativos de la figura fundacional», es más el elemento esencial del derecho de fundación es el respeto a la voluntad del fundador, que ocupa un lugar de primera magnitud.

Recordando un poco la polémica surgida sobre la permisión de las fundaciones familiares en los años 50, (ya hace más de 60 años) es preciso señalar que la sociedad actual ha cambiado y no puede estar anclada en épocas pasadas, como ya he dicho, encontramos fines benéficos y religiosos en sus inicios, vinculaciones de bienes a familias. Las leyes desvinculadoras vedaron las vinculaciones y las prohibiciones de disponer<sup>59</sup>. No se reconoce a la autonomía del fundador el mismo imperio que en otros ordenamientos, ya que no se admiten las fundaciones familiares ni las de interés particular, al dañar la imagen social de las fundaciones. Las fundaciones son entidades no lucrativas que están en pleno auge junto a las ONGs o asociaciones, o lo que es lo mismo al Tercer Sector<sup>60</sup>.

La vieja disputa en torno a la posibilidad de que existan fundaciones de interés particular ha de entenderse definitivamente superadas tras el artículo 34 CE, que habla de interés general y así se ha mantenido en sus leyes específicas. Ese componente finalista excluye la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios. Pero interés particular no quiere decir que

busque unos beneficios para sí mismo, sino que hay una causa determinante de su constitución, particularizada, que no va en contra del beneficio general y social. Aunque CAFARENA<sup>61</sup> abre la puerta a las fundaciones de interés particular LINARES<sup>62</sup> permite que los familiares del fundador puedan ser beneficiarios de la fundación por él constituida, aclarando que lo que se pretende es evitar la constitución de una fundación cuya finalidad sea proteger los intereses de los miembros de una familia, linaje o descendencia cuando la nota de pertenencia a la misma sea el único dato para la determinación de los beneficiarios.

DE PRIEGO<sup>63</sup> considera que se confunde interés general e indeterminación de los beneficiarios y esa confusión llega a las normas reguladoras de la problemática fundacional, puesto que se permite la constitución de fundaciones con beneficiarios determinados, y se hace porque no siempre es necesaria esa indeterminación para apreciar la existencia de un interés general y concluye que por esta razón, si bien hay que continuar proclamando la imposibilidad de constituir fundaciones que sirvan a un interés privado o particular, hay que entender que no siempre una fundación con destinatarios determinados, aún pertenecientes a la familia del fundador, va a incumplir el requisito del interés general.

## V. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR COLECTIVIDADES GENÉRICAS DE PERSONAS?

Si, como he expuesto, el interés general es una característica del estado social de derecho en que colaboran para llegar al mismo tanto los entes públicos como privados, el papel de las fundaciones ha adquirido un valor social muy relevante en la sociedad. Pero para no dañar la imagen de las fundaciones, se han ido ampliando la actuación de las mismas de cara a realizar una actividad más dinámica, obteniendo más rendimiento de sus bienes y realizando más actividades en aras de conseguir más ganancias que puedan destinarse a alcanzar más beneficiarios, más personas que puedan beneficiarse, pero sin que suponga una competencia desleal con respecto a otras entidades, siendo preciso hablar de beneficiarios de las fundaciones como colectividades genéricas.

Indica ORTIZ<sup>64</sup> que las fundaciones pueden desarrollar una gran variedad de actividades, siempre que tengan interés para la sociedad en general o al menos para un sector genérico de población, pero no para personas individualizadas con exclusión de las demás, añado como ejemplos una fundación dedicada al fomento de la economía tiene como beneficiaria a la sociedad en su conjunto; una fundación destinada a la búsqueda de una cura contra el SIDA tiene como beneficiarios directos a las personas que padecen esta enfermedad, pero en ambos casos existe un interés general. Estoy de acuerdo con estos ejemplos, pero en la práctica está claro que siempre debemos estar ante colectividades genéricas, no conozco ningún caso en que se pretenda constituir una fundación

para ciertas personas concretas y se excluya sin más a otras. Es decir, la normativa es clara, los beneficiarios no tienen nombres, si cumplen las exigencias fundacionales serán sus beneficiarios, de lo contrario estarán excluidos, pero porque la ley es clara, no porque lo diga el fundador. La voluntad del fundador es prioritaria siempre que no contradiga la ley.

VERDER<sup>65</sup> rechaza que el interés general del fin sea coincidente con el carácter genérico del colectivo de beneficiarios, por cuanto caben colectivos beneficiados de escasa comprensión numérica: «nos hallamos ante un fin de interés general no en función del número del colectivo, sino de la consideración social de que la atención a ese colectivo, aun escaso, es un fin socialmente amparable y promocionable».

¿Que debemos entender por beneficiarios? ¿cuando estamos ante colectividades genéricas? ¿El fin fundacional va unido a sus beneficiarios? ¿es preciso determinar quién debe o puede beneficiarse de la actividad fundacional? ¿es lícito excluir de estos beneficios a ciertas personas?

Para responder a estas preguntas es preciso acudir a nuestra normativa fundacional tanto estatal como autonómica.

Como he expuesto toda la normativa fundacional gira en torno a los fines fundacionales, desde su constitución hasta su extinción la preocupación es el «fin fundacional». Un fin que ha de ser de interés social y general puesto que se otorga un tratamiento fiscal<sup>66</sup> favorable para lograr el mismo, como dice su EM esta ley tiene una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en atención y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública. Función social de las entidades sin fines lucrativos que actúan en nuestra sociedad<sup>67</sup>.

No hay polémica sobre qué se entiende por fundación, como bien proclama el artículo 2 de la LF estatal «*son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley*».

A continuación su artículo 3 incluye los fines de interés general de la fundación junto a la exigencia de beneficiar a colectividades genéricas de personas. Fines fundacionales son muchos, este artículo dice «entre otros fines», cualquiera que sea su fin (siempre de interés general) se regirá por esta ley, ya que se ha eliminado la tipología de fundaciones y por ende se ha unificado el régimen aplicable a todas las fundaciones derogando normativa específica dispersa de algunas clases de fundaciones. Sin embargo colectividades genéricas de personas tiene un matiz restringido, se quiere indicar que no todo el mundo puede ser beneficiario, ya que de lo contrario no se hubiera redactado este artículo. Si

el legislador sin más quisiera beneficiar a cualquier persona no hubiera puesto estas excepciones. A mi modo de ver beneficiarios de la fundación pueden ser toda la sociedad, siempre que no se perjudique indiscriminadamente a cualquier colectivo o ser humano que pretenda acogerse a esta finalidad. Es claro que una fundación en sus estatutos especifica cuáles son sus fines y quienes se podrán beneficiar de sus actividades, pero si no revisten las exigencias previstas en sus estatutos no podrán ser sus beneficiarios, en una fundación para sordos, una persona que no cumpla esta exigencia no podrá ser su beneficiario, por lo que la exclusión de beneficiarios es acorde con los fines perseguidos.

Respecto a la individualización de sus beneficiarios, solo es para casos concretos y suponiendo que exista un abuso de poder, en el sentido de beneficiar exclusivamente a estas personas, no así si están en un mismo nivel de igualdad, con carácter genérico.

Sobre esta base dispone el artículo 3 aps. 2 y 3: *«La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.*

*3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general»<sup>68</sup>.*

Al parecer de DURÁN RIVACOBÁ<sup>69</sup> los destinatarios genéricos no se salvaguardan por el colectivo de los trabajadores que podrían ser incluso los pertenecientes a empresa familiares. No entiende este autor porque se prohíbe destinar prestaciones a los familiares o parientes, ya que podría ser que ambos tipos de beneficiarios se identificaran. Se pregunta porque han de ser juzgados como de menor consistencia los vínculos familiares que los laborales. Efectivamente estas excepciones no se entienden muy bien. Máxime cuando en el apartado siguiente se concede otra excepción para los casos de restauración de bienes del patrimonio histórico, pudiendo estar ante un patrimonio de una familia que quiera conservar o restaurar su patrimonio, aunque se fomente el patrimonio histórico cultural.

Según DE PRIEGO<sup>70</sup> el artículo 3.2 y 3.3, restringe el ejercicio de un derecho constitucional puesto que añade un requisito más: la indeterminación de los destinatarios, requisito que actúa como regla general al establecerse con carácter taxativo, en el artículo 3.4 las excepciones a dicha regla impuesta por la LF, considera redundante e inadecuado el contenido del artículo 3 LF por la lista de fines que recoge y por la sola referencia al interés general que excluye la posibilidad de fundaciones de interés particular y por lo tanto «las específicas previsiones de los aps. 2 y 3 del artículo 3 impiden la creación de ciertas fundaciones que por tener unos destinatarios determinados no podrán constituirse a pesar de que pudieran servir a fines de interés general o de relevancia constitucional».

VERDERA<sup>71</sup> apunta la conveniencia de efectuar una interpretación flexible de la fundación, de modo que los beneficiarios de una fundación sean todos los sujetos que pertenezcan al grupo definido de forma objetiva, pero sin que se prohíba que estos no puedan estar más o menos determinados.

Si el artículo 3 lleva la rúbrica «Fines y beneficiarios» es porque en mi opinión, los fines deben beneficiar siempre a colectividades genéricas de personas. Pero se expresa en términos amplios: beneficiarios=colectividades genéricas=fines generales. Es decir, si en el artículo 1 se define la fundación indicando que debe perseguir fines de interés general, y a lo largo de su articulado la ley se refiere en numerosas ocasiones a los fines fundacionales, es evidente que siempre que hablemos de fines serán fines generales, en el sentido antes explicado, contrapuestos a intereses particulares, pero como ya expuse, la fundación se crea normalmente por uno o varios fundadores que tienen un interés particular, un objetivo, bien sea atender enfermos, curar enfermedades, atender a niños desvalidos, difundir la obra de un autor, etc. Por lo tanto ese fin tiene un objetivo concreto, un interés específico, de ayuda a los demás, pero en algunos casos, y no por ello desprotegido del derecho, está el beneficiar un colectivo más o menos particular, (fundaciones para tratamiento de enfermedades raras). Si una persona tiene un hijo con alguna enfermedad poco frecuente, seguramente tratará de buscar un tratamiento adecuado, y sensible a esa búsqueda, querrá ayudar y animar a los demás si ve que se puede. Existen muchos casos de constitución de fundaciones que nacieron con esa finalidad, la ley lo permite, siempre que se cumplan las condiciones legales exigidas. Lo que no permite la ley es crear una fundación para beneficiar exclusivamente a un hijo o a un cónyuge. El artículo 3 ap. 3 es claro, pero no exento de polémica, no se puede beneficiar al propio fundador, a su cónyuge o a su pareja de hecho o parientes hasta el cuarto grado, entiendo, de colateralidad y de afinidad, aunque la ley no lo indique, cuando de familiares se trate. Igualmente se precisa la consecución de fines de interés general cuando se dice «así como personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general», pensando, a mi parecer, que dado que muchas empresas o grandes empresarios crean fundaciones, así Fundación ONCE, Fundación COCA-COLA, Fundación AMANCIO ORTEGA (con proyectos sociales o culturales como fines generales)<sup>72</sup> se debe cuidar que no revierta su patrimonio a sus entes creadores.

Hay una excepción legal importante a esta generalidad y es que se permite la constitución de fundaciones para beneficiar a colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares. Precepto que ya recogió la Ley de Fundaciones de 1994, abriendo sus puertas a las fundaciones laborales<sup>73</sup>. Excepciones también son las recogidas en el ap. 4 del artículo 3 LF: las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, así como las fundaciones de investigación científica, asistencia social o deportivas<sup>74</sup>.

DE PRIEGO<sup>75</sup> no entiende las excepciones expresamente previstas en este artículo 3 LF y admite la constitución de todas aquellas fundaciones que, con destinatarios indeterminados o no, persigan realmente un fin de interés general, mediante la valoración en sí de dicho fin. La LF reconoce implícitamente que interés general no es incompatible con determinación de los beneficiarios, pues si hay excepciones estas pueden verse en sentido amplio, ya que otros supuestos pueden considerarse acreedores y merecedores del mismo tratamiento. Esta autora concluye «tampoco nos proponemos defender la admisión de las fundaciones de interés particular sino solo manifestar que no es lo mismo ni merece el mismo trato una fundación que cumpla fines de interés general aunque tenga unos destinatarios determinados que aquellas otras que sirvan a fines de interés particular o privado, ya sea porque se pretende la obtención de un lucro ya porque el fin en sí carezca de trascendencia social. La persecución de un interés general no resulta incompatible con la existencia de destinatarios determinados».

CAFFARENA<sup>76</sup> en estas excepciones legales considera que se reconoce una compatibilidad del interés general de la fundación con la determinación individualizada de los beneficiarios, en estos casos cae el requisito de que los beneficiarios sean colectividades genéricas de personas o personas no determinadas individualmente. Y plantea la siguiente pregunta ¿por qué no se reconoce la posibilidad de fundaciones de interés general en otros casos en que los beneficiarios estén determinados individualmente? Responde que la CE solo exige que los fines sean de interés general y nada dice de los beneficiarios, por lo tanto no cabe que la LF pueda limitar el ejercicio del derecho de fundación estableciendo un requisito adicional referido a estos. Los beneficiarios pueden estar determinados individualmente siempre que el fin perseguido por la fundación sea relevante o trascendente socialmente. Se basa en los derechos comparados como el alemán o el italiano donde se permiten las fundaciones con beneficiarios determinados individualmente, en los que prima la neutralidad de los fines fundacionales. Esta postura la entiendo con cierto recelo ya que como he expuesto todos los artículos de la LF giran en torno a la consecución de unos fines fundacionales abiertos a todo aquel que quiera disfrutar de los mismos, por eso considero que una fundación no puede proclamar que beneficie a unos beneficiarios concretos, pero si puede marca una colectividad genérica de personas y entre ellas se pueden incluir ciertas personas que fueron la causa de su constitución, como beneficiar a todos los ciegos, y a mi hijo que es ciego, ya que la causa de su creación fue la mejora de la ceguera sin distinguir o excluir sus beneficiarios, que sería lo mismo que decir para mi hijo Juan que es ciego y todos los que sean ciegos.

DE LORENZO<sup>77</sup> declara que «la exclusión de las fundaciones familiares o de interés particular, antes de la CE parece digna de superación en base a la idea de que es posible alcanzar el interés general a través de un fin particular

instrumental, o a través del cual se realiza el general (en el caso de las fundaciones laborales, no deja de atenderse al interés general, con las prestaciones para los empleados organizados en una empresa a través de la fundación laboral en ella constituida)».

La ley 49/2002 considera a las fundaciones como entidades sin fines lucrativos, debiendo reunir una serie de requisitos que se establecen en su artículo 3: 1º) persecución de fines de interés general; 2º) destinar a la realización de dichos fines al menos el 70% de sus rentas e ingresos debiendo destinar el resto de las rentas e ingresos a incrementar la dotación patrimonial o las reservas; 3º) que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria; 4º) que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios. Si bien recoge unas excepciones<sup>78</sup> más amplias que la LF 50/2002. En total son 10 las exigencias que precisa este artículo 3, pero a los efectos de este trabajo solo me fijo en las expresamente citadas.

En el ámbito autonómico, la Ley Valenciana de Fundaciones<sup>79</sup> en su artículo 3 determina la persecución de fines de interés general en su ap. 1 y trata de precisar quienes son sus beneficiarios. Así su ap. 3 dispone: *«Los beneficiarios serán seleccionados por las fundaciones democráticamente con criterios de imparcialidad, no discriminación y objetividad, de acuerdo con las bases, normas o reglas que se elaboren para su selección. Las fundaciones deberán dar, a tal efecto, la mayor publicidad e información a sus propios fines y actividades».*

Añadiendo su Reglamento de Fundaciones de 2011 (Decreto 68/2011 de 27 de mayo) su artículo 9. Beneficiarios: *«Los fines de la fundación deben tener como beneficiarios colectividades genéricas de personas.*

*A los anteriores efectos, se entienden por colectividades genéricas aquellas en que la identidad de sus integrantes no esté individualmente determinada. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares».*

La Ley gallega, ya en su nombre habla de interés, pues su normativa viene dada por la Ley 12/2006 de 1 de diciembre de Fundaciones de interés gallego, y en su artículo 4 ap. 3 *in fine* después de seguir la pauta de la LF estatal sobre la prohibición de constituir fundaciones a favor del fundador o patronos o familiares, acertadamente señala: *«No obstante, podrán ser beneficiarios de las actividades de la fundación siempre que formen parte de las colectividades genéricas de personas destinatarias de la finalidad fundacional»*, en la misma línea que la postura que defiendo.

Es decir, se puede observar en nuestra doctrina partidarios del cumplimiento estrictamente legal y por lo tanto excluir a familiares del fundador, pero tam-



bién se puede permitir para casos concretos esta posibilidad. Así como posturas defensoras de que puedan ser beneficiarios los parientes del fundador. A mi entender, por las razones ofrecidas, considero que el papel de las fundaciones cada vez es más dinámico y más amplio, con la permisión de realizar actividades económicas, obtener más ganancias para favorecer a más personas. Gracias a la generosidad del fundador, no debería excluirse a los parientes del fundador ni de patronos para considerarse como colectividades genéricas, siempre que exista una indeterminación, se actúe con criterios de imparcialidad y objetividad. Es el protectorado el que debe velar por el cumplimiento de los fines fundacionales y por lo tanto el protectorado debe actuar de forma objetiva, si excluye a los familiares está restringiendo unos derechos y violando la voluntad del fundador que muchas veces constituye una fundación por causas, ideas o problemas que tiene en su familia. Se consigue más con medidas permisivas que limitativas, en estos casos y como la ley gallega dice la ley debe permitirlo. El fin particular del fundador muchas veces es fin general, así un fundador con un hijo con enfermedad rara, destina un dinero para favorecer al hijo que hace extensible a otras personas si crea una fundación.

## VI. LA REGULACIÓN DE LAS LLAMADAS FUNDACIONES FAMILIARES

Nuestra normativa de fundaciones es bastante clara: el fundador no puede utilizar el patrimonio fundacional y las rentas de la misma en su propio beneficio o en beneficio de un grupo familiar. Las fundaciones son personas jurídicas sin ánimo de lucro, no cabe el reparto de beneficios a sus fundadores o patronos. Se debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, lo relevante no es su amplitud sino que su situación o necesidad es digna de la atención de la colectividad. No cabe pues la constitución de fundaciones a favor de personas determinadas aunque sea para atender las necesidades de las mismas, si pueden ser estas personas beneficiarios de la fundación. Como ya he expuesto, su fundador puede querer proteger o favorecer a un familiar y constituir una fundación, pero conlleva el que cualquier otra persona pueda igualmente verse protegida, es decir, si constituyo una fundación de ayuda pensando en mi hijo ciego que tenga amparo de 10 a 25 años, todos los ciegos de esas edades deben ser protegidos igualmente.

Varios autores tratan de indicar que la actual LF contempla unas excepciones que indican un reconocimiento hacia las fundaciones familiares, así DE PRADA<sup>80</sup> después de recoger las excepciones del artículo 3 aps. 2 y 3 de la LF cree que la interpretación de la norma no debe ser rigurosa y que no debe impedir las clasificaciones de fundaciones en las que el fundador se reserve determinados privilegios para sí, incluso para su familia, como es el ser asistido en el centro que se crea o poder cursar estudios en él, e incluso

el que «la colectividad genérica» tenga limitaciones como el reservarse los beneficios o dar preferencia en la concesión de estos a los oriundos de un pueblo o región.

Siguiendo con este artículo 3, su ap. 3 dispone: «*En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general*».

La Ley de 2002 es más amplia, ya que la prohibición no solo es para el fundador, sino también para los patronos. Comprende tanto al cónyuge como persona ligada con análoga relación de afectividad. Además se introduce la imposibilidad de que las fundaciones tengan como finalidad principal el destino de sus prestaciones a «personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general»<sup>81</sup>. Este criterio se mantiene posteriormente en 2008 en el Código civil catalán artículo 331.1. No así en la Comunidad de Madrid, en su artículo 3 «No podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones al cónyuge o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive de consanguinidad o afinidad, o bien a quienes guarden idénticos lazos familiares o de parentesco con los patronos, directivos y administradores de las mismas. No obstante, tales familiares o parientes podrán ser beneficiarios de dichas prestaciones siempre que formen parte de las colectividades genéricas de personas destinatarias de la finalidad fundacional. En este caso los fundadores, patronos, directivos y administradores de los mismos se abstendrán de conocer en los procesos o decisiones previstas en el párrafo anterior, siendo nulas de pleno derecho las adjudicaciones o rentas con infracción de la presente disposición.» Precepto más acorde con la realidad, pues la constitución de la fundación depende de la voluntad del fundador, y si este va a resultar perjudicado y se le ponen trabas, evidentemente no cederá su patrimonio-dotación.

La nota se centra en que sea o no finalidad principal, lo que se prohíbe es, únicamente, que ese destino constituya, directa o indirectamente, la finalidad principal de la institución, por lo que será posible a *sensu contrario* que una fundación destine sus prestaciones a personas no individualmente determinadas y, a la vez, a aquellas que se señalan en el artículo 3.3 LF.

En algunas normas autonómicas es más amplio, así:

El reglamento de la Comunidad Valenciana de 5 de septiembre de 2001, hoy derogado, era más amplio. No se limitaba a hablar de fundadores o patronos sino que hacia extensivo a directivos y administradores a mi modo de ver implícitamente si se busca una objetividad debiera contemplarse en estos términos. En su artículo 9 establecía: «*los cónyuges y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de los fundadores, patronos, directivos o administradores de la fundación, podrán ser beneficiarios cuando formen parte*

*de las colectividades genéricas de personas destinatarias de la finalidad fundacional, y ello no implique condición preferente alguna para ser beneficiario de los fines fundacionales».* En cambio su reglamento de 27 de mayo de 2011 no tiene esa precisión.

En esta línea también se mueve la normativa fiscal 49/2002<sup>82</sup> que habla de fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno así como cónyuges o parientes hasta el cuarto grado. Es mucho más correcta y más objetiva.

Como se ve, hay algunas leyes que conscientes de la incerteza y de las dudas que generan la constitución de fundaciones en algunos casos, han ido delimitando quienes son los beneficiarios de las fundaciones, es por ello que se debe partir de un concepto amplio para determinar quien son sus beneficiarios, siempre que se aprecie una subjetividad, pero desde el momento en que no choque con una posible subjetividad, no entiendo restricciones para beneficiar también a estas personas, siempre que no resulten perjudicadas otras, es decir, se trata no de beneficiar y favorecer a personas afines del fundador exclusivamente, sino de enriquecer a la sociedad, sean o no familiares o gestores del fundador, siempre que no estén identificados o determinados, por eso es preferible hablar de «individuos indeterminados nominalmente» como disponía la sentencia del TS de 12 de febrero de 1946. Como dice el artículo 4 ap. 3 de la LF País Vasco del 2016: «*La actividad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, físicas o jurídicas*», añadiendo que los criterios de selección del colectivo de personas beneficiarias deberán ser objetivos e imparciales. Es decir, actuación acorde a los tiempos y a la voluntad del fundador, no frenar su finalidad de beneficiar a un pariente, pero a la vez no permitir un beneficio particular y exclusivo, si bien el interés particular puede ser interés general si beneficia a una pluralidad de personas, requiere que no exista una nominación o identificación subjetiva de beneficiarios. Obsérvese que el artículo 25 LF al hablar de la memoria de fundación dice que debe contener el número de beneficiarios, por lo tanto se ha realizado una concreción, si bien esta debe ser objetiva, el carácter indeterminado pasa a ser individual para cumplir las líneas de actuación de la fundación, como bien dice el artículo 23 LF las fundaciones deben «Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios».

En Cataluña en cambio no hay un artículo específico para los fines de la fundación y sus beneficiarios como en la ley estatal, el artículo 331-1 bajo la rúbrica «Conceptos y principios», contempla las líneas generales de actuación y en su ap. 3 dispone: «*La fundación debe actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios. En ningún caso pueden constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar las prestaciones a los fundadores o a los patronos, a sus cónyuges o a las personas unidas por una relación de afectividad análoga, o a sus parientes hasta*

*el cuarto grado, ni a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general».*

Es decir, simplemente habla de unos criterios racionales para fijar sus beneficiarios, de una forma genérica e imparcial, diferenciando cual es su finalidad principal. De forma sencilla pero precisa permite beneficiar a cualquier persona que pueda ser merecedor de su actividad, no excluyendo a familiares del fundador o patronos, ni permitiendo como la ley estatal excepciones para fundaciones laborales o del patrimonio histórico.

## VI. FINES FUNDACIONALES

La Ley de Fundaciones 2002 consta de 46 artículos, con una estructura de XI capítulos, en su contenido se observa una clara preocupación por el fin fundacional. Todo debe girar en torno a la consecución de tales fines, así: deben ser entidades sin fin de lucro que persigan fines de interés general (art. 2), la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas (art. 3), en la escritura de constitución sus estatutos deben fijar los fines fundacionales, así como las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios (arts. 10 y 11), la dotación debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 12), corresponde al patronato cumplir los fines fundacionales (art. 14), enajenación y gravamen de bienes y derechos vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o actos de disposición vinculados a estos fines (art. 21), los principios de actuación de las fundaciones (art. 23), actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales (art. 24), destino de rentas e ingresos a la realización de fines fundacionales (art. 27), modificación (art. 29), fusión (art. 30), extinción (art. 31) y liquidación (art. 33); el protectorado debe velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales (art. 35), intervención temporal en la gestión económica por desviación grave entre los fines fundacionales (art. 42).

Que deben cumplirse unas pautas de finalidad de interés general es de todos aceptados, pero como ya he expuesto las discrepancias están en la fijación de unos fines de interés público, social, general o similar. BENEYTO<sup>83</sup> basándose en que el protectorado debe emitir un informe preceptivo a la inscripción del negocio fundacional para valorar la idoneidad de los fines, considera que si los fines son los que aparecen enumerados en el artículo 3.1 de la LF no plantea dudas, pero se introduce un criterio de discrecionalidad para la administración en aquellos que no son recogidos expresamente por el legislador.

El Protectorado procura que se cumpla la voluntad de los fundadores, manteniendo los fines y garantizando la utilidad pública y social de los mismos a los interesados en los beneficios de la fundación, para conferir personalidad

a la fundación. Su contenido debe estimarse equivalente al de interés social. Debiendo informar sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional (art. 35 LF). Para la consecución del interés general el protectorado velará por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales según la voluntad del fundador (art. 35 e) LF).

En Cataluña su ley 21/2014 de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública, más acorde a las exigencias reales en su artículo 6 fija como información relevante de las fundaciones a tener en cuenta por el protectorado: a) Los fines de las entidades y sus actividades, y f) El colectivo de beneficiarios atendidos.

La actividad de la fundación es el cumplimiento de los fines fundacionales que deberá realizarse por el Patronato, administrando con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos (art. 14 LF)

Para ello las fundaciones están obligadas a:

- a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales.
- b) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.
- c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios. (art. 23 LF). La LFPV de forma más precisa en su artículo 28 añade que este principio debe darse también en sus actividades y prestaciones.

Por ello las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales (art. 24 LF). A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto (art. 27 LF).

Dice PARAMÉS<sup>84</sup> «frente a la preocupación habitual de la mayoría por legar su patrimonio a sus herederos, algunos pretenden dejar tras de sí, no un capital, sino una obra; no un bien sino una forma de vida distinta. Y lo hacen afectando una parte de sus bienes a una obra permanente que subsistirá cuando ellos hayan desaparecido. Afectar un bien a una obra perenne es, desde su origen, el objetivo específico de las fundaciones». El legado personal, a lo largo de la historia, ha sido el modo normal de crear una fundación. Estos fundadores suelen ser personas con un cierto prestigio en la sociedad: artistas, políticos, académicos; personas con una cierta sensibilidad para detectar necesidades sociales; personas dotadas de recursos y dispuestas a ponerlas al servicio de la sociedad<sup>85</sup>.

## VII. DETERMINACIÓN DEL FIN

Dado que en la LF se exige en el artículo 12 que las fundaciones tengan una dotación adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales y que se deben destinar sus rentas y patrimonio a sus fines fundacionales, parece que deben de saberse cuáles son estos fines. Sin embargo, en la práctica estamos ante una vaguedad en la determinación de fines, no hay norma estatal ni autonómica que así lo exija, el control del protectorado es suficiente para la consecución del interés general de la fundación.

El artículo 46 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal de 11 de noviembre de 2005, como funciones del protectorado en relación al cumplimiento de los fines por parte de las fundaciones señala las siguientes:

- a) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general.
- c) Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.
- d) Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.
- e) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

El carácter ejemplificativo de la enumeración legal de los fines fundacionales es cuestión distinta a la exigencia de su determinación. La posibilidad de que los fines fundacionales se expresen de modo muy general presenta como ventaja la flexibilización de la actuación de la fundación, sin modificación estatutaria<sup>86</sup>. No se exige que la finalidad esté determinada, ya que en la práctica normalmente los fines se redactan de modo muy genérico, para evitar que se produzcan modificaciones estatutarias<sup>87</sup>. La enumeración ofrecida por la ley es meramente ejemplificativa, si se deroga la normativa fundacional en razón del tipo de fundación, no parece muy lógica la enumeración que se realiza en el artículo 3. ap.1, máxime cuando el protectorado decide y controla caso por caso, por la vía del informe preceptivo la generalidad de los fines de todas las fundaciones, y no solo de aquellas que pretendan alguno de los no mencionados expresamente. Estos fines guardan relación directa con los principios rectores de la política social y económica<sup>88</sup>.

La determinación del fin corresponde al fundador que no tiene otras limitaciones que las impuestas por la ley o como dice MADRUGA las impuestas por la moralidad y el orden público<sup>89</sup>. El proyecto fundacional debe desarrollarse conforme al interés general y a la voluntad del fundador.

El fin de la fundación debe ser verdaderamente útil y para conseguir estos fines deberá tener una dotación suficiente y adecuada.

Las fundaciones se basan en la voluntad del fundador y se caracterizan esencialmente por la afección de un determinado patrimonio a un fin<sup>90</sup>. El fin fundacional, en cuanto elemento causal del negocio, debe estar perfectamente determinado, y esa determinación corresponde única y exclusivamente al fundador. Fin e interés general constituyen el enlace entre la voluntad del fundador y la voluntad social. El fin es el elemento final y decisivo de la voluntad del fundador, el interés general es la expresión de esa voluntad social.

Como ya exponía LÓPEZ JACOISTE<sup>91</sup> es perfecta la coherencia entre el fin fundacional y el interés público. El fin fundacional constituye la causa del negocio, para su realización se otorga la liberalidad fundacional. El interés del beneficiario es el fin fundacional, la causa final determinante de la liberalidad, que se institucionaliza en la fundación, de ahí que el fin sea elemento esencial de la fundación. El fin determina la verdadera causa fundacional, su finalidad como principio rector. La concreción del fin fundacional equivale a la concreción de la causa que para tener un amparo legal se institucionaliza en la figura fundacional, de ahí que esta voluntad de creación, acorde con unos fines, debe cumplir las exigencias de la LF para su reconocimiento como persona jurídica: la fundación debe cumplir un fin de interés general, necesitando el elemento patrimonial y como no de una organización para su subsistencia.

La sentencia de 23 de junio de 1964<sup>92</sup> indica que la fundación en el campo estrictamente privado es promovida por la voluntad individual del fundador: el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento, acto al que se denomina negocio fundación».

O como dice la STC 49/1988 de 22 de marzo<sup>93</sup> en su fd. dch. 5º: «*La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman*». Esta línea ha sido mantenida también en STC 341 /2005 de 21 de diciembre <sup>94</sup> «*de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el artículo 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación*» si bien lo hace para defender la constitucionalidad del artículo 27

LF de Madrid, situando en primer término la voluntad del fundador para decidir sobre el destino del patrimonio de la fundación extinta.

La sentencia del TS de 20 de julio de 2011<sup>95</sup> contempla la nulidad del acuerdo del patronato de una fundación por el que se decidió aportar un inmueble al capital de una sociedad mercantil sin autorización del protectorado. En el presente caso el inmueble enajenado estaba directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, y en los estatutos constaba una declaración expresa de vinculación de la totalidad de los bienes del patrimonio de la fundación a los fines fundacionales. Por lo que de nuevo se ve la necesidad de dar cumplimiento al fin fundacional.

Señala LÓPEZ JACOISTE<sup>96</sup> que la fundación precisa una configuración causal superadora de la indeterminación personal del beneficiario, «una carencia de beneficiarios personalmente prefijados», añadiendo «el fin fundacional es el designio para cuya realización otorga el fundador la liberalidad. Mediante su efectiva consecución se produce el beneficio para el destinatario. El beneficio consiste en satisfacer una necesidad o aspiración de un beneficiario, que es popular o formado por un círculo de personas considerable».

Como dice el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal de 7 de diciembre de 2007, en su artículo 15, en el libro de inscripciones se harán constar los siguientes datos para la identificación de las fundaciones: d) Fines fundacionales. Añadiendo el artículo 31 que la solicitud de inscripción en el registro de la primera inscripción de una fundación deberá acompañarse de la escritura de constitución de la fundación donde conste la voluntad fundacional, comprendiendo los fines de interés general que persiga la fundación y sus estatutos, entre otras. El encargado del Registro solicitará del Protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre la idoneidad de los fines y la adecuación y suficiencia de la dotación. Dicho informe podrá ser tenido en cuenta en la calificación de la inscripción de la fundación.

## VIII. IDONEIDAD DEL FIN FUNDACIONAL

Como he señalado, a lo largo de todo el articulado de la LF se hace referencia a la exigencia del cumplimiento de unos fines fundacionales. Fines que deben observarse durante toda la vida de la fundación, si estos no existen o no son idóneos la fundación no verá la luz, y si por el contrario se dejan de cumplir, será causa de extinción, de ahí la relevancia como elemento esencial de la fundación.

CUÑAT<sup>97</sup> al hablar de la función de control del protectorado cita la relacionada con la constitución de la fundación, señalando como una función genérica del mismo la de velar por el cumplimiento de los fines fundacionales y verificar si los recursos económicos de la fundación se aplican a tales fines.



Para la creación de una fundación se exige la voluntad fundacional plasmada en la escritura de constitución exigiendo que en sus estatutos consten los fines fundacionales [art. 11 b) LF], pero se hace una mención muy genérica, realmente llama la atención, dado que si a lo largo de todo el articulado de la ley el legislador se preocupó del cumplimiento de estos fines, no se puso tanto énfasis en cuales y cómo debían estar precisados los mismos. El anteproyecto de LF del 2014 era más acertado pues se eliminaba la relación de fines generales que se podían perseguir y se precisaba que en los estatutos debían constar según su artículo 11 ap. b) «Los fines fundacionales, que habrán de constar de manera concreta y determinada», esta referencia la veo más acorde en relación con la normativa del RRFCE que exige que en el libro de inscripciones consten los fines fundacionales (art. 15). Añade dicho reglamento en su artículo 31 que si fuera la primera inscripción de la fundación se exigirá informe de idoneidad de los fines, exigencia señalada con carácter general en el artículo 35.1 a) LF: «*Son funciones del protectorado: a) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el registro de fundaciones, sobre la idoneidad de los fines...*»<sup>98</sup> y el artículo 21 RRFCE: «*3. El encargado del Registro solicitará del Protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre la idoneidad de los fines y la adecuación y suficiencia de la dotación. Si el informe fuera favorable, la inscripción solo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones establecidas en la normativa aplicable.*

*El Protectorado remitirá, por propia iniciativa o a petición del encargado del Registro, un informe no vinculante sobre la adecuación de los Estatutos a la normativa vigente, que podrá ser tenido en cuenta en la calificación de la inscripción de la fundación».*

Al tenor de estos preceptos, es necesaria la constancia del informe de idoneidad de los fines fundacionales. Así lo marca la ley y su normativa reglamentaria, si bien dicho informe considero que es una función excesiva si se llevara al extremo, es decir, normalmente las fundaciones suelen marcar unos fines genéricos y si ya se habla de unos recursos y una dotación suficiente ya adecuada para el funcionamiento de la fundación, creo que la constancia de unos fines amplios no debe ser causa de un informe negativo, si que se justifica este informe para valorar si los fines a perseguir son ilícitos, es decir, justifico dicho informe en el sentido de apreciar un fin punible o ilícito, no en el sentido de que sean muchos los fines que traten de alcanzarse, esta es la línea que se ha seguido realmente en nuestro ordenamiento, pues en el mismo artículo 31 de este reglamento su ap. 2 letra j) exige para la inscripción de la constitución de la fundación que conste la fecha de emisión del informe del protectorado sobre fines y suficiencia dotacional. Es decir parece que se asocia dicho informe a que la dotación sea adecuada a los fines. Entiendo que los fines a perseguir deben ser amplios, tratar de llegar a muchas personas, si la ley habla de fines de interés general ¿porqué han de restringirse estas intenciones fundacionales?

Es preferible tener expectativas amplias y que así figuren en sus estatutos, que tener luego que ampliar y modificar sus estatutos, por ello considero que el protectorado debe emitir informe favorable si hay una dotación suficiente ya que los fines se cumplirán en función de la gestión de sus recursos, lo que yo aconsejo es un listado abierto de fines amplios, metas deseables, pero sujetos por encima de todo a intereses generales lícitos, es este el aspecto que debe respetarse. El artículo 32 de este reglamento al referirse a la primera inscripción de las delegaciones de fundaciones extranjeras indica que el encargado del Registro únicamente podrá denegar la inscripción de la misma cuando el protectorado aporte un informe desfavorable sobre el interés general de sus fines.

Como en la LF no se establecen las razones para denegar o admitir este informe preceptivo, parece que en base a una interpretación amplia de la normativa fundacional, este informe solo debiera ser negativo si no se cumplen fines lícitos de interés general. Es más, el artículo 41.1 RFCE dispone que el protectorado ejerce sus atribuciones respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional. Su artículo 42 atribuye como funciones del protectorado el asesoramiento a las fundaciones en el proceso de constitución en relación con la normativa aplicable sobre los fines de interés general, la elaboración de sus estatutos, así como la tramitación administrativa correspondiente. Entiendo que este informe entra dentro de la tramitación administrativa, ya que sin el mismo la fundación no puede constituirse. Igualmente se habla de un informe previo no vinculante que emite el protectorado sobre un borrador de estatutos, considero que aunque es no vinculante, debe ser coherente, es decir, si se ha emitido informe favorable y no se altera el documento definitivo el informe tampoco debiera modificarse.

A mayor abundamiento el artículo 43 de este reglamento en relación a las funciones del protectorado en el proceso de constitución señala como funciones del mismo b) informar, con carácter preceptivo y vinculante sobre la idoneidad de los fines y lo hace relacionándolo con la adecuación y suficiencia dotacional, por lo que de nuevo parece dar a entender que los fines a perseguir deben estar conectados con su dotación.

Entiendo, como ya he expuesto, que es más lógico considerar que los fines se refieren al cumplimiento de los preceptos legales evitando dar entrada a fundaciones ilegales, no en el sentido de que para el logro de los fines fundacionales debe haber una dotación mayor o menor. A fines lícitos, dotación adecuada y suficiente de manera general, pues normalmente se aconseja indicar fines amplios de interés general, como muestra destacamos algunos fines fundacionales, ejemplo en los estatutos la Fundación ONCE para la cooperación e inclusión social de personas con discapacidad su artículo 7 se refiere de modo general a los fines fundacionales: «Para alcanzar su misión, la Fundación ONCE determina como sus objetivos o fines principales los siguientes:

- La promoción de la plena integración laboral de las personas con discapacidad.
- La promoción de la cualificación profesional, las competencias laborales y las habilidades personales y profesionales, como factores determinantes del nivel de empleabilidad de las personas con discapacidad y, por tanto, en el proceso de integración laboral.
- La promoción de la accesibilidad universal y el diseño para todos».

El artículo 8 contempla los valores y principios de la misma, su artículo 9 las actividades específicas y el 10 atiende a los criterios, líneas y medios de actuación, es decir, todo gira en torno al cumplimiento de los fines generales, con medidas amplias para poder cumplir sus fines<sup>99</sup>.

Por otro lado, como bien expresa el artículo 35 LF el informe es preceptivo y vinculante para la persecución de los fines generales entendiendo que un informe desfavorable implicará que el encargado del Registro no debe proceder a inscribir la fundación, y si el informe fuera favorable no podría denegarse su inscripción por defectos relativos al objeto del informe. El RRFCE señala que el encargado del Registro solicita al protectorado, pero dado que los patronos pueden pedir asesoramiento al protectorado para la constitución de las fundaciones, este informe previo otorgado debe mantenerse en el momento de su inscripción, salvo que hubiera habido alteraciones posteriores.

La doctrina ha criticado este informe previo del protectorado en cuanto excede de lo que es una calificación de legalidad y da lugar a un control discrecional del protectorado sobre el nacimiento de la fundación en este sentido es más acertada, en mi opinión, la regulación catalana que en su Código civil artículo 336-2 señala como función del protectorado «resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones», no establece ningún informe preceptivo y vinculante como la ley estatal. Hay que tener en cuenta que el artículo 35 LF es un precepto de aplicación a las fundaciones de competencia estatal según se establece en su disposición final primera ap. 4.

## IX. EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN POR SUS FINES

La LF en su artículo 31 señala las causas de extinción de las fundaciones, de las seis que marca, dos al menos se refieren al fin fundacional: por haber realizado el fin fundacional<sup>100</sup>, o ser imposible la realización del fin fundacional o por otras causas previstas o surgidas con posterioridad, pero está claro que el fin es determinante para la continuación de la fundación. Su artículo siguiente vincula el patrimonio de la fundación a fines análogos de otras entidades.

El patrimonio ha de ser suficiente para que puedan cumplirse los fines y su insuficiencia puede llevar a la extinción de la fundación.

Una buena gestión y la realización de diversas actividades puede ser la clave para que las fundaciones puedan dar cumplimiento a la consecución de sus fines. Como ya exponía MADRUGA<sup>101</sup> «no cabe duda que la gratuidad de los servicios y la exclusión de toda actividad lucrativa constituyen serios obstáculos para el desenvolvimiento económico de las fundaciones y consiguiente cumplimiento de los fines fundacionales». Entiendo que si la fundación no puede gestionar sus recursos debidamente podría determinar la inactividad de la fundación, que no tiene que conllevar la extinción de la fundación pero que algún sector así lo ha indicado. Me apoyo en algunas sentencias como la del TS de 15 de junio de 2016<sup>102</sup> que expresa que no cabe identificar la mera inactividad con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Una situación esporádica de inactividad puede darse, pero debe seguir cumpliendo sus obligaciones. En esta sentencia el protectorado solicita su extinción ya que no hay constancia de su funcionamiento ni del cumplimiento de sus fines fundacionales, se constituyó la fundación en el año 2008 y no se han presentado sus cuentas desde sus inicios por eso se le requiere por el protectorado en 2011 y en el 2012 se interpone la demanda por ser imposible la realización del fin fundacional. Se dice que la causa de extinción prevista legalmente no es la inactividad, que podría dar lugar a otro tipo de actuaciones y responsabilidades, sino la imposibilidad de cumplimiento de sus fines, dicha imposibilidad existirá cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio.

Si como ya he dicho el fin es un elemento esencial de la fundación resulta claro que cuando este no puede realizarse, la fundación se extinguirá conforme establece la normativa<sup>103</sup>.

Es de gran utilidad acudir a la sentencia del TC de 21 de diciembre de 2005<sup>104</sup> sobre el destino de bienes y derechos de la fundación cuando se liquida una fundación y reversión del patrimonio fundacional en relación a la inconstitucionalidad de varios artículos de la LF 1/1998 de 2 de marzo de Madrid. Propiamente no es este el momento de hablar de la reversión de los fines, pero en cuanto afecta al interés general de la fundación, simplemente quiero indicar que estoy completamente de acuerdo con la postura recogida por el letrado de la Comunidad de Madrid que expresa *«La Ley madrileña en modo alguno ampara la existencia de fundaciones de interés particular. Durante su existencia, todas las fundaciones sometidas a dicha Ley deberán perseguir fines de interés general. Pero, una vez extinguidas, a los bienes se les dará el destino previsto por el fundador. Que dicho destino, eventualmente, no sea de interés general, no vulnera el artículo 34 CE, pues la fundación sí ha perseguido un fin de ese carácter y, una vez extinta, no existe fundación ni persiste el deber de perseguir un fin de interés general. Esta solución es coherente con la primacía que en las fundaciones se atribuye a la voluntad del fundador por el artículo 39 del Código civil ya que mientras en las corporaciones o asociaciones existe como*

*sustrato una voluntad colectiva, las fundaciones se apoyan en la voluntad individual del instituyente o fundador».*

MADRUGA<sup>105</sup> para el supuesto de modificación de fines de una fundación para ponerlo en armonía con las conveniencias sociales por haberse desactualizado expresa que «no tiene lugar la extinción de la fundación, en razón de que subsiste la misma personalidad jurídica. Por otra parte, en el artículo 39 del Código civil no se alude a la extinción de las fundaciones en el caso de que los fines se desactualicen, sino solamente cuando se haya realizado el fin que es completamente distinto, pues una cosa es la realización del fin y otras que este pierda su utilidad social por evolución de circunstancias».

La sentencia de 21 de julio de 2003<sup>106</sup> contempla un supuesto de solicitud de extinción de la fundación por imposibilidad objetiva de cumplir su fin variando su objeto fundacional. Los herederos de la fundadora solicitan la extinción de la fundación y reversión de sus bienes por no cumplir las finalidades señaladas en sus estatutos, ya que no se ha cumplido la voluntad del fundador. Del contenido de la sentencia destaca la interpretación que se hace sobre la voluntad de la fundadora. La fundadora constituye la fundación con el fin de dar educación cristiana y preparación para una actividad remunerada y decorosa a obreras jóvenes, se reconoce que ese era el objeto y fin esencial de la fundación testamentaria, pero se dice que el «notorio cambio en las circunstancias sociales y económicas producido desde la fecha de la fundación hasta la realidad actual, no puede considerarse extinguida la fundación e incumplida la voluntad de la testadora por el nuevo rumbo que por los órganos de la institución se dio a la fundación, siendo evidente que la existencia de un obrador de ropa blanca en edificio calificado como palacio, en el centro de esta capital, no responde a la lógica de la economía de nuestros días, y es claro que la voluntad del fundador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor el fundador estableció la institución, de suerte que ha de considerarse más conforme a la voluntad de la testadora, pese al cambio de domicilio, la subsistencia de la fundación, que según resulta de la prueba practicada, sigue dedicando sus esfuerzos y sus recursos a la protección y ayuda de las obreras jóvenes, tal como quiso la fundadora, consiguiendo para la educación y formación de dichas jóvenes becas y ayudas económicas, con la explotación y aprovechamiento de los bienes con que se dotó a la fundación, teniendo en cuenta que ya en el artículo 39 del Código civil se hace referencia al cumplimiento de fines análogos», los herederos indican que la voluntad presunta de la fundadora fue que tuviera ese domicilio, no que se dé en arrendamiento a una entidad de crédito<sup>107</sup>. En mi opinión si la fundación no cumple la voluntad fundacional debiera revertir sus bienes a los herederos<sup>108</sup>, pero no quiero hablar aquí de reversión, sino de cumplimiento de los fines fundacionales. Habría que buscar la verdadera voluntad de la fundadora. Entiendo que la dueña del palacio, sede de la fundación, era consciente del gran valor de este edificio, su voluntad era que el Obrador de San Pedro

y Santa Teresa habría de estar domiciliado en el llamado Palacio de Yanduri. Ahora bien también es su voluntad ofrecerles un refugio para una educación. Si entendemos obrador, refugio como términos iguales, está claro que la fundación debe realizar su actividad en dicho Palacio. Si entendemos que una mejor gestión hace que económicamente sea más rentable su traslado a otro lugar y así llegar a más gente, apoyaría la postura de los patronos. No tengo datos suficientes para dar una opinión sentada y razonada, pero sí creo que una fundación depende de la voluntad del fundador, y aunque a veces no lo entendamos o compartamos, esa liberalidad generosa del particular hay que respetarla, y si quiere beneficiar a colectividad de mujeres «obreras jóvenes que reciban educación cristiana» es un fin fundacional de interés social que debe respetarse. El palacio perteneció a dña. Teresa PARLADÉ Y HEREDIA, marquesa de Yanduri, que expresó su voluntad de constituir la fundación dando dinero para su mantenimiento. La Fundación Yanduri (con el objetivo de mantener vivo el legado de los marqueses en actividades benéficas y sociales para la ciudad) cedió este inmueble a las Hijas de la Caridad que establecieron aquí su residencia, así como un colegio de niñas regentado por las religiosas del socorro, y un obrador de ropa blanca. Estos fueron los únicos signos visibles de la Fundación y a finales de los setenta cerró sus puertas. Las monjas estaban al frente de un colegio de formación cristiana donde estudiaban y confeccionaban ajueres de novia y canastillas de recién nacido. El palacio se terminó de construir en 1903 y en 1933 falleció su dueña, fue colegio en los años 60 y 70, en 1982 fue abandonado durante varios años, el Banco Santander es su dueño en la actualidad desde 1988. El protectorado debe velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, teniendo en cuenta la consecución del interés general. La voluntad del fundador, así como sus estatutos vinculan a la misma. Desde que esta voluntad no puede cumplirse habrá que liquidar y extinguir la fundación. En toda fundación debe haber la exclusión de lucro directo al fundador y la afectación de sus bienes al interés general en consonancia con la voluntad de su fundador ya que el fin es causa de constitución de la fundación, vinculación de los bienes fundacionales al interés fundacional.

## X. CONCLUSIONES

I. El sector fundacional se ha convertido en un agente de desarrollo social de gran relevancia mediática contribuyendo al desarrollo de la sociedad. Constituye una importante vía de acción de la sociedad civil en favor de la consecución de fines generales. Son un exponente de la madurez de un país pues el sector privado asume responsabilidades sociales en beneficio del común. Las fundaciones pueden erigirse en agentes de impulso y estímulo completando la labor del sector público. Representan una de las formas jurídicas más útiles

y desarrollada para canalizar la iniciativa privada hacia los fines de interés general, por lo que se convierte en la fórmula más efectiva para llevar a cabo el emprendimiento social en España. Se integran en el Tercer Sector, también llamado Economía Social, muchas de ellas entran dentro del Tercer Sector de Acción Social. La dimensión social que alcanzan las fundaciones, la preocupación por sectores asistenciales, de marginación o exclusión social, permiten no dudar de su importancia en la Economía Social.

II. La fundación es una organización constituida por el fundador para cumplir un fin de interés general determinado por voluntad del fundador, para lo cual le ha dotado de medios económicos adecuados. Las fundaciones son la institución en la que se ve con mayor claridad la existencia de un patrimonio adscrito a un fin, hasta el punto de que muchos autores la definen como un patrimonio personificado.

Toda la vida de una fundación gira en torno a la consecución de unos fines. Estos fines son necesarios para su constitución ya que deben constar en los estatutos, Además si la nota relevante de las fundaciones era la patrimonial, cuando se habla de dotación esta debe ser adecuada y suficiente para conseguir sus fines. En su actuación, la fundación debe conseguir los fines generales y si estos no se cumplen o ya se han cumplido, puede ser causa de extinción.

Por lo tanto mientras una fundación funciona la observancia de los fines fundacionales es obvia.

La fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o al menos duradera.

La fundación debe tener un fin de interés general sin que sea preciso que sea alguno de los que aparecen enumerados por la ley, ya que será el protectorado quien decidirá, en su informe, si dicho fin es o no de interés general, y en el supuesto de que el protectorado emita informe desfavorable cabrá acudir a los tribunales para la definitiva decisión.

La relevancia de los fines fundacionales para la entidad se refleja en el hecho de que, a la consecución de los fines fundacionales queda subordinada toda la actividad de la fundación así como su patrimonio. «La dotación ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 12 LF).

III. Cabría preguntarse si puede darse la compatibilidad del interés general de la fundación con la posibilidad de determinar individualmente los beneficiarios.

Los beneficiarios pueden estar determinados individualmente siempre que el fin fundacional sea relevante para la sociedad.

En mi opinión es preferible dar unas bases de actuación, unos criterios racionales e imparciales que fijen quien son los beneficiarios, los destinatarios finales o como la ley dice «colectividades genéricas de personas».

Si el fundador beneficia a muchas personas es lógico que en ese concepto amplio puedan incluirse sus familiares y demás. El vínculo parental que tal vez fue la causa o fin de la fundación no puede dañar un interés de muchos, una suma amplia de beneficiarios, es el protectorado el que supervisa y por ello debe verse que el interés general puede ser compatible con el interés particular, pues de no ser posible, el fundador dispondría de otra manera los bienes que ha entregado para la constitución de la fundación.

IV. La fundación es un medio para cumplir fines de interés general dirigidos a beneficiar a colectividades genéricas de personas, pero dado que hay excepciones como las fundaciones laborales o la conservación o restauración de bienes que formen parte del patrimonio histórico español, muchos autores se plantean la posibilidad de permitir las fundaciones familiares.

Cuando el fundador constituye una fundación debe siempre dirigirse a colectividades genéricas de personas, pero normalmente en su voluntad suele haber un interés personal, interesado, subjetivo, es un deseo en beneficio de una colectividad que alcanza el calificativo de interés general, dado que el interés particular puede coincidir con un interés general y si hay esa confluencia puede válidamente crearse esa fundación, mientras que si solo hay interés particular no cabría amparo legislativo.

El interés general siempre es dinámico, pueden ser diversos, por eso la ley en el artículo 3LF establece una enumeración simplemente ejemplificativa, no cerrada. Se trata de incentivar la participación de las personas en la actividad social, en el interés general a través de las fundaciones o de entidades no lucrativas.

V. A lo largo de la regulación fundacional el fin de interés general es esencial. Sin él no podrá inscribirse la fundación, pero tampoco podría vivir pues de incumplirse sería causa de extinción.

Entiendo que es necesaria la inscripción de la fundación en el Registro pero la exigencia del informe preceptivo y vinculante del protectorado en cuanto a los fines quizás sea excesiva, al exceder la función de asesoramiento y apoyo del protectorado, por lo que es más acertada la regulación ofrecida por la normativa catalana que en su ley especial sobre el protectorado del año 2014 no establece la necesidad de dicho informe.

VI. La LF en su artículo 31 señala las causas de extinción de las fundaciones, de las seis que marca, dos al menos se refieren al fin fundacional: por haber realizado el fin fundacional, o ser imposible la realización del fin fundacional o por otras causas previstas o surgidas con posterioridad, pero está claro que el fin es determinante para la continuación de la fundación.

VII. En este trabajo se ha reflejado la importancia del fin fundacional en todo el articulado de Ley de Fundaciones. Se tiene en cuenta a la hora de su constitución, se debe reflejar en sus estatutos, sus patronos deben cumplir el fin fundacional ya que ha sido la causa de su constitución, el protectorado debe velar por que el fin se cumpla, para ello la fundación puede realizar actividades consecuentes con el fin fundacional, pero si el fin se incumple es causa de



extinción de la fundación. Con ello quiero resaltar el gran valor que adquiere y representa el fin fundacional, por eso este trabajo bien podría ser objeto de una monografía en profundidad sobre este tema. Solo quiero reflejar la enorme labor que realizan las fundaciones de distintos tipos en nuestra sociedad, un fin individual se puede convertir en fin general con beneficio para todos, por ello no hay que frenar su creación pero si controlarlas a través del protectorado, ejerciendo una supervisión objetiva y ágil.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- BADENES GASSET, R. (1979). Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del derecho español. *RDP*, febrero (125-134).
- BARRAL VIÑALS, I. (2005). La finalidad fundacional y la destinación de los ingresos como garantes del interés general de la fundación. *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*. Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones. (237-248).
- BELLO JANEIRO, D. y LUNA SERRANO, A. (2001). *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones. Xornadas e Seminarios*. Xunta de Galicia. Junio.
- BENEYTO BERENQUER, R. (1996). *Fundaciones sociales de la iglesia católica. Conflicto iglesia-estado* Valencia: Edicep.
- BENEYTO FELIÚ, J. (2016). Parte primera: personas jurídicas. En V.M. Garrido de Palma. (dir.). *Instituciones de derecho privado*. 2ª edición. Tomo I. Personas. Vol. 4º. Pamplona. Thomson Reuters (27-82).
- (2016). Parte tercera: fundaciones. En V.M. Garrido de Palma. (dir.). *Instituciones de derecho privado*. 2ª edición. Tomo I. Personas. Vol. 4º. Pamplona. Thomson Reuters (345-481).
- BLANCO RUIZ, J. F. (1987). Las fundaciones: tipología y normativa. *Cuadernos de Acción Social*. Núm. 4, (15-28).
- BOLDO RODA, C. (1996). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*. Pamplona. Aranzadi.
- CADENAS GARCÍA, M. I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O. (2012). La extinción de las fundaciones por imposibilidad de realización del fin fundacional. *FORO, Nueva época*. Vol. 15, núm. 1 (169-217). file:///C:/Users/Usuario/Downloads/39586-49513-2-PB.pdf
- CAFFARENA LAPORTA, J. (2005). La extinción de la fundación. En S. Muñoz Machado y otros (dir.) *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Fundación ONCE. Iustel.
- (2009). Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión, *Anuario de Derecho de Fundaciones*, (29-58).
- CAMY, B. (1974). Fundaciones, breve idea de su normación legal. *RDP*. Diciembre. (980-991).
- CÁRDENAS, L. (1952). Las fundaciones familiares de derecho privado. *RDP*. (579-590).
- CARRANCHO HERRERO, T. (1997). *La constitución de las fundaciones*. Barcelona. Bosch.

- CASARES MARCOS, A. B. (2007). Tipología fundacional. En J.M. Beneyto Pérez (dir.). *Tratado de Fundaciones. Tomo I*. Barcelona. Bosch (179-261).
- CERRATO ALLENDE, J. (2007). Aspectos sociológicos de las fundaciones: el interés general entre la estructura jurídico-formal y la actitud psicosocial. En J.M. Beneyto Pérez (dir.). *Tratado de Fundaciones. Tomo I*. Barcelona. Bosch. (1525-1589).
- CUÑAT EDO, V. (2008). Artículo 35. Funciones del protectorado. *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia. Tirant Lo Blanch. (863-891).
- CUSCO, M. y CUNILLERA, M. (2003). *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*. Madrid. Dijusa.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1953). Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares. *Anuario de Derecho civil*. Tomo VI. Fasc. III. Julio-septiembre. (623-651).
- DE COSSÍO, A.(1954). Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica. *Anuario de derecho civil*. Tomo VII. Julio-septiembre. Fasc. III. (623-654).
- DE LORENZO GARCÍA, R. (1993). *El nuevo derecho de fundaciones*. Fundación ONCE. Madrid. Marcial Pons.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M. (1994). Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones. *RJN*. Núm. 11. Julio-septiembre. (203-282).
- (1996). Patrimonios adscritos a fines. *RJN*. Núm. 19. (149-201).
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. (2003). Interés general e indeterminación de los beneficiarios en las fundaciones. *RDP*. Noviembre-diciembre. (736-763).
- (2004). *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. Dykinson.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y otros (2016). *Nuevo Tratado de fundaciones*. Pamplona. Thomson Reuters.
- DURÁN RIVACOBA, R. (1996). *El negocio jurídico fundacional*. Pamplona. Aranzadi.
- ESPINOSA ANTA, J. L.(1962). La fundación. El negocio jurídico fundacional. *Estudios de derecho privado. Tomo I*. (dir.) A. de la E. Martínez-Radio. Madrid. *Revista de Derecho privado* (241-270).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005). Objeto y alcance de la LF. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales. En S. Muñoz Machado y otros (dir.) *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Fundación Once. Iustel. (8-64).
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1992). Constitución, fundaciones y sociedad civil. *Estudios de Derecho civil en homenaje al prof. d. J. L. Lacruz Berdejo*. Vol. 1º. Barcelona. Bosch. (355-372).
- GARCÍA TREVIJANO, J. A. (1996). Las personas jurídico públicas en el Código civil y en la legislación de arrendamientos urbanos. *RAP*. Núm. 20. (81-111).
- GARCÍA SERRANO, A. (2003). *Guía práctica para la gestión de fundaciones. Especial referencia a las de acción social*. Valladolid. Junta de Castilla y León.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1983). Las fundaciones en la CE de 1978. *ADC*. XXXVI (1454-1467).
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1993). Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales. *Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 4*. UNED (91-115).
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2017). La actividad de la fundación. *Gestión y administración de fundaciones*. Valencia.Tirant lo Blanch. (59-77).

- LINARES ANDRÉS, L. (2008). Artículo 23. Principios de actuación. *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia. Tirant Lo Blanch. (609-638).
- LÓPEZ JACOISTE, J. J. (1965). La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones. *RDP*. Julio-agosto (567-609).
- LÓPEZ-NIETO y MAYO, F. (2006). *La ordenación legal de las fundaciones*. Madrid, enero, edición núm. 1. Editorial La Ley.
- MADRUGA MÉNDEZ, J. (1961). Fundaciones benéfico-particulares y docentes. *RGLJ*. Madrid. (159-202).
- (1968). Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público. *ADC*. Abril-junio, 1968. T. XXI. Fasc. II. (413-418).
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. (1979). Notas en torno a las fundaciones y los establecimientos en el Código civil. *RDP*. LXIII. Mayo. (458-485).
- MARBAN GALLEGU, V. (2007). La importancia de la actividad del tercer sector. En: J.M. Beneyto Pérez (dir). *Tratado de Fundaciones. Tomo I*. Barcelona. Bosch. (1439-1481).
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (1995). *Fundaciones y mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Pamplona. Aranzadi.
- MORELL OCAÑA, L. (1978). Notas sobre el arcaísmo del derecho de las fundaciones benéficas. *REDA*. (149-171).
- MORILLO GONZÁLEZ, F. (2006). *El proceso de creación de una fundación*. Pamplona. Aranzadi.
- NIETO ALONSO, A. (2001). Las fundaciones. Neutralidad de sus fines. *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones. Xornadas e Seminarios*. Xunta de Galicia. (285-304).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). *Código civil comentado y con jurisprudencia*. La Ley Madrid. Wolters Kluwer.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.) (2008). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- ORTIZ VAAMONDE, M.L. (2002). *Fundaciones. Cien preguntas claves y sus respuestas*. Dykinson.
- PARAMÉS MONTENEGRO, C. (2007). Las fundaciones en España. En J.M. Beneyto Pérez (dir.). *Tratado de Fundaciones. Tomo I*. Barcelona. Bosch. (1483-1524).
- PIÑAR MAÑAS, J. L.(1990). Relaciones de las fundaciones con los protectorados. En *Presente y futuro de las fundaciones*.Madrid. Ed. Civitas.
- (2010). Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones. *Anuario de derecho de fundaciones*. Madrid. Iustel. (281-306).
- (2010). El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica. *Tratado de fundaciones*. Pamplona. Thomson Reuters. (67-116).
- (2016). El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica. *Nuevo Tratado de fundaciones*. Pamplona. Thomson Reuters. (55-104).
- REAL PÉREZ, A. (1997). Modificación, fusión y extinción de las fundaciones. *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la ley*. Dykinson. (111-150).
- (1999). Las fundaciones en proceso de formación: comentario del artículo 11 de la ley 30/1994, de fundaciones. *Constitución y extinción de fundaciones*. Tirant lo Blanch. (150-261).
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2006). De las instituciones de beneficencia a las fundaciones sanitarias. *Actualidad Civil*, núm. 22, Quincena del 16 al 31 de diciembre, Tomo 2, Editorial La Ley. (2638-2652).

- (2008). La importancia de las actividades económicas de las fundaciones para la vida de las mismas. *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. Vol. II. (1035-1050). Universidad de Valencia.
  - (2009). Composición, administración y disposición del patrimonio de las fundaciones. *AC*. Diciembre. Núm. 21. (2486-2513).
  - (2010). *Las fundaciones: dotación y patrimonio*. 3ª ed. Pamplona. Thomson Reuters.
  - (2018). El tercer sector de la mano de las fundaciones. *AC*. Núm. 3., 1 de marzo. Wolters Kluwer. (1-20).
- TRAPIELLA NIETO, I. (1999). Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión. *Constitución y extinción de fundaciones*. Temas de fundaciones. Tirant lo blanc. (263-302).
- VERDERA SERVER, R. (2008). Artículo 2. Concepto. *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia. Tirant lo Blanch. (77-108).
- (2008). Artículo 3. Fines y beneficiarios. *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia. Tirant lo Blanch. (109-131).
- VICENTE DOMINGO, E. (1999). Instrumentos jurídicos para la colaboración empresarial en actividades de interés general. En C. Vattier Fuenzalida (coord.) *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*. Burgos. (197-210).

## NOTAS

<sup>1</sup> MARBAN GALLEGU, 2007, 1439 al expresar que el tercer sector se ha consolidado en los últimos años como un sector imprescindible en la agenda de la política social española. En su página 1441 habla de dos formas del Tercer Sector, por un lado las organizaciones no lucrativas (asociaciones y fundaciones) y la Economía Social (Cooperativas, Mutuas y Sociedades Laborales).

<sup>2</sup> «De hecho, las fundaciones han sabido adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad actual, y su influencia se ha ido incrementando en paralelo de forma notable, gozando de gran desarrollo y vitalidad, tanto en su número como en la diversidad de actividades que llevan a cabo». Ley 9/2016 de 2 de junio de Fundaciones del País Vasco.

<sup>3</sup> SERRANO CHAMORRO, 2010, 29.

<sup>4</sup> BLANCO RUIZ, 1987, 15. Tres elementos sin los cuales no puede concebirse una fundación (patrimonio, organización y fin). *Vid.*, ESPINOSA ANTA, 1962, 241 y sigs.

CARRANCHO HERRERO, 1997, 89 expone que el elemento más importante de la fundación es el fin, pues se habla de patrimonio destinado a un fin así como de destino permanente de los bienes fundacionales a la promoción del fin fundacional así como a asegurarlo.

<sup>5</sup> SERRANO CHAMORRO, 2018, 1 y sigs.

<sup>6</sup> BENEYTO BERENGUER, 1996, 27 y sigs. MORELL OCAÑA, 1978, 149 y sigs.

<sup>7</sup> En este sentido en Derecho Romano las fundaciones son liberalidades (bien en forma de disposición *mortis causa*, sobre todo de fideicomiso, bien de donación) que no tienen un destinatario personal, sino que se encomiendan a un fiduciario para beneficiar de manera permanente a personas indeterminadas. BENEYTO BERENGUER, 1996, 31.

<sup>8</sup> BENEYTO BERENGUER, 1996, 94, al hablar de finalidades piadosas en la constitución de fundaciones benéfico asistenciales en la iglesia *católica*.

<sup>9</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, 1996, 173 y sigs., sobre las figuras asociativas no dotadas de personalidad jurídica.

DE LORENZO GARCÍA, 1993, 119 y sigs. Destacando que la fundación nace por y para la familia, para potenciar económicamente a la familia (mayorazgo) ya bajo la forma de capellanías (misas y sufragios, fundación piadosa) o de obra pía (finalidad benéfica).

<sup>10</sup> SERRANO CHAMORRO, 2010, 322.

<sup>11</sup> SERRANO CHAMORRO, 2010, 39.

<sup>12</sup> PARAMÉS MONTENEGRO, 2007, 1489, expone que las actividades que realizan las fundaciones abarcan un amplísimo abanico, sobre todo en materia de carácter asistencial, educativa y cultural. «Son muy numerosas las actividades que realizan las fundaciones españolas, pero es que, además, cada una de ellas cumple fines múltiples y variados». BUENAVENTURA CAMY, 1974, 980 y sigs.

<sup>13</sup> BENEYTO BERENGUER, 1996, 145 y sigs. Este autor en su página 161 al hablar de las finalidades de estas fundaciones indica que en la práctica los fines suelen expresarse no de forma concreta, sino abstracta, indeterminada o ambigua, intentando edulcorar la finalidad real. Añade que uno de los principales problemas que suele darse en la elaboración de los estatutos de una fundación benéfico-asistencial de la iglesia católica es el de sus fines fundacionales.

<sup>14</sup> Artículo 34 de la CE:

«1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.  
2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22».

Artículo 22 de la CE:

«1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

<sup>15</sup> LOPEZ JACOISTE, 1965, 604.

<sup>16</sup> BENEYTO FELIÚ, 2016, 34 «en España, como consecuencia del temor a las manos muertas se inició una política legislativa desamortizadora que llevó a las fundaciones a su total arrinconamiento quedando reducida su admisión para la atención de fines piadosos o benéficos, situación que ha cambiado en los últimos lustros».

<sup>17</sup> MADRUGA MENDEZ, 1968, 415. «Han existido épocas en que los fines benéficos estaban mezclados con los religiosos, en razón de que se trataba de asegurar la salvación del alma, y para ello se destinaban los bienes después de la muerte a Dios, a los santos, al sostenimiento de iglesias, seminarios, etc.».

<sup>18</sup> DE LORENZO GARCÍA, 1993, 118.

<sup>19</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, 1994, 222.

<sup>20</sup> PARAMÉS MONTENEGRO, 2007, 1504 y 1505.

<sup>21</sup> SERRANO CHAMORRO, 2018, 5 y sigs.

<sup>22</sup> DE LORENZO GARCÍA, 1993, 412. Entiende este autor que para el derecho administrativo y para el derecho público «interés público e interés general» son términos equivalentes.

<sup>23</sup> Artículo 35, 1: «Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley».

<sup>24</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, 101 a 106. En su página 102 equipara interés público con interés general.

<sup>25</sup> DE COSSIO, 1954, 643. Se atiende a los intereses colectivos, intereses públicos. El Código civil solo admite las fundaciones permitidas por las disposiciones sobre beneficencia.

<sup>26</sup> LOPEZ JACOISTE, 1965, 577 y 578.

<sup>27</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, 1994, 222.

<sup>28</sup> GARCÍA TREVIJANO, 1956, 92.

<sup>29</sup> Citados por GARCÍA TREVIJANO, 1956, 92. Al hablar del artículo 35.1 del Código civil señala que no existe unanimidad respecto a lo que el Código civil quiere expresar en este artículo y es cuando cita a De Buen, Valverde y Sánchez Román.

<sup>30</sup> MADRUGA MÉNDEZ, 1968, 418 y 419, «no están incluidas en el art.35.1 las fundaciones de carácter público». En su página 425 indica que el fin unitario debe ser alcanzado de modo determinado.

<sup>31</sup> LÓPEZ JACOISTE, 1965, 578.

<sup>32</sup> Es decir los fines fundacionales se consiguen tanto si son fines sociales, asistenciales, o de otro tipo, no tiene que aparecer el término «público». El interés público puede reducirse a unos fines sociales concretos y los puede conseguir una entidad privada o pública.

<sup>33</sup> LÓPEZ JACOISTE, 1965, 579.

<sup>34</sup> CÁRDENAS, 1952, 584 y sigs. «los Códigos ponen cortapisas, fundados en la experiencia desafortunada de las vinculaciones y mayorazgos pretéritos».

<sup>35</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1953, 644 y sigs.

<sup>36</sup> Artículo 34 CE: «1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22». El artículo 22 señala: «1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

<sup>37</sup> DURÁN RIVACOBIA, 1996, 79.

<sup>38</sup> LACRUZ BERDEJO, 1983, 1461. En su página 1466 precisa que una fundación no puede perseguir fines tipificados como delito (fundación para el fomento de la eutanasia) ni ordenar o facilitar el empleo de medios delictivos (fundación en favor de la tercera edad cuyas reglas le prescriban facilitar venenos indoloros a los ancianos enfermos crónicos que lo soliciten).

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, 1992, 364.

<sup>40</sup> CERRATO ALLENDE, 2007, 1527, mira la voluntad del fundador para la consecución de determinados valores sociales que persiguen el bien colectivo en cuanto a la resolución de determinadas necesidades sociales definidas como tales. Añadiendo en su página 1541 que las fundaciones están llamadas a liderar la recuperación de la comunidad como un valor en sí mismo frente a su supeditación al mercado, es decir, deben ser un factor preponderante en la generación de esa buena sociedad ideal propugnada por la tercera vía.

<sup>41</sup> CUSCO y CUNILLERA, 2003, en su página 44 cita las STC 18/194 y 62/1983.

<sup>42</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, 2003, 736 y 737.

<sup>43</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, 2003, 742.

<sup>44</sup> PIÑAR MAÑAS, 2010, 93. PIÑAR MAÑAS, 2016, 79.

REAL PÉREZ, 1999, 197 dice que la consecución de intereses generales es beneficioso para la colectividad.

<sup>45</sup> BENEYTO FELIÚ, 2016, 348: La afección de «modo duradero» no debe confundirse con la nota de perpetuidad, sino simplemente una prolongación de vida en el tiempo suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

<sup>46</sup> PIÑAR MAÑAS, 2010, 92: «El interés general del artículo 94 es el contrapunto del interés particular». «Las fundaciones no necesitan ser declaradas de utilidad pública, pues siempre son de interés general».

<sup>47</sup> Dicha sentencia en su fdm. dch. 3 expresa: «*La interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, trasciende como hemos señalado al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la Sociedad puede*

*conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general».*

<sup>48</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, 1994, 225 y sigs. Concluye que la fundación debe tener un fin de interés general sin que sea preciso que sea alguno de los que aparecen enumerados por la ley, ya que será el protectorado quien decidirá, en su informe, si dicho fin es o no de interés general, y en el supuesto de que el protectorado emita informe desfavorable cabrá acudir a los tribunales para la definitiva decisión.

<sup>49</sup> SERRANO CHAMORRO, 2018, 3 y sigs. En su página 6 indica que las fundaciones representan una de las formas jurídicas más útiles y desarrollada para canalizar la iniciativa privada hacia los fines de interés general, por lo que se convierte en la fórmula más efectiva para llevar a cabo el emprendimiento social en España.

<sup>50</sup> PINAR MAÑAS, 2010, 285 y sigs., expresa que no se garantiza cualquier tipo de fundación, sino solo la que persiga fines de interés general. Añadiendo que de entrada quedan excluidas las que persigan fines particulares y se plantean problemas con las fundaciones-empresa. Sin embargo tras la CE y la exigencia del interés general se ha ido abriendo camino a fundaciones con fines más amplios, ya que las fundaciones son un instrumento de consecución del interés general.

<sup>51</sup> ORTIZ VAAMONDE, 2002, 30.

<sup>52</sup> Se creó en 2009 con un capital social de casi 600.000 euros. Con los ingresos de la empresa de productos de alimentación al por mayor Bertín Osborne Alimentación S.L, financia su fundación. *Vid.*, [https://www.elespanol.com/corazon/famosos/20170508/214478996\\_0.html](https://www.elespanol.com/corazon/famosos/20170508/214478996_0.html)

<sup>53</sup> El artículo 6 de sus estatutos dispone: «La fundación tiene por objeto prestar atención y ayuda a la infancia y especialmente a aquellos que sufran una discapacidad, con el propósito de mejorar su calidad de vida, promoviendo la acción social correspondiente mediante los programas oportunos. Igualmente, la fundación, prestará ayuda, asistencia y orientación al entorno familiar, mediante el desarrollo de programas de atención concretos, y/o ayudas monetarias directas previa acreditación de la existencia de tal necesidad». Y su artículo 8 se refiere a la determinación de los beneficiarios: «Serán beneficiarios de la Fundación las personas físicas en quienes concurren las circunstancias personales y objetivas que se describen en el artículo 6 de los presentes estatutos.

La elección de los beneficiarios se realizará por el patronato, con criterios objetivos, de imparcialidad y no discriminación entre las personas físicas y/o jurídicas que reúnan las siguientes circunstancias:

— Que formen parte del sector de la población atendida por la fundación.

— Que demanden la prestación, servicio o colaboración de la fundación, dentro de su ámbito de actuación.»

<sup>54</sup> *Vid.*, <http://www.oiryhablar.com/index.php/es/29-salud-habla-y-lenguaje/noticias-salud-del-habla-y-el-lenguaje/104-el-hijo-de-bertin-osborne-con-paralisis-cerebral>. En una entrevista a Bertín se dice que en España hay 400.000 casos de parálisis cerebral y la mayoría se quedan sin una atención especializada.

<sup>55</sup> *Vid.*, <https://www.salvador-dali.org/es/fundacion-dali/la-fundacion-dali/missio-fundacional/>. La Fundació Gala-Salvador Dalí es una entidad cultural privada que tiene por misión, tal y como recogen sus estatutos, «promocionar, fomentar, divulgar, prestigiar, proteger y defender, en el territorio del Estado español y en el de cualquier otro Estado, la obra artística, cultural e intelectual del pintor, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza; su experiencia vital, su pensamiento, sus proyectos e ideas y obras artísticas, intelectuales y culturales; su memoria y el reconocimiento universal de su genial aportación a las Bellas Artes, a la cultura y al pensamiento contemporáneo».

Fue creada el 23 de diciembre de 1983 en el Castillo de Púbol por voluntad expresa de Salvador Dalí Doménech. Desde el comienzo, Salvador Dalí la presidió y dirigió directamente. Su muerte, el 23 de enero de 1989, abrió un periodo de transición hasta que en el año 1991, el Patronato de la Fundación nombró a Ramón Boixadós i Malé presidente de la entidad hasta el mes de agosto de 2017. Le ha sucedido en el cargo Jordi Mercader i Miró.

<sup>56</sup> LÓPEZ JACOISTE, 1965, 584.

<sup>57</sup> CÁRDENAS, 1952, 580.

<sup>58</sup> PIÑAR MAÑAS, 2010, 290.

<sup>59</sup> BENEYTO FELIÚ, 2016, 352, al decir que la legislación desamortizadora limitó enormemente la posibilidad de que la propiedad inmobiliaria quedase en manos muertas, por lo que se restringió la constitución de fundaciones solo a aquellas que perseguían fine benéficos.

<sup>60</sup> SERRANO CHAMORRO, 2018, 1 y sigs. Se utilizan distintas denominaciones: Economía Social, Economía Popular, Sector no lucrativo, Nueva Economía Social, entre otros términos.

<sup>61</sup> CAFFARENA LAPORTA, 2009, 34.

<sup>62</sup> LINARES ANDRÉS, 2008, 624.

<sup>63</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, 2003, 757.

<sup>64</sup> ORTIZ VAAMONDE, 2002, 33.

<sup>65</sup> VERDERA SERVER, 2008, 102.

<sup>66</sup> Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

<sup>67</sup> Artículo 1.1 de la ley 49/2002: «Esta Ley tiene por objeto regular el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos definidas en la misma, en consideración a su función social, actividades y características». Entendiendo el mecenazgo como la participación privada en la realización de actividades de interés general.

<sup>68</sup> El artículo 3.4 contempla la siguiente excepción: «4. No se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes».

<sup>69</sup> DURÁN RIVACOBBA, 1996, 81 y sigs. En página 83 proclama la imposibilidad de fundaciones familiares pero pone en duda su prohibición para la normativa autonómica navarra.

<sup>70</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, 2003, 744.

<sup>71</sup> VERDERA SERVER, 2008, 124.

<sup>72</sup> Son varias las razones que llevan a las empresas a constituir fundaciones, generalmente es por la obra social que acometen y la imagen que da a la sociedad, la Responsabilidad social corporativa (RSC) es un reflejo de estas iniciativas empresariales. Hoy en día las personas están muy sensibilizadas con estos temas y en caso de duda se tiende a contratar, trabajar o realizar actividades con empresas colaboradoras en acción social, así en la página web <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2013/01/la-razon-de-ser-de-las-fundaciones-corporativas-a-debate/> nos dan diversas razones, Las fundaciones empresariales nacen por varios motivos: por la necesidad de canalizar la acción social de la empresa; por beneficios fiscales, aunque este motivo tiene poco peso, y, en ocasiones, por razones simplemente personales, cuando la familia empresaria ha decidido impulsar una causa social determinada.

<sup>73</sup> Vid., noticia sobre «Las Fundaciones Laborales, instrumento de “canalización” de la RSE en las empresas, según un estudio de Europa Press». Las Fundaciones Laborales en la actualidad han comenzado a tener un papel clave en el fomento y difusión de la responsabilidad social empresarial en las compañías, porque se han convertido en «catalizadoras» de esta nueva forma de hacer empresa, ya que, desde sus orígenes, tienen entre sus principios fundacionales fines como la beneficencia, la solidaridad, la gestión de la acción social o la tutela ante la desprotección social, todos ellos aspectos muy vinculados a la RSE. <http://www.europapress>.



es/economia/noticia-economia-fundaciones-laborales-instrumento-canalizacion-rse-empresas-estudio-20071030151823.html

<sup>74</sup> Ley 49/2002 de régimen fiscal de entidades lucrativas, en su artículo 3.4 dispone: «*Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico, ni a las actividades de asistencia social o deportivas a que se refiere el artículo 20, apartado uno, en sus números 8.º y 13.º, respectivamente, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la Ley de la respectiva Comunidad Autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.*».

<sup>75</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, 2003, 744 y sigs.

<sup>76</sup> CAFFARENA LAPORTA, 2009, 35. En su página 30 opina que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad hace pensar en la cuestión de la admisibilidad de fundaciones con beneficiarios determinados individualmente.

En cambio LINARES ANDRÉS, 2008, 624, considera que no es posible constituir una fundación por los familiares de disminuidos físicos o psíquicos para garantizar exclusivamente la asistencia de los mismos cuando sus progenitores ya no pudieran ocuparse de ellos, sin dejar abierta la posibilidad de que fueran atendidas otras personas con los mismos problemas que no pertenecieran a las familias fundadoras.

<sup>77</sup> DE LORENZO GARCÍA, 1993, 119.

<sup>78</sup> Artículo 3, 4º ap. 2 y 3: «*Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico, ni a las actividades de asistencia social o deportivas a que se refiere el artículo 20, apartado uno, en sus números 8.º y 13.º, respectivamente, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la Ley de la respectiva Comunidad Autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.*».

*Lo dispuesto en el primer párrafo de este número no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior.*».

<sup>79</sup> Ley 8/1998 de 9 de diciembre de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, con modificaciones posteriores a dicha fecha.

<sup>80</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, 1995, 229.

<sup>81</sup> Se siguen fielmente las leyes desamortizadoras y desvinculadoras del siglo pasado impidiendo la vinculación de bienes dentro de una familia, apartándoles del tráfico y circulación.

<sup>82</sup> Ley 49/2002 art.3.4. «*Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.*».

<sup>83</sup> BENEYTO FELIÚ, 2016, 353.

<sup>84</sup> PARAMÉS MONTENEGRO, 2007, 1500.

<sup>85</sup> PARAMÉS MONTENEGRO, 2007, 1502 a 1504. Cita como ejemplo el siguiente: La familia del fiscal Luis Portero, asesinado por ETA, creó una fundación llamada «Luis Portero García (para dar y sentir vida)» que responde al deseo de esta persona de extender en Andalucía la donación, extracción y trasplante de órganos.

<sup>86</sup> VERDERA SERVER, 2008, 117, añade «también genera inconvenientes: entre otros, la dispersión de los medios económicos de la fundación, la dificultad de asignación de protectorado y la imposibilidad real de calificar la suficiencia de la dotación.».

<sup>87</sup> MORILLO GONZÁLEZ, 2006, 121. CUSCO y CUNILLERA, 2003, 73: señala que buena parte de la doctrina coincide en afirmar «la bondad del hecho, que la ley no obligue a

que el fin fundacional sea concreto y determinado, ya que así se facilita la adaptabilidad de la fundación al paso del tiempo y a las nuevas realidades sociales sin tener que modificar los estatutos y por otra parte, porque facilita su adaptación a la situación económica que tenga la fundación en cada momento».

<sup>88</sup> MARTÍNEZ LAFUENTE, 1995, 23.

NIETO ALONSO, 2001, 304 dispone que la neutralidad de los fines de las fundaciones y de las personas jurídicas, en general, contribuirá a la consecución de esas instituciones más activas.

<sup>89</sup> MADRUGA MÉNDEZ, 1968, 416.

<sup>90</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, 1979, 459 expone: «si la facultad de fundar puede deducirse que es absoluta, la voluntad de fundar es prácticamente ley suprema de la vinculación en el sentido de que no existe prácticamente hecho o circunstancia que limite esa voluntad. Esta amplia voluntad se manifiesta en que la persona titular de unos determinados bienes puede destinar los mismos a su antojo».

<sup>91</sup> LÓPEZ JACOISTE, 1965, 592 y sigs. En su página 593: «el mecanismo causal propio del negocio de fundación, que se desenvuelve en un doble alcance de eficacia, primero transmisoria de bienes, y luego organizadora de la actividad institucional». Añade en su página 594: «Entre causa y fin fundacional existe, de esta suerte, la mayor continuidad e identificación: la causa *liberalitatis* implícita en la fundación por una parte encauza la trayectoria de la dotación realizada por el fundador, y por otra, en concepto de fin, gobierna el destino de la masa así formada».

<sup>92</sup> STS de 23 de junio de 1964 (*RJ* 1964, 3682).

<sup>93</sup> STC de 49/1988, de 22 de marzo (BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988).

<sup>94</sup> STC de 341/2005, de 21 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2006).

<sup>95</sup> STS de 20 de julio de 2011 (*RJ* 595, 2011).

<sup>96</sup> LOPEZ JACOISTE, 1965, 592.

<sup>97</sup> CUÑAT, 2008, 869 y sigs.

<sup>98</sup> El Anteproyecto de LF habla de idoneidad de los fines y actividades.

<sup>99</sup> Así, a modo de ejemplo, cito: el artículo 8.1.— Los objetivos o fines principales de la Fundación ONCE se desarrollarán teniendo presente dos valores fundamentales:

— Fomentar la solidaridad y la cohesión social articulando actuaciones, proyectos y programas dirigidos a todas las personas con discapacidad independientemente de la tipología de discapacidad mediante el desarrollo de su actividad en todo el territorio del Estado. — Recabar, para el cumplimiento de sus objetivos, la cooperación, la colaboración y el compromiso de todas las administraciones, instituciones, agentes y entidades, públicas o privadas, implicados en el desarrollo económico y social.

Artículo 9.— Actividades específicas

El cumplimiento de los fines de la Fundación se desarrollará mediante alguna de las actividades específicas que, con carácter puramente enunciativo y no limitativo, se indican...

<sup>100</sup> LEONSEGUI GUILLOT, 2017, 74 y sigs.

<sup>101</sup> MADRUGA MÉNDEZ, 1968, 416.

<sup>102</sup> STS de 15 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 3875), sobre extinción de la fundación solicitada por el protectorado por imposibilidad de realizar el fin fundacional. En primera instancia se da la razón a la Fundación, por la AP de Valencia se declara la extinción de la fundación Arnedo Molina. El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Si puede haber equiparación de la inactividad significativa de una fundación con la imposibilidad de realización del fin fundacional, puesto que para este se precisa de una previsión y desarrollo del proyecto para el que se constituye sin el cual no puede culminarse su finalidad.

Su *fd. dch.* 2 concluye: «... *no encuentra esta Sala posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c de la Ley estatal de fundaciones. La casuística impone sus exigencias: reclama su espacio frente a la*

*regla jurisprudencial. Por ende, un recurso de casación de la modalidad ahora examinado no será, en principio, viable contra una sentencia del tipo de la dictada por la Audiencia a quo, con independencia de que tal sentencia venga a estimar, o no, la petición de disolución de la fundación de que se trate.*

<sup>103</sup> TRAPIELLA NIETO, 1999, 263 y sigs. En especial su página 275, al hablar de la destinación patrimonial a fines de interés general pudiendo ser reversible y temporal.

<sup>104</sup> STC 341/2005 de 21 de diciembre.

<sup>105</sup> MADRUGA, 1968,429.

<sup>106</sup> STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 5388).

<sup>107</sup> Buscando más datos para poder opinar de la sentencia señalada, en la página: [https://rodas5.us.es/file/313c505c-7113-4e1e-30b44f60f9b4781c/2/bloque\\_3\\_persona\\_juridica\\_scom.zip/pagina\\_10.htm](https://rodas5.us.es/file/313c505c-7113-4e1e-30b44f60f9b4781c/2/bloque_3_persona_juridica_scom.zip/pagina_10.htm)., encuentro más datos sobre la fundación. Sentencia Audiencia Provincial Sevilla, de 1 de febrero de 1995 [AC 1995, 392].

Doña María Teresa P. H., que no tuvo descendencia, adoptó a su sobrina doña María Teresa de las C. P., en virtud de escritura pública de fecha 28 de septiembre de 1932, autorizada por Auto del Juzgado del Distrito del Salvador, de esta capital, de fecha 17 del mismo mes y año.

Doña María Teresa P. H. falleció el día 23 de febrero de 1933, habiendo otorgado su última voluntad testamentaria con fecha 8 de noviembre de 1932, distribuyendo su herencia en legados y creando diversas fundaciones como la demandada en este proceso, Fundación Yanduri, estableciendo en la cláusula decimonovena del testamento de la señora P. H., que la finalidad de esta era la de «coadyuvar a la preservación de los graves peligros que suelen amenazar a las obreras jóvenes, y para ofrecerles un refugio en donde puedan encontrar, al par que una educación cristiana, una educación decorosa remunerada, se fundará un obrador de ropa blanca, que deberá ponerse bajo el patrocinio y advocación de San Pedro y Santa Teresa». La testadora consignó expresamente su voluntad de que el Obrador de San Pedro y Santa Teresa habría de estar domiciliado en el llamado Palacio de Yanduri.

Esta fundación quedó definitivamente constituida con la oportuna dotación de bienes mediante escritura pública de fecha 18 de enero de 1940.

Doña María Teresa de las C. P., madre y abuela de los demandantes, falleció el día 27 de marzo de 1956, sin haber otorgado testamento.

Mediante escritura pública de fecha 20 de enero de 1988, se protocolizaron los nuevos estatutos de la fundación demandada, que habían sido previamente aprobados por Resolución de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de fecha 9 diciembre 1987, ante el notorio cambio en las circunstancias sociales y económicas producido desde la fecha de la fundación hasta la realidad actual. La Fundación sigue dedicando sus esfuerzos y sus recursos a la protección y ayuda de las «obreras jóvenes», tal como quiso la fundadora, consiguiendo para la educación y formación de dichas jóvenes becas y ayudas económicas, con la explotación y aprovechamiento de los bienes con que se dotó a la fundación.

Con fecha 17 de julio de 1987, la «Fundación Yanduri» arrendó al «Banco de Santander, SA» el denominado Palacio Yanduri, que hasta entonces había sido la sede de la referida fundación, siendo autorizado dicho arrendamiento por Resolución de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de fecha 19 de octubre de 1987, que los demandantes en este proceso recurrieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los descendientes de D<sup>a</sup> María Teresa de las C. P., demandantes, postulan una declaración de herederos, conforme a las normas generales del derecho de sucesiones, y, en relación con aquel determinado testamento en que se crea una fundación de carácter privado, se pretende, a tenor de lo dispuesto en los artículos 39, 647 y 791 del Código civil, la reversión a los herederos de los bienes con que se dotó a la fundación, dado el incumplimiento de los fines para los que se creó esta entidad según el testamento,

La jurisdicción civil se declaró competente ya que, si bien en materia de fundaciones concurren tanto aspectos de orden civil como de carácter administrativo (Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4311]), puesto que existe una clara

intromisión de la Administración en la actividad de las fundaciones privadas, denominándose a esta actuación como de «protectorado», «que viene a ser una suerte de acción de policía», que tiene su justificación en el hecho de que a través de estas fundaciones, determinados bienes patrimoniales se adscriben a un fin de carácter social y general (Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 31 mayo 1985 [RJ 1985, 3194]), sin embargo, en este proceso, las pretensiones deducidas son de carácter claramente patrimonial privado.

<sup>108</sup> SERRANO CHAMORRO, 2010, 351 y sigs.

*(Trabajo recibido el 31-7-2018 y aceptado  
para su publicación el 21-11-2018)*



# 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 10-9-2018  
(BOE 2-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Cebreros.

#### **RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.**

Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma actualmente está constituida por los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil, como especialidad respecto de lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo. Sin embargo, debe tenerse presente la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aunque esta norma solo será de aplicación a matrimonios celebrados a partir de 19 de enero de 2019.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el



Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral.

El artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto. El notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6 CC) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges.

Frente a la regla general de nuestro sistema registral, que exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 51.6.<sup>a</sup> Reglamento Hipotecario), y aunque, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para la adquisición de un bien por extranjero casado debería acreditarse el régimen económico en ese momento, a fin de inscribir dicho bien según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el artículo 51.9.<sup>a</sup> a), del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 Reglamento Hipotecario).

No obstante, la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Por ello, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, en un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

A falta de prueba del derecho belga o manifestación por el registrador sobre su conocimiento, ningún obstáculo existe para que —habida cuenta de la solicitud de inscripción parcial expresada en la escritura por la única compradora— la finca adquirida se inscriba, no como presuntivamente ganancial —como presupone el recurrente en su escrito de impugnación— (lo que procedería de ser aplicable el Código civil español), sino con sujeción a su régimen matrimonial, especificando que este es el legal supletorio, de comunidad, vigente en Bélgica (art. 92 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 10-9-2018

(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO.**

Como dispone el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero (modificado por la disposición final duodécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por la disposición final primera de la Ley 29/2015,

de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012». El testamento ha de aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en este último caso no basta con que el notario relacione sucintamente las cláusulas del testamento, sino que ha de expresar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el texto original, con expresa constancia de que no existen cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto.

Debe entenderse que no es necesario aportar nueva instancia relacionando la totalidad de las fincas, pues de la presentada resulta suficientemente la descripción de las dos fincas que le corresponden al solicitante como heredero único de sus padres; y no puede exigirse escritura previa de liquidación de gananciales ya que para exigir documento notarial en este supuesto sería necesario que hubiera más de un interesado llamado a la herencia (cfr. arts. 16 de la Ley Hipotecaria y 79 de su Reglamento).

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, el registrador, al ejercer su competencia de calificación 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, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 10-9-2018

(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 1.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA URBANÍSTICA.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo —fundamento jurídico 5— y 164/2001, de 11 de julio —fundamento jurídico 4—), lo que en el caso de la Comunidad de Cantabria se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa. Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento

de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «*prius*» respecto de su exigencia en sede registral. La norma sustantiva aplicable, en este caso, es el artículo 183.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

Sentado lo anterior, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, preceptos ambos invocados por el registrador en su nota. Ambos preceptos deben ser interpretados y aplicados 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.

Este Centro Directivo, ya con anterioridad a la promulgación de la Ley 8/2013, sostuvo, por ejemplo en su resolución de 23 de enero de 2013, que «en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios». Con posterioridad a dicha resolución, la Ley 8/2013 incluyó una definición legal expresa de lo que ha de entenderse por complejo inmobiliario, en aras que exista un complejo inmobiliario es esencial que se trate de un régimen de organización unitaria de la propiedad, lo que conlleva que junto a los elementos de propiedad privativa y exclusiva existan otros de uso común, ya sean bienes inmuebles, derechos, instalaciones o servicios, cuya titularidad se atribuya por cuotas, que han de tener un carácter instrumental, a quienes en cada momento sean dueños de los elementos privativos. Ha de existir por tanto entre ambos elementos una vinculación «*ob rem*» o si se prefiere expresar en términos más amplios, dado que no siempre se tratará de inmuebles, una subordinación de servicio o utilidad en favor de los elementos privativos que integran el conjunto.

La preocupación que siempre ha subyacido en materia de complejos inmobiliarios es que a través de los mismos se produzcan actos de parcelación de suelo o del derecho objeto de la propiedad y de ahí que la exigencia de licencia se haya insertado en el artículo 26.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, destinado a la regulación del proceso de formación de fincas y parcelas y la relación entre ellas. No se trata de ser solo titular pasivo de los elementos comunes por naturaleza, sino de implementar voluntariamente nuevos servicios y dotaciones para mejorar el uso, funcionalidades y explotación de los elementos privativos, creando una vinculación «*ob rem*» a modo de subcomunidad de destino o funcional, en la que el titular no solo soporta una relación pasiva o estática sino que incluso puede verse sometido a obligaciones sujetas a las relaciones contractuales derivadas del marco regulatorio del complejo inmobiliario y que vinculan a todos sus titulares, presentes y futuros. Este es el plus que exige el artículo 26.6 del Texto Refundido y que excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal.

Si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. Por ello, el artículo 26.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana así

como el artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal exigen en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas.

En el presente caso, 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 a 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 efecto, la configuración jurídica adoptada en modo alguno supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, como ocurriría en el caso de que, por ejemplo, en el patio o en la parte de parcela sin edificar se hubiera delimitado el uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública, mediante la atribución a los elementos privativos de tales parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo. En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal.

Por otra parte, no puede admitirse el argumento sostenido por el registrador consistente en la necesidad de obtener licencia para inscribir la división horizontal por haber sido la obra nueva inscrita por «antigüedad», y, por ende, sin que haya existido control alguno por parte de la autoridad administrativa de su adecuación a la legalidad urbanística a través de la correspondiente licencia.

Resolución de 13-9-2018

(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Bande.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 205 DE LA LH.**

La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual.

De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien esta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas. Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015 la nueva redacción legal exige que se trate de «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». La diferencia esencial

entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea «traslativo», pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad.

No se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205.

En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.

Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

Resolución de 13-9-2018

(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 2.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajus-

tada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 13-9-2018  
(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 2.

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. REQUISITOS FISCALES: CONDICIÓN PARA LA CALIFICACIÓN DEL TÍTULO PRESENTADO.**

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, resoluciones de 30 de enero de 2014 y 15 de diciembre de 2015) debe confirmarse el criterio del registrador al señalar que no habiéndose presentado el documento ni en la oficina liquidadora de la Generalitat de Catalunya ni en el Ayuntamiento procede suspender la inscripción como así se hizo, de conformidad con el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 14-9-2018  
(BOE 2-10-2018)

Registro de la Propiedad de Ontinyent.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.**

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones de 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 y 15 de marzo de 2006, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y que, por consiguiente, es necesario para su

inscripción 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.

Sin embargo, como también puso de relieve la citada resolución de 24 de marzo de 2017, respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto, si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca.

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. Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno. Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno.

Resolución de 14-9-2018

(BOE 3-10-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE QUE LOS TITULARES DE ASIENTOS CUYA CANCELACIÓN SE PRETENDE HAYAN SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: HA DE SER ACORDADO EN UN PROCESO JUDICIAL.**

Con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Respecto de la anotación destinada a reflejar tabularmente el litigio existente sobre las fincas resulta evidente que este Centro Directivo carece de competencia para ello habida cuenta que la posible anotación preventiva relativa a la pendencia de un procedimiento judicial sobre la propiedad de un determinado inmueble, como medida cautelar dentro del procedimiento civil, ha de ser acordada por el tribunal competente que esté conociendo del asunto en la primera o segunda instancia o a través de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación. Tampoco es posible practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado este pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar —ahora sí— la anotación preventiva por defecto subsanable.

Carece este Centro Directivo de la facultad de pronunciarse sobre peticiones de asientos registrales que previamente no hayan sido objeto de una calificación desfavorable por parte del registrador competente, limitado como está el objeto del recurso gubernativo que exclusivamente deberá recaer «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».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él, ni han intervenido de ninguna manera, ya que lo contrario supondría extender sus consecuencias a quien no ha sido parte violando el principio de tutela judicial efectiva y en definitiva el artículo 24 de la Constitución. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). El registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014 que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de derechos y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos que se haya mantenido vigente, no puede determinar su cancelación automática. Es cierto que en el presente caso la sentencia calificada tuvo por objeto declarar la nulidad de una serie de inscripciones registrales. Es decir, son resoluciones judiciales declarativas. A este respecto, conviene recordar que las sentencias declarativas y las constitutivas no requieren de ejecución procesal. Ahora bien, si se tienen en cuenta las particulares circunstancias que concurren en este caso, puede concluirse que la eventual decisión judicial futura de abrir un trámite de ejecución a instancia de parte, podría tener como objetivo evitar la indefensión de la sociedad titular del dominio afectado por la orden de la cancelación, dándole la opción de alegar lo que a su derecho convenga.

La conclusión desestimatoria del recurso interpuesto que se deriva de las consideraciones anteriores no puede verse enervada por las alegaciones de la recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas objeto de la Litis (la sociedad panameña «SCS Inversiones, S.A.») respecto de la sociedad demandada en el procedimiento concluido con la sentencia calificada («Bergantín Real State, S.L.») y la ausencia de buena fe (en el sentido de desconocimiento del pleito) que cabe imputar a aquella. Presupuesto necesario para la aplicación de la señalada doctrina sobre el levantamiento del velo es que medie una decisión judicial en



el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, sin que, como ya se ha dicho, tal intervención judicial pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso gubernativo, que por la ausencia de aplicación del principio contradictorio y por la limitación de medios de prueba y cognición, necesariamente debería pronunciarse sobre hechos eventualmente controvertidos y ajenos a la prueba documental presentada inaudita parte y sin poder garantizar, por tanto, el derecho de defensa (alegando y probando lo que a su derecho convenga) del titular registral con la plenitud que exige el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Resolución de 17-9-2018  
(BOE 5-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Cullera.

#### EXIGENCIA DE CONSTANCIA DEL NIF: ESCRITURA DE HERENCIA.

En el supuesto concreto de este expediente, se ha presentado en el Registro de la Propiedad un título que, efectivamente contiene actos por los que se transmiten derechos reales sobre inmuebles, y en el que, globalmente considerado, se formaliza la adjudicación de bienes como consecuencia de la sucesión de una persona, acto con trascendencia tributaria, debiendo por tanto reflejarse el número de identificación fiscal de todos los que participan en el mismo (cfr. art. 254 LH y la resolución de este Centro Directivo de 15 de octubre de 2015). La concreta adjudicación de un determinado bien de la masa hereditaria a uno u otro heredero no desvirtúa la trascendencia fiscal de dicho acto, ni exime de la exigencia de aportación de los números de identificación fiscal de los comparecientes.

Ahora se hace constar en el escrito de recurso que ha sido obtenido el número de identificación fiscal que restaba. Pero debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 326, párrafo primero, 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.

Resolución de 17-9-2018  
(BOE 5-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

#### HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO. HERENCIA: NECESIDAD DE QUE INTERVENGAN LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Previamente hay que aclarar que la protocolización no implica que no se pueda entrar a calificar el título inscribible desde el punto de vista formal y material. El artículo 100 del Reglamento Hipotecario establece que los documentos judiciales, aunque no en cuanto al fondo de la resolución, son calificables en cuanto a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

En la escritura se recoge que los comparecientes llevan a efecto la liquidación de la disuelta sociedad de gananciales y de la herencia del causante, y su división

y adjudicación. Por tanto no nos encontramos con una acta de protocolización que es el medio formal adecuado a tal fin, sino con una escritura en la que no se realiza en puridad una mera protocolización de lo aprobado judicialmente sino que se verifica una previa liquidación de gananciales y después una adjudicación de herencia conforme el auto citado.

El título calificado no es un acta de protocolización sino una escritura de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de herencia; y a dicha liquidación deben concurrir, por un lado, la viuda y, por otro, todos los herederos del cónyuge fallecido, siendo que conforme se desprende del auto judicial existe otra heredera, hija del causante, la cual no comparece a efectos de liquidación de gananciales.

Es necesaria la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados.

Según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero y el 76 del RH es necesario aportar o testimoniar dicho título sucesorio así como los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Resolución de 17-9-2018

(BOE 5-10-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 7.

#### HIPOTECA: CAUSA DE LA CANCELACIÓN.

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige para cancelar las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o una sentencia firme.

Cuando el titular del derecho real de hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, hay que interpretar que estamos ante una abdicación unilateral de la hipoteca por su titular; ante una renuncia de derechos, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 del Código civil para, por su naturaleza, producir su extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación de la hipoteca conforme a los artículos 2.2.º y 79 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, renunciando el acreedor de forma indubitada al derecho real de hipoteca son intrascendentes, a la hora de su reflejo registral, las vicisitudes del crédito por él garantizadas que se hayan reflejado en la escritura, se haya extinguido o subsista, sea con unas nuevas garantías o tan solo con la responsabilidad personal del deudor; pues todo ello queda limitado al ámbito obligacional de las relaciones «*inter partes*».

Resolución de 18-9-2018

(BOE 5-10-2018)

Registro de la Propiedad de Tías.

#### REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los

órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas (*vid.*, resolución de 12 de abril de 1996, citada expresamente por la resolución de 12 de abril de 2002). Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto.

El no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (cfr. arts. 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

La inscripción del nombramiento o poder en el Registro Mercantil no es precisa para la válida existencia del nombramiento o poder, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe (cfr. arts. 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil). La falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada, puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado general por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente y vigente en el momento del nombramiento (*vid.*, resolución de esta Dirección General de 4 de junio de 1998). La escritura debe contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de Administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral.

Resolución de 18-9-2018

(BOE 5-10-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### **OBRA NUEVA: ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE COMO SUSTITUTIVO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.**

Para comenzar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución española, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa. En segundo lugar, es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4). Sin embargo, la asunción por la comunidad autónoma de competencias exclusivas en materia de urbanismo

no autoriza a desconocer las que asisten al Estado en virtud del artículo 149.1 de la Constitución española. La reciente sentencia número 143/2017 del TC ha confirmado que la competencia estatal para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas justifica que se prevea en la legislación estatal algún tipo de intervención administrativa en relación con los usos edificatorios.

En el ámbito de la normativa estatal sustantiva, que estudian tanto la registradora que califica como la sustituta, por considerarla directamente aplicable, si bien por remisión de la norma autonómica, debe atenderse a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que responde a la finalidad positiva de adoptar unos fines y orientaciones generales en el plano de la reactivación económica, estableciendo un mínimo común denominador para todo el Estado que garantice a las empresas un marco de seguridad jurídica y de unidad normativa en todo el territorio. Más en concreto, el artículo 2 de la Ley 12/2012: «1. Las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios previstos en el anexo de esta Ley, realizados a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados (umbral de superficie modificado en dos ocasiones)». Permitiendo la ampliación por parte de las comunidades autónomas del umbral de superficie, del catálogo de actividades y otros supuestos de inexigibilidad de licencias, así como establecer regulaciones sobre estas mismas actividades con menor intervención administrativa —cfr. disposición final décima—.

La normativa madrileña parte de la normativa estatal para introducir un régimen particular de intervención administrativa en las actividades de comercio minorista y de determinados servicios, caracterizado por su flexibilidad, utilizando para ello títulos administrativos habilitantes ya contemplados en la normativa básica administrativa, en particular, la declaración responsable —artículos 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local—. La novedad estriba en la aplicación de tal figura no solo en la habilitación de usos y actividades, sino en el propio acto de edificación cuando su destino sean las actividades mencionadas.

Partiendo de la aplicación al presente supuesto de la ley autonómica, la Ley 2/2012, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, procede analizar la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la ciudad de Madrid cuya aplicabilidad se cuestiona en la nota de calificación. Conforme a la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la ciudad de Madrid aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, el día 28 de febrero de 2014, puede distinguirse entre la licencia de la edificación y las licencias para acomodar el edificio a las actividades económicas que se realizan en él, siendo solo estas últimas las que pueden ser sustituidas por declaración responsable.

En el presente caso, se declara una obra nueva terminada sobre finca descrita como parcela urbana con uso característico comercial. Se describe la obra terminada como edificio destinado a comercio alimentario en tres plantas, sótano, acceso y primera, la superficie construida total es de 4.123,28 metros cuadrados. De las anteriores circunstancias resulta que la obra va a destinarse a una actividad comercial minorista que queda incluida, en principio, en el ámbito de aplicación de la Ley y la Ordenanza municipal en los términos que define el artículo 14.2.a) de la Ordenanza, en relación al artículo 2.1 de la Ley autonómica.

Resulta obligado proceder a la interpretación de los preceptos estatales que regulan los requisitos de inscripción de declaraciones obra nueva, en particular el artículo 28 de la vigente Ley de Suelo estatal, en relación con la normativa de aplicación. Este precepto exige la acreditación de un acto administrativo de conformidad, aprobación o autorización, lo que no puede equipararse a la mera declaración responsable, que carece de naturaleza de acto administrativo y difiere el control de la Administración a un momento posterior, sujeta a eventual declaración administrativa de ineficacia, sin que ello implique valorar la eficacia y ejecutividad inmediata que dicho título tenga reconocido en la realidad extraregistrada por la normativa aplicable, particularmente, respecto a la ejecución de obras destinadas a la implantación de actividades económicas. Por el contrario, tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, se exige, además, «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna».

Es decir, se parte de la diferencia entre: el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación, y no admite declaración responsable; y, las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación ya finalizada reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, que sí permite su sustitución por la declaración responsable.

Resolución de 19-9-2018

(BOE 9-10-2018)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.**

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicable las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado a la sociedad mercantil que, no siendo deudora del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudora, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse el procedimiento, pero antes de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión

procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Diferente tratamiento ha de darse a un caso como el que ahora se analiza, en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se ha producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral (en concreto, seis días después) y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal. Pero en el presente caso, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado varios años antes de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resolución de 19-9-2018

(BOE 9-10-2018)

Registro de la Propiedad de Fregenal de la Sierra.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DEL 5% EN MATERIA DE COSTAS SEGÚN EL ARTÍCULO 575 BIS LEC.**

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia del cumplimiento forzoso de una resolución judicial, solo puede llevarse a cabo por los trámites del procedimiento de apremio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está, en los casos de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor, la de que las costas exigibles al mismo no superen el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva, según establece con carácter imperativo el artículo 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, debiendo el registrador rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

La letra del artículo 241 LEC basta para resolver que los gastos correspondientes a la publicación de un edicto en el «Boletín Oficial del Estado» tienen el carácter de costas procesales, y han de computarse a los efectos de la aplicación del límite del 5% a que alude el artículo 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe por tanto confirmarse la calificación de la registradora respecto a este extremo.

La regla general para determinar qué conceptos integran las costas procesales correspondientes a los honorarios de abogado y procurador la recoge el primer

inciso del artículo 243.2, párrafo cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y cuando la ley quiere establecer una excepción, la cita clara y expresamente en el segundo inciso. El mencionado párrafo cuarto del artículo 243.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue introducido por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Antes nada se expresaba respecto del IVA de los honorarios de los abogados y procuradores. Cuando se aprueba la Ley 42/2015 ya tenía el artículo 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil la redacción actual, con lo que el legislador bien pudo haber contemplado en el inciso segundo del párrafo cuarto del artículo 243.2 una segunda excepción relativa al caso del artículo 575.1 bis. Si no lo hizo, hay que entender que prefirió que se mantuviera la regla general, y que se incluyera el importe del IVA de los honorarios de abogado y procurador para calcular el límite del 5% a que alude el artículo 575.1 bis.

Resolución de 19-9-2018

(BOE 9-10-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD TRAS LA SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2017.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.a del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultados del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso

judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Resolución de 20-9-2018

(BOE 9-10-2018)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2.

**CONCURSO DE ACREEDORES: VENTA DE BIENES EN FASE DE LIQUIDACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA.**

Cuando, realizada la enajenación durante la fase de liquidación, se presenta el correspondiente título a inscripción en el Registro de la Propiedad en el que esté inscrito el bien o el derecho enajenado, se plantean dudas sobre si el registrador debe o no calificar la congruencia de ese título con las reglas de enajenación contenidas en el plan o con las reglas legales supletorias. A pesar de la importancia de esta cuestión, nada previene sobre ella la Ley Concursal. Pero ese silencio no impide una respuesta afirmativa.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos existe un problema de conocimiento del plan por el registrador. La Ley Concursal no prevé que el plan de liquidación se deposite o se inscriba en el Registro Civil o en el Registro Mercantil, según el carácter civil o mercantil del deudor (art. 24, apartados 1 y 2) ni tampoco en los Registros de Bienes en que figuren inscritos bienes o derechos de la masa activa. Cuando el auto aprobatorio del plan lo reproduzca íntegramente, el registrador podrá conocer ese plan si el auto se hubiera protocolizado como anejo en la escritura de compraventa del bien o del derecho. En los demás casos, será necesario aportar el correspondiente testimonio: la calificación del título presentado a inscripción exige que el registrador tenga a la vista el plan aprobado, sea el originariamente presentado por la administración concursal, sea el modificado por el juez. Por ello, habida cuenta de los términos de la escritura calificada no puede comprobarse si la cesión de créditos documentada se ha realizado conforme a las referidas reglas contenidas en el plan de liquidación aprobado por el juez.

El segundo de los defectos impugnados, relativo a la determinación del precio de la cesión de los créditos, no puede ser confirmado. Según consta claramente en la escritura el precio convenido está constituido por una cantidad fija —2.640 euros—, a la que se añade un porcentaje —70%— del valor que cobrado de los créditos que se cobren. De este modo, el precio es cierto por referencia a otra cantidad que aun cuando no es determinado, sí que es determinable objetivamente sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes (*vid.*, arts. 1273 y 1447 CC).

El registrador, al ejercer su competencia de calificación 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, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.



Resolución de 21-9-2018

(BOE 9-10-2018)

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1.

#### HIPOTECA: EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO RESPECTO DE LAS CARGAS POSTERIORES.

Conforme al 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.

En cuanto al fondo del recurso, en esencia es objeto de este expediente decidir si procede o no la práctica de las cancelaciones acordadas en virtud de un mandamiento judicial respecto de las cargas posteriores a una hipoteca que fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria que concluyó en virtud de una transacción entre ejecutante y ejecutado, transacción homologada judicialmente antes de haber tenido lugar la correspondiente subasta, y sin que ni en el acuerdo de transacción ni en el auto de homologación se haga alusión alguna a la citada cancelación. Mandamiento que se expide en base a una diligencia de ordenación librada seis años después de que el juez ordenase, como consecuencia de la transacción, el archivo de las actuaciones.

La homologación judicial no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada. Son las partes las que, mediante la prestación de su consentimiento y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el ordenamiento, declaran, constituyen, modifican o extinguen una relación jurídica preexistente que hace innecesaria la existencia del proceso que queda así sin objeto». Esta naturaleza contractual de la transacción, aún homologada judicialmente, ha de ser tenida en cuenta por el registrador para enmarcar su calificación en las normas que rigen el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos de mutación jurídico-real correspondientes a dicha naturaleza jurídica, tanto desde el punto de vista formal (*vid.*, por todas, la resolución de 6 de junio de 2018) como material.

Si bien no pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos, pueden aplicarse a la dación en pago en vía de principios, con carácter general y sin perjuicio de ciertas excepciones como la certeza del precio, las normas propias de la compraventa. En este sentido, dada la necesidad de la existencia de un crédito líquido, vencido y exigible cuya extinción opere como contraprestación, causalizando el desplazamiento patrimonial a favor del acreedor, se entiende que la dación en pago pueda actuar como una vía alternativa voluntaria y extrajudicial a la ejecución forzosa de un crédito, en cuanto en ambos casos concurre una idéntica función o finalidad solutoria del crédito.

Como explica la registradora en su preceptivo informe, la presentación en el Registro de la Propiedad de la documentación relativa a la transacción homologada judicialmente, y concretada en una dación en pago del préstamo hipotecario, dio lugar no solo a la inscripción de la finca («*rectius*»: la nuda propiedad de la tercera parte indivisa de la finca) a favor del acreedor hipotecario, sino también a la cancelación por consolidación de la hipoteca.

La necesidad de dotar de protección a los citados terceros (en concreto, por lo que se refiere a este expediente, a los terceros titulares de cargas y derechos posteriores a la hipoteca que da lugar, primero, al procedimiento de ejecución y después, en su sustitución, a la dación en pago) se percibe claramente cuando se observan las prevenciones de nuestro Ordenamiento jurídico en relación con otra de las modalidades de realización extrajudicial de la finca hipotecada, en concreto en el caso de la venta notarial.

Es importante subrayar que en sede de ejercicio extrajudicial de hipoteca la salvaguarda de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue no solo con la oportuna notificación de la existencia del procedimiento (que aquí no se discute), sino también reconociéndoles expresamente la posibilidad de ejercitar, si lo estiman conveniente, los derechos de intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca, derechos que el ordenamiento les reconoce explícitamente, tanto en el citado caso de la venta notarial, como en el caso de la ejecución judicial.

Por todo ello no cabe acoger favorablemente la pretensión impugnativa del recurrente, pues la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que garantiza el préstamo saldado mediante la dación en pago de la finca hipotecada no encuentra amparo en nuestro vigente Derecho positivo, ni resulta compatible, en ausencia de la conformidad de sus titulares —o de trámites equivalentes a los previstos legalmente para la salvaguarda de tales derechos en el caso de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de la finca hipotecada—, con el principio de tutela judicial efectiva del derecho de los titulares de tales cargas.

Resolución de 21-9-2018

(BOE 10-10-2018)

Registro de la Propiedad de Elda, número1.

#### **OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.**

Desde el punto de vista, estrictamente registral, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, introdujo en el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria, relativo a la inscripción de edificaciones, la exigencia de 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». Y en consonancia con ello, el nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria establece que «la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) (...) tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible». Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Tal novedosa función registral de archivo y publicidad de un contenido ajeno a la situación jurídico real del inmueble, que toma ahora sólido apoyo en la actual normativa hipotecaria, no puede ser desligada de un modo absoluto del ámbito material en el que se enmarca, la protección de los derechos de consumidores y usuarios, en este caso, usuarios de los inmuebles. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de su formalización y depósito.

Según la normativa autonómica aplicable (art. 14 del Decreto 25/2011, de 18 de marzo, del Consell), no solo no resulta norma alguna que exima del depósito previo en el Registro del libro del edificio para los supuestos de autopromoción, sino que la exigencia de tal depósito concuerda con las obligaciones del propietario previstas en la misma norma autonómica de tenerlo a disposición de los usuarios que tengan interés en consultarlo, así como de las Administraciones Públicas o autoridades competentes, dado que si para su formalización hay equiparación entre el autopromotor y el promotor para terceros, es lógico que esa equiparación deba también entenderse para el depósito en el Registro.

Resolución de 24-9-2018  
(BOE 16-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Salou.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado a la sociedad mercantil que, no siendo deudora del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudora, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición después de iniciarse el procedimiento, pero antes de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Diferente tratamiento ha de darse a un caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se ha producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral (en concreto, seis días después) y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal. Pero en el presente caso, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado el día 8 de septiembre de 2010 y la

demanda, según diligencia de ordenación aclaratoria, se presentó el día 21 de septiembre de 2010.

No cabe, por tanto, en el seno del procedimiento registral apreciar si procede o no aplicar la doctrina del levantamiento del velo y, por ende, considerar adecuadamente llamada al procedimiento de ejecución hipotecaria a la sociedad titular registral por el simple hecho de que su administrador sea al mismo tiempo el de la sociedad demandada.

Resolución de 26-9-2018

(BOE 16-10-2018)

Registro de la Propiedad de Torrox.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD TRAS LA SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2017.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultados del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Resolución de 26-9-2018

(BOE 16-10-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES A UNA INSCRIPCIÓN QUE SE DECLARA NULA POR SENTENCIA JUDICIAL.**

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria).

Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014 que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de derechos y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos que se haya mantenido vigente, no puede determinar su cancelación automática. Para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se hubiera practicado la anotación preventivamente de la demanda o la practicada no estuviera vigente— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento. En el caso de que el procedimiento se haya entendido exclusivamente contra el adquirente cuya titularidad se anula, la sentencia solo producirá efectos contra este de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento (art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Ahora bien, si se tienen en cuenta las particulares circunstancias que concurren en este caso, puede concluirse que la decisión judicial de notificar la referida sentencia tuvo como objetivo evitar la indefensión del titular de la hipoteca afectada por la orden de cancelación, dándole la opción de alegar lo que a su derecho convenga, sin que el mismo haya hecho uso de tal posibilidad procesal. Es precisamente a la vista de esta circunstancia cuando la letrada de la Administración de Justicia expide el mandamiento que ha dado pie a la calificación impugnada. Consecuentemente, procede estimar el recurso y admitir la cancelación de la hipoteca que ordena el mandamiento calificado, en tanto aparezca inscrita a nombre de dicha entidad.

Resolución de 27-9-2018

(BOE 16-10-2018)

Registro de la Propiedad de Ávila, número 1.

**RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: SENTENCIA DICTADA EN PROCEDIMIENTO DECLARATIVO. SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.**

En el supuesto de este expediente existe una disminución de superficie, cuyo tratamiento, como ha reiterado este Centro Directivo, ha de ser idéntico al de los excesos (cfr. resoluciones 22 de febrero y 16 de junio de 2003, 3 de enero de 2006, 30 de enero de 2015 o 7 de noviembre de 2017), más aún, cuando, tras la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, la ley solo se refiere a rectificaciones descriptivas. También se ha admitido reiteradamente por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria y singularmente en procedimiento judicial declarativo. En el supuesto de este expediente, se da la circunstancia de que el procedimiento ordinario se inicia en el año 2008 y por tanto antes de la nueva redacción de la Ley Hipotecaria, no pudiendo mantenerse la calificación del registrador en lo que se refiere a la improcedencia del procedimiento seguido por el interesado.

Una vez en vigor la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la nueva regulación de los supuestos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física extrarregistral tiene siempre presente la necesidad de incluir la representación gráfica de la finca cuando se trata de inmatriculación de fincas o de rectificaciones descriptivas que suponen diferencias de superficie superiores al 10% de la cabida inscrita. En cuanto al procedimiento para la inscripción de esta representación gráfica, habida cuenta que las notificaciones a los posibles colindantes afectados deberán haberse realizado en el curso de la tramitación del procedimiento judicial bastará, como señala el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, la notificación por el registrador del hecho de haberse practicado la inscripción a los colindantes inscritos.

El registrador puede obtener datos necesarios para la inscripción en tanto los mismos resultan de organismos oficiales a los que aquel puede acceder directamente, no solo para lograr mayor acierto en la calificación, sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral (cfr. resoluciones de 9 de abril y 17 de julio de 2015 y 3 de octubre de 2016). En el presente caso, la consulta a la Sede Electrónica del Catastro permite verificar que es correcta la letra «R», ya que la misma serie alfanumérica incluyendo la letra «K» no corresponde a ningún inmueble, además de apreciarse correspondencia en la descripción de la finca, y todo ello siendo conforme al fundamento jurídico quinto, letra B, del propio título presentado, resultando, por tanto, un mero error material en la transcripción de la letra en cuestión al expresar la referencia catastral en la parte dispositiva.

En los casos de sentencias dictadas en rebeldía del demandado, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, «Vistos»), solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria, circunstancia que no resulta de la documentación presentada.

Resolución de 27-9-2018

(BOE 16-10-2018)

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía.

#### **BASES GRÁFICA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

En cuanto al procedimiento y conjunto de trámites a través del cual haya de producirse la calificación registral y en su caso la eventual inscripción de la representación georreferenciada, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa. No obstante, téngase en cuenta que la principal finalidad del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Como ya se indicó en las resoluciones de 14 de noviembre de 2016 y 21 de mayo de 2018, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Siguiendo la doctrina de esta Dirección General (cfr. «Vistos»), no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. En el caso que nos ocupa, la descripción incorrecta de la servidumbre en el título por haberse omitido una modificación de la misma no es defecto que impida la inscripción de la representación gráfica de la finca, dado que lo relevante, tal y como se ha dicho, para preservar los derechos de los titulares de la finca beneficiada con la servidumbre será que tal descripción se haya documentado adecuadamente y se inscriba en el Registro, faltando en este caso tal inscripción registral del título modificativo de la servidumbre.

Resolución de 28-9-2018

(BOE 16-10-2018)

Registro de la Propiedad de Lucena del Cid.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.**

Cabe plantearse la cuestión de si, cuando la Ley exige que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público», ese

complemento circunstancial «mediante título público» se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir. Es decir, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205.

Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios. Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

En el supuesto de este expediente, no se han formulado objeciones derivadas del plazo ni de la forma documental, sino que se señala que opera el «ius transmissionis» del artículo 1006 del Código civil y por lo tanto no se estima la existencia de dos transmisiones sino de una sola, de manera que se suspende la inmatriculación de las fincas inventariadas ya que pudiera entenderse que se trata de un documento instrumental creado artificialmente. Ciertamente que entre el fallecimiento de los padres de la causante —años 1974 y 1989— y el de la causante misma —2016— han mediado más de 25 años, mucho tiempo para que los actos de administración o conservación de la herencia no lo sean sino con la cualidad de heredero; se han liquidado los impuestos, y aunque esto no constituya una aceptación de la herencia, las fincas están catastradas a nombre de la causante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 16 de junio de 2016, ha considerado como actos de aceptación tácita de una herencia los de la inscripción catastral a nombre de llamado como heredero. Así pues, con los datos aportados y que resultan de los otorgamientos, no hay duda de que la herencia de los padres de la causante fue aceptada tácitamente por esta en vida. En consecuencia, y cumpliéndose los requisitos exigidos por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, procede la inmatriculación.

Resolución de 28-9-2018  
(BOE 16-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Álora.

#### **HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS NO HEREDEROS DEL TRANSMITENTE.**

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes



el transmitente, debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a su aceptación en la condición de heredero o su repudiación. En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la sentencia de 11 de septiembre, al señalar que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del «*ius delationis*» en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el «*ius delationis*». No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Por ello, resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en las citadas resoluciones de 22 de enero y 25 de abril de 2018, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «*ius delationis*» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primero de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dicha resolución, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente —o por la ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas. Por todo ello, concluyó este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención de la legitimaria descendiente del transmitente. En consecuencia, en aras de esa protección del legitimario, debe requerirse su intervención en la partición de la herencia del primer causante.

Resolución de 3-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros.

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SIN INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.**

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajus-

tada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). Este principio deriva, a su vez, de la legitimación registral.

Resolución de 3-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Marchena.

#### **DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO, REQUISITOS Y EFECTOS.**

En efecto, el nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria, señala que el expediente para la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación se iniciará o bien de oficio por el registrador, o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes. El primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación.

En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

Ello no puede entenderse en el sentido de que el registrador tenga la obligación, no de comprobar la existencia de la doble o múltiple inmatriculación, a través de las investigaciones pertinentes practicadas en los libros del Registro, en la aplicación informática para el tratamiento registral de bases gráficas o en la cartografía catastral, sino de descubrir la existencia del supuesto patológico en que consiste la doble inmatriculación en virtud de la mera denuncia de tal circunstancia por parte del promotor del expediente, sin que exista una previa identificación de la finca, fincas o partes de ellas que se encuentren doblemente inscritas o al menos el titular afectado, que permita la identificación de tal finca.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de auto-

nomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

No obstante la dicción legal, cabría, por razones de economía registral (piénsese en que la finca cuyo historial registral sea más reciente haya sido objeto de división material u horizontal, constitución de derechos reales de garantía, etc.), cancelar el historial más antiguo, pero debiendo mediar siempre el acuerdo de los titulares de ambos de modo expreso, por aplicación de las exigencias que para la rectificación de los asientos registrales se recoge en los artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria.

Si bien, como afirma la notaria recurrente en el escrito de interposición, no se ha solicitado la rectificación de la cabida de la finca ni, en consecuencia, la tramitación de los expedientes regulados en la legislación hipotecaria para lograr la rectificación de descripción, del acta resulta evidente una disminución de la medida superficial de la finca con el objeto de concretar la porción teórica que correspondería a la requirente, como consecuencia de la adjudicación llevada a cabo en la operación de extinción de condominio que no tuvo acceso al Registro, no procediendo, por los motivos señalados, accederse a lo solicitado, por ser una consecuencia directa de los asientos registrales a practicar en el supuesto de haberse culminado con éxito el procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos.

Resolución de 3-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 5.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTOS SUBSANABLES: NO PROCEDE PENDIENTE EL RECURSO GUBERNATIVO. CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: EFECTOS. CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.**

No procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado este pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar —ahora sí— la anotación preventiva por defecto subsanable.

El registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. También se extiende la obligación de calificar a la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido, y los obstáculos que surjan del Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado.

Es claro que el convenio regulador aprobado por la correspondiente sentencia de divorcio o separación tendrá el carácter de título ejecutivo, en los términos que resultan del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, si alguna de las partes firmantes del convenio incumple su contenido, podrá la otra

solicitar la ejecución forzosa del acuerdo por los trámites que establece el Libro III de la de dicha Ley rrituaria. El hecho de que se deba reconocer al convenio regulador aprobado judicialmente el carácter de título ejecutivo, no puede alterar los requisitos que se exigen para el ejercicio de una acción resolutoria.

En el presente expediente ha de seguirse el mismo criterio que ya sostuvo este Centro Directivo en la resolución de 7 de mayo de 2012 para un caso similar. Dado que no se puede afirmar que estemos en presencia de un proceso de ejecución de una sentencia firme de condena, ni ante una resolución judicial que apruebe u homologue transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso declarativo, que contengan una condena, sino que el contenido del convenio regulador que se pretende ejecutar es una adjudicación de un bien que pertenecía pro indiviso a los cónyuges, con asunción por el adjudicatario de ciertas obligaciones garantizadas con condición resolutoria, que no tiene aptitud de ser susceptible de ejecución, sino que precisa, con carácter previo, una sentencia constitutiva, que así lo acuerde y que, ahora sí, podría ser objeto de inscripción registral, sin que este procedimiento judicial pueda ser sustituido por un proceso de ejecución de títulos judiciales por el que se declara emitida la declaración de voluntad, toda vez que lo que falta es precisamente el previo título judicial en que se declare incumplidas las obligaciones de don J. F. P. y, por tanto, cumplida la condición resolutoria pactada.

Resolución de 4-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Lucena del Cid.

**CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: ALCANCE. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.**

La calificación sustitutoria no puede ser entendida por la registradora sustituta como un mero trámite que quepa despachar, sin más, confirmando la calificación inicial, ya que en ese supuesto se estaría produciendo un resultado contrario al pretendido por la norma. Esta calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido, por cuanto no cabe la «*reformatio in peius*».

Respecto de la cuestión sustantiva planteada debe recordarse que en los supuestos de inmatriculación de fincas al amparo del 205 de la Ley Hipotecaria la calificación registral se extiende tanto al título previo como al traslativo en los términos previstos por el artículo 18 de la misma ley.

En lo relativo a la calificación de los registradores de la propiedad respecto de los extremos objeto de debate en este recurso: A) La obligación de comprobar si las escrituras públicas a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado expresan la identificación de los medios de pago empleados por las partes; B) El cierre del Registro respecto de esas escrituras públicas en las que consistiendo el precio en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, el fedatario público hubiere hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria,

el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial determina que «(...) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria».

Por lo que se refiere a la concreta calificación registral impugnada, tiene esta por objeto una escritura, otorgada el día 1 de febrero de 2008. Por ello, es indudable que a este acto debe aplicarse la normativa vigente respecto de la identificación de los medios de pago empleados.

Resolución de 4-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Jávea.

#### EXPEDIENTE DE RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE DEL ARTÍCULO 201 LH: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.

A fin de delimitar el objeto del presente recurso es preciso aclarar previamente que el título que fue objeto de la calificación registral ahora impugnada fue el «acta de expediente de jurisdicción voluntaria de rectificación de superficie de finca inscrita» autorizada por el notario don Juan Luis Millet Sancho con fecha 1 de septiembre de 2017, tramitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, y cuya diligencia de cierre es la que queda transcrita más arriba.

Tanto en el marco regulatorio general de los diferentes procedimientos registrales de concordancia entre el Registro y la realidad, como en el marco sectorial de las leyes especiales relativas a las diferentes categorías de bienes demaniales, se dispensa una especial protección registral del dominio público, y tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016 o las más recientes de 4 de septiembre y 10 de octubre de 2017, esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Consecuentemente con todo ello, la propia Ley 13/2015, además, trata de proporcionar a los registradores los medios técnicos auxiliares que les permitan conocer la ubicación y delimitación del dominio público, incluso no inmatriculado.

En este sentido el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, regulador del expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral, se remite, como se ha dicho, en cuanto a las reglas de su tramitación, a salvo las concretas especialidades previstas por el propio artículo, a lo dispuesto en el artículo 203 de la misma Ley, lo que obliga a examinar las prevenciones establecidas por esta última norma receptora de la citada remisión en cuanto a la protección de los derechos e intereses de la Administración titular de los posibles bienes de dominio público afectados por el expediente.

Repárese en que este precepto resulta igualmente aplicable a la pretensión de inscripciones de rectificación de superficie (en este caso exceso o ampliación

de cabida) a través del expediente del artículo 201 de la Ley Hipotecaria por la remisión contenida en este artículo al 203 de la misma ley. La norma concuerda igualmente con la regulación sectorial sobre inmatriculaciones o inscripciones de excesos de cabida de fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, en particular con el artículo 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones de 23 de agosto de 2016 y 27 de junio de 2017) el eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección. De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales.

Llegados a este punto, cabe plantear cuál debe ser el proceder del registrador en los casos en los que las citadas aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección. Por ello, las resoluciones de este Centro Directivo de 23 de agosto y 14 de septiembre de 2016 señalaron que la única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección, así como la determinación de si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración.

En el presente caso, el dato de que la finca invade el dominio público marítimo-terrestre, en cuanto a la mayor cabida que se pretende inscribir, resultaba afirmado explícitamente en el informe del Servicio Provincial de Costas de Alicante de 3 de noviembre de 2017 aportado al expediente notarial de rectificación del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, objeto de la calificación recurrida.

Se trata, por tanto, de una oposición clara y frontal a la pretensión de inscribir el exceso de cabida pretendido en base a lo que considera una invasión del dominio público marítimo-terrestre, sin que en ningún caso quepa hablar en este supuesto de un eventual error meramente material de la inscripción, como pretende el recurrente, dado que lo que existe es una discrepancia jurídica de fondo. En consecuencia, la aplicación de los preceptos antes citados de la legislación de costas lleva necesariamente a la denegación de la inscripción solicitada. A igual resultado conduce la aplicación de la normativa general rectora de los citados expedientes de rectificación de descripción, superficie o linderos del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, normativa que, como se ha indicado «*supra*» concuerda con la citada normativa sectorial.

En los expedientes de rectificación del artículo 201 de la Ley Hipotecaria pues, como se ha señalado, si bien uno de los principios rectores de la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria es que la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará necesariamente contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto (*vid.*, art. 17.3 de la Ley 15/2015), ello exige que la norma aplicable al concreto expediente de que se trate no prevea lo contrario. Siendo así que tal previsión legal contraria a la continuación del procedimiento se contiene expresamente en el artículo 203, regla sexta, de la Ley Hipotecaria, aplicable a los expedientes de rectificación

de la superficie registral de la finca del artículo 201, por remisión expresa de su párrafo primero.

Todo lo cual conduce necesaria y rectamente a la desestimación del recurso. Las razones que de contrario opone el recurrente en su escrito impugnativo carecen de virtualidad para invalidar la anterior conclusión. En cuanto a la invocación de los principios registrales de legitimación y de fe pública registral, hay que recordar que nuestro Tribunal Supremo en sentencias de la Sala Primera de 26 de abril de 1986, 1 de julio de 1999 y 22 de junio de 2009, excluye el juego del principio de legitimación en relación con el dominio público, pues el carácter de limitación legal que el carácter inalienable del demanio supone, hace oponible dicha limitación al titular registral.

Tampoco puede acogerse favorablemente el argumento del recurrente basado en una supuesta posición inatacable amparada en la fuerza protectora del artículo 34 de la Ley Hipotecaria derivada de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad, pues, sin perjuicio de lo ya dicho sobre el carácter inalienable del dominio público, en el presente caso, además, no se satisfacen los requisitos establecidos en dicha norma para desplegar sus efectos.

Tampoco puede acogerse la posición impugnativa del recurrente en cuanto al argumento relativo a que la Administración costera ya manifestó su consentimiento a la rectificación de la superficie inscrita al haber suscrito el plano que se acompañó a la Orden Ministerial de 1981 causante de la inscripción 2.<sup>a</sup>, del que resultaría la mayor cabida que ahora se pretende inscribir, pues con independencia de los efectos e interpretación jurídica que a dicha intervención administrativa se puedan anudar en un procedimiento judicial contencioso con plenitud de cognición y de prueba en que pueda ventilarse tal controversia (la Ley Hipotecaria reenvía al declarativo ordinario, como se ha dicho), lo cierto es que en los limitados márgenes en que se desenvuelve este expediente del recurso y el expediente de rectificación de superficie registrada del que aquel trae causa, dicha controversia no puede ser sustanciada al exceder del ámbito que prevé la Ley.

Resolución de 5-10-2018

(BOE 23-10-2018)

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

**HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA PRESCINDIENDO DEL CONTADOR-PARTIDOR TESTAMENTARIO. HERENCIA DE UN HOLANDÉS: NORMAS APLICABLES RESPECTO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES.**

La cuestión es si se puede prescindir de la intervención del albacea contador-partidor en la partición del presente supuesto. La cuestión de si se puede prescindir del contador-partidor en la partición de la herencia se ha debatido doctrinalmente con ciertas divergencias entre quienes lo han admitido solo cuando el testador lo haya previsto expresamente y quienes han sostenido que los herederos podrán prescindir del contador-partidor, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente. Hasta el año 1992, se sostuvo la opinión contraria por parte del Tribunal Supremo. Posteriormente, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992, el Alto Tribunal ha admitido que, a menos que el testador lo haya prohibido expresamente en el testamento, los herederos mayores de edad que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime, pueden prescindir de la

intervención del contador partidor y efectuar por sí solos la partición del modo que tengan por conveniente.

Por ello, debe concluirse que, solo si del testamento resulta que fue voluntad del testador nombrar contadores partidores para que intervinieran también en caso de que hubiera interesados en la herencia menores legalmente representados, puede entenderse que la intervención de aquellos es imprescindible, algo que no ocurre en el presente caso.

En cuanto al defecto relativo a la necesidad de aprobación judicial para admitir la inexistencia o la anulación de la causa de desheredación, fundamenta su criterio la registradora en que la anulación de la cláusula testamentaria del desheredamiento no puede ser interpretada, ni por los herederos, ni tan siquiera por el albacea contador-partidor y, de modo que esa anulación de la causa de desheredación por los desheredados pasa por la vía judicial correspondiente. Este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias pero referida a la existencia de preterición, en la resolución de 2 de agosto de 2018. El criterio de este Centro Directivo en la citada resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa.

Planteadas así las cosas y en una situación de herederos que tuviesen todos la libre administración y disposición de sus bienes, no debiera haber objeción para una partición así realizada y no sería precisa la aprobación judicial de la misma, pero en el concreto supuesto de este expediente, de nuevo concurre la circunstancia de que tres de los herederos, que son menores, están representados por sus progenitores entre los cuales están los desheredados por lo que se plantea si existe o no colisión de intereses. Pues bien, en este caso dicha oposición no existe pues, como resulta de la escritura y se alega en el escrito de interposición, los dos progenitores de los menores otorgan el poder para realizar la partición, uno como legitimario e interesado en la partición, que no se opone dado que otorga el poder con su cónyuge para otorgar la escritura en España, y el otro en su concepto de representante legal.

En cuanto al estatuto personal de los menores, coinciden notaria y registradora en el estatuto personal de los menores interesados en la partición: la patria potestad, la propiedad de los bienes de los hijos y su administración y disposición, está sujeta (*vid.*, art. 9.1 CC) a la ley personal, esto es la Ley holandesa, que la notaria autorizante conoce y recoge en la escritura: «Los representantes legales necesitan autorización del juez de primera instancia (*kantonrechter*) para llevar a cabo actuaciones de disposiciones de bienes de un menor, salvo en los casos que se trate de actuaciones de mera administración (art 1:253 k en relación con el artículo 345 del Código civil holandés)». Sostiene la registradora que dadas las circunstancias del caso concreto, anulando la desheredación y partiendo de forma distinta a la señalada en el testamento, el acto no puede ser considerado como de mera partición, sino que evidencia una esencia dispositiva.

En primer lugar, en cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, sentado anteriormente que a la ley personal y capacidad del menor se aplica el Derecho holandés (art. 9.1 CC), y que a la sucesión se aplica la que ha elegido el causante por ejercicio de la «*professio iuris*» o en su caso el de su residencia al tiempo de fallecimiento (art. 21 del Reglamento número 650/2012 que a continuación se indica), en consecuencia el derecho español, queda por determinar la ley aplicable a la forma de la aceptación a beneficio de inventario, para lo cual hay que acudir al Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012. En consecuencia, siendo que se han cumplido



los requisitos exigidos por el Reglamento Sucesorio Europeo y por la legislación holandesa, nada más se puede exigir para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

En cuanto a la partición, como resulta de los artículos 21, 22 y 28 del Reglamento Sucesorio Europeo, la ley aplicable es la española, tanto por ser la ley aplicable a la sucesión como por ser la del lugar de otorgamiento de la partición. En consecuencia, deben entenderse correctamente representados los menores en la partición siempre que la representación legal haya sido ostentada por aquel de los padres con el que no exista conflicto de intereses. Esta doctrina aplicable coincide además con la norma holandesa. En el presente caso no existe ninguna enajenación, renuncia, transacción o allanamiento.

Resolución de 8-10-2018  
(BOE 30-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Zafra.

#### PRINCIPIO DE ROGACIÓN: POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Como ha recordado recientemente este Centro Directivo en resolución de 11 de abril de 2018, la exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial (cfr. art. 19 bis de la Ley Hipotecaria) tiene como presupuesto que el pacto, estipulación o hecho rechazado afecten a la esencialidad del contrato (resolución de 13 de marzo de 2014), por lo que, dado que la presentación de un documento en el Registro implica la petición de práctica de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse (resoluciones de 19 de junio de 2007 entre otras), no es necesaria dicha solicitud expresa cuando el defecto afecte solo a alguna de las fincas (o a parte de la finca, o de su descripción) o derechos independientes objeto del negocio jurídico y no exista perjuicio para nadie, de modo que en tal caso podrá practicarse la inscripción parcial de oficio por parte del registrador respecto de esa finca —o parte de la misma o de su descripción— o derecho no afectada por el defecto (*vid.*, resoluciones de 15 de marzo de 2006 —la falta de previa inscripción del usufructo no impide la inscripción parcial en cuanto a la nuda propiedad, aunque no se hubiera solicitado expresamente por el presentante— y 14 de septiembre de 2016).

Conforme a esta doctrina es indudable que debe accederse a la práctica de la inscripción parcial solicitada, pues la inscripción de la adjudicación respecto de la mitad indivisa de la que eran titulares los otorgantes de la escritura calificada no desnaturaliza el negocio que ha sido celebrado por las partes y no puede implicar ningún perjuicio para nadie, ni para interesados ni terceros.

Resolución de 8-10-2018  
(BOE 30-10-2018)  
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO QUE AUTORIZA EL ACTA COMPLEMENTARIA.

En efecto, desde la perspectiva registral, la eventual carencia de competencia notarial territorial puede ser relevante cuando se liga a la validez misma del

documento notarial para ser título susceptible de inscripción (art. 18 de la Ley Hipotecaria) pero no cuando sus consecuencias se mueven en otro plano, administrativo o disciplinarios. En tales casos, la omisión de una regla competencial, conllevará las consecuencias que correspondan para el notario infractor, pero no afectan a la validez del documento notarial.

El presente supuesto, sin embargo, presenta perfiles diferentes en base a la inclusión de la normativa notarial en la propia Ley Hipotecaria, formando parte de esta y por tanto de ciertos procedimientos, entre los previstos en el artículo 198 de dicha ley en su actual redacción. La infracción de la regla de competencia territorial supondría a su vez, por ello, un defecto esencial del procedimiento e impediría la inscripción. No puede considerarse el acta complementaria del título público, regulado este último en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una excepción a la exigencia de competencia territorial notarial, en el conjunto de las actas notariales contempladas en el contexto de la coordinación de la realidad extrarregistral con el contenido del Registro —facilitando a su vez su coordinación con el Catastro—.

Ciertamente, las especiales características de los Distritos notariales incluidos en el Colegio Notarial de las Islas Canarias, a causa precisamente de su insularidad, impiden desde la perspectiva de la Ley del Notariado y sus normas de desarrollo, aludir a una colindancia geográfica determinada por la mayor proximidad en el territorio, en términos literales, sino que, teniendo presente la finalidad última de las reformas en la función notarial, cual es coordinar la competencia del notario como funcionario de naturaleza especial con la facilitación a los ciudadanos del servicio público en los expedientes y actas especiales desjudicializados, ha de entenderse conforme al artículo 3 del Código civil que el contexto y realidad social actuales conlleva atender a la relevancia de los medios de transporte que permitan a los usuarios de los servicios notariales de la isla de La Gomera, una mayor facilidad la utilización de estos y con ello un acceso razonable a la función notarial. Por ello siendo sin duda Arona-Los Cristianos, en cuanto perteneciente al distrito de Granadilla de Abona, el punto más cercano y de mejor acceso al transporte a la isla de La Gomera —en el caso de esta isla, por mar— ha de entenderse que existen razones que avalan que el notario autorizante es hábil para la autorización del acta complementaria que constituye un elemento esencial en el procedimiento registral determinado, como se ha indicado, en los artículos 198 y 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 8-10-2018

(BOE 30-10-2018)

Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza.

#### **EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.**

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadoradora 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.

Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que si bien es exigible en toda inmatriculación la certificación catastral coincidente con la que se pretende inmatricular, si coincide la certificación catastral con la descripción de la finca resultante de la agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación (resoluciones de 26 de junio de 2003, 17 de diciembre de 2013, 1 de julio de 2016 y 19 de julio de 2018). Es posible prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior.

Respecto al defecto relativo a la falta de coincidencia de la descripción de las fincas en el auto y la que resulta de las certificaciones catastrales, como ha dicho anteriormente esta Dirección General (*vid.*, resoluciones citadas en el «Vistos»), la dicción legal —total coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Como afirmara la citada resolución de 5 de octubre de 2004, la norma no deja resquicios a excepciones: con independencia de cuál sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular, el título o el medio al que se acuda.

Debe destacarse que, en lo que a la naturaleza rústica o urbana de la finca se refiere, el título no expresa la misma, por lo que difícilmente puede oponerse falta de coincidencia, y sin que sea objeto de debate la omisión de esta circunstancia, al no plantearse en la nota de calificación (art. 326 Ley Hipotecaria). La inscripción que se practique como consecuencia de un expediente de dominio para la inmatriculación tramitado conforme a la legislación anterior debe contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, entre las que se encuentran la representación gráfica georreferenciada de la finca. Ello no supone añadir ningún requisito nuevo a la documentación que es válida según la legislación anterior: dicha representación gráfica será necesariamente la catastral que ya debía aportarse conforme a la normativa vigente antes del 1 de noviembre de 2015. También debe recordarse que incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica con las correspondientes coordenadas georreferenciadas, el registrador puede (debe) obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro. Por ello el defecto, tal y como se formula, no puede mantenerse, ya que el registrador debería haber obtenido directamente dicha certificación catastral con las coordenadas de la finca que establecen su delimitación y ubicación.

Respecto a la diferencia de superficie en la parcela 5260 del polígono 8, resultando acreditado en el presente expediente que ha existido una modificación catastral posterior al inicio del expediente de dominio, debe recordarse la doctrina sentada por esta Dirección General en la resolución de 12 de mayo de 2016 (reiterada en la de 26 de octubre de 2017), relativa a que tales alteraciones no deben impedir la inmatriculación cuando se deben a meras correcciones efectuadas por el Catastro en datos alfanuméricos sin que impliquen alteración de la geometría de la finca.

En el caso de este expediente, el auto objeto de calificación señala que se ha procedido a la notificación de determinados colindantes, omitiendo en tal mención la enumeración de los concretos colindantes notificados, sin referirse, por tanto, a la Administración pública titular de la carretera por el registrador, bien de dominio público con el que linda la finca en cuestión cuya

inmatriculación se pretende (parcela 5010 del polígono 8). Y avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria (bajo cuya vigencia tiene lugar la solicitud de inmatriculación objeto de este expediente), al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.

Resolución de 9-10-2018

(BOE 30-10-2018)

Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2.

#### VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA O CONYUGAL: CUMPLIMIENTO DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 91 RH.

El matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, se traduce en una «comunidad de vivienda». Sin embargo, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras de naturaleza análoga, esa comunidad de vida no comporta comunidad de vivienda. En tales casos la comunidad de vida se desarrolla sin comunidad material continuada en una misma casa. Una vez fijada y establecida, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio.

El consentimiento requerido para el acto de disposición (art. 1320 CC) es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. En los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

En atención a lo expuesto anteriormente y en línea con lo que se infiere también de la sentencia citada por el recurrente del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (que pone el énfasis en la idea de domicilio conyugal), la afirmación de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal cumple adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas, pues, si se está en presencia de un matrimonio cuyos hijos son mayores de edad, el círculo familiar se reduce básicamente a los que tienen obligación

de vivir juntos, por lo que no se aprecia qué pueda aportar añadir —sacramentalmente— el vocablo «familiar» al vocablo «conyugal». Y si existen hijos sujetos a patria potestad (normal o prorrogada), de no mediar situaciones de crisis matrimonial que puedan haber originado en atribuciones de uso de la vivienda, como existiría ese deber por parte de los progenitores de tener los hijos a su cargo y custodia, aquel se cumplirá en el domicilio que se conceptúe como conyugal.

Resolución de 9-10-2018  
(BOE 30-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Mahón.

#### OBRA NUEVA: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, procede afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de los actos urbanísticos sujetos a inscripción, sin perjuicio de la remisión a la normativa autonómica que regule la validez de aquellos. Tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción. De este modo queda determinado que, sin perjuicio de la ley aplicable al hecho o acto material cuya inscripción se solicita en el presente expediente, que la calificación registral no cuestiona, los requisitos que para su inscripción han de exigirse son los derivados de la legislación aplicable en el momento de su presentación en el Registro de la Propiedad.

No siendo objeto de calificación el hecho de que se ha producido la cesión obligatoria de terrenos destinados a aparcamiento y viales al Ayuntamiento, la cuestión queda reducida a si la certificación emitida por la secretaria de la corporación es título formal suficiente a pesar de la previsión de otorgamiento de escritura pública que se hizo en el convenio urbanístico en el que las partes fijaron el conjunto de derechos y deberes derivados de la revisión y modificación del Plan General de Ordenación del municipio. La cuestión, así planteada ha merecido una respuesta positiva por parte de esta Dirección General desde la ya clásica resolución de 12 de enero de 1988, hasta las más recientes. En definitiva, resultando de la certificación administrativa presentada que la finca a que se refiere está destinada por el planeamiento como terreno de cesión obligatoria así como que se han cumplido los requisitos para la consumación de la adquisición en la persona del Ayuntamiento (*vid.*, resoluciones de 12 de enero de 1988 y 31 de mayo de 2017, entre otras), no cabe sino afirmar la idoneidad documental del título presentado para proceder a la inscripción solicitada. El hecho de que entre el titular registral y la Administración cesionaria existiese un convenio urbanístico en el que se previó el otorgamiento de escritura pública para formalizar la cesión no obsta a lo hasta ahora expuesto.

En definitiva, sin perjuicio de las consecuencias administrativas y, en su caso, judiciales que resulten de la pretensión del particular, lo cierto es que resultando que el terreno objeto de este expediente se encuentra sujeto a cesión obligatoria

como consecuencia de las previsiones del planeamiento y que la aprobación definitiva de la modificación del Plan a que se condicionó se produjo efectivamente, la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del Ayuntamiento no puede quedar afectada por aquel.

Resolución de 10-10-2018

(BOE 5-11-2018)

Registro de la Propiedad de Estepona, número 1.

**CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR EN CASO DE RESOLUCIÓN.**

Como cuestión previa debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro Directivo que, en aplicación de lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, sostiene que en el recurso contra la calificación registral no pueden tenerse en cuenta documentos que no se presentaron inicialmente.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Y, entre los requisitos que contribuyen a garantizar los intereses de las partes está la aportación del documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (cfr. art. 175.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario). Y este requisito no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula mediante la que se haya estipulado que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento. Más aún cuando en el presente caso, en la sentencia judicial por la que se acuerda la resolución, el juez analiza los efectos y el alcance de la cláusula penal y determina la cantidad exacta que el vendedor debe devolver a los compradores.

En el presente caso, el titular del crédito cuya reclamación ha originado un embargo que ha sido anotado con posterioridad a la inscripción de la compra donde se establece la condición resolutoria, no consta que haya intervenido en el procedimiento que dio lugar a la sentencia que ordena la resolución del negocio en cuestión, ni en la ejecución de la misma que posteriormente genera el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas posteriores, ni tampoco constaba anotada la demanda de su ejercicio al tiempo de la aparición de dichos titulares registrales, por lo que el mandato imperativo del artículo 24 de nuestra Carta Magna, concretado entre otros en los artículos 20, 37, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria impide la cancelación o modificación de los asientos de dichos titulares posteriores sin su consentimiento expreso o tácito, voluntario o forzoso. Una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición.

Resolución de 10-10-2018

(BOE 5-11-2018)

Registro de la Propiedad de Ourense, número 3.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES.**

De acuerdo con esta doctrina, efectivamente corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

En concreto y por lo que se refiere a la competencia del registrador para calificar la suficiencia del precio de adjudicación de la finca en un procedimiento de apremio administrativo, resulta plenamente extrapolable a dicho ámbito la doctrina sentada por este Centro Directivo respecto de la calificación de dicha suficiencia del precio de adjudicación en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación. El control de la legalidad en relación a los actos inscribibles correspondiente al registrador de la propiedad, y no queda excluido por el hecho de que concurra en el expediente administrativo el informe favorable del organismo afectado, ya que tal informe está sometido igualmente a la calificación registral.

De acuerdo con el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, la enajenación podrá tener lugar mediante subasta, o bien mediante adjudicación directa en los casos previstos en el artículo 123. Ahora bien, una de las condiciones legales a que queda sujeta esta posibilidad de enajenación mediante adjudicación directa cuando tenga por objeto bienes inmuebles se refiere al precio mínimo de la misma, de acuerdo con el artículo 123 bis en su apartado 4 del Reglamento. En la calificación del registrador se alude al oficio suscrito por la directora provincial de Ourense de la Tesorería General de la Seguridad Social presentado con objeto de subsanar los defectos opuestos en la primera calificación (de 7 de mayo de 2018) en el que se justificaba la corrección del precio de adjudicación aludiendo al régimen especial previsto en el apartado 2 del artículo 111 del Reglamento. Lo que sucede es que el artículo 111.4 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social solo habilita, con plena lógica jurídica, el descuento respecto del valor de tasación del importe de las «cargas o gravámenes anteriores que sean preferentes al derecho anotado de la Seguridad Social». La anotación preventiva de embargo, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, adoptada

como medida cautelar, se convirtió posteriormente en anotación preventiva de embargo definitiva (letra B), al amparo de lo dispuesto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en virtud de mandamiento expedido el 29 de agosto de 2016, presentado en el Registro el 2 de septiembre de 2016. Y este último asiento (anotación letra B) retrotrae su eficacia a la fecha de la anotación del embargo preventivo anterior (letra A), según ha afirmado de forma reiterada este Centro Directivo. El tratamiento que corresponde a dicha hipoteca en relación con el procedimiento de apremio es la propia de su rango registral, esto es la de una carga o gravamen posterior a la anotación de embargo, cuyo importe, en consecuencia, no puede descontarse del valor de tasación a los efectos de fijar el tipo de subasta y el límite mínimo del precio en los casos de enajenación por adjudicación directa.

La Tesorería General de la Seguridad Social, dado el error de apreciación en que ha incurrido al considerar el gravamen hipotecario antes reseñado como carga anterior y preferente, y no como carga posterior, ha omitido, como señala correctamente la registradora en su calificación, incluir en el mandamiento de cancelación la citada hipoteca, por lo que también en este extremo ha de confirmarse dicha calificación. El rango registral (que es el que determina la subsistencia o cancelación de las cargas y gravámenes recayentes sobre las fincas objeto de procedimientos de ejecución o de apremio) no puede en ningún caso confundirse, como ha recordado la reciente resolución de este Centro Directivo de 12 de abril de 2018, con la preferencia de créditos, esto es, con el mejor derecho al cobro de uno u otro de estos.

Resolución de 11-10-2018

(BOE 5-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CANCELACIÓN DE DERECHOS QUE GRAVAN AQUEL CUYA RESOLUCIÓN SE HA ACORDADO JUDICIALMENTE.**

Se plantea en este recurso si es o no posible la cancelación de una inscripción de arrendamiento financiero en virtud del testimonio de un decreto judicial dictado en un procedimiento de desahucio dirigido exclusivamente contra el arrendatario, cuando el derecho de arrendamiento se encuentra gravado con dos anotaciones de embargo. Debe concluirse en la imposibilidad de acceder a la cancelación de asientos posteriores al del demandado y condenado en virtud de una sentencia dictada en procedimiento seguido exclusivamente frente a este y no condicionados por la anotación preventiva de la demanda.

Cuestión distinta es la que plantea la cancelación del derecho cuya resolución se ha declarado en el decreto calificado. Respecto de él se da el presupuesto que para su cancelación contempla el citado artículo 82 de la Ley Hipotecaria y ningún obstáculo existe para su constatación registral. En el presente caso, la registradora se ha limitado a hacer constar por medio de nota marginal la extinción por virtud del decreto objeto de calificación del derecho de arrendamiento financiero inscrito, dejándolo subsistente exclusivamente «en cuanto soporte de los embargos anotados bajo las letras A y D, y no podrá acceder al Registro en lo sucesivo ningún acto dispositivo o de gravamen, voluntario ni forzoso, que tenga por objeto tal derecho arrendaticio, pues, con exclusión de dichos anotantes, el mismo carecerá de vigencia». Dado que esta decisión se ajusta a la doctrina de



este Centro Directivo expuesta en los anteriores apartados, procede confirmar la calificación impugnada.

Resolución de 11-10-2018

(BOE 5-11-20189)

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SITUACIÓN ARRENDATI-  
CIA DE LA FINCA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTER-  
PRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.**

Como también puso de relieve la citada resolución de 24 de marzo de 2017, respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto, si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca. No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un 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 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). 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 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. Queda en este punto revocada la calificación del registrador.

Conforme al artículo 671 LEC, en los casos en los que, habiendo quedado desierta la subasta, el bien ejecutado no sea la vivienda habitual del deudor, el acreedor ejecutante tiene dos posibilidades: a) solicitar la adjudicación por el 50% del valor de tasación de la finca, en cuyo caso, si la deuda es superior, podrá pedirse que se despache ejecución sobre otros bienes en los términos que prevé el artículo 579 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, y b) pedir que se le adjudique por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, aunque, según ha interpretado este Centro Directivo a partir de la resolución de 20 de septiembre de 2017, esa cifra habrá de representar al menos el 50 por cien del valor de tasación de la finca. La duda que se plantea en el presente caso es si la expresión «la cantidad que se le deba por todos los conceptos» comprende la totalidad de la deuda reclamada o solo la parte de esa deuda que no exceda de los límites de responsabilidad hipotecaria de la finca por cada uno de los conceptos.

No deben confundirse los efectos que respecto de terceros tiene la responsabilidad hipotecaria de la finca en caso de ejecución con la interpretación que haya de darse a la expresión «la cantidad que se le deba por todos los conceptos» recogida en el artículo 671. Ha de entenderse que la expresión «la

cantidad que se le deba por todos los conceptos» utilizada por este artículo 671 está referida a la total cantidad adeudada al ejecutante. De esta forma, si el acreedor opta por esta alternativa, el deudor ejecutado perderá la propiedad de la finca, pero su deuda quedará totalmente extinguida. Naturalmente, si existen terceros con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, habrá que analizar si lo reclamado por el acreedor por los diferentes conceptos de deuda excede o no de los respectivos límites de responsabilidad hipotecaria. Si se sobrepasa ese límite, el exceso deberá el acreedor depositarlo a disposición de los titulares de esos derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, en los términos que prevé el artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 11-10-2018

(BOE 5-11-2018)

Registro de Santa Cruz de Tenerife núm. 1.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.**

Con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ya señalara este Centro Directivo (resoluciones señaladas en los «Vis-tos») el artículo 22 de la Ley de Montes establece que toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la comunidad autónoma; pero no basta para que sea exigible el citado informe que se trate de inmatriculación de fincas ubicadas en un término municipal donde existan montes demaniales, sino que es preciso que la finca a inmatricular sea monte o colinde con un monte demanial o monte ubicado en un término municipal donde existan montes demaniales.

La misma técnica ha seguido más recientemente la Ley estatal 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, cuyo artículo 30.7 establece que «cuando se trate de inmatricular por terceros en el Registro de la Propiedad bienes inmuebles situados en la zona de servidumbre, en la descripción de aquellos se precisará si lindan o no con el dominio público viario. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración General del Estado, en la que se acredite que no se invade el dominio público».

En el presente caso se aprecian claros indicios de colindancia de la finca cuya inmatriculación se pretende con un elemento integrante del dominio público, a pesar de no estar inmatriculado, como es una carretera, que la registradora identifica en su calificación como una carretera autonómica cuya titularidad corresponde a la Administración insular. Y si bien es cierto que las dudas de la registradora no fueron inicialmente ratificadas de forma expresa por la Administración autonómica mediante la emisión en plazo del informe

recabado de la misma, a través del Servicio Administrativo de Carreteras y Paisajes del Cabildo Insular de Tenerife, no cabe atribuir a este hecho el alcance que pretenden los recurrentes, quienes invocan a su favor una suerte de resolución presunta favorable por la vía del silencio administrativo. Finalmente no puede obviarse el hecho de que, aun fuera del plazo de un mes previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el Cabildo Insular de Tenerife emitió el correspondiente informe que, tras amplio estudio técnico y gráfico, concluyó estimando que «que no procede la inmatriculación de la zona de dominio público de la carretera insular (...), en el tramo colindante con la parcela de referencia», de donde se colige la existencia de una eventual invasión del citado dominio público.

Resolución de 22-10-2018  
(BOE 16-11-2018)  
Registro de Pastrana-Sacedón.

#### TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 CC). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. resolución de 9 de julio de 2013) que la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo.

Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

Para cancelar una inscripción, no constando que las titulares registrales hayan prestado su consentimiento a la cancelación en escritura pública, será necesario la oportuna protocolización del acuerdo transaccional homologado por el juez. Como se ha señalado en los anteriores fundamentos de Derecho, la inhabilidad del auto de homologación de la transacción para acceder al Registro deriva de que no estamos ante un documento judicial resultante de un procedimiento ordinario que por seguir sus trámites procesales haya finalizado en una decisión del juez sobre el fondo del asunto. No se lleva a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes. La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo.

Resolución de 22-10-2018  
(BOE 16-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Gérgal.

#### RECTIFICACIÓN DESCRIPTIVA DE LA FINCA: MODIFICACIÓN DE LINDEROS.

Como es doctrina consolidada de esta Dirección General, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % o del 5 %; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Como ya afirmó este Centro Directivo en la resolución de 26 de abril de 2017, la modificación de la descripción literaria, en particular de los linderos, puede lograrse mediante la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, por algunos de los procedimientos que se han introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en los artículos 9.b), 199 o 201 de la Ley Hipotecaria. En la citada resolución de 26 de abril de 2017, esta Dirección General también consideró que es posible rectificar la descripción literaria de la finca en cuanto a un lindero sin necesidad de acudir a tales procedimientos, cuando resulte acreditada fehacientemente la rectificación por certificación catastral, y sin implicar la delimitación física de la totalidad de la finca, ni alterar su superficie, ni resultar contradicha por otras titularidades o por representaciones gráficas inscritas, y sin que existan dudas de identidad; circunstancias estas que justificarían la utilización de tales procedimientos [cfr. arts. 9.a) y b) y 201.2 y 3 de la Ley Hipotecaria].

Cuando se utilizan tan solo linderos personales, esto es, que solo expresan el nombre del propietario colindante pero sin precisar en modo alguno en qué lugar concreto se ubica la linde entre ambas fincas, el cambio del nombre de un colindante, precisamente porque nunca se ha precisado dónde se ubica la linde misma, no resulta tan relevante ni tan preocupante, pues puede perfectamente deberse a una sucesión de titularidades por transmisión de la finca colindante, y no necesariamente a una alteración del lindero, cuya ubicación física concreta ni consta precisada previamente ni es objeto de precisión ahora. Cumplida esa finalidad de garantía procedimental y tutela efectiva, podría afirmarse que la inclusión en la descripción de una finca registral de una expresa mención a los

nombres de los propietarios colindantes no solo es superflua e innecesaria, sino incluso, hasta cierto punto impertinente o perturbadora.

La pretensión del recurrente tiene por objeto únicamente fijar la titularidad comunal de un patio colindante, y no lograr la correcta delimitación de su finca, poniendo de manifiesto dudas el registrador por no existir correspondencia con la situación que resulta de la cartografía catastral. En definitiva, subyace un conflicto acerca de la titularidad de dicho patio colindante, de modo que no es procedente practicar rectificación registral alguna cuando de las circunstancias de hecho que el registrador tiene a la vista al calificar resulta que puede existir un eventual perjuicio a fincas colindantes.

Resolución de 22-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 1.

#### **PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MEDIADOR CONCURSAL: NO PRODUCE LAS LIMITACIONES EN LA CAPACIDAD DEL DEUDOR QUE SÍ PRODUCE EL CONCURSO.**

Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, su Capítulo V introduce en nuestro ordenamiento un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. Dada su finalidad preventiva, la sustanciación del procedimiento no impide al deudor continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional (art. 235.1 de la Ley Concursal), con el beneficio añadido de que sus acreedores no podrán iniciar o continuar ejecuciones contra su patrimonio ni podrán anotarse embargos en los Registros de bienes ni se podrá declarar su concurso (art. 235.2 de la Ley Concursal en relación al artículo 5 bis de la propia ley). Para garantizar la viabilidad de tales efectos, el artículo 233 de la Ley Concursal en relación con el artículo 235.2, prevé que se haga constar por anotación preventiva en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles (o en cualquier otro registro de bienes), la apertura del expediente una vez que el mediador concursal designado haya aceptado el encargo.

La registradora entiende que el efecto derivado del precepto legal es la privación de la facultad de disposición en la persona del deudor. Esta Dirección General no puede sostener semejante afirmación. No existiendo declaración de concurso, no rigen los efectos limitativos para la capacidad del deudor previstos en el artículo 40 de la Ley Concursal por lo que no existe intervención o sustitución de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, ni en consecuencia vicio de nulidad que afecte a los negocios jurídicos realizados en este periodo (art. 40.7 de la propia Ley Concursal).

Téngase en cuenta que de resolverse la situación sin insolvencia del deudor no existirá ni habrá existido causa legal alguna de reproche a la disposición de su patrimonio ni al cierre del Registro de la Propiedad (art. 241 de la Ley Concursal). Por el contrario de resolverse en concurso la situación del deudor corresponderá al juez valorar la conducta del deudor anterior a su declaración (art. 164 de la Ley Concursal), como corresponderá al juez pronunciarse, en su caso, sobre la eventual reintegración a la masa del bien que haya sido objeto de disposición

(art. 71 de la propia ley). Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 235.1 de la Ley Concursal.

Resolución de 22-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 2.

**PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MEDIADOR CONCURSAL: TÍTULO FORMAL PARA PRACTICAR LA ANOTACIÓN PREVENTIVA QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 233.3 LEY CONCURSAL.**

Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, su Capítulo V introduce en nuestro ordenamiento un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. Respecto del título en virtud del que ha de practicarse la anotación preventiva en los registros de bienes, dispone el artículo 233.3 lo siguiente: «Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral (...)». La registradora entiende que tratándose de procedimiento seguido ante notario, el documento hábil para provocar el asiento de anotación preventiva es la copia autorizada del acta notarial. El notario recurrente por el contrario entiende que tanto la copia del acta como una mera certificación emitida por el mismo son título a estos efectos.

Los registradores y Cámaras Oficiales remitirán a los registros competentes certificación del expediente comprensiva de los particulares necesarios para la práctica de la anotación preventiva y el notario remitirá copia autorizada del acta de designación del mediador concursal comprensiva de las diligencias hasta ese momento practicadas. Del mismo y en cuanto al título para provocar la cancelación del asiento de anotación preventiva, aquellos expedirán certificación de cierre del expediente y el notario la correspondiente copia autorizada de su acta. Esta interpretación respeta íntegramente la respectiva competencia de cada una de las autoridades implicadas.

Resolución de 24-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

**HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA EN CASO DE AGRUPACIÓN DE LA FINCA.**

Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí todos los extremos a los que alude el artículo 100 del

Reglamento Hipotecario. Entre tales extremos se halla la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado. Consecuentemente, el registrador ha actuado dentro de los límites que le marca el mencionado artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Es válido y eficaz un pacto por el cual acreedor e hipotecante acuerdan la exclusión de las excepciones legales, de modo que la hipoteca también se extienda a accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones, que el artículo 110, primero, «in fine», en principio dispone —pero no impone— como excluidos. En este posible juego de la autonomía privada en materia de extensión de la hipoteca, la mayoría de la doctrina y la práctica unánimemente de la jurisprudencia admiten la validez del pacto, e incluso su eficacia frente a terceros (dada su constancia registral), al menos, la de aquella cláusula tan habitual en las escrituras de extensión de la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando luego la finca hipotecada sea transmitida a un tercero.

En el presente caso, en la escritura de préstamo hipotecario se pacta que «la hipoteca se extenderá a todo cuanto comprenden los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria (...)». Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los contratos, entre ellos los formalizados en escrituras de préstamo hipotecario, deben ser interpretados teniendo en cuenta todas las reglas hermenéuticas legalmente previstas (singularmente la que exige interpretar las cláusulas que admitan diversos sentidos en el más favorable para que surtan efectos), no solo su simple y pura literalidad. Así ocurrió en el momento de la inscripción de la agrupación, pues según el historial registral de la finca resultante (la número 11.304) esta aparece gravada con la hipoteca que pesaba sobre la finca número 442 agrupada, por aplicación de la técnica registral del arrastre de cargas, haciendo constar en la inscripción de la finca resultante de la agrupación que la misma se halla gravada, por razón de procedencia, con dicha hipoteca.

Resolución de 24-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General en relación con el objeto del recurso (*vid.*, entre otras muchas, la resolución de 6 de junio de 2017), según la cual (con base en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 24-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8.

#### CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometido a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro. 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. En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

Según la referida doctrina, esta Dirección General ha entendido en un caso análogo al presente que, a los efectos de su inscripción, no puede admitirse el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de una disolución de una comunidad de bienes adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal.

Resolución de 24-10-2018

(BOE 16-11-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

#### CONCURSO DE ACREEDORES: INTERPRETACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN.

En el sistema concursal español vigente, abierta la denominada «fase de liquidación», la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa tiene que realizarse, bien conforme al plan de liquidación aprobado por el juez del concurso (art. 148 de la Ley Concursal), bien conforme a las reglas legales supletorias (art. 149 de la Ley Concursal). Aprobado el plan por el juez del concurso, la administración concursal debe proceder a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa conforme a las reglas establecidas en el plan aprobado. Las reglas de liquidación contenidas en el plan aprobado por el juez no tienen como finalidad la tutela del interés individual de uno o varios acreedores, sino el interés colectivo de la masa pasiva.



Por otra parte, al igual que sucede en materia contractual, las cláusulas de los planes de liquidación deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 CC), y, si alguna cláusula admitiera distintos sentidos, debe interpretarse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 CC). A la regla de la interpretación sistemática se añade, pues, la regla de la conservación de las declaraciones contenidas en el plan de liquidación.

Resolución de 24-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Pola de Laviana.

#### HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR MANDAMIENTO JUDICIAL.

En las hipotecas por letras de cambio, el crédito cambiario garantizado tiene su propia vida, en cierto modo de espaldas al Registro, pues la hipoteca se resiente de las vicisitudes de la cambial y ningún cesionario de esta puede fundarse en el contenido registral para hacer prevalecer su derecho, que debe apoyarse exclusivamente en la letra misma. El endoso de la letra comporta la transmisión de la titularidad del crédito hipotecario sin necesidad de que se notifique al deudor ni se haga constar la transferencia en el Registro (cfr. los arts. 149 y 150 de la Ley Hipotecaria y la resolución de 7 de junio de 1988).

Carente de regulación en nuestra Ley Hipotecaria la denominada hipoteca cambiaria, su cancelación presenta especialidades con respecto a la cancelación de las hipotecas ordinarias, por cuanto en estas el acreedor está determinado registralmente, mientras que en las hipotecas cambiarias el acreedor queda determinado por el hecho de ser tenedor legítimo de las cambiales, habiéndose admitido por esta Dirección General la aplicación analógica de algunas de las reglas previstas en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria en relación con la cancelación de títulos transmisibles por endoso o al portador.

También es posible que se ordene la cancelación de una hipoteca cambiaria a través de un procedimiento judicial. Pero, considerando las especiales características de este tipo de hipotecas, este Centro Directivo ha ido perfilando cuáles son los requisitos que han de observarse para que dicha cancelación no se produzca con menoscabo de los derechos de los legítimos titulares de las cambiales garantizadas con la hipoteca: — Ha de resultar suficientemente acreditado que la demanda haya sido dirigida contra el legítimo tenedor de las cambiales garantizadas en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil; — Por esa misma razón, el artículo 211 del Reglamento Hipotecario determina que, si la cancelación se verifica por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial, se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del secretario que intervenga en el procedimiento respectivo.

En el caso objeto de este expediente se ha tramitado un procedimiento judicial en el que por sentencia firme se ha declarado la nulidad de las letras de cambio y de la hipoteca que las garantiza. Es cierto que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento Hipotecario, dado que no se han recogido e inutilizado las correspondientes cambiales. Pero concurre una circunstancia determinante que conduce a la estimación del recurso: el procedimiento se ha dirigido, no solo contra el primer tenedor de las letras, sino también contra los desconocidos endosatarios y tenedores legítimos de las mismas.

Resolución de 25-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Manzanares.

**CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.**

En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del Reglamento Hipotecario, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado, de estricta y restringida interpretación según este Centro Directivo.

En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». Además el artículo 82, párrafo quinto, se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado (cfr. resolución 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210, regla octava, tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito puede incluirse otras condiciones resolutorias.

Limitados a lo que constituye la calificación, como señala la registradora en su nota, el presente caso no tiene encaje en el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, conforme a la resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco en la literalidad del artículo 210, regla octava, de la misma ley, por cuanto este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, mientras que en este caso el cumplimiento debió verificarse en el plazo de ocho años desde la fecha de formalización del contrato, 18 de septiembre de 1987. Podrá, no obstante, solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

Resolución de 25-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

**HERENCIA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA PARTICIÓN JUDICIAL.**

Las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr.

art. 24 de la Constitución española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de que en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales que pueden ser afectados han tenido la intervención prevista por la Ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal. En estos términos ha de ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Siendo que la sentencia determina la herencia de doña A. M. C. G. y constando la finca inscrita a nombre de esta y de su esposo, el principio de tracto registral impide que se practique la inscripción, siendo efectivamente necesaria la previa liquidación de dicha sociedad conyugal, y partición de la herencia de la esposa, por sus herederos, con la justificación del pago de los impuestos debidos, y una vez realizada esta, partir la herencia del esposo.

En cuanto al segundo de los defectos señalados en la calificación, los artículos 76 y siguientes del Reglamento Hipotecario exigen como requisito necesario para practicar la inscripción que se aporte como documento complementario el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, del que resulte que el testamento aportado es el único o último otorgado.

No puede obviarse que, como ha reiterado esta Dirección General sobre la base del principio de especialidad y el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, una de las circunstancias esenciales del asiento de inscripción es la fijación o extensión del dominio, lo que falta cuando no está determinada la cuota objeto de inscripción (*vid.*, resoluciones de 21 de junio de 1991, 13 de junio de 2012 o 9 de octubre de 2012), sin que sean suficientes para cumplir con esta exigencia las presunciones de igualdad de los artículos 393 y 1138 del Código civil, pues dado su carácter, no definen la extensión del derecho (*vid.*, resolución de 23 de marzo de 1994, entre otras), y sin que se pueda suplir dicha determinación, que ha de ser indubitada, por manifestaciones realizadas en el propio escrito de recurso, pues, como ya se ha señalado en el anterior fundamento, la interposición del recurso contra la calificación no es la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la calificación del registrador.

El cuarto de los defectos señalados —no constan las circunstancias personales de NIF, domicilio y estado civil de los adjudicatarios de la vivienda—, el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario establece las circunstancias personales que han de constar en la inscripción.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, se infiere claramente la necesidad de una documentación auténtica que acredite la acumulación de procedimientos, sin que baste la mera manifestación de los interesados. En consecuencia se debe confirmar este defecto señalado.

Resolución de 25-10-2018

(BOE 19-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

#### EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Una vez verificado que concurren todos los requisitos legales exigidos a los citados expedientes de reanudación del tracto sucesivo, con los criterios de in-

interpretación restrictiva señalados por este Centro Directivo, no puede alegarse en contra de su inscripción, como hace el registrador en su nota, que «la titularidad inscrita no se halla sujeta a plazos de tiempo ni exige actualización alguna para ostentar su legitimación y carácter inatacable», pues siendo esto cierto, ello no es obstáculo y no puede impedir la concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral por la vía del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

La doctrina de este Centro Directivo sobre si tratándose de una adquisición de dominio por usucapión resulta procedente acudir al expediente de dominio, o si en tales casos debe acudir al juicio declarativo ordinario, que fue establecida en relación con los expedientes judiciales de reanudación del tracto, puede plantear, no obstante, importantes dudas en cuanto a su posible extrapolación al ámbito de las certificaciones administrativas de reanudación del tracto del artículo 206.4 de la Ley Hipotecaria al concurrir un doble factor diferencial: la no intervención de una autoridad judicial en su tramitación y resolución y el hecho de que, en virtud de esta extensión de la facultad exorbitante de las Administraciones Públicas de la autoconfección documental, la propia Administración titular del bien sería la que realizaría la valoración sobre la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la consumación de la usucapión. En este sentido, hay que recordar que este Centro Directivo ha asentado una reiterada doctrina en la que se atribuye al conocimiento de los tribunales la apreciación sobre la concurrencia de dichos requisitos, que exige una valoración probatoria de elementos factuales propia de los procedimientos factuales. Además, esta necesaria intervención judicial no puede ser realizada de oficio, ni limitada a una actuación meramente de homologación judicial, sino que requiere un pronunciamiento judicial en cuanto al fondo y dictado en un procedimiento en que se garantice el principio contradictorio y el derecho de defensa del posible perjudicado. No se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio de quien pretende la inscripción.

Es evidente, por tanto, que la propia Administración municipal (en general las entidades que integran la Administración local *ex* artículo 2.1,c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), está habilitada legalmente para tramitar un expediente administrativo que concluya con la emisión de una certificación administrativa de reanudación del tracto interrumpido de una finca registral declarando la titularidad de la misma precisamente a su favor, siempre que concurren los presupuestos legales para ello (incluida la existencia de una auténtica interrupción del tracto) y habiéndose cumplido todos los trámites y garantías legalmente previstas, entre ellas la notificación y no oposición de los titulares registrales. Por tanto, no es propiamente y en rigor el título material de la usucapión el invocado para fundamentar la solicitud de la inscripción, sino diversamente la cadena de títulos y transmisiones a que antes se ha hecho referencia circunstanciada (que concluyen con la reversión del pleno dominio de la finca al Ayuntamiento al término de la concesión administrativa).

Uno de los requisitos exigidos para acudir a los expedientes de reanudación del tracto a que se refieren los artículos 40.a) y 198.7.o de la Ley Hipotecaria (requisito común aplicable también a las certificaciones administrativas de reanudación del artículo 206.4) es que exista una efectiva interrupción del tracto. Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos. En el presente caso, la adquisición por la Administración certificante se

realiza por título de reversión prevista en la propia concesión administrativa y en la legislación a que estaba sujeta, quedando identificado tanto el título inicial de dicha concesión como el de ejecución de la reversión, ambos documentados en sendas actas administrativas.

La pretensión de inscripción deducida por el Ayuntamiento cuenta, por tanto, con un título jurídico (derecho de reversión) previsto en la propia concesión y amparado en la Ley. No obstante, falta el título material (supuestamente sucesorio) a favor de la sucesora en la titularidad de la concesión, doña P. P. M., que intervino en tal condición en la firma del acta de reversión a favor del Ayuntamiento. Se ha invocado en este sentido por el recurrente la imposibilidad o extraordinaria dificultad para regularizar el tracto registral mediante «recuperación» de los títulos intermedios. En este punto debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 o 24 de marzo de 2015) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos donde no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados. A la vista de estas consideraciones, debemos concluir que en el presente caso debe admitirse la concurrencia del presupuesto exigido por la Ley para la viabilidad de la reanudación del tracto.

Ciertamente, la correcta citación a titulares registrales es objeto de calificación por el registrador, pues resulta una exigencia que no solo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución Española, sino específicamente para los casos ahora examinados de reanudación del tracto de los reiterados artículos 206.4 de la Ley Hipotecaria y 37.3 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. La notificación personal puede ser sustituida por una publicación edictal siempre que, no siendo conocidos los destinatarios, la inscripción a favor del titular registral tenga más de treinta años de antigüedad, no haya sufrido alteración durante dicho plazo, y la publicación de los edictos en los lugares indicados en la norma se haya mantenido durante treinta días sin que se haya formulado oposición por quien acredite tener derecho sobre los bienes.

Es cierto que el artículo 37.3 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas prevé también la publicación del edicto en el «tablón del Ayuntamiento», pero esta parte del precepto (procedente de la redacción originaria de la Ley 33/2003) puede entenderse afectada por la posterior Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que en su artículo 44, al regular las notificaciones infructuosas, dispone como parte de las reglas que disciplinan dicho procedimiento común, que «cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada esta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado”». Ciertamente la misma norma prevé también la posibilidad de que las Administraciones puedan publicar un anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección consular de la Embajada correspondiente, pero esta posibilidad tiene atribuida expresamente en la citada norma legal un «carácter facultativo», sin que en consecuencia su omisión pueda privar de eficacia a la comunicación hecha mediante edicto publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad (como sucede en este caso), debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos.

ros. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada. Por tanto, a la vista de tales consideraciones, el defecto señalado en la calificación no puede mantenerse.

Resolución de 25-10-2018

(BOE 19-11-2018)

Registro de la Propiedad de Llanes.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DE LA PREVIA FUSIÓN DE LA SOCIEDAD TITULAR. SEGREGACIÓN: DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PLAN URBANÍSTICO VIGENTE CUANDO SE CONCEDIÓ LA LICENCIA.**

La mera reseña efectuada en el título acerca de la existencia de una previa operación de fusión, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, que ha provocado el traspaso de la titularidad dominical de la finca, no puede admitirse como título hábil a los efectos de lograr la inscripción de esta transmisión, siquiera por el mecanismo del tracto sucesivo abreviado. No puede ser otra la solución que se deriva del principio de titulación pública y del principio de tracto sucesivo que consagran los artículos 3 y 20 de la Ley Hipotecaria, respectivamente. Tal y como señaló esta Dirección General en la resolución de 28 de julio de 2016, el problema no es tanto de tracto abreviado, cuanto de documentación que ha de aportarse para la inscripción en la que se justifiquen las diversas transmisiones.

Procede analizar el segundo defecto, en el que el registrador considera que, dado que el plan urbanístico que sirvió de base para la concesión de licencia (esta de fecha 2008) fue anulado por sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011, es necesario que el Ayuntamiento certifique que dicha licencia se ajusta a la actual normativa urbanística de Llanes. Los planes urbanísticos participan de la naturaleza de las disposiciones de carácter general, para las que rige estrictamente el principio de jerarquía normativa. La naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos produce una serie de consecuencias, entre las que, a los efectos que ahora interesan, destacan dos. La primera de ellas es que mientras que los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad (art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o por simple anulabilidad (art. 48), las disposiciones generales no son nunca anulables sino nulas de pleno derecho. La segunda consecuencia es que la declaración de nulidad de un plan se retrotrae al mismo instante de haber sido dictado, lo que comporta, a su vez, la nulidad de aquellos planes secundarios que se dicten en su desarrollo. Ahora bien, el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

Siendo la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella. Serán pues los términos de la sentencia por ejecutar los que determinen la clase y el contenido de los actos que deba dictar la Administración Pública condenada por aquella a fin de llevarla a efecto.

Además, desde el punto de vista de procedimiento registral la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011 no puede ser tenida en cuenta a los efectos de impedir la inscripción pretendida. Y ello porque es principio fundamental el de especialidad, principio que en el ámbito urbanístico tiene su manifestación, entre otros, en el artículo 65.1.g) del 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, según el cual «serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: (...) g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere la letra anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento». De este modo, si para la inscripción de actos o sentencias anulatorias de instrumentos de ordenación urbanística es preciso que tal anulación se concrete en fincas concretas, con mayor motivo será necesaria dicha concreción cuando de lo que se trata es de denegar una inscripción por considerar nula una segregación, que, sin embargo, no ha sido expresamente declarada como tal, puesto que el registrador carece por sí mismo de la facultad de decidir el alcance y extensión de la nulidad judicialmente declarada.

Por lo que se refiere al tercero de los defectos señalados por el registrador en su nota de calificación, referido a la falta de descripción de la porción de finca que será objeto de cesión, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria contempla como una de las circunstancias esenciales de la inscripción de la descripción de la finca objeto de la misma, con expresión de su situación, superficie y linderos, lo que es reiterado por el Reglamento Hipotecario en las reglas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del artículo 51. No pueden admitirse las alegaciones del recurrente relativas a que es suficiente la expresión de la referencia catastral asignada a esta porción de finca acompañada de su representación gráfica.

Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 12 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2017) la licencia municipal, o la declaración de innecesariedad de la misma, cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. Siendo la segregación una modificación de la finca, rigurosamente registral, deberá acomodarse la inscripción a la preceptiva licencia sin que pueda ni el registrador ni el notario modificar los términos de su obtención. En ningún caso pueden admitirse discrepancias que impliquen una reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia. No obstante, en el presente expediente el registrador plantea algunas discrepancias, las cuales no conllevan una falta correspondencia entre el documento administrativo aportado y la operación documentada. En el presente caso de los datos descriptivos de las fincas según el título y según la licencia, resulta la correspondencia de las fincas con las representaciones gráficas catastrales aportadas, en los términos previstos en el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, pues las diferencias de superficie no solo no exceden el 10%, sino que además son de muy escasa entidad y no existen dudas de que la ordenación de los terrenos respeta los términos de la licencia.

Resolución de 26-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Sueca.

**RECURSO GUBERNATIVO: VALOR DEL INFORME. OBRA NUEVA: LICENCIA URBANÍSTICA.**

El problema que se plantea en el presente expediente es el de establecer la identificación y correspondencia entre la finca a la que se ha dado licencia de construcción y la finca registral, sin que sea procedente, como solicita el recurrente, inscribir la declaración de obra nueva sin que quede acreditada esta identidad. Las licencias urbanísticas deben contener una descripción suficiente de la finca al objeto de que no existan dudas de la finca registral a la que se refieren.

El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos. Pero es que, además, aun teniendo en cuenta la numeración de la finca matriz en el Catastro, que puede apreciarse en la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título, resulta que la finca colindante al número 8 tiene el número 30 de demarcación. Por lo tanto, considerando que la finca matriz fue objeto de división en cinco parcelas, tampoco puede sostenerse la argumentación que añade el registrador en su informe.

Resolución de 26-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 2.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.**

Es cierto que conforme al artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global, de modo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero es igualmente cierto que también tiene declarado este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 5 de marzo de 2014) que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes



mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 26-10-2018

(BOE 19-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5.

#### **CONCURSO DE ACREEDORES: CONSULTA POR EL REGISTRADOR DEL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL.**

La declaración del concurso no constituye propiamente una carga específica sobre una finca o derecho, sino que hace pública la situación subjetiva del concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre sus bienes y en cuanto a la ejecución judicial o administrativa sobre los mismos, obligando al registrador a calificar los actos cuya inscripción se solicite a la luz de tal situación, teniendo siempre en cuenta las fechas del auto de declaración del concurso y la del acto cuya inscripción se solicita, sin que se produzca el conflicto de prioridad que resuelve el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

La coherencia y la funcionalidad del sistema legal exige que los registradores de la propiedad, en el momento de calificar la capacidad de las partes, com-

prueben mediante la consulta del Registro Público Concursal si alguna de ellas tiene limitadas o suspendidas las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio propio (resoluciones de 16 de diciembre de 2012, 14 de diciembre de 2016 y 16 de enero de 2017); y esa comprobación debe hacerse cuando el título se presenta originariamente a inscripción, y no después.

La manifestación del Registro de la Propiedad se limita a su contenido (arts. 221 y 222 de la Ley Hipotecaria), y no alcanza al de otros registros distintos. Cuestión distinta, que es la que se produce en el supuesto de hecho, es que el registrador de la propiedad acceda al contenido de esos otros registros a los que tiene acceso a fin de llevar a cabo su competencia de calificación de la forma más adecuada posible a su finalidad. La consulta del contenido del Registro Público Concursal constituye una obligación de los registradores en ejercicio de su competencia y una posibilidad para cualquier persona interesada en conocerlo a fin de obtener la mejor información para la toma de sus decisiones con relevancia jurídica cuando se relacione con terceros.

No puede, en suma, trasladarse al registrador de la propiedad la responsabilidad de que la transmisión del bien inmueble llevada a cabo por el representante de la concursada se haya llevado a cabo en contradicción de las restricciones derivadas de los artículos 40 y 43 de la Ley Concursal pues quien debió tener interés en conocerlo no llevó a cabo la necesaria consulta del Registro Público Concursal cuya publicidad tiene, en cualquier caso: «(...) un valor meramente informativo o de publicidad notoria» (art. 198.2 de la Ley Concursal). Por último, el hecho de que el registrador de la propiedad disponga de una herramienta informática dotada de una alerta para la consulta del contenido del Registro Público Concursal cuando se introducen para su tratamiento los datos de quienes otorgan el título cuya inscripción se solicita, no supone asimetría alguna de la información pues se limita a poner a disposición del registrador la misma información que se pone a disposición de cualquier interesado en los términos previstos en el artículo 198 de la Ley Concursal.

Resolución de 29-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA PERSONAS DISTINTAS DEL TITULAR REGISTRAL. SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO: ES NECESARIO EXPRESAR EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN.**

El primero de los defectos objeto de recurso (figurar las fincas inscritas a nombre de personas distintas de los demandados, sin que conste que estos sean herederos de los referidos titulares registrales) incide en una de las cuestiones que el registrador ha de revisar cuando se trata de calificar documentos judiciales.

En el caso ahora analizado, el procedimiento se ha dirigido contra una serie de personas distintas de las que aparecen como titulares de las fincas en el Registro, sin que conste el concepto en el que han sido llamadas al proceso. Por ello, de acuerdo con las exigencias derivadas del principio de legitimación registral y el de tracto sucesivo (arts. 1.3.º, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), el defecto consignado en la nota ha de ser confirmado.

No basta, para obtener la inscripción de una sentencia, con que se haga constar en ella que procede estimar la demanda, declarar el dominio, practicar la inscripción y cancelar la inscripción contradictoria, sino que debe concretarse, además cuál es el título por el que se adquirió su derecho. En el Registro se inscriben actos o contratos de trascendencia real (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria), y así lo exige la distinta protección del derecho, según que la adquisición se haya realizado a título oneroso o gratuito.

Resolución de 29-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

#### **PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO: REQUISITOS PARA QUE LA SENTENCIA PUEDA ACORDAR LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.**

El objeto de análisis consiste en una sentencia dictada en un procedimiento declarativo en el que se realizan dos pronunciamientos que han de ser examinados por separado para determinar si son susceptibles de reflejo en el Registro: a) se declara la nulidad de una escritura de compra y de la consiguiente inscripción, y b) Se declara que el actor es el verdadero dueño de la finca, ya que la adquirió por compra en documento privado a su tío, quien a su vez la había adquirido por idéntico procedimiento y título a la entonces titular registral de la finca.

Respecto a la primera de las declaraciones recogida en la sentencia (declaración de nulidad de la inscripción de dominio vigente como consecuencia de la nulidad del título en cuya virtud se practicó), ningún obstáculo ha de oponerse, ya que se cumple el presupuesto recogido en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Sobre la posibilidad de acudir a un juicio declarativo para obtener la reanudación del tracto en estos casos, esta Dirección General, ya desde resoluciones como la de 7 de abril de 2003, ha venido declarando que la cuestión no es fácil. Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante. Las consideraciones efectuadas en los anteriores fundamentos jurídicos se ven confirmadas tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Resolución de 29-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Torrent, número 2.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ORDINARIA DE LA HIPOTECA: PRÓRROGA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y TITULARIDAD REGISTRAL DE LA HIPOTECA.**

Nada obsta, sin embargo, para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil

para cualquier título ejecutivo (o incluso al procedimiento ordinario de la propia Ley procedimental).

En nuestro ordenamiento jurídico, el embargo es un acto procesal mediante el que se afecta un bien concreto a las resultas del procedimiento en que se decreta con la finalidad de garantizar su resultado. No tiene como finalidad constituir una garantía directa y exclusiva a favor del crédito que lo motiva por lo que no altera su naturaleza personal. Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria. Resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización.

Si el acreedor opta por el procedimiento de ejecución ordinaria para hacer efectivo el crédito garantizado por la hipoteca, existirán por tanto tres momentos distintos de contacto y conexión del proceso judicial con el Registro: — Práctica de la anotación de embargo en la que se hará constar que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Naturalmente, si el procedimiento se prolonga en el tiempo, la anotación podrá prorrogarse en los términos del artículo 86 de la Ley Hipotecaria. — Expedición de la certificación de cargas a que alude el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Han de ser notificados, no solo los titulares de derechos inscritos o anotados después de la anotación de embargo, sino también de aquellos que hayan accedido al Registro entre la inscripción de hipoteca que se está ejecutando y la propia anotación de embargo. — Inscripción del decreto de adjudicación y cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, siempre dentro de los límites de la responsabilidad hipotecaria.

El problema surge porque, después de la práctica de la anotación de embargo, el crédito hipotecario fue cedido a otra entidad distinta de la que había iniciado la ejecución, extendiéndose la correspondiente inscripción de dicha cesión, conforme al artículo 149 de la Ley Hipotecaria. Con dicha situación tabular, pero sin que se haya producido aun la pertinente subrogación procesal en la posición de la parte actora a favor de la entidad cesionaria del crédito hipotecario y que consta como titular registral del mismo, se ordena la prórroga de la anotación de embargo. Teniendo en cuenta, por tanto, la limitada trascendencia de la anotación de prórroga, no resulta necesario exigir la concordancia entre la titularidad registral de la hipoteca que se ejecuta por el procedimiento ordinario y la identidad de quien aparece como actor en dicho procedimiento. Dicha concordancia, que será imprescindible cuando se presente a inscripción el decreto de adjudicación, no será necesaria para prorrogar la anotación de embargo o para expedir la certificación de cargas prevista en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO CONSTA EL DNI NI EL DOMICILIO DE LOS DEMANDADOS.**

Practicada el día 24 de noviembre de 1971 la inscripción de pleno dominio de determinada finca a nombre de dos cónyuges sin que hiciera constar ni el

domicilio ni el documento de identidad, se plantea ahora si con ocasión de la presentación de un mandamiento de embargo dirigido contra los titulares registrales, puede exigirse que se justifiquen dichos datos para la práctica del asiento de anotación preventiva.

Es innegable, como pone de relieve la registradora en su nota, que las circunstancias ahora exigidas deben constar en la inscripción o asiento que se practique. Así lo determina el artículo 51.9.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario por remisión del artículo 166 (en aplicación de la previsión del artículo 72 de la Ley Hipotecaria).

La Ley de Enjuiciamiento Civil no exige para entablar ejecución que la demanda haga referencia al documento de identidad del demandado (art. 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); además prevé expresamente la posibilidad de que al actor le resulte imposible señalar domicilio del demandado, pese a lo cual no se detienen las actuaciones judiciales que se llevan a cabo de forma diferente (*vid.*, arts. 155, 156, 164 y 582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Incluso la propia ley procesal, respecto de actuaciones de comunicación de los registradores de la propiedad prevé la posibilidad de que no conste un domicilio en el Registro, llevándose a cabo los actos de comunicación en la forma que la misma prevé (*vid.*, arts. 659 y 660). Desde la perspectiva registral, lo especialmente relevante es que se produzca una perfecta identidad entre la persona demandada y embargada y la titularidad registral (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria). En el presente supuesto la registradora en su calificación no pone en duda la identidad de las personas cuya finca es embargada.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, 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 ello, no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, de determinados documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada es suficiente para la subsanación de los defectos referidos.

En cuanto a la identidad entre la finca cuya inmatriculación se pretende —según el título previo y el título inmatriculador— y la parcela catastral correspondiente —según la certificación catastral descriptiva y gráfica—, el artículo 205, tras la modificación llevada a cabo por la Ley de 24 de junio de 2015, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro, viene a exigir que para la inmatriculación por doble título «serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador». Cuando el registrador debe calificar si existe identidad entre ambas descripciones de la finca, la Ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen

de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no podrá limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la Ley o que, al menos, tiene dudas fundadas sobre ella. El defecto no puede confirmarse.

En cambio sí debe confirmarse el defecto consistente en la falta de aportación de certificación catastral respecto de una de las fincas, ya que en el título ni siquiera se expresa la referencia catastral que correspondería a la finca (de lo cual advierte expresamente a los otorgantes el notario autorizante), lo que al menos permitiría su obtención por el registrador en la Sede Electrónica del Catastro. Asimismo, debe confirmarse el defecto en cuanto se exige que respecto de la finca que está ubicada en dos términos municipales se detalle la descripción correspondiente a cada uno de ellos.

En cuanto al último de los defectos, relativo a las dudas sobre la coincidencia de una de las fincas del inventario con otra ya inmatriculada, el artículo 205 de la Ley Hipotecaria establece que «el registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (cfr: resoluciones citadas en los «Vistos»). De lo expuesto, y en los términos expresados en la nota de calificación, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas de la registradora están suficientemente fundadas, y que, por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

#### HIPOTECA: DETERMINACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA.

Circunscrito el recurso a los límites del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, resulta como único objeto del presente expediente determinar si es posible practicar la inscripción de una hipoteca constituida sobre una finca registral destinada a vivienda familiar y que, según la misma escritura de préstamo hipotecario, tiene vinculada «*ob rem*» una participación indivisa en otra finca destinada a aparcamiento subterráneo que atribuye un derecho exclusivo sobre una plaza de garaje, sin que dicha vinculación «*ob rem*» conste inscrita en el Registro de la Propiedad.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr: arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6 del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro.

En el supuesto del presente expediente la registradora objeta que, al no quedar claramente determinada la voluntad de los hipotecantes de hipotecar tan

solo la vivienda o esta y la plaza de garaje, la inscripción no puede practicarse. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso conducen a que tal objeción no pueda mantenerse. En el presente caso resulta del expediente que, si bien dicha configuración «*ob rem*» fue debidamente formalizada, la misma, por razones ahora irrelevantes, no quedó inscrita, sin que, en consecuencia, pueda aplicarse el régimen jurídico propio de las titularidades «*ob rem*» antes expuesto al constituir la vivienda y la plaza de garaje dos fincas registralmente independientes. No obstante, el modo de describir la finca objeto de hipoteca y las restantes estipulaciones de la escritura evidencian la voluntad de los otorgantes, por lo que la aplicación de las reglas hermenéuticas en materia de contratos (cfr. arts. 1281, 1283, 1284 y 1285 CC) conduce a estimar que es lo suficientemente clara y explícita la voluntad de las partes de constituir hipoteca únicamente sobre la vivienda.

Consta en el presente caso la solicitud de inscripción parcial por parte del presentante de la escritura y dado que la inscripción parcial de la hipoteca, circunscribiendo la inscripción de la misma únicamente a la finca constitutiva de vivienda, no causa perjuicio alguno para nadie, y en especial al acreedor hipotecario, pues el valor de la vivienda hipotecada es suficiente para cubrir por sí sola la total responsabilidad hipotecaria, no hay obstáculo alguno para practicar tal inscripción parcial del derecho real de hipoteca.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12.

**HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN CUANTO LEGITIMARIA EN LA PARTICIÓN.**

Como puso de relieve esta Dirección General en la citada resolución de 22 de febrero de 2018, es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad postganancial como parte de la comunidad hereditaria del difunto. Pero lo es en su condición de legitimaria de la herencia, lo que difiere de las alegaciones de los recurrentes que entienden que lo es en su condición de legataria. Ciertamente, la cuota legal usufructuaria de la viuda se atribuye en concepto de legado no de herencia, pero su intervención no se exige por ese concepto sino por ser una legitimaria de la herencia. Así pues, mientras que no se realice la partición de la herencia y por tanto se adjudiquen bienes concretos a herederos determinados, existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.**

Tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no me-

noscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (*vid.*, art. 7 de la 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal). Pero una modificación como la presente en la descripción de un elemento privativo — y de un elemento común de uso privativo—, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (*vid.*, arts. 5 y 17, apartados 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Por lo demás, respecto de las alegaciones de la recurrente, es cierto que la superficie puede determinar la modificación de la cuota porque es un factor determinante de la misma, conforme al artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, pero ello no implica una modificación automática, sino que podrá exigirse por los demás propietarios en la correspondiente junta de propietarios o por vía judicial. En este caso no se ha producido modificación alguna en las cuotas de participación en los elementos comunes, pero sí que se lleva a cabo una alteración en la superficie de un elemento que, aun cuando sea de uso privativo, es inequívocamente un elemento común.

En el supuesto de hecho de este expediente la terraza tiene la consideración de elemento común del conjunto (no se ha producido la desafectación y en el título constitutivo no se le atribuye carácter privativo), si bien está sujeto al derecho de uso exclusivo atribuido a los titulares de la vivienda de que se trata. Y la modificación cuestionada tiene repercusión manifiesta en dicho elemento común.

Resolución de 2-11-2018

(BOE 22-11-2018)

Registro de la Propiedad de Astorga.

#### **ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRÓRROGAS SUCESIVAS EN LOS ARRENDAMIENTOS DE USO DISTINTO DE VIVIENDA.**

A partir de la sentencia de 9 de septiembre de 2009 el TS afirmó que la prórroga convencional era válida pero debía tener un límite, y este podía ser fijado por el juez. En consecuencia, conforme dicta el Alto Tribunal, aunque el arrendamiento tenga una duración típicamente limitada y aunque la prórroga ilimitada puede parecer contraria a la prohibición de arbitrariedad (art. 1256 CC), el problema no es la prórroga sino que esta carezca de límite y su duración sea potencialmente ilimitada. Señala el Tribunal Supremo que la prórroga convencional que figura en el contrato sin ningún límite temporal es válida, pero su prolongación indefinida es inaceptable; no obstante, la consecuencia no debe ser la extinción del contrato, sino que los tribunales pueden y deben imponerle un límite temporal. La solución no está en impedir la prórroga sino en integrar el límite temporal que le falta. La unificación en favor de la aplicación de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos no ha llegado sino hasta las sentencias del Pleno de 12 de marzo de 2015 y Pleno de 8 de junio de 2015. Por tanto, sobre este punto hoy tampoco cabe duda. Cualquier prórroga convencional contenida en un arrendamiento urbano necesita un límite, y si el contrato carece de él es integrable judicialmente.

En el concreto supuesto de este expediente, existe una prórroga convencional pero no está señalado el límite temporal de la misma, y siendo que necesariamente en caso de controversia debe ser señalado por los tribunales de Justicia, concul-



ca, en virtud del principio de especialidad registral que exige determinación del contenido del derecho inscrito, la seguridad jurídica que frente a terceros debe ofrecer el Registro, por lo que debe confirmarse el defecto señalado.

El segundo de los defectos señalados es que en la cláusula de establecimiento de una suspensión del arrendamiento por causa de fuerza mayor, el principio de especialidad no se cumple al no configurarse un derecho con pretendida trascendencia real de manera suficiente. La fuerza mayor es un concepto de difícil y abierta configuración jurídica en cuanto a su delimitación y determinación. En el concreto supuesto de este expediente, en primer lugar; con carácter general, la cláusula debatida cumple con las condiciones exigidas por la doctrina citada de este Centro Directivo: observa claridad de redacción en la titulación, existe una razón justificativa suficiente y respeta el principio de libertad de tráfico. En cuanto a la naturaleza del efecto, es clara la voluntad de las partes contratantes de que sea de suspensión. En cuanto a la forma y tiempo de notificación, aunque en el supuesto de este expediente no se exigen estas especificaciones de notificación, tampoco se impide esta, por lo que siendo que las formas de notificación fehaciente judiciales y notariales resultan de la ley (arts. 149 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 202 y siguientes del Reglamento Notarial) se debe dar por cumplido el requisito. En cuanto al cómputo de duración del arrendamiento, como bien sostiene la recurrente, se trata de una suspensión, por lo que queda suspendido el cómputo a los efectos de duración del arrendamiento. En el presente caso la fijación de una causa objetiva, hace que no se pueda calificar de puramente potestativa la condición que ahora se analiza dado que su posible cumplimiento no depende solo de la pura arbitrariedad del deudor, sino también de hechos externos, pues si bien compete al arrendador la notificación de su decisión de suspender el contrato, la efectiva suspensión del contrato depende de la existencia de la fuerza mayor.

Resolución de 2-11-2018

(BOE 22-11-2018)

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

#### COMUNIDAD DE BIENES: MODALIDADES DE DISOLUCIÓN.

Este Centro Directivo ha resuelto —resolución de 11 de noviembre de 2011— un supuesto semejante al presente en el que ha dicho «hay comunidad cuando el derecho o conjunto de derechos está atribuido a los comuneros por cuotas (cfr. art. 392 CC). La extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. arts. 400 y sigs. CC). La extinción de la comunidad «*stricto sensu*» extingue la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división.

El Código civil solo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta. El negocio de atribución patrimonial relativo a una participación indivisa de un derecho real en el que aparece como transferente un comunero y como adquirente otro comunero mediante la correspondiente

contraprestación deberá ser calificado en función de la naturaleza jurídica de su objeto y causa, y no de los sujetos.

La extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (cfr. resolución de 2 de febrero de 1960). Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal.

Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución. Así pues, entre los supuestos de disolución, podemos considerar como ejemplos los siguientes: a) En una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios bienes a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de los bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos. Sería un caso similar al que en el ámbito de la partición hereditaria recoge el artículo 80.1.c del Reglamento Hipotecario; b) En una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad pro indiviso; c) En una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en pro indiviso a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás.

Centrados en el supuesto de este expediente, ciertamente se trata de un bien indivisible, material o económicamente, y los copropietarios acuerdan adjudicarlo pro indiviso a varios de ellos, que compensan en metálico al no adjudicatario, por lo que se reduce el número de comuneros y las actuaciones favorecen la disolución de la comunidad. Consecuentemente, puede entenderse que el negocio jurídico celebrado va encaminado a provocar la extinción de la comunidad.

Resolución de 2-11-2018

(BOE 22-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 7.

#### **PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.**

Sin duda, debe procurarse que en la solicitud de certificación registral se manifieste la finalidad para la que se solicita, así como los datos e indicaciones que, según la especie de dicha certificación, basten para dar a conocer al registrador los bienes o personas de que se trate (cfr. art. 229.2.º de la Ley Hipotecaria).

Según esta regulación, el recurso no puede ser estimado. El ahora recurrente se limitó a solicitar que se certificara únicamente el dominio respecto de una finca y titular que especifica; y la certificación negativa expedida resulta obligada,

ya que la inexistencia de bienes inscritos a favor de la relacionada titular es un dato objetivo que aboca necesariamente a tal decisión.

Resolución de 2-11-2018

(BOE 22-11-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: PLAZAS DE GARAJE.

Conviene, con carácter previo y como presupuesto para determinar el régimen jurídico que resulta aplicable, tener en cuenta que la finca objeto del presente expediente está sometida al régimen de propiedad horizontal, según resulta del historial registral de la misma. Las circunstancias de haber quedado la finca liberada de los gastos a los que estaba sujeta inicialmente o de no haber sido objeto de negocio jurídico alguno desde su inscripción 1.<sup>a</sup>, que data del año 1973, en modo alguno implican la extinción del régimen jurídico de la propiedad horizontal.

Este Centro Directivo ha establecido de forma reiterada (cfr. resoluciones de 10 de octubre de 2005, 2 de enero y 15 de abril de 2013 y 28 de enero de 2014) que sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que pueda emplear el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista una parcelación ilegal, pues para ello sería necesario, bien que, junto con la venta de las participaciones indivisas se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente, bien que exista algún otro elemento de juicio, que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación. Ahora bien, ninguna de estas dos circunstancias concurren en el caso de este expediente.

La exigencia de autorización administrativa para este tipo de actos, es decir, 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 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Sentado lo anterior, debe comprobarse ahora si concurre en este caso alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, que eximen la previa obtención de autorización administrativa.

En primer lugar, en la inscripción en su día practicada de la finca objeto de este expediente con ocasión de la inscripción de la correspondiente declaración de obra nueva y división horizontal, se hizo constar expresamente que tal finca sería destinada a aparcamiento o estacionamiento de vehículos. En consecuencia, y dado que lo que ahora se transmite es una quinceava parte de dicha finca, con la misma finalidad que la que figura en la inscripción, esto es, la de ser destinada a garaje, no se produce alteración de las características que conforme al título constitutivo de la propiedad horizontal definen el inmueble afectado. La fijación de determinadas cuotas indivisas como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte como finca independiente de una propiedad horizontal (en el presente supuesto se fijan quince cuotas), no da lugar a que las cuotas indivisas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subcomunidad en la propiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar

en todo su rigor los principios hipotecarios. Pero es que además, de acuerdo con la inscripción registral, la finca destinada a garaje está constituida por dieciséis plazas de garaje, de modo tal que no habría obstáculo alguno para inscribir la eventual concreción de la cuota sobre un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con asignación incluso de una cuota y número identificativo (cfr. art. 68 del Reglamento Hipotecario). Por otra parte, las previsiones contenidas en la legislación de la Comunidad de Madrid en nada desvirtúan las conclusiones anteriores.

Inscrita en su día la finca que en parte ahora se transmite como finca destinada a garaje, con indicación expresa del número de plazas de garaje de que consta (dieciséis en concreto de acuerdo con el folio registral), no procede ahora exigir la acreditación de la realidad, naturaleza y uso urbanístico de la finca. No se entiende tampoco el argumento sostenido por la registradora relativo a la falta de aportación de referencia catastral de la finca con la consiguiente imposibilidad de determinar la ubicación, uso y titularidad catastral de la finca como criterio indiciario de una posible parcelación ilegal.

Resolución de 2-11-2018  
(BOE 22-11-2018)  
Registro de Barcelona, número 8.

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: POSPOSICIÓN DEL RANGO.

La resolución del presente recurso debe dilucidar sobre la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que es objeto de hipoteca una finca transmitida por donación de padres a hijo, sobre las que consta inscrita una prohibición de disponer establecida por los donantes, siendo así que estos comparecen para prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca y a la posposición de la citada prohibición de disponer respecto del gravamen hipotecario, en los términos antes reseñados.

Las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («*ius disponendi*») de su titular (cfr. resolución de 13 de octubre de 2005). Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «*inter vivos*», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «*mortis causa*» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso.

El caso concreto objeto de este expediente no plantea problemas en cuanto a la identificación de la naturaleza voluntaria y gratuita del acto en el que se estableció la prohibición (donación), ni en cuanto a la calificación de la prohibición como referida a todo acto dispositivo, lo que determina inequívocamente que comprenda en su ámbito objetivo la constitución de gravámenes hipotecarios. En este contexto, y en el marco del principio de libre circulación de los bienes y de interpretación restrictiva de las limitaciones de la facultad dispositivas del propietario, incluso en el caso de que los constituyentes de la prohibición la hayan establecido en términos absolutos, sin previsión de su levantamiento por medio del consentimiento (o asentimiento) de los eventuales beneficiarios (en este caso los propios donantes cuya vida sirve de término de vigencia de la prohibición) al acto dispositivo, no cabe duda de que dicha prohibición no constituirá obstáculo

a este acto ni a su eventual acceso registral en caso de que, previsto o no en el título de su constitución, concurra en el otorgamiento del acto dispositivo el consentimiento de los citados donantes beneficiarios, siendo estos plenamente capaces.

El problema surge, sin embargo, cuando lo que se pretende es no solo la inscripción de la citada hipoteca, sino también del pacto de posposición de la prohibición de disponer respecto de la propia hipoteca constituida. Las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. Ahora bien, como igualmente ha afirmado este Centro Directivo, si bien la prohibición de disponer no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero, sí supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por la misma. Las prohibiciones impuestas en actos a título gratuito sí tienen eficacia real, su incumplimiento produce la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), y producen efectos «*erga omnes*» por medio de su inscripción en el Registro, evitando con ello la aparición de adquirentes «*a non domino*» como consecuencia de eventuales actos dispositivos posteriores a la prohibición y a su inscripción. Esta eficacia real supone que gozan de rango registral, una vez inscritas o anotadas.

Por esta misma razón (eficacia frente a terceros derivada de su inscripción), en relación con las condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de una compraventa, este Centro Directivo viene admitiendo la extensión de los pactos de posposición de tales condiciones resolutorias respecto de una hipoteca posterior. El principio de prioridad, y su manifestación a través del rango registral, actúa plenamente en el ámbito de las citadas prohibiciones adoptadas en procedimientos penales y administrativos (con efecto de cierre registral a todo título dispositivo que llegue con posterioridad al Registro —siempre que sea incompatible con los términos de la concreta prohibición de que se trate—), y solo limitadamente en el ámbito de las prohibiciones voluntarias y las adoptadas en procedimientos civiles. Ahora bien, aún con restricciones, dicho principio de prioridad actúa también en relación con estas últimas prohibiciones.

Pues bien, como ya se ha dicho, si bien del artículo 145 del Reglamento Hipotecario resulta que se impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), lo que presupone, a «*sensu contrario*», que no impide los realizados con anterioridad (tratándose de prohibiciones voluntarias o acordadas en procedimientos civiles), sin embargo, por otro lado, conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, tal inscripción del acto dispositivo anterior a la prohibición no ha de comportar «*per se*» la cancelación de la propia anotación preventiva, o inscripción, de la prohibición, sino que esta se arrastrará (*vid.*, resoluciones de 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011).

El consentimiento prestado por los donantes para la constitución de la hipoteca, en combinación con la posibilidad de su desenvolvimiento forzoso a través de un procedimiento de ejecución, puede dar lugar a una adjudicación en subasta a favor de un tercero o del mismo acreedor, pero no a una cancelación ulterior de la propia inscripción de prohibición, que seguiría activa durante la parte del plazo restante de su vigencia, limitando la propia facultad dispositiva de dicho adjudicatario. Y esto es precisamente lo que, en el presente caso, tratan de evitar las partes de consumo mediante el pacto. Evitar dicha subsistencia y

subrogación en la prohibición de disponer es precisamente la finalidad que las partes persiguen con la posposición pactada, sin que dicha finalidad y el pacto que lo instrumenta resulten incompatibles con la naturaleza de carga registral, dotada de rango propio, que tiene la prohibición de disponer inscrita, ni con las reglas institucionales de su publicidad registral.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Almagro.

**CALIFICACIÓN REGISTRADOR SUSTITUTO: NATURALEZA. BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: EFECTOS DE LA CONFESIÓN.**

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos aducidos por el registrador sustituido. Por ello, el registrador sustituto no puede añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, del mismo modo que tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado «a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad». El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del 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, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente.

La confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código civil (cfr. art. 1324 CC). Aunque también es cierto que esta presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos por indiviso—, sino uno más de los medios de prueba. Y es precisamente por esta indeterminación por lo que el Reglamento Hipotecario, ante la necesidad de evitar en todo caso el acceso al Registro de negocios eventualmente claudicantes, impone el consentimiento de los herederos forzosos del confesante para la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge beneficiado por la confesión, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición hereditaria del confesante.

Hechas las anteriores consideraciones, la calificación recurrida, en los términos en que ha sido expresada, no puede confirmarse. Si lo que hubiera eventualmente existido, mientras viva el cónyuge confesante, es la disolución del

matrimonio o de la sociedad de gananciales del aportante, es innecesario, según la regulación normativa antes analizada, acreditar la ratificación del carácter privativo de la finca aportada o la adjudicación de la misma al aportante por liquidación de gananciales.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Tal aserto se fundamenta en el principio esencial por el cual los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en el cual se contemplan diversos supuestos que pueden originar la inexactitud del Registro que debe repararse.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como dispone el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria así lo dispone. A la vista del citado artículo, debe entenderse que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación.

La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial; y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria y resolución de 9 de noviembre de 2009).

Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo y 2 de diciembre de 2011 y 29 de febrero, 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012, entre otras) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

Los trascendentes efectos de la escritura pública y, en especial, la presunción de veracidad derivada de la aplicación de los artículos 1218 del Código civil y 17 bis, apartado número 2, de la Ley del Notariado se despliegan desde su fecha, pero los efectos jurídicos que frente a terceros puedan tener las manifestaciones

de las partes no pueden perjudicar la posición jurídica de aquellos. Precisamente por esta limitación de efectos frente a terceros, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en su apartado d), no permite la rectificación del contenido del Registro, que es un efecto ya producido por un título anterior y en virtud de su propia presunción de veracidad, sin que conste el consentimiento de los interesados o la oportuna resolución judicial.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

#### **BIENES PRIVATIVOS: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.**

En el ámbito registral, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige —al margen del supuesto de confesión de privatidad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero.

La prueba de la privatidad de la contraprestación es especialmente difícil cuando consiste en dinero, circunstancia que se produce en los negocios adquisitivos, como la compraventa, en que media un precio. El rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción.

Es claro que únicamente deberán constar tales circunstancias del cónyuge del comprador si, por no inscribirse con el carácter privativo como se ha solicitado, se inscribiera con carácter presuntivamente ganancial o, incluso con carácter privativo por confesión del consorte.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Carlet, número 1.

#### **CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL RM.**

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme 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 ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su



defensa. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del 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, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas (*vid.*, resolución de 12 de abril de 1996, citada expresamente por la resolución de 12 de abril de 2002). Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación. Cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil.

En consecuencia, el hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser esta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. La reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulta la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: PIE DE RECURSO. EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.**

En la calificación impugnada no aparecen los medios de impugnación ni el órgano ante el que debe recurrirse y tampoco el plazo para interponer el

recurso, al igual que no se indica expresamente el plazo para la solicitud de la calificación subsidiaria o sustitutoria. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que el pie de recursos solo contiene una información, no un acto jurídico que genere obligaciones. En el presente caso, mediante la presente resolución los recurrentes han obtenido respuesta. La notificación defectuosa por falta de plazo no produce otro efecto que admitir la posibilidad de interponer el recurso cuando se tenga por conveniente, aunque no indefinidamente. En la práctica ello supone que no corren los plazos para interponer el recurso o realizar cualquier otra actuación procesal y que serán admisibles cualquiera que sea la fecha de presentación por el interesado. Evidentemente la posibilidad de impugnar no se puede extender hasta el infinito y tiene sus límites derivados de los principios de seguridad jurídica y de buena fe.

El tenor literal de la norma primera del artículo 208 antes transcrita excluye la interrupción del tracto en los supuestos en que la adquisición se haya efectuado directamente del titular registral o bien de los herederos de este, lo que viene a consagrar legalmente la doctrina que sobre este extremo ha venido manteniendo este Centro Directivo. Por ello, cuando la inexactitud entre el pronunciamiento registral y la realidad extrarregistral deriva no de la efectiva interrupción en el Registro de esa cadena de titularidades sucesivas, sino de la falta de presentación a inscripción de la escritura de elevación a público del contrato de compraventa así como de la escritura de solicitud de cancelación de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado debe concluirse que falta la adecuación de dicho expediente a las circunstancias del caso. Debe afirmarse que con la simple presentación e inscripción de los mencionados títulos los requirentes del acta calificada serían adquirentes de los titulares registrales y faltaría la elevación a público de su título privado de compraventa de fecha 30 de junio de 1983 incorporado al expediente, elevación que en ningún caso podría implicar una extraordinaria dificultad como alega el recurrente ya que podría tener lugar tanto de manera voluntaria entre las partes firmantes o por mediante la oportuna reclamación judicial.

Resolución de 8-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 3.

#### DONACIÓN: DONACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER DE UNA FINCA.

Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura mediante la cual las propietarias de dos fincas donan a su padre la facultad de disponer sobre estas. En ella manifiestan los otorgantes que configuran esta transmisión como un supuesto de constitución de un derecho real atípico, «con sus características inherentes tales como la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión»; y estipulan que la facultad de disponer objeto de donación habrá de regirse por determinadas reglas.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. arts. 2.2.º de

la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 647 CC y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes. Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. El citado principio de «*numerus apertus*» en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase.

Este Centro Directivo a expresar la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Esta misma línea de apertura en favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Debe tenerse en cuenta que, como afirmó esta Dirección General en la resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan. El principio de especialidad o determinación (...), según el cual solo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito.

Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. El poder de configuración de nuevos derechos reales basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene en este sentido dos límites, uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales. Y en virtud del límite positivo, se hace imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro».

Por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión. Además, de lo pactado en dicha escritura resulta que tal como ha sido configurado el derecho de disponer donado en este caso respeta esos límites estructurales de todo derecho real, algo por lo demás sobre lo que nada se expresa en la calificación impugnada.

Resolución de 8-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 11.

**CONDICIÓN RESOLUTORIA DISTINTA DE LAS QUE GARANTIZAN EL PRECIO APLAZADO: CANCELACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 210 LH.**

Debe distinguirse entre la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación (ambos supuestos regulados en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria) y la cancelación de asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, que es un plazo de caducidad.

En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del Reglamento Hipotecario, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

En la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su regla Octava, párrafo segundo, se establece que «las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

Mientras que el artículo 82, párrafo quinto, limita la legitimación para pedir la cancelación al «titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada», el nuevo artículo 210 la extiende a «cualquier interesado». El artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral. Además el artículo 82, párrafo quinto, se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado (cfr. resolución de 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210, regla octava, tiene un ámbito mayor.

No cabe, por tanto en el presente caso, la cancelación de la condición resolutoria sin el consentimiento del titular registral o de sus herederos, o en su defecto, resolución judicial que así lo ordene conforme al artículo 82, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 8-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 2.

**EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro.

Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, el último párrafo del apartado 1 del artículo 201 de la Ley Hipotecaria (con redacción diferenciada de la del apartado 3) limita los supuestos en los que pueden manifestarse dudas de identidad de la finca (posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria). Además de esto, considerando la necesaria aportación al procedimiento de una representación gráfica catastral o alternativa conforme a las letras b) y d) del apartado 1, esta representación debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9. Las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9.b), 199.1 y último párrafo del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria), sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos solo por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción (o en este caso, de la anotación) sin más justificación.

El registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. resolución de 20 de diciembre de 2016).

En definitiva, las dudas manifestadas, dada la grave desproporción de la diferencia de superficie, están plenamente justificadas, si bien en principio no impedirían por sí solas la continuación del procedimiento, porque siempre pueden practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas. Sin embargo, corresponde al notario, a la vista de las dudas manifestadas decidir si procede la continuación del procedimiento, si a su juicio existe la posibilidad de disipar tales dudas.

Resolución de 8-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de la Propiedad de Camas.

**BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO: REVERSIÓN DEL BIEN CEDIDO GRATUITAMENTE HALLÁNDOSE EL CESIONARIO EN CONCURSO.**

El título objeto de la calificación cuya impugnación es objeto del presente expediente consiste en una certificación de un acuerdo municipal de reversión de

dos fincas a favor del Ayuntamiento de Camas que constan inscritas a favor de una sociedad mercantil en virtud de un previo acuerdo de cesión gratuita por parte del citado Ayuntamiento, fincas que en el momento de su cesión formaban parte del patrimonio municipal del suelo, y en cuyo acuerdo de cesión se fijó tanto el destino de las fincas (construcción de viviendas de protección oficial), como las consecuencias del incumplimiento de dicho destino (reversión de las fincas al ente cedente). En el momento de la presentación de la certificación administrativa de la reversión consta anotada en el Registro respecto de ambas fincas la previa declaración de concurso de la sociedad cesionaria, por lo que el registrador entiende que la reinscripción de dichas fincas a favor del Ayuntamiento requiere la previa declaración judicial por parte del juez del concurso de no ser necesarias para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada.

Solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación —que en este caso ha sido la certificación del acuerdo municipal de reversión, junto con el previo acuerdo de cesión y la escritura de su formalización—, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Este Centro Directivo ha declarado de forma reiterada y constante que es principio básico del sistema registral español que la modificación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria). Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, como fundamento de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos. Dentro de los citados obstáculos que surjan del Registro está en el presente caso, a juicio del registrador, las anotaciones preventivas por las que se publica registralmente la declaración del concurso de la sociedad titular registral de las fincas y su sometimiento al régimen de intervención de la administración concursal.

Según la doctrina de los actos separables, en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta misma distinción entre ambas categorías de contratos se refleja en el ámbito concursal, al disponer el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En relación en concreto con los contratos que tengan por objeto bienes patrimoniales de carácter inmobiliario, hay que destacar que el artículo 4.1, letra p) del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en vigor a la fecha de aprobación del acuerdo de reversión —y correlativo artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que le precedió—, excluye del ámbito de la citada legislación «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, (...) que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación

patrimonial». Este mismo criterio se ha confirmado por el 9.2 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La más reciente sentencia del Alto Tribunal de este último orden (Sala Tercera, Sección Séptima) de 21 de febrero de 2012 ha realizado un esfuerzo de clarificación y armonización, a cuyos criterios y conclusiones debemos atenernos. En este sentido afirma la citada sentencia que si bien durante la vigencia de la Ley de Contratos de 1965 se ensanchó el ámbito conceptual de los contratos administrativos en razón a la finalidad de interés público perseguida, también lo es que con posterioridad se recondujo la situación justamente en el sentido de no calificar como administrativo cualquier contrato que la Administración celebrara en el que se persiguiera una finalidad de interés público, porque entonces, como la Administración por definición ha de perseguir siempre fines de interés público (art. 103 de la Constitución), se habría acabado la categoría de los contratos de derecho privado de la Administración. Si se trata de un contrato de los que la ley prevé como privados [entre ellos, la compraventa de un bien inmueble] no tendrá en ningún caso carácter administrativo».

En particular, en el concreto caso de las cesiones gratuitas de bienes integrantes del patrimonio municipal de suelo, en el ámbito de la Comunidad de Andalucía, resulta de aplicación, en virtud de la citada remisión a la legislación patrimonial, los artículos 26 y 27 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, y el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, que en su artículo 50.6, establece que las cesiones gratuitas de bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo se regirán por lo dispuesto en su legislación específica (remisión de segundo grado). Esta legislación es fundamentalmente el artículo 76 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Por su parte, el artículo 27 de la citada Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía prevé la resolución de la cesión y reversión de los bienes cedidos en caso de incumplimiento de la obligación de destino. Concuerdia igualmente con esta previsión resolutoria y reversional la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, de Andalucía.

La sentencia de 21 de febrero de 2006 acepta la consideración de la cesión realizada por el Ayuntamiento como la de una donación de carácter modal y, ante la ausencia de una regulación específica completa de la mencionada institución en el ámbito del derecho administrativo, se inclina por la aplicación supletoria del Código civil (fundamentalmente, su artículo 647 sobre revocación de donaciones). No obstante, existe jurisprudencia —en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1995— que califican expresamente la cesión gratuita de bienes del patrimonio público de suelo, como contrato administrativo especial por estar vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante (la gestión del patrimonio municipal de suelo), satisfaciendo de forma directa o inmediata una finalidad pública, lo que justifica la afectación de los bienes al uso previsto y su plazo de cumplimiento. Incluso las sentencias que afirman la condición de la cesión gratuita de los bienes integrantes del patrimonio público del suelo como contratos de naturaleza administrativa especial, no excluyen «*in totum*» la aplicación de la legislación civil en lo relativo a la resolución de la cesión, invocando las reglas relativas a la rescisión de las donaciones del Código civil.

La resolución unilateral por parte de la Administración se ha mantenido en las posteriores reformas de la legislación estatal del suelo llegando hasta nuestros días, por lo que no cabe discutir la admisibilidad de dicha actuación resolutoria unilateral por parte del Ayuntamiento cedente, sin perjuicio del correspondiente

control jurisdiccional de la corrección y legalidad de dicha actuación, y de su calificación registral, en cuanto a los presupuestos legales (conurrencia de la causa resolutoria) y observancia de los tramites y garantías del procedimiento.

El derecho de reversión, y la condición resolutoria regulada en el artículo 8 de la citada Ley 13/2005, de 11 de noviembre, así como en sus normas de desarrollo, tienen como finalidad la protección del uso del suelo evitando, dado el carácter gratuito de la cesión, los perjuicios que la misma pueda ocasionar al cedente. En definitiva, sin perjuicio del carácter legal que en origen tiene el derecho de reversión, ello no permite atribuirle un efecto puramente automático. Sin impedir la actuación unilateral de la Administración vía procedimiento administrativo, con audiencia del interesado, en la resolución de la cesión y reversión por incumplimiento de sus fines, no puede ser ajena ni a las exigencias de la reiterada legislación hipotecaria (de la que resultaría el obstáculo de la existencia sobre las fincas de las referidas anotaciones preventivas de declaración del concurso de la sociedad propietaria), ni a los efectos que la propia legislación concursal impone en relación con el ejercicio de las acciones ejecutivas y de desenvolvimiento de las garantías reales constituidas sobre los bienes del concursado, lo que obliga a que la reversión, como garantía real, opere necesariamente en el ámbito del concurso.

En efecto, como ya ha reiterado esta Dirección General (*vid.*, las resoluciones de 7 de julio de 2012 y 17 de enero, 11 de marzo y 29 de mayo de 2013) es principio del Derecho concursal que el conjunto de relaciones jurídico patrimoniales del concursado quedan sujetas al procedimiento de concurso (art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). En el marco de este principio general, el artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En similares términos se impone por el artículo 56 de la Ley Concursal la paralización de la ejecución de las «garantías reales» y «acciones de recuperación asimiladas». El inicio o ejercicio de tales acciones resolutorias tras la declaración del concurso corresponde al juez que conoce del mismo, como expresamente establece el artículo 57 de la misma Ley. Quedan fuera de dichas restricciones las acciones resolutorias para recuperar los bienes no afectos a la actividad del deudor concursado cuyo ejercicio se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración de concurso. Corresponde al juez del concurso la competencia para declarar si el bien está afecto o su carácter necesario o no para la actividad empresarial o profesional del deudor.

El recurrente alega el carácter de contrato administrativo de la cesión realizada, por lo que entiende aplicable el régimen del artículo 67 de la Ley Concursal conforme al cual, y por lo que se refiere a los contratos con las Administraciones públicas, hay que distinguir entre los contratos de carácter privado, que se rigen en cuanto a sus efectos y extinción por la propia Ley Concursal (apartado 2), de un lado, y, de otro, «los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial».

Sin embargo, este planteamiento no puede prosperar pues está condicionado por una premisa que no concurre en este caso, ya que sin perjuicio de la reiterada potestad administrativa decidir unilateralmente la resolución de la cesión y reversión de las fincas cedidas, es lo cierto que conforme a la jurisprudencia que ha quedado ampliamente reseñada no puede admitirse sin reserva la calificación de dicha cesión de un bien inmueble como un contrato de carácter estrictamente administrativo, y que aun acudiendo a las sentencias que han afirmado que



se trata de un contrato de «naturaleza administrativa especial» (anteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012), es lo cierto que incluso dichas sentencias no niegan la sujeción de dichos contratos a las normas comunes de Derecho privado cuando se trate de materia sobre la que no exista norma administrativa especial.

No puede estimarse el recurso, si bien debe entenderse que, como se expresa para un supuesto análogo en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 361/2013, de 4 junio, la calificación registral negativa del título presentado no implica su nulidad o invalidez, por lo que en el presente caso cabe la eventual subsanación del defecto apreciado mediante el pronunciamiento por parte del juez del concurso del que resulte que la finca referida no está afectada a la actividad profesional o empresarial del concursado como necesaria para la continuidad de dicha actividad; o bien acreditando la apertura de la fase de liquidación del concurso que, conforme al artículo 361.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, produce la disolución de pleno derecho de la sociedad, abriendo con ello su liquidación (cfr. art. 371.1 de dicha ley), liquidación que estando la sociedad en concurso de acreedores deberá realizarse conforme a lo establecido en el Capítulo II del Título V de la Ley Concursal (cfr. art. 372), lo que hace ya superfluo cualquier declaración del juez del concurso sobre si los bienes están o no afectos a la actividad empresarial de la sociedad y si son o no necesarios para su continuidad.

Resolución de 8-11-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro de Ciudad Real, número 2.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INICIACIÓN DE EXPEDIENTE NOTARIAL PARA EL NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL: TÍTULO FORMAL PARA PRACTICARLA.**

Instado ante notario procedimiento para la designación de mediador concursal con el fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el notario remite comunicación de haberse iniciado el procedimiento al Registro de la Propiedad con la finalidad de que por parte de la registradora se lleve a cabo la anotación preventiva prevista en el artículo 233.3 de la Ley Concursal. La registradora suspende la práctica de la anotación porque el documento remitido no es el acta de designación de experto autorizada por notario, título formal exigido por la Ley Concursal. El notario recurre una vez subsanado el defecto.

Dada su finalidad preventiva, la sustanciación del procedimiento no impide al deudor continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional (art. 235.1 de la Ley Concursal), con el beneficio añadido de que sus acreedores no podrán iniciar o continuar ejecuciones contra su patrimonio ni podrán anotarse embargos en los Registros de bienes ni se podrá declarar su concurso (art. 235.2 de la Ley Concursal en relación al artículo 5 bis de la propia ley). Para garantizar la viabilidad de tales efectos, el artículo 233 de la Ley Concursal en relación con el artículo 235.2, prevé que se haga constar por anotación preventiva en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles (o en cualquier otro registro de bienes), la apertura del expediente una vez que el mediador concursal designado haya aceptado el encargo.

Respecto del título en virtud del que ha de practicarse la anotación preventiva en los Registros de bienes, dispone el artículo 233.3 lo siguiente: «Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral (...)».

La disyuntiva entre certificación o copia se predica, no de cualquiera de las autoridades competentes, sino respecto de los registradores mercantiles por un lado y de los notarios por otro. De este modo los registradores y Cámaras Oficiales remitirán a los registros competentes certificación del expediente comprensiva de los particulares necesarios para la práctica de la anotación preventiva y el notario remitirá copia autorizada del acta de designación del mediador concursal comprensiva de las diligencias hasta ese momento practicadas. Se respeta así escrupulosamente el principio de titulación pública consagrado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Todo ello sin afectar tampoco a las respectivas competencias de notarios y registradores en cuanto a la redacción y formación del documento público y a su calificación una vez practicado el oportuno asiento de presentación.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de. 26-9-2018  
(BOE 16-10-2018)  
Registro Mercantil de Valencia, número VII

### CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE LA MINORÍA

Se reitera nuevamente la abundante doctrina al respecto en el sentido de que, existiendo auditor designado e inscrito a solicitud de la minoría, no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no se acompaña el informe de verificación efectuado por dicho auditor. El registrador debe calificar de acuerdo con el contenido del Registro, e inscrito el auditor en la hoja de la sociedad, ese asiento se encuentra bajo la salvaguarda judicial. El socio minoritario, promotor en su día del expediente, es el único que puede renunciar a que la auditoría la efectúe el auditor designado por el registrador presentando la oportuna instancia. En este caso, en el expediente promovido por el minoritario, la sociedad presentó recurso alegando existir un previo nombramiento voluntario por el órgano de administración. La DG, tras declarar que la fecha de designación de ese nombramiento no precisaba de una especial acreditación de fehaciencia, desestimó el recurso porque la sociedad ni había inscrito la designación de auditor voluntario, ni había acreditado en el expediente la entrega del informe de la auditoría realizada al socio solicitante, ni había hecho entrega, para su incorporación, del informe realizado. Resolución de 9-10-2018

(BOE 30-10-2018)  
Registro Mercantil de Cáceres.

**OBJETO SOCIAL. PROFESIONAL. ACTIVIDADES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL.**

El objeto contenido en los estatutos se compone de una larga lista de actividades reseñadas mediante el correspondiente código CNAE y descritas en la forma indicada en dicha clasificación. La finalidad de este código es estrictamente estadística, sin pretensión de inmiscuirse en la regulación civil o mercantil de las actividades a que se refiere. Dado que la determinación del objeto por el género comprende todas sus especies, puede que alguna actividad comprendida en el código CNAE utilizado no sea admisible en el caso concreto debido, por ejemplo, a la necesidad de un título profesional habilitante, una forma social concreta, o estar reservada a entidades especiales. Para que fuera entonces admisible, se requiere una previsión específica para que alguna de las especies comprendidas en el género quede excluida, sin que para ello sea suficiente una cláusula genérica como «*quedan excluidas las actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos que no puedan ser cumplidos por esta sociedad*». Así ocurre con las actividades propias de las sociedades profesionales, para cuya exclusión se requiere la declaración de que se trata de una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación. O como ocurre con actividades propias de bancos, instituciones de inversión colectiva, sociedades de capital riesgo, fondos de pensiones, intermediación en operaciones de valores o seguros; o reservadas a poderes públicos (como asuntos exteriores, defensa, seguridad social...).

Resolución de 25-10-2018  
(BOE 19-11-2018)  
Registro Mercantil de Albacete

**JUNTA. AUMENTO DE CAPITAL.**

La previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. En este caso los estatutos prevén correo certificado con acuse de recibo y se realiza por burofax, pero sin constar de la documentación aportada dicho acuse, por lo que no es admisible por la posible lesión a los derechos individuales del socio. En cuanto al contenido de la convocatoria, la jurisprudencia tiene elaborada una amplia doctrina muy ajustada al supuesto concreto, al igual que el Centro Directivo que señala que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del socio. La resolución destaca un gran número de sentencias y resoluciones al respecto. En el caso analizado se considera suficiente la referencia en la convocatoria «aumento de capital con emisión de participaciones» añadiendo los particulares precisos para el ejercicio del derecho de representación. No basta la manifestación de que el socio no asistente no hizo uso de su derecho de asunción preferente si, de la documentación presentada no resulta que los administradores hayan llevado a cabo las acciones pertinentes para el ejercicio de su derecho.

Resolución de 31-10-2018

(BOE 20-11-2018)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

#### ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

La resolución analiza la cuestión de la retribución de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014; la interpretación que de ella hizo la doctrina mayoritaria, coincidente con la del propio Centro Directivo; y lo declarado posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 2018, señalando que esta se aparta de lo que venía siendo el criterio mayoritario y que, por otra parte, es la única que ha recaído en ese sentido. Hace hincapié en la diferencia entre la redacción de la cláusula estatutaria que motiva el recurso ahora resuelto y aquella sobre la que se pronunció el TS que, a diferencia de aquella, excluía categóricamente toda reserva estatutaria y la competencia de la Junta respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos. Y se contrae exclusivamente a lo expresado en la nota de calificación que señala como defecto *«no establecerse el sistema o sistemas de retribución de los consejeros a los que se atribuyen funciones ejecutivas»* entendiendo que ello no es así pues el texto presentado a inscripción incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento.

Resolución de 10-10-2018

(BOE 29-11-2018)

Registro Mercantil de Cádiz, número II.

#### AUDITORES. OPINIÓN DENEGADA.

El registrador mercantil debe analizar el informe del auditor para comprobar si con el mismo se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización. Se pueden expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, favorable con salvedades, desfavorable y denegada. No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades, pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo (arts. 5 de la Ley de Auditoría y 6.1 de su Reglamento). El informe con opinión denegada no implica necesariamente la denegación del depósito de cuentas, que debe tener un carácter restrictivo, limitándose a casos en que de dicho informe resulte la afirmación de existencia de incumplimiento del deber de colaboración o sobre la imposibilidad de conocer el contenido de las cuentas. El registrador debe analizar el informe y especialmente las salvedades formuladas, por si de las mismas se deriva que pueda quedar frustrado el interés de los socios o de terceros. En el informe con opinión desfavorable también, como en el caso anterior, ha ido evolucionando la doctrina de la DG a una postura más flexible, debiendo accederse al depósito si en aquel se contiene una información detallada sobre los extremos

que llevan a emitir esa opinión. De otro modo se estaría vedando la publicidad de una información relevante para socios y terceros, que es una de las finalidades del depósito de cuentas en el Registro Mercantil y provocando un cierre registral con las consecuencias que ello conlleva. En el caso contemplado el informe afirma que respecto de determinadas partidas ha carecido de información o documentación, pero de ahí no resulta un incumplimiento del deber de colaboración, sino la constatación de un hecho que, de considerarse por parte legitimada como causa de nulidad, deberá ser alegado ante el tribunal que corresponda.

Resolución de 7-11-2018  
(BOE 29-11-2018)  
Registro Mercantil de Barcelona, número X.

#### **PARTICIPACIONES. CONSTITUCIÓN DE PRENDA. PROHIBICIÓN.**

La resolución, que reproduce las de 30 y 31 de julio de 2018, considera admisible la inscripción de una cláusula estatutaria por la que se prohíbe a los socios la constitución de derecho real de prenda sobre sus participaciones, ni utilizarlas como garantía ni para cualquier otro objeto que pueda dar como resultado su transmisión. Declara que estas restricciones permiten al socio la transmisión plena de sus participaciones, por lo que no lo convierten en prisionero de las mismas, ni le impiden obtener su valor patrimonial, ni rebasan los límites de la autonomía de la voluntad y se justifican por el hecho de que el título constitutivo de tales derechos reales puede atribuir determinados derechos a su titular que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad, como cuando se utiliza el usufructo o la prenda de participaciones para instrumentar sindicatos de voto.

Resolución de 8-11-2018  
(BOE 29-11-2018)  
Registro Mercantil de Valencia, número II.

#### **ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN. CONSEJERO DELEGADO. CONTRATO**

El caso analizado trata de un acuerdo de nombramiento de consejero delegado expresando que se ha celebrado y aprobado el contrato a que se refiere el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, y de los estatutos resulta que el cargo de administrador no es retribuido. La resolución analiza, como ya hizo en la reciente de 31 de octubre, la cuestión de la retribución de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014; la interpretación que de ella hizo la doctrina mayoritaria, coincidente con la del propio Centro Directivo; y lo declarado posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 2018, señalando que esta se aparta de lo que venía siendo el criterio mayoritario y que, por otra parte, es la única que ha recaído en ese sentido. Hace hincapié en la diferencia entre la redacción de la cláusula estatutaria que motiva el recurso ahora resuelto y aquella sobre la que se pronunció el TS que, a diferencia de aquella, excluía categóricamente toda reserva estatutaria y la competencia de la Junta respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos. Por ello, señala que en la resolución de 31 de octubre

la Dirección consideró inscribible una cláusula que no incluía mención alguna contradiciendo la eventual reserva estatutaria ni negando la competencia de la Junta para delimitar algunos elementos de su cuantificación. Señala la resolución que el artículo 249 establece la obligación de celebrar el contrato entre el consejero con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga, con base en la autonomía de la voluntad, que esas funciones se realicen gratuitamente, pues el contrato puede regular otros extremos como cláusulas de permanencia, consecuencias del cese en el cargo, etc., sin que deba presuponerse que el cargo es retribuido. También señala que aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la STS no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competería al registrador apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

## Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 11-10-2018  
(DOGC 19-10-2018)  
Registro de la Propiedad de Lleida, número 1

### MEDIANERÍA HORIZONTAL. IDENTIFICACIÓN DE FINCAS. INNECESARIEDAD DE GEORREFERENCIACIÓN.

La Dirección General de Registros y Notariado ya admitió esta figura en resolución de 20 de julio de 1998[1], más recientemente, la de 10 de octubre de 2017[2]. En cuanto a la Dirección General de Dret, esta ya se había pronunciado sobre esta materia en la resolución *JUS* 2012, 3039, de 10 de octubre[3]. El supuesto de hecho que dio origen a esta resolución es el siguiente: en una escritura se procede a la segregación de un local destinado a garaje que forma parte de una finca registral consistente en un edificio constituido por varias plantas y pisos pero que no se encontraba horizontalmente dividido. Presentada esta escritura en el Registro, se suspende la inscripción por no ser posible segregar parte de un local no dividido horizontalmente. La Dirección General confirma la nota. Aunque admite con carácter general la operatividad del principio del *numerus apertus*, cuya base está en la autonomía de la voluntad y en la libertad civil, que consagra el artículo 111.6 del Código civil de Cataluña (Fundamento de Derecho Segundo, reiterado en otras posteriores como el fundamento de Derecho primero punto uno de la resolución *JUS* 2016, 2316, de 14 de septiembre[4]), considera no obstante que al concreto caso resuelto son aplicables las normas de la propiedad horizontal, por lo que desestima el recurso. El comentario aludido en la nota al pie analiza la figura jurídica de la medianería. Brevemente, la doctrina tradicional apuntaba

como característica diferenciadora respecto de la comunidad ordinaria el hecho de que se trata de una comunidad pro diviso sobre el elemento medianero. Esta figura podía ser de origen voluntario o bien imponerse al otro propietario, como se desprendía de algunas Ordinaciones de Sanctacilia (12, 13, 22, 23, 52, 43, 44, 45), de modo que en estos últimos casos se asimilaba a una servidumbre legal recíproca. La Compilación, como indica la Direcció en esta resolución, ubicó su regulación en el Título III, que versaba sobre las servidumbres, pese a que autores como PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS<sup>[5]</sup> convenían en que la medianería realmente se trata de una restricción a la propiedad de un colindante en interés del otro, por lo que no era asimilable a la servidumbre. En la actualidad, el Libro V dedica el Capítulo V del Título V a su regulación como una comunidad especial, lo que lo dota de una naturaleza jurídica diferenciada de la de las servidumbres. En cuanto a la innecesidad de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, con la aportación de georreferenciación, el Centro Directivo ha ido interpretando la normativa hipotecaria emanada de la reforma operada por Ley 13/2015 de 4 de junio, y la Resolución-Circular de 26 de octubre de 2015, de modo que entiende que esta no es exigible, por ejemplo, en el supuesto de alteración de un lindero en ejercicio de una acción de deslinde (resolución de 6 de abril de 2016, Fundamento de Derecho cuarto) o en la declaración de obras nuevas en construcción o ampliaciones de obra nueva (resolución de 23 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho tercero) reiterada en la de 6 de febrero de 2017), cuando no se modifiquen las superficies de las fincas, como en este supuesto.

En resumen, en los supuestos de constitución de medianerías horizontales, la delimitación del derecho puede efectuarse en la forma que las partes tengan por conveniente sin que quepa acudir a otras instituciones jurídicas como el derecho de superficie y, siempre que no se modifiquen descripciones, no es preciso aportar la georreferenciación.

[1] Ver Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro. María Jesús LÓPEZ FRÍAS (*RCDI*-733, año LXXXVIII septiembre-octubre de 2012, páginas 2567 a 2600) o La medianería horizontal como supuesto distinto del inmueble constituido en régimen de Propiedad Horizontal». Capítulo IX del libro «La Propiedad Horizontal (en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia)». José Manuel GARCÍA GARCÍA (Ed. Civitas - Thomson Reuters, 2017).

[2] En el Fundamento de Derecho quinto señala esta resolución con cita de la resolución de 18 de abril de 2016 que en base a esta configuración del inmueble que se pretende inmatricular, debe admitirse que es un hecho —a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno— la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio. Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de «casas superpuestas», «casas a caballo», «casas empotradas», o la más técnica de «engalabernos», pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurran los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (cfr. art. 24 de la Ley sobre propiedad horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse

otras soluciones distintas, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005), o la de comunidad *sui generis* sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada sentencia de 28 de diciembre de 2001 y las resoluciones de esta Dirección General de 20 de julio de 1998 y 15 de septiembre de 2009). En la sentencia de Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005. *RJ* 2005, 3238 (MP: Clemente AUGER LIÑÁN) se desestima su existencia en el caso (fundamento de Derecho segundo). La Audiencia Provincial de Valencia también trata esta figura en la sentencia núm. 89/2013 de 22 febrero. AC 2013, 1047 (MP: José Alfonso AROLAS ROMERO).

Resolución de 16-8-2018

(*DOG* 8-11-2018)

Registro de la Propiedad de Badalona, número 3

#### PROCEDIMIENTO REGISTRAL. INDAMISIÓN DE RECURSO. PLAZO Y OBJETO.

Esta resolución aborda temas de carácter netamente procedimental. En cuanto al objeto del recurso, efectúa dos afirmaciones que son íntegramente coincidentes con la postura adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En primer término, delimita el objeto del recurso indicando que no puede ser cauce adecuado para solicitar una calificación positiva por el registrador. Así, la resolución de 19 de enero de 2012 considera en el fundamento de Derecho tercero que el recurso no cabe *contra asientos ya practicados, ni tiene por objeto exigir una determinada calificación, que será la que proceda conforme a Derecho*, en virtud de los artículos 18, 65 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Así, lo entienden también las resoluciones de 25 de julio de 2017 y 20 de noviembre de 2017, basada en el contenido de dichos preceptos y en la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de mayo de 2000). En segundo lugar, por haber sido objeto ya de recurso resuelto. Cuestión distinta a la planteada en este caso es la que resolvió la resolución de 1 de diciembre de 2014, que entiende que en el supuesto de resolución que revoque la calificación y que por motivos que no constaban, no se procedió a la inscripción, no resulta vinculante para el registrador que en el momento de la segunda presentación de dicho título era distinto de aquel que emitió la calificación revocada. En la resolución de 14 de enero de 2012 (Fundamento de Derecho quinto, reiterada en otras como la de 21 de octubre de 2012) afirma el Centro Directivo que la facultad de reiterar la presentación —que no era el caso de este supuesto, donde no hubo nueva presentación— y la petición de calificación, *ya de 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*. En cuanto a la postura de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, el fundamento de Derecho 5.2 de la resolución de 20 de marzo de 2007 se señala que, siguiendo los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 13 de noviembre de 2006, *una vez se ha eliminado la suspensión automática de las resoluciones del órgano directivo en virtud de la derogación expresa que se contiene en la disposición derogatoria de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, el mencionado*



*inciso solo se puede interpretar en el sentido que conste al registrador que se hubiera acordado la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución, ya que, tal como pasa en el esquema contencioso-administrativo, el órgano judicial civil es el único competente para acordar esta medida cautelar, si así se lo pide el recurrente.* Por su parte, la resolución 804/2011, de 16 de marzo, también se pronuncia acerca de la improcedencia de recurso cuando la resolución judicial desestimatoria contra una resolución que ya resolvió la cuestión ha devenido firme. Por lo que respecta al plazo de interposición, cabe citar la resolución de 15 de febrero de 2018, en cuyo fundamento de Derecho segundo resalta, reiterando otras anteriores, que no cabe una vez transcurrido un mes desde la interposición, aunque entra en el fondo por motivos de economía procedimental. No obstante, en caso de duda en cuanto a la extemporaneidad de la interposición siempre ha de resolverse en beneficio del interesado, para no conculcar su derecho a recurrir (Fundamentos de Derecho segundo de la resolución de 13 de junio de 2014 o 23 de octubre de 2017). En esta cuestión, la resolución JUS 2012, 900, de 16 de abril, de la Dirección General de Derecho se pronuncia sobre la notificación por medio de fax o la inadmisibilidad cuando se interpone fuera de plazo (Fundamento de Derecho único de la resolución JUS 2016, 1221, de 2 de mayo). En resumen, no cabe recurso contra una calificación que fue confirmada por resolución firme de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas.

**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

¿Se puede renunciar a la patria potestad? \*

*Is it possible to renounce parental authority?*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** Un padre no puede renunciar a la patria potestad sobre sus hijos menores como excusa para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, pues dicha decisión responde al propio interés del padre y no al interés y beneficio del menor. Los deberes que son inherentes a la patria potestad son *inexcusables* al estar establecidos en favor del menor.

**ABSTRACT:** *A father can not relinquish parental authority over his daughter as an excuse to avoid fulfilling his obligations, since it responds to the father's own interest and not to the interest and benefit of the minor. Duties that are inherent to parental authority and are inexcusable to be established in favor of the child.*

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad parental. Menores.

**KEY WORDS:** *Parental authority. Minors.*

---

\* 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.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA RENUNCIA COMO INTENTO DE ELUSIÓN DE LOS DEBERES CONFIGURADORES DE LA PATRIA POTESTAD.—II. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD: INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INHERENTES A ELLA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RENUNCIA DE LOS TITULARES DE UN DERECHO SUBJETIVO. ARTÍCULO 6.2 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. INCUMPLIMIENTO CONSTANTE, GRAVE Y PELIGROSO DE LOS DEBERES INEXCUSABLES. 4. EXAMEN DE DIFERENTES EJEMPLOS DE ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA PATRIA POTESTAD EN BENEFICIO DEL PROGENITOR.—III. ¿CABRÍA LA RENUNCIA DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA?—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TS y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA RENUNCIA COMO INTENTO DE ELUSIÓN DE LOS DEBERES CONFIGURADORES DE LA PATRIA POTESTAD

La Audiencia Provincial de Badajoz, en sentencia de 11 de octubre de 2017, considerada como sentencia relevante, sienta doctrina indicando que *un padre no puede renunciar a la patria potestad sobre su hija como excusa para eludir el cumplimiento de sus obligaciones*, alegando que así se evitan conflictos y problemas con la madre. Pues ello responde al *propio interés del padre* y no al interés y beneficio de la hija. Asegurando que *«lo que realmente subyace es una excusa para eludir el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, los cuales son inexcusables y vienen establecidos en favor de la menor»*<sup>1</sup>.

La sentencia considera que no es admisible aceptar la renuncia expresada por el padre, en su deseo de evitar enfrentamientos y malas relaciones con la madre de la menor, y declara que el allanamiento de dicho progenitor a la pretensión de la madre no es suficiente para estimar la demanda por cuanto *no concurre causa alguna de privación de la patria potestad* sobre su hija.

¿En qué momento nuestra sociedad hace pensar que realmente los deberes de la patria potestad suponen una carga auténtica de los padres para sus hijos, producido en la inexistencia y en el desapego de las relaciones entre padres e hijos, generalmente tras la ruptura convivencial de los progenitores, o, en la ruptura familiar? La respuesta recae en el cambio de valores familiares existentes en una sociedad en la que se busca el disfrute individual automático al minuto, donde las relaciones cambian con rapidez, y donde se ha producido una minusvaloración de la familia. Recordamos la teoría de Zygmunt BAUMAN, sociólogo polaco a quien traemos a colación aquí por su amplia obra que estuvo marcada por los términos «modernidad líquida», «sociedad líquida» o «amor líquido» para definir el actual momento de la historia<sup>2</sup>.

La sociedad líquida que conceptualizó BAUMAN define el actual momento histórico en el que se han desvanecido las instituciones sólidas que marcaban nuestra realidad y se ha dado paso a una realidad marcada por la precariedad, el ritmo cambiante e inestable, la celeridad de los acontecimientos y la dinámica agotadora y con tendencia al individualismo de las personas. Así la familia «no es sólida» pues «nuestros acuerdos son temporales, pasajeros, válidos solo hasta nuevo aviso». A su juicio vivimos en una sociedad líquida en la que las pertenencias y los vínculos han desaparecido. Un mundo en el que los parámetros del consumo se aplican a las relaciones amorosas. En su obra propone el desarrollo de relaciones personales en las ciudades para humanizar la vida compleja, carente de vínculos y pertenencia que con frecuencia sufrimos.

La búsqueda en todo momento del bienestar en ese cambio de relaciones, donde los menores están en situación de mayor vulnerabilidad, es donde el legislador y todos los mecanismos legales, y, sobre todo los aplicadores del Derecho, deben estar muy atentos a su protección.

Y esa es la labor que, continuamente, los Tribunales están realizando. Recordemos las decisiones judiciales que han marcado en los últimos años una línea que no debe traspasarse. Y así se ha determinado que, por ejemplo, hay un mínimo vital por cada hijo para la entrega obligatoria de pensión vital...<sup>3</sup>, la obligación de los padres de pasar la pensión a *todos* los hijos independientemente de que sean fruto de una unión anterior<sup>4</sup> o de una unión presente o actual<sup>5</sup>, la posibilidad de los padres en prisión de ser visitados por sus hijos...<sup>6</sup>.

## II. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD: INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INHERENTES A ELLA

### 1. INTRODUCCIÓN

El Capítulo IV del Título VII del Libro Primero «De las personas» del Código civil, recoge en tres preceptos la extinción de la patria potestad.

El primero de ellos el 169 del Código civil nos recuerda que la patria potestad se acaba por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, o por su emancipación, o por la adopción del hijo.

Seguidamente el artículo 170 del Código civil concreta los supuestos de privación total o parcial de la patria potestad por sentencia *fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*. Aunque pensando siempre en el superior interés del menor los Tribunales podrán acordar su *recuperación* cuando hubiere *cesado la causa* que motivó la privación.

Para comenzar a analizar la privación de la patria potestad debemos recordar que el artículo 154 dispone que la responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Corresponsabilidad parental, término moderno equiparable en contenido, a la patria potestad introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» de 29 de julio).

Precepto que además insiste en concretar que dicha función de responsabilidad parental comprende el *deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de representarlos y administrar sus bienes*.

### 2. LA RENUNCIA DE LOS TITULARES DE UN DERECHO SUBJETIVO. ARTÍCULO 6.2 DEL CÓDIGO CIVIL

El Código civil posibilita la renuncia expresa de los titulares de un derecho subjetivo en el artículo 6.2.º del Código civil dentro del Título Preliminar, *al posibilitar que la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo será válida cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros...*

En el ejemplo de nuestra sentencia no sería una renuncia expresa directa del cotitular del derecho, sino que es un planteamiento por parte del otro cotitular

alegado ante el incumplimiento reiterado de los que subjetivamente la parte señala y califica como de reiterado...

El planteamiento puede calificarse, a nuestro juicio como de maquiavélico, pues por un lado, la parte con su *estratagema* trata de convertirse en juzgador y aplicador del derecho indicando indirectamente la privación de la patria potestad del otro progenitor a través del mecanismo legal de la renuncia, por otro lado, porque unilateralmente ese progenitor trata de eliminar la posibilidad de que el menor goce de los beneficios del padre, y, en último término, el otro progenitor acepta como si fuera suyo el planteamiento de la renuncia para eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero ¿qué implica y qué conlleva el hecho de renunciar a la paternidad por parte de uno de los titulares? En el caso que nos ocupa realmente el padre-renunciante abandonaría su derecho dejando que el otro titular, que generalmente es el progenitor custodio, haga frente en solitario a la titularidad del derecho-deber de la patria potestad. Pero tengamos en cuenta que la patria potestad no es un derecho subjetivo al que se pueda renunciar, como se indica en la sentencia.

Si el tribunal hubiese aceptado la posibilidad de la renuncia por parte de un cotitular, lo que realmente ocurriría es que el renunciante abandonaría su derecho «a su suerte» dejando su titularidad vacía que sería «acrecida» por el otro cotitular: se produciría una transmisión de hecho de la totalidad de la patria potestad al otro cotitular.

Sería una situación parecida a la que se produce en los supuestos de aquellos padres biológicos que *asienten* a la adopción del menor a favor de los padres adoptantes, donde lo que jurídicamente se está produciendo no es el abandono o renuncia de la patria potestad, aunque así resulte desde el punto de vista de hecho, sino que lo que se está produciendo es *un cambio en la titularidad* de la misma<sup>7</sup>. La adopción es una figura jurídica que produce la extinción de la patria potestad en los padres biológicos y no su asentimiento a la adopción.

Tímidamente la sentencia realiza una afirmación que realmente es utilizada como un «arma» por la progenitora custodia: indica que el incumplimiento del régimen de visitas del padre puede ser incluso consecuencia de los impedimentos que habría puesto la madre. De manera que si el tribunal hubiera posibilitado la renuncia de la patria potestad encubiertamente se estaría posibilitando el juego de un mecanismo por el cual todo aquel custodio único de un menor podría al «no posibilitar» el régimen de visitas al otro progenitor, si este no fuera muy «escrupuloso con el cumplimiento de sus obligaciones paternas» renunciar a la patria potestad y acabar definitivamente con la imposición de tales obligaciones perjudicando gravemente los derechos del menor. Fomentándose con ello, el acuerdo tácito entre los progenitores para conseguir sus objetivos individuales en detrimento de los derechos del menor.

En ningún caso, la renuncia de la patria potestad podría tener la consideración de ser un «alivio» para los padres, ni indirectamente convertirlo en un mecanismo de elusión de sus deberes.

El ordenamiento jurídico no admite la renuncia a la patria potestad porque esta no es un derecho subjetivo de ejercicio voluntario, y, consiguientemente, su extinción no se liga en ningún supuesto a la voluntad del titular de la misma.

### 3. INCUMPLIMIENTO CONSTANTE, GRAVE Y PELIGROSO DE LOS DEBERES INEXCUSABLES

Son varios los comentarios en los que hemos insistido que lo que *siempre* debe prevalecer en estos supuestos es el superior interés del menor, la situación

en la que hoy nos hemos detenido *de renuncia expresa a la patria potestad y a las inexcusables obligaciones del padre*, exige el examen para su privación que se pruebe, como requisito imprescindible, el *incumplimiento de los deberes inherentes a la misma de manera constante, grave y peligrosa para el menor como beneficiario y destinatario de la patria potestad*.

La sentencia de la AP de Badajoz fundamenta a su vez su doctrina en que las alegaciones de la madre centradas en el incumplimiento del padre del régimen de visitas y del impago de la pensión alimenticia *son simples infracciones* y no las considera como *absolutas y determinantes a efectos de justificar privar al padre de la patria potestad*. Y ello porque los impagos de la pensión son intermitentes. Además no considera «creíble» que la menor tenga relación con los abuelos y demás familia paterna, y sin embargo esté desatendida por el padre. Concretamente indica la sentencia que tal comportamiento pone de manifiesto «aunque sea mínima o limitada» la existencia de relación del padre con la niña.

Acertadamente señala que «en caso de incumplimiento de dichos deberes, el progenitor incumplidor debe *asumir las consecuencias que de ello deriven, pero no puede admitirse tratar de obviarlos en interés única y exclusivamente propio*».

De hecho, el legislador al regular el convenio regulador ha otorgado preferencia a los pactos asumidos por los progenitores de común acuerdo pero siempre pensando en los intereses del menor, de ahí que no sea firme hasta que judicialmente no se aprueba. Precisamente en virtud de la autonomía de la voluntad de los padres pueden concretar quién asumirá la guarda y custodia y el régimen de visitas que corresponde al progenitor no custodio, pactos que vincularán al juez y quien previamente deberá homologar. No obstante, si los mismos perjudicasen el interés del menor o «cuando a través de ellos se busque el total vaciamiento de funciones del progenitor no custodio, bien porque así lo quiere y pretende realizar un abandono encubierto de una potestad que es irrenunciable, o porque a través del mismo se le trata de imponer tal renuncia por parte del progenitor que asume la guarda y custodia» carecerán de virtualidad. Del mismo modo serían totalmente «recriminables» y serían totalmente inválidos aquellos pactos en que los que se pretenda vulnerar el sentido propio de la guarda y custodia, atribuyéndose el ejercicio de todas las funciones al progenitor no custodio.

Hay que tener en cuenta que hay determinados tipos penales que llevan aparejada la pena de inhabilitación de la patria potestad. Así, el artículo 170 del Código civil, indica que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial<sup>8</sup>. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. Como hemos visto en trabajos anteriores los jueces y tribunales no son muy proclives a la privación de la patria potestad últimamente.

El incumplimiento de los deberes que encarnan la patria potestad no puede ser voluntario, aunque explícitamente el Código civil no lo diga así, porque se infiere del principio básico del interés superior del menor.

#### 4. EXAMEN DE DIFERENTES EJEMPLOS DE ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA PATRIA POTESTAD EN BENEFICIO DEL PROGENITOR

El supuesto objeto de comentario no es un caso aislado. Hay varias sentencias en sede de distintas Audiencias Provinciales que han resuelto problemas idénti-



cos, centrados básicamente en los supuestos en que el padre —que generalmente no tiene la guarda y custodia de los menores, y que no quiere hacer frente a los deberes de la patria potestad— solicita su renuncia siempre pensando en su interés económico<sup>9</sup>.

La posición de los Tribunales en los supuestos es siempre concorde al principio del interés superior del menor señalando la improcedencia de la privación de la patria potestad por incumplimiento del demandante de sus deberes como padre, y contrariamente a lo pedido por aquel, *remarcando la necesidad de establecer el mantenimiento del sistema de visitas* que puede ser más o menos limitado, no procediendo a su supresión pese a que no exista relación entre el padre y el menor, porque la finalidad siempre es potenciar el mantenimiento o el inicio de las relaciones paterno-filiales.

Pues bien, uno de los ejemplos prácticos de renuncia de la patria potestad por parte de los padres que supone haber realizado un acto material y formal de desamparo podría ser el supuesto en el que *estos abandonan el hospital sin el menor* firmando, además, *una renuncia a la patria potestad*<sup>10</sup>.

Se podría decir también que «de hecho» los padres también renuncian a su patria potestad cuando dejan a sus hijos menores originando una situación de desamparo sobre los mismos declarada judicialmente con posterioridad.

Recordemos el supuesto de la sentencia del TS, (de unificación de doctrina) Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, que fijó como doctrina jurisprudencial que la entidad pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada<sup>11</sup>.

La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que ocurre en este caso, en el que la medida se adopta para garantizar la protección e integridad física y psicológica de la menor, a partir de un análisis detallado de todas las pruebas que se han practicado, en beneficio e interés de la menor.

En este caso aparece un nuevo elemento que es la entidad pública que tiene en régimen de acogimiento al menor, por lo que los dos progenitores son no custodios y tienen el derecho de comunicación y visita. Menores que aunque estén en este régimen específico *porque sus progenitores no ejerzan sobre ellos la patria potestad* tienen derecho, en principio, a relacionarse con sus progenitores, (art. 160 CC)<sup>12</sup>.

O también, el de la renuncia al acogimiento preadoptivo de un menor por uno de los progenitores, continuando con el otro, cuando se produce el divorcio entre ambos cónyuges<sup>13</sup>.

Por el contrario, y siguiendo con la línea mantenida por la sentencia que hoy comentamos, no podría ser causa de renuncia a la patria potestad, como forma de eludir su obligación alimenticia, acreditar la situación de desempleo, pero no constando que tenga problemas físicos o psíquicos que le impidan desarrollar algún trabajo para poder afrontar el pago de la moderada cuantía de la pensión fijada. Y aún acreditando tal imposibilidad de hacer frente a su obligación siempre que prime el beneficio de la relación padre-hijo apreciada por el tribunal en cada caso

no podrá ser causa de extinción de la patria potestad, y ello porque partimos de la afirmación de que: los deberes inherentes a la patria potestad son inexcusables<sup>14</sup>.

### III. ¿CABRÍA LA RENUNCIA DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA?

El artículo 171 del Código civil trata del supuesto específico de la prórroga de la patria potestad, que —en parte— pudiera parecer que se aleja de nuestro comentario. Indica que la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.

En estos casos de patria potestad prorrogada se entenderá que finalizará, siguiendo nuestro Código civil, cuando fallezcan ambos padres o el hijo, o con la adopción del hijo, o por declaración judicial de cesación de la incapacidad, o en el caso en el que el hijo contraiga matrimonio. No obstante nos recuerda el Código civil que en el caso de que cese la patria potestad prorrogada, subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

El supuesto que nos planteamos no es descabellado pues han sido varias las sentencias en las que se ha estudiado el *intento de elusión*, generalmente del progenitor no custodio, de sus deberes derivados de la patria potestad para con el hijo discapacitado sobre el que se tiene rehabilitada la patria potestad<sup>15</sup>.

El TC entiende que la expresión *interés superior del discapacitado* es una directriz básica que debe inspirar el Derecho moderno de los discapacitados, apelándose a la dignidad de la persona, ya que dicho interés, además de principio general de Derecho privado, constituye *per se* un principio constitucional (derivado del artículo 10 CE —el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad—, en relación con el artículo 14 CE —el derecho a la igualdad—) y uno de los principios rectores amparados por nuestra Constitución en el artículo 49. La norma suprema le otorga la superioridad normativa formal que ella misma implica, es una garantía para los ciudadanos, y, sobre todo, vincula a los poderes públicos<sup>16</sup>.

El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE. Para la obtención de esta finalidad resulta prioritario el cambio de las actitudes hacia estas personas por la sociedad en su conjunto, más aún en *el caso de los progenitores de un hijo que se halla en tal circunstancia*. Lo cual presume como derecho vital mínimo la continuidad en su derecho de alimentos en base al artículo 142 y siguientes del Código civil, como solución ética e inmediata al problema. En caso contrario se estaría produciendo una supresión de los derechos del discapacitado, que no olvidemos son equiparables a los hijos menores, pues pueden incluso resultar más aún necesitados de protección.

### IV. CONCLUSIONES

I. Los deberes inherentes a la patria potestad son inexcusables y se hallan establecidos en favor de los menores.

II. No cabe la renuncia de un padre (ni directa ni indirectamente) a la patria potestad como forma de elusión del *cumplimiento de sus obligaciones*. Tal decisión responde al *propio interés del padre* y no al interés y beneficio del menor.

III. El ordenamiento jurídico no admite la renuncia a la patria potestad porque esta no es un derecho subjetivo de ejercicio voluntario, y, consiguientemente, su extinción no se liga en ningún supuesto a la voluntad del titular de la misma.

IV. En ningún caso la privación de la patria potestad puede ser «un alivio» de los padres. Y consiguientemente tampoco en el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada de aquellos hijos mayores de edad discapacitados y necesitados de protección específica, donde el ordenamiento jurídico prima además el interés superior del discapacitado

## V. BIBLIOGRAFÍA

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., El asentimiento a la adopción de los padres del adoptando no emancipado, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 9, Primer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 45/2016).

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental, en *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial La Ley.

IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I., Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial, en *RCDI. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 740, noviembre-diciembre, 2013, 4157 a 4172.

— Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 742, marzo-abril, 2014.

— Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor, en *RCDI. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 763, septiembre-octubre.

— El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores, en *RCDI. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 757, septiembre-octubre, 2829 a 2844.

— Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo, en *RCDI. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 753, enero-febrero, 435 a 449.

— Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, en *RCDI, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil. Derecho civil*, núm. 747, enero-febrero, 355-370.

— La curatela y el discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». Estudio jurisprudencial, en *RCDI. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 740, noviembre-diciembre, 2013, 4109-4123.

ZYGMUNT, B., *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Ed.: Fondo de cultura económica de España, 2005.

## VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRO- NOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de sentencia:

- 321/2015. Núm. de Recurso: 722/2014. Diario La Ley, núm. 8577, Sección La Sentencia del día, 7 de julio de 2015, Editorial La Ley (La Ley 2015, 79678).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 711/2016 de 25 de noviembre de 2016, Rec. 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 171487/2016. ECLI: ES:TS:2016:5164.
  - Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, sentencia 211/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 265/2017. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN. La Ley 157076/2017. ECLI: ES: APBA:2017:930.
  - Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, sentencia 231/2017 de 9 de Junio de 2017, Rec. 596/2016. Ponente: José Manuel GARCÍA SÁNCHEZ. (La Ley 130086/2017). ECLI: ES:APGR:2017:748.
  - Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.<sup>a</sup>, Sentencia 92/2016 de 29 de febrero de 2016, Rec. 457/2015. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. (La Ley 18612/2016). ECLI: ES:APAB:2016:182.
  - Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, Auto 46/2007 de 22 de febrero de 2007, Rec. 864/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 54213/2007).

## VII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española: artículos 10, 14, 39 y 49.
- Código civil. Artículos 142 y sigs.; y 169,170 y 171.
- LO 1/1996, 15 de enero («BOE» de 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» de 29 de julio).

## NOTAS:

<sup>1</sup> Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, Sentencia 211/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 265/2017. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN. LA LEY 157076/2017. ECLI: ES:APBA:2017:930.

<sup>2</sup> ZYGMUNT, Bauman: *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Ed: Fondo de cultura económica de España, 2005.

<sup>3</sup> Mi comentario sobre Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial, en *RCDI*. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 740, noviembre-diciembre, 2013, 4157 a 4172.

<sup>4</sup> *Vid.* Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI*. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 742, marzo-abril, 2014.

<sup>5</sup> *Vid.*, mi pequeña aportación sobre Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 763, septiembre-octubre.

<sup>6</sup> *Vid.*, El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 757, septiembre-octubre, 2829 a 2844.

<sup>7</sup> Idea propuesta para el Acogimiento familiar \_versus\_ paternidad. (El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental), por CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, en *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial La Ley.

<sup>8</sup> Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 711/2016 de 25 de noviembre de 2016, Rec. 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS, La Ley 171487/2016. ECLI: ES:TS:2016:5164.

«Se otorgó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pero no se accedió a la solicitud de privación de la misma al padre mientras se sustanciaba el proceso penal seguido contra este por un presunto delito de homicidio intentado de la esposa. Era preciso un pronunciamiento condenatorio firme que desvirtuara la presunción de inocencia del padre. Se adoptaron medidas cautelares para proteger el interés de la menor. En este momento existe condena firme por delito de homicidio en grado de tentativa, incluyéndose en el fallo la privación de la patria potestad sobre su hija menor. Dicha sentencia penal es firme por lo que se tiene por declarada la privación de patria potestad del padre en relación con su hija, pero sin estimar el recurso porque la sentencia recurrida no ha infringido precepto alguno».

<sup>9</sup> Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, sentencia 92/2016 de 29 de febrero de 2016, Rec. 457/2015. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. (La Ley 18612/2016). ECLI: ES:APAB:2016:182.

<sup>10</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, auto 46/2007 de 22 de febrero de 2007, Rec. 864/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE (La Ley 54213/2007).

<sup>11</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de sentencia: 321/2015. Núm. de recurso: 722/2014. Diario La Ley, núm. 8577, Sección La Sentencia del día, 7 de julio de 2015, Editorial La Ley (La Ley 2015, 79678).

<sup>12</sup> *Vid.* Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 753, enero-febrero, 435 a 449.

<sup>13</sup> Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, sentencia 231/2017 de 9 de junio de 2017, Rec. 596/2016. Ponente: José Manuel GARCÍA SÁNCHEZ. (La Ley 130086/2017). ECLI: ES:APGR:2017:748.

Renuncia de la esposa al acogimiento de un menor. Vinculación de los bienes comunes comprometidos inicialmente para el bienestar del menor cuando el acogimiento prosigue respecto al esposo, a quien debe atribuirse el uso de la vivienda familiar, en pro del superior interés del menor, ello aun cuando las medidas en materia de hijos inherentes a la sentencia de nulidad, separación o divorcio, no amparan los intereses de los menores de edad en régimen de acogimiento al no tener estos la condición de beneficiarios porque la relación de acogimiento no se rige por los derechos y deberes propios de la patria potestad. El cónyuge acogedor que renuncia no puede anteponer su propio interés surgido de la sobrevenida ruptura matrimonial, a las consecuencias económicas derivadas del compromiso previo de aportación de los bienes y recursos a disposición del matrimonio al tiempo del acogimiento en beneficio del menor acogido. La renuncia al acogimiento por uno solo de los cónyuges acogedores solo le libera de las obligaciones personales pero no de las materiales cuando el acogimiento prosigue con respecto a quien accedió a él conjuntamente.

<sup>14</sup> Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, sentencia 92/2016 de 29 de febrero de 2016, Rec. 457/2015. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. (La Ley 18612/2016). ECLI: ES:APAB:2016:182.

<sup>15</sup> *Vid.* Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad / *Parents obligation to provide support to disabled eldest son* en *RCDI*. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil. núm. 747, enero-febrero, 355-370.

La discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Es obligación de los padres la asistencia de todo orden a sus hijos, no solo menores. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2014, declara haber lugar al recurso de casación formulado por la madre y desestima la demanda interpuesta por el progenitor en lo que se refiere a la supresión de los alimentos a favor de uno de los hijos.

<sup>16</sup> Recordemos La curatela y el discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». Estudio jurisprudencial, en *RCDI*. Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 740, noviembre-diciembre, 2013, 4109-4123.

## 1.2. Familia

# La reclamación de la filiación no matrimonial: legitimación y efectos

## *The claim of the filiation not matrimonial: Legitimization and effects*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Uno de los medios de determinación de la filiación no matrimonial es por sentencia judicial mediante el ejercicio de la acción de reclamación con o sin posesión de estado e interés legítimo. A la determinación de la filiación no matrimonial paterna y materna en especial la que tiene lugar por sentencia judicial, la problemática que plantea y los efectos que se derivan de la filiación ya determinada es el objeto del presente estudio.

**ABSTRACT:** *One of the means of determination of the filiation is for judicial judgment by means of the exercise of the action of claim with or without possession of condition and interest legitimize. To the determination of the not matrimonial paternal and mother filiation especially the one that takes place for judicial judgment, the problematics that it raises and the effects that stem from the already certain filiation it is the object of the present study.*

**PALABRAS CLAVE:** Filiación. Acción de reclamación. Posesión de estado. Interés legítimo. Progenitores y patria potestad.

**KEY WORDS:** *Filiation. Action of claim. Possession of condition. Legitimate interest. Progenitor and native legal authority.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: 1. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL.—III. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.—IV. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CONSTANTE POSESIÓN DE ESTADO: A) *Concepto de posesión de estado.* B) *Título con interés legítimo.* 2. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL SIN POSESIÓN DE ESTADO.—V. EFECTOS DE LA FILIACIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La relación paterno-filial opera sobre la base de una relación de filiación que, tiene su fundamento, esencialmente, en una realidad biológica —el hecho biológico de la generación—. Si bien, es posible que se prescinda de la perspectiva biológica, sustituyendo el hecho de la generación por el acto jurídico de la adopción. En todo caso, podemos definir la filiación como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»<sup>1</sup>. Este vínculo tiene una dimensión biológica derivada 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>; siendo caracteres atribuibles a la filiación que: a) Es una cualidad personalísima e influye en la identificación de la persona a través de los apellidos (art. 109 CC); b) Es una cualidad *extra commercium*, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código civil; c) Su régimen jurídico está trascendido por el interés público de donde se deriva que el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado; no cabe la transacción ni arbitraje; debe haber constancia oficial en instrumento idóneo (el Registro Civil); y, tiene el Ministerio Fiscal una especial intervención en su determinación y también en acciones y procesos de filiación; y, d) La defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma, pudiendo su negación dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, patrimoniales y morales<sup>3</sup>.

Ahora bien, puede ocurrir que la filiación biológica no coincida con la filiación jurídica, bien porque sea desconocida la filiación biológica (hijo de padres desconocidos), bien porque sea atribuida la filiación jurídica por error a quien biológicamente no es progenitor (reconocimiento objetivamente inexacto). Asimismo, puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción, o cuando se reconoce de forma inveraz, siendo consciente el reconocedor que, no es padre biológico del menor/hijo (reconocimiento de complacencia)<sup>4</sup>.

La doctrina moderna se refiere a los conceptos de título de atribución y título de legitimación, que empleó primero DE CASTRO en relación con el estado civil de la persona, entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil; y por título de legitimación, el que proclama a una persona a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados, o «los signos suficientes que acreditan a una persona, a todos los efectos, como titular de un estado de filiación», y se caracteriza por ser constitutivos de un estado civil y tener fuerza acreditativa suficiente respecto del mismo<sup>5</sup>. Los medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código civil, en cuanto representan mecanismos jurídicos de constatación formal de la filiación. Por su parte, los títulos de legitimación son los contenidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal así: La inscripción del nacimiento en el Registro Civil, el documento o sentencia firme que determina legalmente la filiación y la posesión de estado. Son *numerus clausus*, lo que no impide que en el tráfico se admitan otros medios y pruebas para demostrar la filiación como presupuesto para ejercitar el derecho. Asimismo, el Ordenamiento fija los medios

a través de los cuales cabe probar la existencia de esa relación jurídica de filiación entre dos personas que, son los medios de prueba de la misma. La prueba puede realizarse, bien en el marco de un proceso judicial, bien en el tráfico jurídico ordinario, cuando sea preciso acreditar la existencia de una filiación<sup>6</sup>. Señala RUEDA ESTEBAN al respecto que establecimiento o determinación de la filiación «es constatación hecha en forma legal de la identidad de los progenitores de una persona»; y medios de prueba «son el conjunto de circunstancias fácticas que configuran, acreditan o hacen certeza de la realidad de unos hechos o actos que son los que servirán de apoyatura para determinar la filiación»<sup>7</sup>.

En este contexto, la filiación se encuentra regulada en los artículos 108 a 141 del Código civil, cuya vigente redacción procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo con el objetivo de adaptar la originaria regulación del Código civil a la Constitución española en cuyo artículo 14 dispone que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del matrimonio, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>8</sup>, y, asimismo, el artículo 39 señala que «los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad». Esta reforma también afecta al régimen de la patria potestad y al régimen económico matrimonial<sup>9</sup>. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ siguiendo a GARCÍA CANTERO, señala que, el sentido de la citada reforma se puede sintetizar en los siguientes principios: 1. La supresión de la estratificación de los hijos en clases separadas y, la utilización de una nueva terminología en la que se destaca la sustitución de las expresiones «filiación legítima» y «filiación ilegítima», por las de «filiación matrimonial» y «filiación no matrimonial», desapareciendo con ello las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «hijo ilegítimo»; 2. Establecimiento del principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación: 3. Mantenimiento de la diversidad de medios de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial; 4. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad, y la admisibilidad de cualquier otra clase de pruebas; 5. Impera una concepción más realista de la filiación con una eficaz preocupación por la igualdad de los hijos; 6. Se opta por una maternidad/paternidad verdadera, en que la realidad biológica coincide con la jurídica. Esto es, se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica<sup>10</sup>; 7. El interés o beneficio del hijo preside toda la regulación de la filiación<sup>11</sup>. Esta redacción del Código civil tras la reforma por Ley 11/1981 ha experimentado diversas reformas, como la operada por Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que, derogó y dejó sin contenido los artículos 127 a 130 y 135 del Código civil, así como el segundo párrafo del artículo 134. El contenido material de tales preceptos se encuentra regulado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en los artículos 764, 765, 767 y 768; o por otras de menor alcance, como la supresión del calificativo de «plena» referido a la adopción en el artículo 108.2 del Código civil por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor o la reforma de los apellidos por la Ley 40/1999, 5 de noviembre. Asimismo, esta regulación del Código civil, por una parte, se ha visto afectada por varias sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado: 1. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código civil «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr, aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil»<sup>12</sup>; 2. La inconstitucionalidad del párrafo primero del



artículo 133 del Código civil, «en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado»<sup>13</sup>, y, por otra, ha sido modificada recientemente la misma por los artículos 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia —en concreto, los artículos 133, 136, 137, 138 y 140—<sup>14</sup>. En esta breve reseña normativa, hay que señalar, asimismo, por una parte, la regulación especial para la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, contenida inicialmente en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, ahora la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), que ha sido modificada parcialmente, a su vez, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en concreto, en su disposición adicional primera ha añadido un párrafo tercero al artículo 7 posibilitando la doble maternidad por naturaleza respecto a las mujeres casadas entre sí; y, por otro, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en cuya disposición final décima señala que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava, y las disposiciones finales tercera y sexta que, entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que supone no solo la modificación de la Ley de Registro Civil de 1957 y de su Reglamento en lo que se refiere a la constancia registral de la filiación (arts. 26 a 28, 47 a 52 de la LRC y 181 a 191 del RRC)<sup>15</sup>, sino también de otras materias como el orden de los apellidos (art. 49 de la LRC), que, igualmente, afectan a la materia de filiación —si bien, tras la modificación de la disposición final décima de la Ley 20/2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio se proroga su entrada en vigor al 30 de junio de 2017, que no ha tenido lugar, pues, de nuevo por la Ley 5/2018, de 11 de junio en su disposición final primera se modifica tal disposición final décima y se proroga la entrada en vigor al 30 de junio de 2020 excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal que entraron en vigor el día 30 de junio de 2017—; no obstante, indicar que, los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66 y 67.3 y disposición adicional novena de la LRC en la redacción dada por la Ley 19/2015 han entrado en vigor el 15 de octubre de 2015; y, asimismo, señalar los artículos 23 a 26 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) relativos a la autorización o aprobación judicial de reconocimientos de filiación no matrimonial<sup>16</sup>. Recientemente —el 21 de septiembre de 2018— se ha presentado el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que, pretende la completa adaptación de nuestro ordenamiento en relación con las instituciones de protección de menores y discapacitados a la Convención Internacional de la ONU sobre personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 que, respecto de la materia de filiación da una nueva redacción al párrafo segundo del artículo 112, artículos 121, 124, 125 y los apartados 1 y 2 del artículo 137 del Código civil, y el artículo 83.1 de la LRC respecto a los datos que se consideran especialmente protegidos.

Sobre tales bases, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción<sup>17</sup>. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 CC). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta

medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción<sup>18</sup>, mientras otros a la filiación por naturaleza<sup>19</sup>, si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*)<sup>20</sup>. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código civil —en la redacción dada por la Ley 19/2015— por: 1. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; 2. El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 3. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 4. Por sentencia firme; y, 5. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. La determinación de la filiación puede ser judicial o extrajudicial, siendo esta la más habitual. Precisa RUEDA ESTEBAN que «la ley fomenta la determinación extrajudicial por economía de medios y agilidad, y se reserva la determinación judicial a los casos en que no cabe la primera o es contradictoria, o a aquellos en que la determinación legal no se corresponde con la filiación real»<sup>21</sup>. Asimismo, para DE LA CÁMARÁ ÁLVAREZ «la determinación extrajudicial de la filiación solo es posible merced a procedimientos preestablecidos por la Ley. Es decir, para determinar extrajudicialmente la filiación no cabe invocar cualquier medio de prueba, sino que han de acreditarse precisamente unos extremos concretos y en la forma que el Derecho positivo establece. Solo cuando es preciso recurrir a la determinación judicial de la filiación se admite que la filiación intente probarse utilizando con libertad todas las pruebas susceptibles de ser empleadas»<sup>22</sup>.

En cuanto a la LTRHA, para determinar la filiación el artículo 7.1 remite a las leyes civiles, a salvo las especificaciones contenidas en los tres artículos siguientes —en concreto, los artículos 8 a 10 de la LTRHA—. Por lo que, supone la remisión a la regulación contenida en los artículos 108 y siguientes del Código civil; y en el ámbito de las legislaciones forales —artículos 235-1 a 235-14 del Código civil catalán, en adelante, CCC—, y artículos 56 a 62 del Código Foral aragonés —en adelante, CFA—, entre otras. La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es en este caso, la verdad biológica coincide con la verdad jurídica. A diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida.

Es por ello que, la LTRHA atiende al componente volitivo, esto es, a la voluntad de quien desea ser progenitor como modo legal de determinar la filiación. Así con relación a la filiación no matrimonial tras la modificación por Ley 19/2015 se continúa considerando el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento del varón no casado como escrito indubitado, dejando a salvo la declaración judicial de paternidad (art. 8.2 LTRHA), siendo la única novedad el reconocimiento del varón no unido por vínculo matrimonial de la posibilidad de fecundación *post mortem* en los mismos términos previstos para el marido —apartado segundo— y, en consecuencia, considerar su consentimiento para la utilización del material reproductor como título para iniciar el expediente del artículo 44.7 de la LRC, sin perjuicio de la acción judicial

de reclamación de la paternidad (art. 9.3 de la LTRHA)<sup>23</sup>; y, asimismo, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante en el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podía determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que este haya manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código civil; si bien, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

Con la reforma operada por Ley 3/2007 el consentimiento se debía prestar con carácter previo al nacimiento ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal<sup>24</sup>. En la actualidad, tras la reforma por la Ley 19/2015 se modifica la forma de prestar el consentimiento, pues, ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento ni que se preste ante el encargado del Registro Civil, basta con que se manifieste conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, señalando al respecto que consiente que, se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Esta Ley 19/2015 introduce también un nuevo apartado 5 al artículo 44 de la Ley de Registro Civil 20/2011 que, reproduce prácticamente el contenido del artículo 7.3. Con ello el legislador ha pretendido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres con independencia que, hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación que, pueda tener lugar en caso que la gestación hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues, la filiación establecida en este caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que, contempla el artículo 8 de la citada Ley<sup>25</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede si la mujer no gestante presta su consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, en la clínica pero no ante el encargado del Registro Civil; o se trata de pareja de hecho homosexual de mujeres o uniones estables registradas de mujeres —que están excluidas de la LTRHA—, o en fin, de parejas de mujeres casadas a partir de 2005 y antes de 2007 con hijos procedentes del uso de técnicas de reproducción asistida y que como consecuencia de la irretroactividad de la LTRHA (art. 2.3) carecen de la posibilidad de determinar la filiación matrimonial a favor de su hijo así nacido? En estos casos, respecto a la mujer no gestante no le queda otra opción que, la adopción del hijo, o reclamar la filiación por constante posesión de estado (art. 131 CC).

En este contexto, vamos a centrar el presente estudio por razones de espacio, únicamente con relación a la determinación judicial de la filiación no matrimonial, en concreto, mediante el ejercicio de acciones de reclamación y en las posibles cuestiones controvertidas que plantea. Nos referiremos para ello a la regulación del Código civil y por ende, de la LEC, y, asimismo, haremos referencia a cómo se sustancia en los ordenamientos autonómicos con competencia en la materia<sup>26</sup>.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación es no matrimonial cuando «los progenitores por naturaleza no están unidos por vínculo matrimonial en el momento de la concepción ni en el

nacimiento, no contraen matrimonio con posterioridad». No importa que los progenitores hubieran estado casados entre sí, si el matrimonio fue disuelto con anterioridad a la concepción<sup>27</sup>.

Ahora bien, la determinación de la filiación no solo cumple la función de probarla y de hacer posible el ejercicio de los derechos derivados de ella (art. 112 CC), sino que, respecto de algunos viene a ser un presupuesto de su propia existencia<sup>28</sup>. Por otra parte, la relación biológica de la filiación es siempre doble, pues supone la paternidad y maternidad. No obstante, es posible la determinación de la filiación no matrimonial por uno de los progenitores<sup>29</sup>. Además, los dos tipos de filiación por naturaleza son excluyentes de manera que, solo el hijo puede ser matrimonial o no matrimonial. Si bien, ello no impide que, la filiación no matrimonial pueda ser matrimonial si concurren determinados requisitos (art. 119 CC); o que el hombre casado establezca una paternidad no matrimonial, pues, para la maternidad no matrimonial de mujer casada resulta necesario destruir la presunción de maternidad (art. 116 CC)<sup>30</sup>. Asimismo, se indica que, la filiación no matrimonial, a diferencia de la matrimonial, es divisible, ya que el vínculo paterno y el materno son independientes al no estar ligados el padre y la madre por matrimonio y, por tanto, no funcionan las presunciones legales; por lo que ambas filiaciones se diferencian en su modo de determinación<sup>31</sup>.

Como hemos señalado en líneas precedentes el artículo 120 del Código civil se refiere a los medios de determinación de la filiación no matrimonial que, tras la reforma operada por la Ley 19/2015 añade un nuevo mecanismo de determinación de la filiación no matrimonial como es la declaración conforme del padre en el momento del nacimiento en el formulario oficial regulado por la legislación del Registro Civil —en consonancia con el artículo 44 LRC 2011 (vigente desde el 15 de octubre de 2015)—. Todos los demás medios ya se contenían en la anterior regulación, así el reconocimiento formal ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público se regula en los artículos 129 a 138 del Código civil y artículo 44.7 de la LRC 20/2011 —antiguo artículo 49.2 de la LRC 1957—; el expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil aparece recogido en el antiguo artículo 49.2 de la LRC 1957 y en el artículo 44.7 apartado segundo de la LRC 20/2011; la determinación de la maternidad mediante la constancia de la filiación materna en la inscripción del nacimiento se contempla en el artículo 47 de la LRC 1957 y artículo 44.3 de la LRC 2011; y por sentencia firme. A tal determinación judicial mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación vamos a referirnos en el siguiente apartado.

Como afirma VAQUERO PINTO los medios de determinación de la filiación no matrimonial son «aparentemente más complejos, circunstancia que suele explicarse teniendo en cuenta la diferente realidad social que subyace a la misma, en cuanto que, al faltar el matrimonio, no tiene lugar la presunción de paternidad marital que se apoya, en último término, en la presunción de convivencia y cohabitación (art. 69 CC)». Por tanto considera que «la regulación parte de la idea que, cuando falta el matrimonio, no es tan fácil la determinación legal de la filiación»<sup>32</sup>.

Asimismo, se indica que, de las cinco formas de determinación legal de la filiación no matrimonial, la más importante es el reconocimiento<sup>33</sup>.

De todas formas, la Ley 68 del FNN en su antepenúltimo párrafo establece que «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del registro civil, la filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento o por sentencia firme». Y el artículo 235-9 del CCC establece como medios para determinar la filiación no matrimonial: «a) Reconocimiento hecho

en testamento o codicilo, en escritura pública o ante la persona encargada del Registro Civil; b) Resolución dictada en expediente tramitado de acuerdo con la legislación del Registro Civil; c) Sentencia firme en un procedimiento civil o penal; d) En cuanto a la madre, en la forma en que la legislación del Registro Civil establece para la inscripción». En todo caso, esta última legislación regula en su artículo 235-10 la posibilidad de presunción de paternidad no matrimonial así «1. Se presume que es padre del hijo no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el periodo legal de la concepción; b) El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el periodo de la concepción; c) El hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de modo diferente al establecido por el artículo 235-9. 2. Las presunciones a que se refiere el apartado 1 pueden destruirse con toda clase de pruebas en el correspondiente juicio». Se trata de una presunción *iuris tantum* de paternidad que se deduce de circunstancias como la vida en común, o la existencia de relaciones sexuales en el periodo legal de la concepción. En nuestro Código civil no existe esta posibilidad, pues, en la filiación no matrimonial no cabe presumir la convivencia o la existencia de relaciones sexuales durante el periodo de la concepción a no ser que se pruebe esta situación<sup>34</sup>.

En este contexto, hay que señalar que, la regulación de los medios de determinación de la filiación no matrimonial se encuentra también en la legislación del Registro Civil, siendo la Ley 20/2011 modificada por la Ley 19/2015 lo que ha creado ciertas discordancias con la legislación en materia de filiación contenida en el Código civil. Desde el 15 de octubre de 2015 se aplica a la inscripción de nacimiento y la filiación la citada LRC 20/2011; con respecto a otras materias continúa vigente la LRC 1957 y el RRC de 14 de noviembre de 1958. Si bien, cuando tenga lugar la entrada en vigor de la LRC 20/2011 —30 de junio de 2020— quedará derogada definitivamente la LRC 1957 y los artículos 325 a 332 del Código civil —Disposición derogatoria de la LRC 20/2011—. Al respecto, el artículo 44.2 de la LRC dispone que «la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito». Asimismo, el apartado 3 de este mismo precepto establece que «la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes acompañado de parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrica-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación. En defecto de parte facultativo, deberá aportar la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen»; y el apartado 4 señala que «la prueba de la maternidad implica el hecho del parto y la identidad del hijo». Para el supuesto de nacimientos producidos fuera de establecimiento sanitario o que hayan tenido lugar en el mismo, pero sin hacer uso de la comunicación electrónica el artículo 47.2 prevé que «la declaración se efectuará presentando el documento oficial debidamente cumplimentado acompañado de certificado médico preceptivo firmado electrónicamente por el facultativo o en su defecto, del documento acreditativo en los términos que reglamentariamente se determinen». En todo caso, cabe la posibilidad de comprobación reglamentaria a que se refiere el artículo 168 del RRC, así el artículo 44.4 de la LRC señala al respecto que «en

caso de discordancia entre la declaración y el parte del facultativo o comprobación reglamentaria prevalecerá esta última». En todo caso, están obligados a promover la inscripción conforme al artículo 45 de la LRC: «1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios. 2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando este haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario. 3. Los progenitores. No obstante en caso de renuncia al hijo, en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación que será asumida por la Entidad Pública correspondiente. 4. El pariente más próximo, o en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse».

La LRC 20/2011 permite realizar la comunicación electrónica del nacimiento desde el centro sanitario sin que los padres tengan que acudir personalmente al Registro Civil; lo que es posible desde el 15 de octubre de 2015 al anticipar la Ley 19/2015 la entrada en vigor de determinados preceptos referidos a ello contenidos en la citada Ley de Registro Civil<sup>35</sup>. Así el artículo 46 señala que «La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicarán en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda a cada uno de los nacimientos que haya tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el encargado del Registro Civil (...). Cumplidos los requisitos, la comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar el nacimiento, que comprenderá la identificación y nacionalidad de los declarantes y sus declaraciones relativas al nombre elegido para el recién nacido, el orden de sus apellidos y su filiación paterna. A este formulario se incorporará el parte acreditativo del nacimiento firmado por el facultativo que hubiese asistido al parto. Dicha remisión será realizada por el personal del centro sanitario que, usará para ello los mecanismos seguidos de identificación y forma electrónicos. Simultáneamente a la presentación de los citados formularios oficiales, se remitirán al Instituto Nacional de Estadística los datos requeridos a efectos de las competencias asignadas por ley a dicho instituto. Los firmantes están obligados a acreditar su identidad ante el personal sanitario que hubiese asistido al nacimiento, bajo la responsabilidad del mismo por los medios admitidos en Derecho». Por lo que el plazo para practicar la inscripción del nacimiento conforme al sistema general será de setenta y dos horas. Respecto a los nacimientos producidos fuera de establecimiento sanitario o que por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo y condiciones fijadas en el artículo 45 de la LRC los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días siguientes al nacimiento y de forma presencial para declarar el nacimiento ante las Oficinas del Registro Civil o las Oficinas consulares del Registro Civil. En fin, cuando concurren circunstancias excepcionales también se considera inscripción dentro de plazo la que se practique en el plazo de treinta días conforme a lo previsto en el artículo 155.1 RRC. Fuera de los supuestos descritos, la inscripción del nacimiento requerirá de resolución dictada en expediente registral (art. 47.3 LRC).

#### 1. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL

El Código civil parte de la determinación de la maternidad por el parto, la madre es la mujer que da a luz —*mater semper certa est*—. Por lo que se determina la filiación materna en virtud de la declaración formulada en documento oficial debidamente firmado y del parte del facultativo del nacimiento (art. 44.3

de la LRC). La prueba de la maternidad supone la demostración del parto y la identidad del hijo<sup>36</sup>. El artículo 120.5 del Código civil dispone que «la filiación no matrimonial queda determinada respecto de la madre «cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del Registro Civil». Como hemos indicado, respecto al sistema de determinación registral de la filiación materna no matrimonial, la inscripción de nacimiento tendrá lugar en el plazo de setenta y dos horas, si la solicitud de la inscripción tiene lugar en el centro sanitario, o en el plazo de diez días desde el nacimiento mediante comparecencia personal en la Oficina del Registro Civil o cuando concurra justa causa en el plazo de treinta días. A esto debemos añadir que como precisa el artículo 44.4 de la LRC «salvo en los casos a que se refiere el artículo 48 en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar la filiación materna». Y el artículo 44.7 apartado 2 núm. 3 de la LRC respecto de la madre se podrá inscribir la filiación mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil siempre que se cumplimente el hecho del parto y la identidad del hijo<sup>37</sup>.

Ahora bien, la reforma de la legislación de Registro Civil de 2011 por la Ley 19/2015 prevé que la madre pueda renunciar a su hijo en el momento del parto. Así el mencionado artículo 44.4 establece al respecto que la constancia registral de la maternidad pueda determinar que «su acceso será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación». Por otro lado, incidiendo en ello el artículo 45.3 de la LRC cuando se refiere a las personas obligadas a promover la inscripción del nacimiento, después de referirse a los progenitores añade «no obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación que será asumida por la Entidad Pública correspondiente». También en esta línea, el artículo 49.4 de la LRC referido al contenido de la inscripción señala que «constarán, además y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los progenitores: nombre y apellidos, Documento Nacional de Identidad o Número de identificación y pasaporte del extranjero, en su caso, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados. Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida y no figurará a efectos estadísticos».

En el Preámbulo de la citada Ley 19/2015 no se explicita en qué supuestos puede la madre renunciar al hijo. Simplemente se indica en su apartado IV párrafo sexto que «la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la Entidad Pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo». En todo caso, conviene recordar que, la reforma operada por esta Ley alcanza únicamente a la regulación del Registro Civil sin tocar el régimen de la filiación en el Código civil lo que puede provocar una cierta discordancia entre ambas regulaciones. Máxime si tenemos en cuenta que, el artículo 177.2 del Código civil en materia de adopción dispone en su párrafo 4 que el asentimiento de la madre biológica no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. Y en este caso, la renuncia opera desde el momento del parto —sin determinar si será antes, durante o inmediatamente después del mismo—. Ahora bien, se puede hacer en este momento y luego asentir —ratificando lo manifes-

tado en el momento del parto— a las seis semanas. O se da también esta opción de renunciar en el momento del parto, entonces para que se ofrecen luego seis semanas —periodo de reflexión que se optó por aumentar respecto del anterior de cuatro semanas —treinta días—. Y si se renuncia no hace falta ya asentir la adopción, pues, no estamos ante un caso de privación, suspensión de la patria potestad, ni de imposibilidad; por lo que, hay que entender que, se ha añadido un supuesto más por la LRC a la no necesidad de asentimiento, sin modificar para ello el Código civil.

Parece que el legislador no tuvo en cuenta esto, y estaba quizá pensando en la gestación por sustitución que, es donde puede tener un posible encaje. No obstante, debemos recordar que está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, el artículo 10 LTRHA considera «nulo de pleno derecho el contrato por el que se conviene la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». De todas formas, en aquellas legislaciones que lo permiten, normalmente la renuncia tiene lugar antes de la concepción<sup>38</sup>.

Sobre tales bases, la problemática que plantea la nueva normativa registral reside en si se renuncia a la maternidad, a la patria potestad —guarda legal— o simplemente a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Si se considera que se renuncia a la maternidad —a la filiación— supone una renuncia abdicativa a una filiación que opera de forma automática por el hecho del parto y la comprobación de su identidad por el personal sanitario, lo que, además resulta difícilmente conciliable con la indisponibilidad del estado civil y la irrenunciabilidad de la relación paterno filial<sup>39</sup>. Recordemos, además, que para evitar el drama de los «niños robados» se pretende asegurar la identidad de los nacidos incidiendo en la determinación, sin género de dudas, de la relación entre madre e hijo. Si se renuncia a la patria potestad, a la guarda legal, podrá determinar la asunción *ex lege* de la tutela por parte de la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga la protección de menores —será la del lugar de nacimiento—; si bien, aun en caso de desamparo (art. 172.1 CC), como de guarda provisional (art. 172 bis CC) persisten los deberes paternos. En consecuencia, no es planteable una renuncia al hijo, ni una renuncia a los deberes de filiación, en todo caso, cabría como dispone el artículo 44.4 de la LRC a «los derechos derivados de la filiación». En concreto, a lo que renuncia es a la obligación de promover la inscripción del nacimiento y del dato de determinación en dicha inscripción que será de publicidad restringida —esencialmente, el domicilio de la madre— y lo podrá hacer si acredita que, existen motivos fundados para ello. Únicamente se puede renunciar a este deber, asumiendo dicha obligación la Entidad Pública correspondiente —la del lugar del parto—<sup>40</sup>.

### III. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Como hemos señalado, uno de los medios de determinación de la filiación matrimonial (art. 115.2 CC) como no matrimonial (art. 120.3 CC) es por sentencia firme que, puede darse tanto en proceso civil como en el penal (arts. 111 CC y 193 del Código Penal). Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ que «las acciones de filiaciones son aquellas que tienen por objeto obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente»<sup>41</sup>. Para RUEDA ESTEBAN



las acciones de filiación «consisten en el ejercicio de una reacción contra una filiación que ya fue oficialmente determinada»<sup>42</sup>.

El Código civil dentro del título relativo a la filiación y sus efectos, dedica el Capítulo III a las acciones de filiación. A su vez este Capítulo se divide en tres secciones: la primera —artículos 127 a 130 del Código civil— que, contenía las disposiciones generales comunes a todas las acciones de filiación, y ha quedado sin contenido tras la derogación de los artículos que la conformaban por la LEC, que ha incorporado a su texto normativo con algunas modificaciones y adiciones lo establecido en los preceptos derogados; la segunda sección —artículos 131 a 135— se refiere a las acciones de reclamación. Tras la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 133 por las citadas sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, ha sido modificado por el artículo 2.3 de la Ley 26/2015; y, asimismo, el artículo 134 párrafo 2 y el artículo 135 han sido derogados por la LEC; y, la tercera sección —artículos 136 a 141— a las acciones de impugnación. Igualmente, tras la declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 por las citadas sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, ha sido modificado su contenido por el artículo 2.4 de la Ley 26/2015; y, también se han modificado parcialmente los artículos 137, 138 y 140 por los artículos 2.5, 2.6 y 2.7 de la mencionada Ley 26/2015.

LACRUZ BERDEJO señala los siguientes caracteres de las acciones de filiación: 1. Inherencia o personalidad, lo que justifica las restricciones a la legitimación activa; 2. Indisponibilidad, irrenunciabilidad, e imprescriptibilidad, aunque en ocasiones su ejercicio puede estar sometido a caducidad (art. 132.1) y, no son susceptibles de allanamiento, transacción o de compromiso<sup>43</sup>; 3. Son acciones cercanas a la intimidad y a otros valores personales de los unidos en filiación, lo que justifica ciertas restricciones en la admisión de las demandas (art. 767 LEC), la especial legitimación del Ministerio Fiscal en representación de menores e incapaces (art. 765.1 de la LEC) y la adopción de ciertas medidas judiciales de protección en los procesos de filiación (art. 768 de la LEC)<sup>44</sup>. Suponen mediante la correspondiente sentencia declarar una filiación (acción de reclamación) o dejar sin efecto la ya formalmente establecida (acción de impugnación).

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil con algunas modificaciones y adiciones establece una serie de previsiones aplicables con carácter general a todas las acciones de filiación. A tales efectos, hay que señalar: 1. En ningún caso, se admitirá la demanda sobre la determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta prueba de los hechos en que se funde (art. 767.1 de la LEC). Se trata de evitar así demandas temerarias, infundadas y caprichosas<sup>45</sup>; 2. Resulta admisible en los juicios sobre filiación la investigación de la paternidad o maternidad toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art. 767.2 de la LEC). Su finalidad es la protección integral de los hijos<sup>46</sup>. Una de las cuestiones relevantes es la cuestión relativa a la negativa a someterse a las pruebas biológicas. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han entendido que la negativa injustificada a someterse a tales pruebas, unida a otros indicios, podía servir para fundamentar la declaración de paternidad, pero sin llegar a ser *ficta confessio*, sino un indicio probatorio valioso<sup>47</sup>. En todo caso, debe haber una «motivación suficiente» para que la combinación de todos los elementos probatorios conduzcan a la admisibilidad de la acción (art. 767.4 de la LEC). A tal fin se considera para el Alto Tribunal como principios de prueba: fotografías<sup>48</sup>, cartas<sup>49</sup>, correos electrónicos<sup>50</sup>, relación de familiaridad, compañía y cariño, la convivencia entre los presuntos progenitores aunque no sea continua ni *more uxorio*,

las manifestaciones testificales<sup>51</sup>, la constatación de relaciones de noviazgo o sentimental entre los progenitores<sup>52</sup>, entre otras. La prueba biológica no se considera denigrante ni contraria a la dignidad de la persona y su práctica está amparada por el artículo 39 de la CE<sup>53</sup>. En todo caso, la negativa puede fundamentarse en la inexistencia de indicios serios sobre la posible veracidad de la misma y, por ende, está justificada cuando la práctica de tal prueba pueda suponer un sacrificio desproporcionado o un grave quebranto para la salud<sup>54</sup>. Se trata de una prueba pericial que se somete a sus reglas propias (arts. 335 a 341 y 631 de la LEC) y está sometido a la valoración del juez según las reglas de la sana crítica, sin que le vincule el dictamen pericial (art. 348 de la LEC)<sup>55</sup>. Es posible practicar la prueba sobre personas fallecidas, siempre que sea formalmente acordada y responda a los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>56</sup>, por lo que es posible exhumar el cadáver para la práctica de la prueba<sup>57</sup>; 3. Tanto las acciones de reclamación como las de impugnación tienen como límite común el no poder ejercitarse cuando haya una filiación determinada previamente a través de sentencia firme (art. 764.2 de la LEC); 4. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo (art. 767.3 de la LEC). Por lo que nuestro derecho propicia una amplia gama de pruebas, ya directas, como la prueba biológica o el reconocimiento, ya indirectas como el resto de las incluidas en el citado artículo 767.3 de la LEC<sup>58</sup> o por presunciones<sup>59</sup>. De todas formas, en los procesos sobre filiación suele oponerse la denominada *exceptio plurius concubentium* alegando para ello que, durante la época de la concepción la madre mantuvo relaciones sexuales con otros hombres; de modo que, se genere incertidumbre sobre quien puede ser el progenitor<sup>60</sup>; 5. El artículo 768.1 de la LEC dispone que mientras dure el procedimiento de impugnación de la filiación, el tribunal adoptará medidas de procedimiento oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor (art. 768.1 de la LEC). En el caso de acciones de reclamación de la filiación, el artículo 768.2 permite al tribunal acordar alimentos provisionales a cargo del demandado, o, en general, adoptar cualesquiera medidas de protección respecto a la persona y bienes del menor<sup>61</sup>. Tales medidas, en uno y otro caso, se tomarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas, aunque podrán acordarse sin más trámites en caso de urgencia (art. 768.3 de la LEC), resolviéndose mediante auto que es apelable sin efectos suspensivos; 6. Respecto a la legitimación activa, dispone el artículo 765.1 de la LEC que, las acciones de determinación o impugnación de la filiación que corresponda al hijo menor o con la capacidad modificada judicialmente, podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal<sup>62</sup>. Si hay una pluralidad de representantes legales el ejercicio es conjunto y en caso de desacuerdo, corresponde al juez determinar a quién de ellos corresponde ejercitar la acción en nombre del hijo o tutelado (arts. 156 y 237 CC). Si hay colisión de intereses entre el menor o tutelado y su representante legal debe procederse al nombramiento de defensor judicial (art. 163 CC), que, se ha considerado por la jurisprudencia que, procede en aquellos casos en que la madre se opone a la práctica de la prueba biológica sobre su hijo menor, cuando esta haya sido demandada en el ejercicio de una acción de reclamación o impugnación<sup>63</sup>. A esto añade el artículo 765.2 de la LEC que en todos los procesos de filiación, a la muerte del actor sus herederos podrán continuar con las acciones ya entabladas. Si son varios los herederos podrá ejercitarlo cualquiera de ellos, con indepen-

dencia de la oposición de los demás<sup>64</sup>. En todo caso, se legitima *iure proprio* a los herederos del hijo respecto de las acciones que ostente su causante (arts. 132.2 apartado 2, 133.1, 137.3 y 140.1 CC) y también se legitima a los herederos del progenitor, si bien en acciones de impugnación (arts. 136.1 y 12, 140.2 y 141 *in fine* CC). En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 766 de la LEC señala que, será parte demandada, si no hubieran interpuesto la demanda, las personas a las que se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación<sup>65</sup> y quienes aparezcan como progenitores y como hijo, en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne esta. Si cualquiera de ellos hubiera fallecido, serán parte demandada sus herederos<sup>66</sup>. En la acción mixta —reclamación e impugnación (art. 134 CC)— el padre determinado o sus herederos, si hubiera fallecido, deben comparecer<sup>67</sup>, y, asimismo, la madre por el carácter indivisible de la acción de filiación matrimonial<sup>68</sup>. En todo caso, en los procedimientos de filiación el Ministerio Fiscal puede ser bien el promotor de los procesos de determinación e impugnación de la filiación, o bien actuar como parte pasiva del procedimiento (art. 761 de la LEC). También ha de participar en aquellos procesos que implican una modificación de los asientos del Registro Civil; y, 7. Se trata de un procedimiento especial tramitado como juicio verbal (art. 753 de la LEC) —si bien se establece que la contestación de la demanda se realice por escrito en la forma prevista en el proceso ordinario—, siendo el juez competente el de Primera Instancia del domicilio del demandado (art. 85 de la LOPJ y art. 50.1 de la LEC), o en los casos que proceda el juzgado de violencia sobre la mujer (art. 87 *ter* LOPJ); si son varios los demandados con domicilios distintos el de cualquiera de ellos (art. 53.2 de la LEC). No cabe ejecución provisional de las sentencias estimatorias (art. 525.1.1.º de la LEC). La sentencia puede suponer la rectificación de un asiento del Registro Civil. En contra de la sentencia cabe recurso de apelación (art. 455.1 LEC) y recurso de casación por infracción procesal (art. 469 LEC) y de casación (art. 477 LEC)<sup>69</sup>. Se somete el procedimiento al principio inquisitivo con el objeto de favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (art. 752 de la LEC). Resulta indisponible el objeto del proceso (art. 751 LEC); y, en fin la remisión de oficio al Registro Civil de las resoluciones dictadas para la práctica de los asientos correspondientes (art. 755 de la LEC) y la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia que decida en un proceso de filiación (art. 222.3 de la LEC) que, a partir de la inscripción o anotación de la sentencia en el Registro Civil tendrá eficacia frente a todos (art. 764.2 de la LEC).

#### IV. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Para RUEDA ESTEBAN las acciones de reclamación son «aquellas dirigidas a la obtención de la determinación de una filiación mediante sentencia firme. Es, pues, una ampliación de las determinaciones recogidas en los artículos 115 y 120 del Código civil»<sup>70</sup>.

Para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ las acciones de reclamación «determinan la filiación mediante la sentencia firme que acoge la demanda, cuyo *petitum* consiste en que se declare que una persona es el padre o la madre de otra. La acción de reclamación pone, pues, en marcha la determinación judicial de la filiación a la que se refieren tanto el número 2 del artículo 115 como también el mismo número del artículo 120. Es decir, en ambos casos que la filiación quedará determinada legalmente por sentencia firme» y añade que «la acción de

reclamación es una acción declarativa, pues, propone la constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente; aunque en cierto modo tiene también alcance constitutivo, aunque en términos generales, está más cerca de la acción declarativa que de la constitutiva en sentido estricto<sup>71</sup>. Suponen declarar por el órgano jurisdiccional la existencia de una relación paterno filial entre el reclamante y otra persona.

Están recogidas en los artículos 131, 132 y 133 del Código civil que, distingue entre las reclamaciones generales del artículo 131 cuyo régimen es único para todas las reclamaciones de filiaciones —matrimonial y no matrimonial— en caso de existencia de posesión de estado; y las que solo operan respecto de la filiación matrimonial (art. 132) y, para la filiación no matrimonial (art. 133). Ahora bien, el artículo 132.2 y el artículo 133.1 apartado segundo tienen el mismo contenido y, asimismo, el artículo 131 en su párrafo segundo en relación con los artículos 113.2 y 134 posibilitan a los progenitores e hijo el ejercicio de la denominada acción mixta. Por su parte, el artículo 764.2 de la LEC señala que «los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiese sino establecida por sentencia firme. Si la existencia de sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de este». La necesidad de impugnar la filiación contradictoria antes de reclamar la que no está determinada, es posible siempre que la filiación determinada no lo haya sido por sentencia ante la eficacia de cosa juzgada que, impide en todo caso la impugnación. En esencia, si existe ya una filiación determinada no se puede reclamar otra al resultar acreditada otra contradictoria (art. 113 CC). Por lo que si se pretende la determinación de la filiación por vía judicial mediante el ejercicio de una acción de reclamación frente a otra ya existente será necesario en el mismo proceso impugnar la filiación ya determinada, pues, el artículo 134 permite acumular ambas acciones.

#### 1. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CONSTANTE POSESIÓN DE ESTADO

##### A) Concepto de posesión de estado

La posesión de estado debe entenderse como «aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos en concepto de tal hijo («nomen», «tractatus» y «fama») manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que sea preciso que, los actos reveladores de tal posesión sean muy numerosos ni tampoco practicados absolutamente con plena publicidad, dependiendo cada caso de las circunstancias concretas concurrentes, si bien deberá durar cierto tiempo aun cuando no requiera necesariamente una existencia actual al momento de ser invocados, siendo suficiente su consistencia en un pasado próximo. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública<sup>72</sup>. Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es «el goce de hecho, de modo público, permanente e inequívoco, del estado del hijo en las relaciones familiares»<sup>73</sup>. Por su parte, QUICIOS MOLINA la define como «la relación fáctica establecida entre dos personas en concepto de padre e hijo (dándose el «nomen», el «tractatus» y la «fama»— que pueden formarse por actos directos del propio padre o de su

familia»<sup>74</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 1997<sup>75</sup> por su parte, entiende por posesión de estado «aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso) en concepto de tal hijo («nomen», «tractatus», «fama») manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública».

Los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son el «nomen» —uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor—; el «tractatus» —comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral y no en esporádicas atenciones—; y, la «fama» o «reputatio» —proyección de la aparente relación paterno filial sobre el entorno y círculo social—<sup>76</sup>. Si bien, los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad<sup>77</sup>. Y, con respecto a la filiación no matrimonial puede prescindirse incluso del «nomen»<sup>78</sup>.

Como precisa QUESADA GONZÁLEZ mientras que, el *tractatus* tiene una proyección *ad intra* —en cuanto comprende exclusivamente el comportamiento del padre —y/o de su familia— respecto del hijo—; la *fama* o *reputatio* tiene una proyección *ad extra*, pues, «consiste en la opinión de terceros sobre esa relación, es decir, radica en el convencimiento que tienen las demás personas de la paternidad o maternidad cuestionadas». Además añade que, el carácter «constante» que se exige a la posesión de estado hay que vincularlo sobre todo al requisito del *tractatus* «porque solo si este requisito resulta de actos públicamente conocidos llegará a existir el requisito de la *fama*». Y, concluye que, «la continuidad es quizá el rasgo más característicos de la posesión de estado que, ha de tener una duración cierta, aunque la ley no exija una mínima duración»<sup>79</sup>.

En todo caso, la posesión de estado representa una situación de hecho de singular relevancia en materia de filiación a partir de la reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>80</sup>. De libre apreciación por los tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello<sup>81</sup>. Además, como señala EVANGELIO LLORCA representa «la apariencia de un estado, en este caso, del estado del hijo, manifestada familiar y socialmente. Hablar de apariencia no significa, necesariamente, hablar de realidad, es decir, la apariencia de un estado puede o no coincidir con la realidad cuyo reflejo «pretende» ser»<sup>82</sup>.

Asimismo, se destaca que, a tenor de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y sin embargo, en circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento previsto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame»<sup>83</sup>.

De todas formas, se manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, precisándose que, no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado ni sean muy numerosos ni sean practicados absolutamente con plena publicidad<sup>84</sup>. Tras la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 el calificativo de “continua” se sustituye por el de “constante” que, para EVANGELIO LLORCA tal término debe entenderse en dos sentidos «a) Como notoriedad o fehaciencia (lo que consta, lo que es cognoscible por tercero); b) Como continuidad o persistencia (lo que dura, lo que permanece sin interrupción)»<sup>85</sup>. Si bien, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la exigencia de continuidad no ha desaparecido, pues, el término constante que exige el artículo 131 del Código civil, tiene un mayor alcance que la antigua posesión continua<sup>86</sup>.

En todo caso, como precisa BARBER CÁRCAMO la posesión de estado «es un medio subsidiario y residual de acreditar una filiación previamente determinada, según el artículo 113 del Código civil; un medio de prueba para su determinación judicial según el artículo 767.3 de la LEC; y un presupuesto para la legitimación activa en algunas acciones de filiación cuya presencia facilita la reclamación y restringe la impugnación y cuya ausencia funciona de modo contrario»<sup>87</sup>. Para QUICIOS MOLINA «no se entiende como presupuesto procesal habilitante de la acción cuando quien demanda es el progenitor (o el hijo que, siempre está legitimado), basta con alegar su existencia y si luego no se prueba solo afectara al mayor o menor fundamento de la pretensión»<sup>88</sup>. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ señala que la posesión de estado sea un título de legitimación es tema que afecta a la prueba de la filiación pero no a su determinación y añade que «la existencia de posesión de estado, aparte de ser un medio de prueba utilizable en el proceso denota un índice mayor de probabilidad que sea cierta la filiación que se reclama y de ahí solo extrae una consecuencia importante pero única; la legitimación activa se extiende a cualquier persona con interés legítimo». Ahora bien, dispone asimismo, que «si la acción se entabla es porque, a partir de la posesión de estado, la filiación no está determinada; la finalidad tanto de la acción como la de la sentencia (si es favorable al actor) consiste en determinarla»<sup>89</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencias de 5 de diciembre de 2013<sup>90</sup> y de 15 de enero de 2014 (Pleno)<sup>91</sup> aplica este artículo 131 para estimar la pretensión de doble maternidad de la cónyuge de la madre biológica que no ha ejercitado en tiempo y forma la declaración de maternidad prevista en el artículo 7.3 de la LTRHA. Frente a la última sentencia se formula voto particular por los magistrados D. Francisco MARÍN CASTÁN, D. Antonio SALAS CARCELLER y D. Ignacio SANCHO GARGALLO negando la operatividad de la acción de reclamación del mencionado artículo 131 para determinar la doble maternidad en los supuestos citados. Ciertamente, el artículo 7.3 de la LTRHA establece un nuevo título de determinación de la filiación que, tiene lugar cuando ha mediado reproducción asistida y que consiste en el consentimiento de la mujer no gestante de ser tenida como madre, siempre que esté casada con la madre gestante y no separada legalmente o de hecho. En este caso, el título de determinación se basa en el mero consentimiento de la mujer no gestante bajo unas condiciones y estado civil. Por lo que el Tribunal Supremo en tales resoluciones pretende determinar la filiación para supuestos no previstos en la citada norma y sobre la base de la posesión de estado. Con ello, efectivamente, se concretan dos formas de determinar la filiación en caso de relaciones homosexuales entre mujeres en que se ha empleado la técnica de reproducción asistida: si está casada a través del consentimiento —elemento volitivo— y, si se trata de pareja de hecho, en su caso, mediante la acción de reclamación de la maternidad atendiendo al consentimiento prestado en la clínica a la práctica de la técnica de reproducción asistida junto a la posesión de estado. Asimismo, supone ampliar a otros supuestos excluidos del artículo 7.3 de la LTRHA, la posibilidad de determinación de la filiación, en este caso, no matrimonial<sup>92</sup>. De todas formas, tras la reforma operada por la Ley 19/2015 a la redacción del artículo 7.3 se ha minorado la exigencia de presupuestos legales para que se determine la filiación en estos casos. Así la declaración del cónyuge de la madre no ha de hacerse necesariamente antes del nacimiento del hijo —como sucedía antes— sino en cualquier momento, sin limitación alguno de plazo, ni consentimiento concorde de la madre, si bien, se impone como exigencia legal la existencia de matrimonio sin que medie separación legal o de hecho. Por lo

que, el campo de operatividad de tal línea jurisprudencial opera cuando no exista matrimonio o de haber existido media separación legal o divorcio.

B) *Título con interés legítimo*

El artículo 131.1 del Código civil otorga legitimación activa, si hay posesión de estado, a «cualquier persona con interés legítimo»<sup>93</sup>. Se discute en la doctrina quienes ostentan interés legítimo, aparte del hijo y de los progenitores. DE LA CÁMARA ÁVAREZ es partidario de una tesis restrictiva «solo debe considerarse «persona con interés legítimo» al titular de un derecho cuya efectividad depende de que el supuesto hijo del supuesto progenitor lo sea realmente». Y, en consecuencia, incluye dentro de este concepto, además de al hijo y al progenitor a los siguientes interesados: 1. Los herederos intestados o forzosos del presunto hijo (ya fallecido) pero solo en el caso de que la filiación reclamada se determine —por ejemplo, el abuelo del presunto progenitor (premuerto) que sería heredero intestado de su nieto, si este ha fallecido sin testar ni dejar descendencia—; 2. Los herederos del presunto hijo; 3. Quienes tendrían derecho a reclamar alimentos, bien del hijo o del progenitor presunto en el caso de haberse determinado la filiación; 4. Los que están pendientes del cumplimiento de condición o los sustitutos fideicomisarios *si sine liberis decesserit*<sup>94</sup>. En todo caso, compartiendo tal posición, la mayoría de la doctrina opta por la tesis restrictiva y considera como legitimados al hijo, los progenitores, sus respectivos herederos y descendientes y aquellos otros que pudieran tener un derecho de alimentos frente al presunto hijo o frente al presunto progenitor o resultaran afectados en sus derechos sucesorios y de alimento<sup>95</sup>.

Ahora bien, el artículo 131.1 del Código civil no legitima de forma separada a los herederos como hace en el artículo 132.2 y 133.1 apartado segundo para los supuestos en que falta la posesión de estado, pues son titulares de un interés legítimo *per se*<sup>96</sup>. De todas formas, los que habitualmente interponen estas acciones son el hijo y el progenitor que pretenda la declaración de su propia filiación, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2005<sup>97</sup> se ha negado legitimación activa a la nieta que reclamaba la determinación de paternidad de su padre ante la falta de posesión de estado. Y, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 9 de mayo de 2018 ha desestimado la acción de reclamación ejercitada por los presuntos nietos contra el presunto abuelo tras el fallecimiento del padre de los demandantes y presunto hijo del demandado por inexistencia de posesión de estado pues, esta Sala considera que de los hechos probados «no permite afirmar que existiera una relación de filiación «vívida», que el demandando tuviera al padre de los demandantes como hijo, ni que lo hubiera tratado como tal, observando un comportamiento congruente con los deberes de padre. Cuando el artículo 131 del Código civil exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados que, en el caso no se dan»<sup>98</sup>. Ciertamente, la ausencia de posesión de estado excluye la legitimación de personas ajenas a la relación de filiación —terceros—<sup>99</sup>.

En todo caso, la madre como representante legal del hijo puede accionar en su nombre (art. 765.1 de la LEC) reclamando la filiación del otro progenitor. Si el hijo alcanza la mayoría de edad durante el proceso, se entiende que subsiste la legitimación de la madre por el principio de «*perpetuatio legitimitatio*» siempre

que no conste la oposición del hijo a la determinación<sup>100</sup>. A la muerte del actor sus herederos pueden continuar las acciones ya iniciadas (art. 765.2 de la LEC).

Sobre tales bases, hay que señalar que, esta legitimación activa de «cualquier persona con interés legítimo» tiene una excepción que se contiene en el apartado 2 del artículo 131 cuando exista una filiación contradictoria. Lo que enlaza con el artículo 113 por lo que no cabe ejercitar esta acción de reclamación sin impugnarse previamente la ya determinada siempre que esta no lo haya sido por sentencia al operar la cosa juzgada.

La cuestión que se plantea es que el artículo 131.2 no concreta las personas que estaría legitimadas para accionar; esto es, quien tiene legitimación activa para reclamar con posesión de estado una filiación contradicha por otra ya determinada. El Tribunal Supremo argumenta que existe una antinomia entre el artículo 131.2 y el artículo 134. En este precepto si se concreta quien tiene legitimación para impugnar a favor del progenitor e hijo que, sin embargo, parece negarse el primero. Por lo que entiende que, el artículo 134 debe completarse con el artículo 131.2 ya que aquel representa una excepción a este; de forma que, si el progenitor e hijo están legitimados para impugnar, lo estarán también para reclamar<sup>101</sup>. Y si no existe posesión de estado, igualmente, el artículo deber ser interpretado en función del artículo 134, estando, en consecuencia, el progenitor no matrimonial también legitimado para que a la vez que reclama la filiación, impugne la contradictoria<sup>102</sup>.

La mayoría de la doctrina comparte la argumentación del Tribunal Supremo al considerar que la legitimación para reclamar del artículo 131.2 la tendrá quien puede impugnar<sup>103</sup>.

De todas formas, la legitimación que se concede a la madre para reclamar en su propio nombre la paternidad de su hijo menor de edad, también puede accionar en su propio nombre reclamando la paternidad no matrimonial e impugnando la matrimonial determinada<sup>104</sup>.

En cuanto a la legitimación pasiva el artículo 766 de la LEC exige dirigir la demanda a todas las partes frente a las que se pretende reclamar la filiación y en caso de fallecimiento, frente a sus herederos. No es necesario demandar a todos los interesados. Si bien, se ha considerado que existe falta de litisconsorcio pasivo necesario, si demandada la madre como representante legal de su hijo menor de edad, no se demanda también a este<sup>105</sup>. En todo caso, el Ministerio Fiscal asume la condición de parte en todos los procesos de filiación, por lo que puede ser demandado (art. 749.1 de la LEC y art. 3.6 EOMF).

Finalmente, respecto al plazo para el ejercicio de la acción señalar que, no está sometido a plazo alguno de caducidad, por lo que es imprescriptible en aplicación del artículo 1936 del Código civil<sup>106</sup>. Lo que respecto del hijo coincide con lo estipulado en los artículos 132 y 133 en ausencia de posesión de estado<sup>107</sup>. Respecto a los terceros con interés legítimo GARCÍA VICENTE exige la alegación de un interés actual<sup>108</sup>.

## 2. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL SIN POSESIÓN DE ESTADO

En la redacción del artículo 133 del Código civil —tras la reforma operada por la Ley 13 de mayo de 1981— la legitimación para la acción de reclamación correspondía durante toda la vida solo al hijo y tras su muerte a los herederos en las mismas condiciones y plazos que para la acción de reclamación de la filiación matrimonial también sin posesión de estado (art. 132), esto es, durante toda su



vida. La falta de legitimación al progenitor determinó que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le reconociese legitimación sobre la base de la aparente antinomia entre el artículo 133 y el artículo 134, pues, este último sí concedía al progenitor legitimación para impugnar la filiación ya determinada y contrapuesta con la que se pretende reclamar, por lo que consideraban que la cuestión debía resolverse dando, por un lado, una interpretación amplia y de cobertura del artículo 134 hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción del artículo 133 y, por otro, procurando una interpretación flexible de este último precepto más acomodada a los principios y la filosofía de la institución, por lo que desde tal planteamiento se permitía colegir que el progenitor no matrimonial podía ejercitar acción de reclamación, equiparándose a la del hijo al ser sin sujeción a plazo<sup>109</sup>; en otras resoluciones se fundamenta la atribución de legitimación al padre alegando que el artículo 133 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE)<sup>110</sup>; y, en fin, no faltan resoluciones que niegan tal legitimación del progenitor no casado sin posesión de estado atendiendo al tenor literal del artículo 133<sup>111</sup>.

Ante la declaración de inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 133 y no de nulidad, otorgando legitimación a los progenitores para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado al entender que, vulneraba el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en los artículos 24 y 39.1 de la CE y, la consiguiente apelación al legislador estatal para que procediese a una reforma del Código civil conforme a las exigencias constitucionales expuestas con la fijación de límites, si fuera necesario, a la pretensión del progenitor —sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2005 y de 16 de febrero de 2006—<sup>112</sup>, se ha procedido por el legislador estatal a la reforma del artículo 133 por la Ley 26/2015 concediendo expresamente al progenitor legitimación activa para reclamar en este caso con un límite temporal de un año desde el conocimiento de los hechos en que basa la reclamación. Ahora bien, el ejercicio de esta acción por el progenitor biológico opera aunque no se haya intentado previamente el reconocimiento de la filiación no matrimonial. Lo que contrasta con la regulación de la Ley 71 b) 2 del FNN —modificada por la Ley Foral 9/2018— que, si bien, también posibilita el ejercicio de esta acción de reclamación por los progenitores en el plazo de un año desde que hubieran tenido conocimiento de la posible paternidad o maternidad o razonablemente se hubiera podido tenerlo, exige que, antes de ejercitar tal acción, se proceda a procurar tal reconocimiento, y solo cuando este no pueda operar, ejercitar la correspondiente acción de reclamación. Así se dispone que «cuando la filiación no estuviera determinada será necesario que el progenitor que pretenda la declaración de su paternidad o maternidad haya realizado previamente el reconocimiento en la forma establecida en la Ley 69 y que la determinación de la filiación conforme a la misma no hubiera podido tener lugar por falta de consentimiento de la persona reconocida o, en su caso, de sus descendientes o por estimación judicial de la oposición de sus respectivos representantes legales». Y, añade que «en tales supuestos, el plazo para el ejercicio de la acción se suspenda en el momento que se realice el reconocimiento, reanudándose su cómputo desde que consta la falta de consentimiento o desde que adquiera firmeza la resolución que estime la oposición»<sup>113</sup>.

Ahora bien, esta acción no será transmisibile a los herederos del progenitor —consecuencia de su naturaleza personalísima—, por lo que, se excluye la legitimación *iure proprio* de tales herederos; y, «solo pueden continuar la acción

que el progenitor hubiere iniciado en vida» —sucesión procesal— (art. 133.2 apartado 2 CC y 765.2 LEC).

El hijo tiene legitimación activa para ejercitar la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado durante toda su vida (art. 133.1 CC) —lo que no ha variado respecto de la redacción originaria—. Si el hijo es menor de edad o incapaz tal legitimación corresponde a su representante legal o al Ministerio Fiscal. En caso que, el hijo falleciese antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase mayoría de edad o recobrase capacidad suficiente a tales efectos o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, la acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltase para completar dichos plazos (art. 133.1 apartado 2)<sup>114</sup>.

De todas formas, la madre puede reclamar por sí y en su nombre la filiación paterna o como representante legal de su hijo menor de edad<sup>115</sup>. Pero si la madre ya ha reclamado sin éxito la paternidad en su nombre, no puede reclamar después a nombre de su hijo<sup>116</sup>.

Ahora bien, si el hijo ejercita la acción de reclamación no matrimonial la dirigirá contra el presunto padre, no siendo necesario demandar a la madre<sup>117</sup>.

El plazo para el ejercicio de la acción en el caso del hijo es imprescriptible —toda su vida—; y respecto al progenitor de un año «contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación». Plazo de caducidad y no de prescripción<sup>118</sup>. Para GARCÍA VICENTE el propósito de esta legitimación y plazo es que «tenga la oportunidad real de interponer la acción desde que le conste que el hijo es suyo. Fijarla en el conocimiento del nacimiento permite una duda razonable, pero no cabe juzgarla suficiente sobre todo si se sabe de la existencia de relaciones sexuales coetáneas»<sup>119</sup>. No se ha de olvidar la exigencia de un principio de prueba necesario para la iniciación de los procedimientos de reclamación. Por lo que no ha de bastar solo el conocimiento del nacimiento, sino que se ha de demostrar el hecho biológico de la generación<sup>120</sup>. Por su parte, para BABER CÁRCAMO «hubiera sido preferible optar por la cognoscibilidad de los hechos más que por su conocimiento, por resultar aquello de más fácil prueba y aportar mayor seguridad jurídica». De todas formas añade que «ante la brevedad del plazo y su carácter de caducidad aconseja al progenitor no intentar precisamente el reconocimiento en los casos en que por no haberse determinado otra filiación contradictoria juega su práctica»<sup>121</sup>. Recordemos que la Ley 71 b) 2 del FNN posibilita la suspensión del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación mientras se realiza el reconocimiento, reanudándose cuando no se ha podido determinar la filiación por esta vía extrajudicial. Quizá podía nuestro legislador haber optado por una previsión legislativa similar a la navarra en la exigencia de reconocimiento previo y de suspensión del plazo del ejercicio de la acción de reclamación en tanto se sustancia tal reconocimiento.

Ahora bien, una vez determinada judicialmente la filiación por prosperar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, la sentencia tendrá eficacia de cosa juzgada material, por lo que no resulta posible cualquier otra pretensión de reclamación o impugnación de tal filiación<sup>122</sup>.

Finalmente, señalar que, el artículo 235-21 del CCC reconoce legitimación al hijo por sí mismo o por medio de sus representantes legales. También el padre y la madre pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en su propio nombre, si no pueden reconocer a los hijos o si el reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento de los hijos o aprobación judicial —en esta línea la reformada legislación navarra—.

La acción es imprescriptible, por lo que pueden ejercitarla el hijo y sus progenitores durante toda su vida —a diferencia del Código civil español y la legislación navarra que fijan el plazo de un año—. En los supuestos del artículo 235-20-2 y 3 del CCC los herederos o descendiente del hijo también pueden ejercitar o continuar la acción dentro del tiempo que queda para completar los plazos.

## V. EFECTOS DE LA FILIACIÓN

La filiación como estado civil da origen al parentesco y patria potestad. Produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza y la ley no disponga lo contrario. Sobre la base del principio de igualdad, los distintos tipos de filiación, matrimonial y no matrimonial como la adoptiva surten los mismos efectos, las únicas diferencias entre las filiaciones por naturaleza reside en las formas de reconocimiento o determinación legal de las mismas<sup>123</sup>. El Código civil se refiere en sus artículos 109 a 111 a una serie de efectos comunes para toda filiación, si bien en ellos no se agotan todo el contenido que se deriva del vínculo de filiación. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 109 «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley». Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de la transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción registrá lo dispuesto en la ley.

Así el artículo 49 de la LRC 2011 dispone que, «*en caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de los apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor*». Como novedad se refuerza el acuerdo de los padres para la determinación del orden de los apellidos, y, ante la falta de acuerdo, o silencio de a quienes corresponde fijar tal orden de los apellidos, atribuir el poder de decisión al encargado de Registro Civil, el cual deberá atender como criterio preferente el interés superior del menor. En todo caso, el hijo, al llegar a la mayoría de edad, puede solicitar que se altere el orden de sus apellidos (art. 109.4 CC). Si bien, es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo mantener como primer apellido el materno, en los casos en que la filiación materna ha sido determinada en primer lugar, se ha ejercido tardíamente la reclamación de paternidad y los progenitores no se han puesto de acuerdo por considerarlo más beneficioso para el menor. No hay razón para alterar el orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil y con el que viene siendo identificado desde entonces en la vida familiar, social o escolar frente al deseo del padre por muy noble que fuese su intención<sup>124</sup>. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2018<sup>125</sup> señala que, en todo caso, el acuerdo entre los progenitores sobre los apellidos solo debe ir referido a su orden y no a la supresión de los de un progenitor, pues ello, en principio, iría en contra de la previsión legal y del interés del menor.

Respecto de los supuestos de nacimiento con una sola filiación determinada o reconocida —ya sea paterna o materna— esta fijará el orden de los apellidos

(art. 55.2 de la LRC). Con el objeto de evitar la coincidencia de los apellidos de los hijos con la filiación única determinada que, normalmente es la materna, se posibilita que el progenitor pueda invertir el orden de los apellidos al tiempo de la inscripción. En cuanto al plazo hábil para invertir tal orden será «al tiempo de la inscripción».

Por otra parte, el artículo 110 del Código civil dispone que «*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*». Aunque se refiere a dos deberes: prestar alimentos —mínimo vital, en caso de separación, nulidad o divorcio—<sup>126</sup> y velar por ellos, los progenitores están obligados a cumplir con todo lo que representa el contenido de la patria potestad. De todas formas, la prestación de alimentos se debe abonar desde la interposición de la demanda y no es posible retrotraer sus efectos a un momento anterior —desde que tiene lugar la filiación— (art. 148 CC)<sup>127</sup>. Y, se ha defendido en la doctrina que quien ha pagado los alimentos puede dirigirse contra quien ha resultado progenitor para recobrarlos por la vía del artículo 1894 del Código civil —cobro de lo indebido—<sup>128</sup>.

En fin, el artículo 111 del Código civil se refiere a la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y, además no ostentarán los derechos que por ministerio de la ley les corresponde respecto del hijo o de sus descendiente o en sus herencias el progenitor que: 1. Ha sido condenado a causa de las relaciones que obedezcan a la generación por sentencia penal firme; 2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE «la norma tiene una doble finalidad: sancionatoria del progenitor que ha incurrido en las conductas legalmente establecidas (privación de derechos) y protectora del hijo, por entender que podría ser perjudicial para él atribuir funciones tuitivas a quien previamente se ha comportado como indica el precepto»<sup>129</sup>. En ambos supuestos, como sanción complementaria, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión, salvo que lo solicite él o su representante legal (art. 111.2)<sup>130</sup>. Si bien tales restricciones dejarán de producir efecto «por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad». En todo caso «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por el hijo y prestarles alimentos» (art. 111.4)<sup>131</sup>. Esta exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas produce efectos por ministerio de la ley, por lo que el juez puede acordarla de oficio.

Ahora bien, la absoluta equiparación de los hijos con independencia de su filiación determina que, en el momento de ser llamados a suceder tanto en la sucesión legítima como en la sucesión *ab intestato* todos son herederos forzosos respecto de sus padres y descendientes y tienen derecho a la legítima (art. 807.1). En el mismo sentido, el artículo 814 del Código civil extiende la preterición a cualquier hijo o descendiente con derecho a legítima sin distinguir las formas de filiación. Si aquella es no intencional conlleva según los casos la anulabilidad de todo el contenido patrimonial del testamento o, solo de la institución de heredero manteniendo las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título en cuanto no sean inoficiosas, lo que tiene como consecuencia la apertura de la sucesión intestada a la que son llamados (art. 912 CC)<sup>132</sup>.

En consecuencia, pueden acumularse la acción de filiación con las acciones de reclamación de alimentos<sup>133</sup>; con la petición de un derecho de visitas<sup>134</sup>; y, con acciones de declaración de heredero y de petición de herencia en las que se puede alegar preterición intencional<sup>135</sup>. También se puede acumular con la acción de rectificación de asiento en el Registro Civil.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, año 22.
- (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 y 131 a 135 del Código civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. I*, Madrid: Edersa.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas. En: M. Ángel Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, undécima edición, Madrid: Tecnos.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2011). El concepto de posesión de estado de filiación. En: L. Martínez-Calcerrada y Gómez (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil, vol. II*, Madrid. Centro de estudios Ramón Areces.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C. (2018). La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad, *Revista de Derecho Civil, vol. V*, núm. 1, enero-marzo.
- INIESTA DELGADO, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, Cizur Menor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, vol. IV, Familia*, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, Madrid.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. (2016). Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto, *El Notario siglo XXI*, enero-febrero.
- QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil, 3.<sup>a</sup> ed.*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V. Manuel Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 1.º*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

VERDERA SERVER, R. (2016). *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, 26 de mayo de 2005.
- STC, 9 de junio de 2005.
- STC, 7 de octubre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 1896.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 1966.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de abril de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de septiembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de septiembre de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de marzo de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 5 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 6 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de mayo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 10 de noviembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de septiembre de 2018.
- RDGRN 2 de agosto de 2018.
- STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de julio de 2018.
- SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 22 de marzo de 2000.
- SAP León, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de enero de 2009.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2011.
- SAP Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 25 de mayo de 2012.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2015.
- SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2017.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de enero de 2018.

## NOTAS

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid:

Colex, Madrid, 321. Para DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, undécima edición, Madrid: Tecnos, 233, se denomina filiación «tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo».

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 299.

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 303.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 322.

<sup>5</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. I*, Madrid: Edersa, 119-120; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 305.

<sup>6</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6730) señala que, «las pruebas biológicas, siendo la más frecuente la analítica de los grupos sanguíneos, no obstante su reconocido valor científico, se presentan relativas y no absolutas y menos exactas, al ofrecer solo resultado cierto por exclusión, pero no por ello se las puede privar de eficacia en cuanto se aportan como instrumentos susceptibles de valoración judicial en relación a otros medios probatorios suministrados, para completar el resquicio que dejan aquellas de acreditar la concurrencia de paternidad probable y alcanzar la conclusión de paternidad que ha de ser considerada definitivamente acreditada, con lo que se exige su complementación necesaria con otras probanzas».

<sup>7</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V. Manuel Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 1.º, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 675.

<sup>8</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986, 513).

<sup>9</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil, *op. cit.*, 34-40 realiza un juicio crítico de la reforma desde un doble punto de vista relativo el primero a su filosofía y el segundo a su técnica. Respecto a este último señala que «la nueva Ley es defectuosa. Su laconismo es excesivo; se ha atribuido una importancia excesiva a la posesión de estado, además la disciplina de las acciones de reclamación de estado y de impugnación es confusa; se concede un margen excesivo de discrecionalidad a la autoridad judicial; y en fin, se trata de una ley críptica, poco menos que escrita en clave y cuya inteligencia es y será una verdadera tortura para quienes se propongan estudiarla con rigor y profundidad».

<sup>10</sup> La STS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4758) señala que «la reforma de 1981 ha tenido como uno de los presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código civil, no solo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo, y de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego el artículo 39 de la Constitución española asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor; y que ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución española». Asimismo, *vid.*, la SAP Vizcaya, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 1999 (AC 1999, 7455); y, la SAP Valencia, sección 10.ª, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 235209) precisa, no obstante, que «si bien debe darse prioridad a la verdad biológica, como un derecho del niño, no siempre podrá considerarse que tal veracidad es un beneficio efectivo para el menor, puesto que, en algunos casos si repercutirá en bien del niño, mientras que en otros no ocurrirá igual. En el presente caso, precisamente, el hecho de conocerse al padre biológico de María Juana, no supone en absoluto un bien para la niña, puesto que nunca se ha encargado de ella, y siendo conocido su paradero, a

pesar de ello el actor manifestó su firme voluntad de ostentar la condición de padre de la menor, que así lo considera, y para la que a tan tierna edad se le iba a producir un seguro perjuicio de estimarse la pretensión de la actora».

<sup>11</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 324-326. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 667 son tres los principios básicos rectores de la filiación: principio de igualdad jurídica entre todas las filiaciones; principio de protección de los hijos y principio de veracidad biológica.

<sup>12</sup> *Vid.*, las SSTC 138/2005, 26 de mayo (RTC 2005/138); y 156/2005, 9 de junio (RTC 2005/156).

<sup>13</sup> *Vid.*, las SSTC 273/2005, 27 de octubre (RTC 2005/273); y 52/2006, 16 de febrero (RTC 2006/52).

<sup>14</sup> VERDERA SERVER, R. (2016). *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 36, precisa al respecto que «es evidente que la modificación de los artículos 133 y 136 viene impuesta por la doctrina del Tribunal Constitucional, pero no hay elementos que expliquen el por qué se modifican esos otros tres preceptos y no otros distintos»; del mismo autor (2016). «Comentario al artículo 133 del Código civil». En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 334-335 de nuevo respecto a las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 señala que «constituye un proceder defectuoso el pensar que es posible modificar en aspectos sustanciales el régimen de las acciones de filiación sin valorar cómo y en qué medida ello incide en el plano de la determinación extrajudicial o en el resto de acciones de filiación». Por lo que propone una reforma integral del régimen de filiación.

<sup>15</sup> La STS 776/1999, 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6944) consideró derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 47.1 de la LRC y concordantes, así como los artículos 167 y 182 del RRC, en el medida en que permitían a la madre desconocer su maternidad.

<sup>16</sup> VERDERA SERVER, R. (2016). *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, *op. cit.*, 27-28 señala sobre el sistema de filiación del Código civil que diseñó el legislador tras su reforma de 1981 muy influido en su alcance extrajudicial por la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 «ha sido parcheado por el legislador de 2015, incidiendo en la configuración de las principales acciones de filiación, pero introduciendo también elementos que en el plano extrajudicial afectan a la coherencia del sistema, al sustituir los criterios originales de la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil, por una abigarrada amalgama de reglas, sin reparar en la trascendencia que tiene en los criterios del Código civil, el parcheo normativo no es una buena solución en una materia en la que todas las piezas están en íntima conexión».

<sup>17</sup> En el mismo sentido, el artículo 235-1 del CCC; y la Ley 69 de la Compilación de Derecho Civil Foral navarra —en adelante, FNN—.

<sup>18</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus, 60 nota 111.

<sup>19</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, año 22, 111; INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, Cizur Menor, 804-805.

<sup>20</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, XXXVI, 182.

Por su parte, el artículo 235-3 del CCC dispone que «la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

<sup>21</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 675-676.

<sup>22</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil, *op. cit.*, 106.



<sup>23</sup> VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 266.

<sup>24</sup> En la RDGRN de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2012, 74939) se rechazó la inscripción de la maternidad porque se prestó el consentimiento con posterioridad al nacimiento y no con carácter previo a este, como exigía la redacción del artículo 7.3 de la LTRHA.

Por su parte, en la RDGRN de 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2010, 459) se posibilitó la aplicación retroactiva del artículo 7.3 del LTRHA conforme a la redacción dada por la Ley 3/2007 y se atribuyó la filiación materna al cónyuge no gestante pese a que el nacimiento del hijo había tenido lugar antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA. Se ampara en la Disposición Transitoria Primera del Código civil, pues, la citada Ley 3/2007 es la que introduce *ex novo* la posibilidad de doble maternidad.

<sup>25</sup> Asimismo, la STS, Sala de lo Civil (Pleno) de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 33) en este punto establece en su *Fundamento de Derecho* 4.º *apartado* 6 que «las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico y que, por tanto, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención al orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el cónyuge conviviente de la mujer que, se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación resulta también que, la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de los personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tiene incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural». Y sigue diciendo el Alto Tribunal en su *Fundamento de Derecho* 5.º *apartado* 4 respecto al principio rector que, delimita y conforma esta materia, vertebrada en torno a la vigencia del interés superior del menor —con características de orden público y por ello no esencialmente vinculada a la justicia rogada—: «(...) exige que, estos queden al cuidado de los sujetos que, han dado su consentimiento para ser progenitores, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar».

<sup>26</sup> *Vid.*, los artículos 56 a 62 del CFA; los artículos 235-1 a 235-33 del CCC; y las Leyes 68 a 72 del FNN. Respecto de esta última normativa señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2017, de 24 de abril declaró inconstitucional la Ley 71 b) del FNN por lo que devino automáticamente inaplicable la negación de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial a los progenitores e inapreciable la exclusión legal de su legitimación para ejercitarla, aunque el precepto del que deriva no hubiera sido objeto de paralela anulación, a la espera de su revisión por el legislador foral. Atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 2 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 3654) considera que, no es de aplicación directa ni supletoria al caso enjuiciado el artículo 133 del Código civil por lo que la legitimación activa del demandante se sustancia, tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 71, en el artículo 24.1 CE, como norma vinculante y de directa e inmediata aplicación por los órganos judiciales del Estado, siendo este precepto el habilitador de la legitimación activa del progenitor en el ejercicio de su declaración de paternidad. Con posterioridad, se ha aprobado la Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo que reforma el artículo 71 FNN y reconoce la legitimidad del padre para ejercitar la acción de reclamación en el plazo de un año. La disposición transitoria de esta Ley establece que, el computo de los plazos de caducidad de las acciones objeto de regulación y modificación en esta Ley se inicia el día siguiente de su entrada en vigor —el 24 de mayo de 2018— para aquellos supuestos en que el hecho que supone el nacimiento sea anterior y siempre que, en su caso, todavía no hubiere transcurrido el plazo previsto conforme a la ley hasta entonces vigente.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 329; RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 666; VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 263.

<sup>28</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil, *op. cit.*, 104-105.

<sup>29</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil, *op. cit.*, 104.

<sup>30</sup> VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 264.

<sup>31</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 666.

<sup>32</sup> VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 269.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 342.

<sup>34</sup> Para VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 271 no habría inconveniente para que el legislador español incorporara una presunción de paternidad no matrimonial que, estableciese el elemento causal —presunción de generación—. Sin embargo, para RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 744 se trata de una situación criticable que, supone una inversión de la carga de la prueba que, puede abocar a una situación de inseguridad jurídica.

<sup>35</sup> Se indica en el Preámbulo de la Ley 19/2015 apartado IV que «con esta modificación legal se pretende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, la inscripción de los recién nacidos se realiza directamente desde los centros sanitarios, a modo de «ventanilla única» donde los padres, asistidos por los facultativos que hubieran asistido al parto, firmarán el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro Civil, amparado con el certificado reconocido de firma electrónica del facultativo. No será necesario, por tanto, acudir personalmente a la Oficina del Registro Civil para realizar la inscripción del nacido».

Por su parte, respecto a la comunicación electrónica *vid.*, la Instrucción de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios (BOE, núm. 246, 14 de octubre de 2015, 95246 a 95260) en la que, asimismo, se hace referencia a los supuestos que quedan excluidos de la posibilidad de remisión desde centros sanitarios. Así cuando se haya superado el plazo legal de setenta y dos horas desde el nacimiento: en estos casos, la solicitud de la inscripción podrá formularse de forma presencial en el plazo de diez días siguientes al nacimiento y puede llegar a los treinta días cuando se acredita justa causa conforme al artículo 166 RRC; tampoco podrá efectuarse la comunicación del acto inscribible en aquellos supuestos que requieran declaración o expediente tramitado ante el encargado del Registro Civil conforme a la legislación vigente; y también quedan excluidos sin que quepa la personación en el Registro Civil, los nacimientos en caso que se pretendan inscribir como progenitores dos mujeres, no legamente casadas, ya que la ley no contempla que, la filiación con el segundo progenitor pueda establecerse en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil. En estos casos, se podrá efectuar la comunicación únicamente respecto de la filiación correspondiente al progenitor gestante. Asimismo, precisa la Instrucción que, la comunicación se realizara mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan obligación de comunicar el nacimiento, y a este formulario se incorporará el parte acreditativo del nacimiento firmado por el facultativo que hubiera asistido al parto, si bien, tal como prevé la disposición transitoria tercera de la Ley 19/2015, la firma del facultativo podrá realizarse de forma manuscrita o electrónica.

<sup>36</sup> VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 284; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 336.

<sup>37</sup> En el Preámbulo de la Ley 19/2015 apartado IV apartado 5 se señala que «en cuanto a la seguridad en la identidad de los nacidos se ha atendido a la alarma social causada por el drama de los «niños robados», para lo que la Ley incide en la seguridad de identificación de los recién nacidos y la determinación, sin género de dudas, de la relación entre madre e hijo, a través de la realización, en su caso, de las pruebas médicas, biométricas y analíticas necesarias».

<sup>38</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, (Pleno) 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833); y el ATS, Sala de lo Civil (Pleno), 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141) que consideran la gestación por sustitución contraria al orden público internacional español, asimismo, además con ello no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ni se discrimina a los menores por razón del nacimiento ni, en fin, se vulnera la interdicción de discriminación de los hijos por razón

de la distinta clase de filiación. Ambas resoluciones son objeto de voto particular. Asimismo, *vid.*, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que posibilita la inscripción de los nacidos por maternidad subrogada en el extranjero.

Por su parte, MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. (2016). Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto, *El Notario siglo XXI, enero-febrero*, 49 alude a la enmienda del Grupo del Partido Popular del artículo 44.7 de la LRC orientada a elevar a rango de legal la doctrina de la citada Instrucción, por lo que daba paso a la legalización de la maternidad subrogada, que no prosperó.

<sup>39</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6944).

<sup>40</sup> En esta línea, se expresa de forma mayoritaria la doctrina, así MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. (2016). Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto, *op. cit.*, 51; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C. (2018). La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad, *Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 1*, enero-marzo, 50-51; VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial, *op. cit.*, 294-295; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil. En: A. Cañazares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 706-707.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 355. Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Familia, *op. cit.*, 333.

<sup>42</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 745.

<sup>43</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7371).

<sup>44</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 334.

<sup>45</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 249); y, 17 de enero y, 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 750; 2017, 3320); la SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 259219); y, el AAP Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 1 de marzo de 2012 (JUR 2012, 152020) para la admisión a trámite basta que del propio contexto o contenido de la demanda, se aprecie una misma línea de razonabilidad o verosimilitud. Por su parte, GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 370 señala que, mediante la aportación de un principio de prueba para la admisión de la demanda se controla *in limine litis* la seriedad o apariencia de buen derecho de la acción emprendida; si bien, añade que «este control es una secuela de la originaria prohibición de investigación de la paternidad y la maternidad, que se fundara en la protección de la familia legítima y la paz familiar; y tal vez hubiera sido más oportuna su supresión, porque existen medios suficientes para sancionar las conductas temerarias o maliciosas (si son extremas) o merced a la cláusula general de la buena fe en la conducta procesal (art. 11.1 y 2 de la LOPJ)».

<sup>46</sup> *Vid.*, la STC, 17 de enero de 1994 (RTC 1994/7).

<sup>47</sup> *Vid.*, la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2007 (RTC 2997, 177); las SSTs, Sala de lo Civil, 28 de abril de 1994 (RJ 1994, 2977); 14 de junio de 1997 (RJ 1997, 4653); 22 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4754); 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6247); 6 de julio de 2004 (RJ 2004, 4335); 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8150); 28 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3152); y, 17 de enero y, 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 750; RJ 2017, 3320). En este mismo sentido, *vid.*, las SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2011 (AC 2011, 1587); SAP Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de julio de 2012 (AC 2012, 1214); y, SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2018 (JUR 2018, 120918).

<sup>48</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1718); y, las SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 6 de febrero de 2002 (AC 2002, 1263); y, SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2018 (JUR 2018, 106135).

<sup>49</sup> *Vid.*, la SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 14 de septiembre de 2006 (AC 2007, 647).

<sup>50</sup> *Vid.*, la SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 14 de octubre de 2011 (AC 2011, 1575).

<sup>51</sup> *Vid.*, las SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 22 de marzo de 2000 (AC 2000, 1119); y, SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 4 de diciembre de 2009 (AC 2010, 303).

<sup>52</sup> *Vid.*, las SAP León, secc. 1.ª, 29 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192693); y, SAP Granada, secc. 5.ª, 22 de mayo de 2009 (*AC* 2009, 1558).

<sup>53</sup> *Vid.*, las STC, 17 de enero de 1994 (*RTC* 1994/7); y 31 de mayo de 1999 (*RTC* 1999/95); y, las SSTS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001/9995); 15 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5467); 7 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005, 10182); y 2 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 440); y, la SAP Huelva, secc. 3.ª, 14 de junio de 2005 (*AC* 2005, 1680).

<sup>54</sup> *Vid.*, la STC, Sala 1.ª, 17 de enero de 1994 (*RTC* 1994/7); y, la STS, Sala de lo Civil, 14 de mayo de 1991 (*RJ* 1991, 3666).

<sup>55</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 379-380.

<sup>56</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 382. *Vid.*, asimismo, la STC 17 de enero de 2005 (*RTC* 2005/3); y, la STS, Sala de lo Civil, 2 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5452).

<sup>57</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 1 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 2431); y, 24 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 2921); y, las SAP Pontevedra, secc. 1.ª, 12 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 422); y, SAP Barcelona, secc. 12.ª, 8 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 311448).

<sup>58</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 2 de enero de 1991 (*RJ* 1991, 103); y, 2 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 2771).

<sup>59</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7925); y, 24 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 2912).

<sup>60</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil, *op. cit.*, 643-656. Por su parte, GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 388 señala que, habrá de llamarse al proceso a todos los «posibles progenitores» —intervención provocada— para la práctica de la prueba biológica.

*Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 20 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 8121); 3 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 8909); y 14 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4773).

En el artículo 235-18 del CCC se establece que «1. La prueba de las relaciones sexuales de la madre con un hombre diferente al demandado durante el periodo legal de concepción no es suficiente para destruir las presunciones de paternidad». Por lo que, para que prospere esta excepción no basta con que se aporten pruebas. Y añade en su número 2 que «si en el proceso se invoca la excepción de relaciones sexuales de la madre con hombres diferentes al demandado, se los puede llamar; a petición de parte legitimada para reclamar la paternidad, para que intervengan en el proceso en calidad de demandados». Se les llama al proceso con la posibilidad de practicar las pruebas biológicas necesarias. Y, en fin, en el número 3 se indica que «en aplicación de lo establecido en el apartado 2, son demandados varios hombres debe declararse padre aquel cuya paternidad resulte más verosímil» —probabilidad de paternidad—. Se entiende que sobre la base de las pruebas practicadas y aportadas en un análisis de conjunto.

<sup>61</sup> *Vid.*, la SAP Asturias, secc. 5.ª, 25 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 203285).

<sup>62</sup> En el mismo sentido, la Ley 70.5 del FNN.

<sup>63</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 4605); 22 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9484); 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 433); y 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5246).

<sup>64</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 409.

<sup>65</sup> Será parte demanda la madre como representante del hijo menor de edad, no hay necesidad de demanda también al hijo, *vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 5 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 657). Asimismo, no hay que demandar a la esposa del progenitor en el caso de acción de reclamación de paternidad no matrimonial —sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2585)—; ni tampoco a quien convive *more uxorio* con él —STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 9007)—. Asimismo, *vid.*, GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 414.

<sup>66</sup> *Vid.*, la SAP Córdoba, 3 de abril de 1995 (*AC* 1995, 733) contra los padres del presunto progenitor fallecido. Por su parte, el artículo 235-16 del CCC respecto a las personas que intervienen en el proceso señala que: «1. En todo proceso de filiación deben ser demandadas las personas cuya paternidad, maternidad o filiación sea reclamada o esté legalmente determinada. 2. En el caso de que una persona que debería ser demandada haya muerto, la acción debe dirigirse contra sus herederos. 3. En las acciones de filiación, el letrado de la

Administración de Justicia puede nombrar a un defensor judicial si el hijo debe intervenir por medio de un representante legal y lo justifica su interés».

<sup>67</sup> Vid., la STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2003 (RJ 2003, 1830).

<sup>68</sup> Vid., la STS, Sala de lo Civil, 11 de abril de 2012 (RJ 2012, 5474).

<sup>69</sup> GARCÍA VICENTE, J.R. (2016). Las acciones de filiación, *op. cit.*, 369.

<sup>70</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 745.

<sup>71</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil, *op. cit.*, 493-495.

<sup>72</sup> Vid., las SSTs, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); 26 de junio de 1986 (RJ 1986, 4781); 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1815); 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 5200); 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969); 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); y, 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); asimismo, las SAP Valencia, 4 de abril de 1995 (AC 1995, 732); SAP Pontevedra, secc. 4.ª, 31 de enero de 2002 (JUR 2002, 99116); SAP Guadalajara, secc. 1.ª, 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 2234); SAP A Coruña, secc. 3.ª, 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771); SAP Sevilla, secc. 8.ª, 20 de febrero de 2006 (JUR 2006, 200800) notoriedad pública de la filiación; SAP Valencia, secc. 10.ª, 30 de mayo de 2012 (AC 2012, 1308); SAP A Coruña, secc. 5.ª, 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 5051); y, SAP Valencia, secc. 10.ª, 18 de febrero de 2015 (JUR 2015, 101510).

<sup>73</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario al artículo 113 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, 840.

<sup>74</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 264.

<sup>75</sup> RJ 1997, 3676. Por su parte, la SAP A Coruña, secc. 3.ª, 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771) la constante posesión de estado ha sido definida como «aquellas circunstancias en las que se halla una persona en el seno de la familia y en sociedad, teniendo por tanto, posesión de estado quien es tenido por hijo respecto a su padre».

<sup>76</sup> EVANGELIO LLORCA, R. (2011). El concepto de posesión de estado de filiación. En: L. Martínez-Calcerrada y Gómez (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil, vol. II*, Madrid. Centro de estudios Ramón Areces, 1859, dispone al respecto que «el *nomen* era referido, antiguamente, a un aspecto del *tractatus*: el hecho de ser designado por el padre (o parientes) con la denominación de “hijo”, en particular en aquellos actos (emancipación, mejora) en que para su eficacia, se requería tal calidad. Posteriormente se entendió y así se estima en la actualidad como el uso habitual por el hijo del apellido del presunto padre o de la presunta madre». En cuanto al *tractatus* considera que representa «el trato recíproco entre dos personas como padre/madre e hijo, el hecho de que el padre/madre y el presunto hijo, y en su caso, la familia de los primeros, se comporten en las relaciones de vida como tales». Finalmente, entiende que la *fama o reputatio* consiste «en la opinión general, la *vox populi*, que reconoce al hijo como de un determinado padre o madre. En otras palabras, el hecho de ser pretendido hijo reputado socialmente como tal»; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. (2000). «La posesión de estado en materia de filiación», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, vol. I*, Granada: Universidad de Granada, 469. Vid., las SSTs, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 1896 (JC, 1896, T. 80, 14) *tractatus* es «tenerlo en casa, alimentarle, educarle en tal concepto (hijo natural)»; 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676) igualmente, en relación con el *tractatus* se destaca que «el señor S., muestra su conformidad en reiteradas ocasiones y sufragada mediante talón bancario las vacaciones de su hijo en diferentes campamentos de verano, estando incorporado en autos cartas dirigida a la dirección de los mismos al señor S., en el que se le comunican diferentes extremos relativos a “su hijo” y en los que aparece la firma no impugnada del presunto padre (...). Al fallecimiento del señor S., se declara que, este había manifestado su intención de reconocer al menor, incluido ha quedado probado que Guillermo ha disfrutado de vacaciones con su padre y la familia de este, madre, primos, etc.»; y, 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7554) señala que *tractatus* es «el comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno-filial» y *fama o reputatio* «la opinión o consideración en el entorno social»; y, la SAP Madrid, secc. 24.ª, 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 189159).

<sup>77</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815).

En todo caso, en la jurisprudencia se asocia la fama con el requisito de la publicidad, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 1962 (RJ 1962, 1706); 14 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4115); y, 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

<sup>78</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 264. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 8 de julio de 1991 (RJ 1991, 5569); y, 17 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1961).

<sup>79</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch, 308 y 310.

<sup>80</sup> *Vid.*, la SSTS, Sala de lo Civil, 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2805); 28 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4326); y, 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7554); y, la SAP Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 23 de octubre de 2015 (JUR 2016, 12058).

<sup>81</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 28 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1239); 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815); 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2805); 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8336); 3 y 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1547; RJ 1988, 1974); 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); y, 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676).

BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 697; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 309 señalan que la interpretación del alcance de los hechos puede ser valorada en casación por su alcance netamente jurídico.

<sup>82</sup> EVANGELIO LLORCA, R., «El concepto de posesión de estado de filiación», *op. cit.*, 1859. En esta línea, la STS, Sala lo Civil, 25 de abril de 1990 (RJ 1991, 3030) declara en su *Fundamento de Derecho tercero* que la posesión de estado «no acredita fehacientemente quiénes sean los progenitores de una persona, tal solo supone una situación fáctica que permite presumir que puede ser el padre».

Por su parte, para DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (2000). La posesión de estado en materia de filiación, *op. cit.*, 463-464 la apariencia de la posesión de estado reúne una serie de ventajas: «1. Proporciona al juez unos datos objetivos, unos elementos de juicio que, de ser suficientes, se convierten en título judicial, a que da lugar la sentencia firme favorable, pronunciada a resultas de una acción de filiación. O, sin litigio, la posesión de estado facilita el establecimiento extrajudicial (registral) incluso de la madre que no desconoce, cuándo pudo hacerlo en tiempo y forma; 2. Tiene la posesión de estado carácter subsidiario, si la filiación no está ya formalmente establecida en un título contradictorio; 3. Por contar con la publicidad de hecho, con el clamor de la notoriedad, si bien no se excluye que no coincida con la realidad, reduce el margen de error. Estas ventajas o el que podemos llamar su «efecto útil» explican que la posesión de estado, pase, de ser una vieja institución limitada históricamente a la filiación legítima y natural, a extenderse a la no matrimonial y que se promueva en línea directa con nuevas orientaciones del Derecho de filiación».

<sup>83</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); 10 de marzo y 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 1815; RJ 1988, 5200); y, 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

<sup>84</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 4 de mayo de 1964 (RJ 1064, 2201); 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 37149); 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); y, 25 de junio de 2004 (RJ 2004, 4008).

<sup>85</sup> EVANGELIO LLORCA, R. (2001). El concepto de posesión de estado de filiación, *op. cit.*, 1873.

<sup>86</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 127 a 135 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, 971.

<sup>87</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 28, enero-diciembre, 129.

<sup>88</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 265.

<sup>89</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil, *op. cit.*, 495-496.

En este contexto, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 339 señala que «la posesión de estado juega un doble papel: de un lado, como criterio

diferenciador de la legitimación activa, y de otro, es un hecho de gran trascendencia para la declaración de paternidad/maternidad, al igual que en el artículo 135 del Código civil».

<sup>90</sup> *RJ* 2013, 7566.

<sup>91</sup> *RJ* 2014, 1265.

<sup>92</sup> Para BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 695 «el Tribunal Supremo confunde título de determinación de la filiación con voluntad de comportarse como progenitora y elude la aplicación del principio de verdad biológica, rector en materia de acciones de filiación, para declarar la doble maternidad más allá del supuesto del mencionado artículo con fundamento en el interés del menor».

<sup>93</sup> La Ley 71 b) 3 del FNN establece que puede ejercitar la acción de declaración de la filiación no matrimonial «aquellas personas que tengan un interés lícito y directo, siempre que hubiese posesión de estado y en cualquier momento».

<sup>94</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). «Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil», *op. cit.*, 598-601.

<sup>95</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 265; GARCÍA VICENTE, J. R., La acciones de filiación, *op. cit.*, 438; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (1991). Comentario al artículo 131 del Código civil». En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 492-493; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 697; RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 758.

<sup>96</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). La acciones de filiación, *op. cit.*, 438.

<sup>97</sup> *RJ* 2005, 2387.

<sup>98</sup> *RJ* 2018, 1854. No se acredita una atención continua, una contribución a su educación, ni presencia en los actos decisivos de su vida sino únicamente una asistencia al velatorio en el momento en que falleció. La donación de una cuantiosa cantidad de dinero que le realizó solo es demostrativo de la realidad de la donación pero no de una apariencia pública de filiación, las fotos de la difunta madre del presunto hijo en las que aquella aparece con los hijos del demandado, a los que cuidaba, solo acreditan que ella era la empleada del hogar de la familia, pero no una relación del demandado ni con el padre de los demandante ni con la abuela de estos.

<sup>99</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 696.

<sup>100</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 266. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3345).

<sup>101</sup> *Id.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 9606); y, 19 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3797).

Para BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 699 «no existe tal antinomia entre los artículos 131 y 134, dado que el segundo se limita a afirmar el carácter principal de la pretensión de reclamación, admitiendo su ejercicio aunque bien por razones de legitimación activa, bien de plazo, la acción impugnatoria no sea posible». A lo que añade que «la integración más correcta de la laguna legal planteada por el artículo 131.2 pasa por reconocer legitimación en dicho supuesto al hijo y a los progenitores, con fundamento en el principio de verdad biológica y su correlato de facilitar la correspondencia entre la filiación formal y la real, propiciando las acciones de reclamación conforme a la posesión de estado».

<sup>102</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 134 del Código civil, *op. cit.*, 270. *Id.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 2 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 7038).

<sup>103</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil, *op. cit.*, 753 y 774; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (1991). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 494.

<sup>104</sup> QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 134 del Código civil, *op. cit.*, 270.

<sup>105</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 694. *Id.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5246).

<sup>106</sup> Precisamente, derivado de la imprescriptibilidad de las acciones de filiación, cuyo ejercicio puede tener lugar durante toda la vida del hijo, se ha considerado por el Tribunal

Supremo que, el retraso en el ejercicio de la reclamación de la filiación desde que se conoce el origen biológico —tanto por el hijo como por su representante legal— no constituye abuso del derecho, ni retraso desleal por resultar ello contrario al principio de protección de la dignidad de la persona. Asimismo, declara el Alto Tribunal que, en principio, las motivaciones económicas para conseguir el éxito de la reclamación de filiación son lícitas y no pueden excluirse como regla general que, una reclamación de filiación pueda resultar efectuada en fraude de ley, pues, para que pudiera declararse así se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español. *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 11 y 12 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5745; *RJ* 2012, 5898); y, 12 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 610).

<sup>107</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). La acciones de filiación, *op. cit.*, 442; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 131 del Código civil, *op. cit.*, 694; RUEDA ESTEBAN, L., La filiación, *op. cit.*, 759; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 131 a 135 del Código civil, *op. cit.*, 502. Asimismo, *vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 8237).

<sup>108</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). La acciones de filiación, *op. cit.*, 442.

<sup>109</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8336); 8 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5569); 24 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4848); 19 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3797); 22 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2282); 17 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3618); y, 8 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5239); y, la SAP Córdoba, secc. 1.ª, 21 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 180339).

<sup>110</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 19 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3797); 14 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005, 10161); y 2 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 440).

<sup>111</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 1585); y, la SAP Alicante, secc. 6.ª, 30 de mayo de 2017 (*AC* 2017, 1171) no consta un interés legítimo en el demandante progenitor que ha tardado casi diez años en reclamar una filiación, pese a conocer al hijo desde el nacimiento. Abuso del derecho.

<sup>112</sup> El Tribunal Supremo se hace eco de esta doctrina constitucional que, viene a confirmar la interpretación hasta entonces existente de conceder legitimidad al progenitor no matrimonial, *vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6258); y, de 12 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 610). Asimismo, *vid.*, las SAP Valencia, secc. 10.ª, 24 de junio de 2015 (*AC* 2016, 14); SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 15 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 25911); y, SAP Valladolid, secc. 3.ª, 9 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 309268).

<sup>113</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil, *op. cit.*, 711 al respecto y en línea con la legislación foral navarra, considera ilógico que, si puede plantear reconocimiento no lo haga; de ahí que, considere que carece de sentido concederle una acción. Por su parte, VERDERA SERVER, R., Comentario al artículo 133 del Código civil, *op. cit.*, 343 señala que, no se exige la legitimación de los progenitores no se subordina al reconocimiento previo del hijo o que este reconocimiento no tuviera eficacia.

<sup>114</sup> Con la reforma del artículo 133 del Código civil por la Ley 26/2015 se sustituyen en el apartado 1 párrafo segundo la referencia a que el hijo «alcance plena capacidad» por alcanzar «mayoría de edad» o recobrar «capacidad suficiente a tales efectos».

<sup>115</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1663); 11 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3345); y, 22 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 2485).

<sup>116</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4339).

<sup>117</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación, *op. cit.*, 770.

<sup>118</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). La acciones de filiación, *op. cit.*, 455; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil, *op. cit.*, 711.

Conforme la disposición transitoria primera de la Ley 26/2015 los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y que se encontrasen en tramitación, se continúan tramitando conforme la legislación procesal vigente en el momento de inicio del procedimiento o expediente judicial. Por lo que la aplicación del plazo de un año previsto en el artículo 133.2 a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de la ley. Si bien, la citada disposición transitoria solo se ocupa de las normas procesales y procedimentales, pero no del Derecho sustantivo aplicable a los procedimientos que, se encontrasen en tramitación,



lo que unido a que la Ley 26/2015 no contiene una disposición transitoria que, se ocupe expresamente de la aplicación de la nueva norma contenida en el citado artículo 133.2 a las demandas de reclamación de la filiación de nacidos con anterioridad a su vigencia, determina que, el silencio de las transitorias de la ley sobre cualquier otro aspecto diferente al Derecho procesal, solo puede ser interpretado como reflejo de la voluntad del legislador de la aplicación inmediata del nuevo régimen legal. Es por ello que, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2949) se desestima la demanda pues, cuando se interpuso la misma había transcurrido el plazo de un año desde que el demandante, que compartió casi todo el embarazo con la madre, pudo conocer el nacimiento de la niña cuya paternidad reclama. Por su parte, las SAP Valladolid, secc. 3.<sup>a</sup>, 9 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 309268); y, SAP Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 24 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 207742) señalan que el plazo debe computarse desde la entrada en vigor de la reforma.

<sup>119</sup> GARCÍA VICENTE, J. R. (2016). La acciones de filiación, *op. cit.*, 456.

<sup>120</sup> En esta línea, señala VERDERA SERVER, R. (2016). Comentario al artículo 133 del Código civil, *op. cit.*, 345 señala, por su parte que «el hecho en que el hombre ha de fundar su reclamación siempre es el haber mantenido relaciones con la madre, por lo que, si es conecedor del nacimiento del hijo de esa mujer, ha de ofrecer buenas razones para justificar un plazo más allá del año desde el nacimiento». Por lo que, considera que «el Código civil pone el acento en el hecho en que se funda la reclamación y no en el conocimiento de la paternidad biológica».

<sup>121</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). «Comentario al artículo 133 del Código civil», *op. cit.*, 712.

<sup>122</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2016). «Comentario al artículo 133 del Código civil», *op. cit.*, 711. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 4427) posibilita que el hijo pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad.

<sup>123</sup> *Vid.*, la STC de 27 de abril de 2010 (RTC 2010/9).

<sup>124</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 17 de febrero, 17 de octubre y 12 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 924; *RJ* 2015, 924; *RJ* 2015, 5602) que ante la no entrada en vigor de la LRC 2011 hace una interpretación correctora de la vigente LRC, porque se considera que en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran, sí se encuentran en vigor; (Pleno) 10 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5463); 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2231); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 35); 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 597); 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1990). Por su parte, la STC de 7 de octubre de 2013 (RTC 2013/167) considera vulnerado el derecho a la propia imagen del menor por las sentencias que le impusieron como primer apellido familiar el de su padre condenado por un delito de violencia en el ámbito familiar. También, la STS, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5131) señala que afectaría a su derecho de imagen, pues tiene 10 años y con ese primer apellido viene identificado en todos estos años en su ámbito familiar, escolar y social.

<sup>125</sup> *JUR* 2018, 243273.

<sup>126</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4840); y, las SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 54686); SAP Alicante, secc. 6.<sup>a</sup>, 2 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 225044); y, SAP Málaga, secc. 10.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 184383).

<sup>127</sup> *Vid.*, las SSTs, Sala de lo Civil, 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7855); 14 de julio y 29 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 2970 y 2016, 4457).

<sup>128</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). «Comentario a los artículos 112 a 114 del Código civil», *op. cit.*, 164-165. Sin embargo, la STS, Sala de lo Civil (Pleno), 24 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1915) respecto al reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión tras declararse la inexistencia de relación paterno filial considera que no procede tal reembolso pues, en tanto no se declare que el padre que hasta ahora lo era, no resulta serlo, los alimentos abonados son debidos y no es de aplicación el cobro de lo indebido. Esta sentencia ha sido objeto de voto particular por los magistrados D. Antonio SALAS CARCELLER y D. Javier ORDUÑA MORENO que, por el contrario, consideran que la situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código civil

que, regula el cuasicontrato de «cobro de lo indebido» habiéndose producido un supuesto de *indebitum ex causa*».

<sup>129</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La filiación, *op. cit.*, 331.

*Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 1999 (*RJ* 1999, 746) diferencia la exclusión con la privación de la patria potestad; 12 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7128); y, 16 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3923); y, la SAP Barcelona, secc. 13.ª, 13 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 218420).

<sup>130</sup> *Vid.*, la RDGRN, número 4, 24 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 1967).

<sup>131</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5105).

<sup>132</sup> Para DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas. En: M. Ángel Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. V, Derecho de sucesiones, Madrid: Edisofer, 332-333 define preterición como «la falta de mención u omisión en el testamento de alguno o de todos los parientes en línea recta que, al abrirse la sucesión, sean sus herederos forzosos o que, tratándose de hijos o descendientes premuertos y por regir entonces el derecho de representación, debieran entonces serlo». Y, considera que es preterición intencional «aquella que se produce a sabiendas de que existe un heredero forzoso al que deliberadamente no se incluye en el testamento por cualquier motivo»; y preterición no intencional «la que tiene lugar por desconocer el testador su existencia en el momento de su muerte».

Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 8237); y, 21 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004, 8142); la SAP A Coruña, secc. 4.ª, 31 de julio de 2009 (*AC* 2009, 1963), y la SAP Orense secc. 1.ª, 4 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 370612); y la RDGRN de 2 de agosto de 2018 (*BOE*, 19 de septiembre de 2018, núm. 227, 90631-90640).

<sup>133</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 9995); y 16 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5178).

<sup>134</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4650); y, la SAP Madrid, secc. 24.ª, 10 de octubre de 2014 (*JUR* 2014, 296567). En todo caso, la determinación judicial de la paternidad no matrimonial determina la posibilidad de una guarda y custodia compartida o no, o en su caso, un derecho de visitas, *vid.*, la SAP Madrid, secc. 24.ª, 16 de julio de 2006 (*AC* 2008, 1881).

<sup>135</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 8237); y 29 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7214). Asimismo, la SAP Murcia, secc. 4.ª, 31 de octubre de 2008 (*AC* 2009, 829).

### 1.3. Derechos reales

## ¿Quién debe pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados? Reflexión sobre los beneficios de la garantía hipotecaria y sus destinatarios

### *Who should pay the tax of Documented Legal Acts? Reflection on the benefits of the mortgage guarantee and its recipients*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil  
Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** Los cambios jurisprudenciales a los que nos hemos visto sometidos en los últimos meses acerca de a quién corresponde el pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados ha generado gran inquietud, no solo a nivel jurídico, si no sobre todo financiero.

La STS de 16 de octubre de 2018 ha modificado el criterio jurisprudencial existente hasta ahora sobre quién es el sujeto pasivo, y por tanto, obligado, a pagar el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) al que se ve sometido el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la hipoteca que garantiza el préstamo hipotecario. Se pretende en este trabajo poner de relieve quién resulta beneficiado por la constitución de la garantía hipotecaria, cuáles son sus ventajas y qué supone o aporta el que exista la garantía real en un préstamo frente a aquellos préstamos que carecen de ella. No pretendemos analizar desde el punto de vista de la técnica jurídica tributaria quién es realmente el sujeto gravado sino, solo, ofrecer desde la perspectiva civil, las cualidades o beneficios que ofrece la hipoteca y a quién se los otorga, así como analizar la naturaleza del acto que se grava, por si puede servir, partiendo de esa base, para replantearse quién debería pagar entonces el impuesto AJD conforme al artículo 68.2 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

**ABSTRACT:** *The jurisprudential changes that we have been subjected in recent months about who owes the payment of the Tax on Documented Legal Acts has generated great concern, not only at a legal level, but above all financially. The judgment of October 16, 2018 has modified the existing jurisprudential criterion about who is the taxpayer of the tax on documented legal acts (IAJD) in a mortgage loan. The purpose of this paper is to highlight who is benefited by the constitution of the mortgage guarantee, what are its advantages and what does the real guarantee in a loan entail or contribute to, compared to loans that lack it. We do not intend*

*to analyze from the point of view of tax legal technique who is really the taxable subject but, only, offer from the civil perspective, the qualities or benefits offered by the mortgage and to whom it is granted, as well as analyze the nature of the act that is taxed, in case it can be used, starting from that base, to rethink who should pay then the AJD tax in accordance with art 68.2 Regulation of Transfer Tax and Documented Legal Acts.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca. Impuesto AJD. Garantía. Inscripción constitutiva. Crédito territorial.

**KEY WORDS:** *Mortgage. AJD tax. Guarantee. Constitutive registration. Territorial credit.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: I.1 LA HIPOTECA Y EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.—II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL: II.1. DOCTRINA ANTERIOR A LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018. II.2. DOCTRINA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018: A) *La inscripción constitutiva de la hipoteca.* B) *Contenido material del documento.* C) *Hay que interpretar correctamente el artículo 29 TRLITPAJD.*—III. QUIÉN RESULTA BENEFICIADO POR EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REVISIÓN CRÍTICA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018: III.1. LA HIPOTECA TIENE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA PERO NO ES EL ÚNICO ACTO INSCRIBIBLE, NI EL PRINCIPAL. III.2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO NO ES EL ÚNICO INTERESADO O BENEFICIADO POR LA INSCRIPCIÓN Y CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA. III.3. EL ADQUIRENTE DEL DERECHO ES EL PRESTATARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El vaivén jurisprudencial al que nos hemos visto sometidos en los últimos meses acerca de a quién corresponde el pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados que grava la escritura pública en que debe constituirse la hipoteca, ha generado no solo inseguridad jurídica, sino incluso inseguridad en el mercado financiero, y por tanto, de nuevo, signos de alerta en el mismo.

La cuestión no es baladí pues con el cambio jurisprudencial que se ha producido, los bancos se van a ver obligados a asumir el costo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (a partir de ahora, IAJD) en su cuenta de resultados, cuando hasta ahora ese impuesto era asumido en su totalidad por el deudor hipotecario al ser considerado como el único obligado a su pago, tal y como determinaba el segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que la reciente STS de 16 de octubre de 2018 acaba de declarar nulo.

En efecto, y como luego veremos, esta sentencia del Tribunal Supremo ha supuesto un giro jurisprudencial importantísimo, puesto que otras sentencias anteriores de marzo de este mismo año habían determinado que el sujeto pasivo del impuesto era —como dice el Reglamento— el prestatario, o deudor hipotecario en nuestro caso. Sin embargo, con anterioridad a estas sentencias de marzo de 2018, existía una gran confusión entre los tribunales menores: con base en la

STS de 23 de diciembre de 2015, que abogaba por la obligada partición de los gastos derivados de los préstamos hipotecarios, incluidos los tributos, algunas sentencias fallaron que correspondía por partes iguales a prestamista y prestatario pagar los gastos tributarios, otras que debía seguir asumiéndolo el prestatario y otras que debía asumir el IAJD el prestamista, generándose, por tanto, un vaivén jurisprudencial en los últimos meses entre 2015 y 2018. Con anterioridad a estas fechas, no se cuestionaba quién debía asumir el pago de ese impuesto, puesto que el artículo 68.2 del Reglamento, lo dejaba bien claro: el prestatario.

Con la nueva sentencia del Supremo de octubre de 2018, se aviva la polémica y ahora hay que replantearse quién es el sujeto pasivo de este impuesto: el prestamista (acreedor hipotecario) o el prestatario (deudor hipotecario).

No pretendemos dar una solución a este problema, pues es el Tribunal Supremo el que con su interpretación lo va a aclarar, pero sí queremos pararnos a reflexionar en este trabajo sobre las ventajas y beneficios que la hipoteca otorga a ambas partes, con el fin de esbozar nuestro criterio interpretativo del artículo 68 del Reglamento, pues sabiendo a quién beneficia, podríamos considerar, quién es —o debería ser— el obligado. Igualmente, nos detendremos en el análisis de la naturaleza jurídica desde el punto de vista civil del préstamo hipotecario, que influye en determinar cuál es el negocio principal, y por tanto el derecho que se obtiene y su adquirente.

Para ello, empezaremos por detenernos en las relaciones entre el IAJD y préstamo hipotecario, que es el garantizado con un derecho real de hipoteca. ¿Por qué aparece el IAJD a la hora de contratar este préstamo?

### I.1. LA HIPOTECA Y EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La hipoteca es un derecho real de inscripción constitutiva que sujeta un determinado bien inmueble al cumplimiento de una obligación para cuya seguridad fue constituida (arts. 1875 y 1876 CC); de este modo, incumplida la obligación (el préstamo en el caso que se analiza), el acreedor (prestamista) puede realizar el bien que se le ofreció en garantía, venderlo y cobrar con el dinero obtenido su crédito.

Una de las características propias de la hipoteca, que la hacen diferente al resto de derechos reales, es su inscripción constitutiva. Quiere decir esto que si la hipoteca no se inscribe, no nace el derecho real de hipoteca que asegura el crédito y que, por lo tanto, si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, sus funciones de aseguramiento, de afección y de prioridad —derivadas de su carácter de derecho real de garantía— no existen ni tienen virtualidad alguna.

Para la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad es necesario, como exigencia del principio de legalidad registral, que conste en escritura pública (arts. 3 LH y 33 RH), pues de lo contrario no puede acceder al mismo.

Al ser necesario su otorgamiento en escritura pública para inscribirse, y además, ser necesaria su inscripción para su nacimiento o constitución entre las partes, pues si no se inscribe no produce su función propia de garantía, se puede concluir que si no se constituye la hipoteca en escritura pública (documento notarial), no hay o no puede haber garantía y seguridad (arts. 1875 CC y 145 LH).

Luego, si queremos tener una hipoteca, esta debe constar en escritura pública, y resulta que las escrituras públicas como documentos notariales que son están sujetas al IAJD.

El impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados es un gravamen que se aplica a los actos formalizados en documentos públicos, inscribibles y con cuantía

económica, como es el caso de las compraventas de viviendas y las hipotecas. El IAJD en las hipotecas se calcula sobre la responsabilidad hipotecaria, es decir, la cantidad de dinero de la que responde la finca hipotecada, que no coincide con el principal del préstamo, sino que suele ser mayor que este, porque la responsabilidad hipotecaria cubre el principal, intereses (moratorios y remuneratorios), costas y gastos.

El porcentaje de IAJD que debe aplicarse a la responsabilidad hipotecaria varía según las CCAA, pues está transferido a las mismas, pero oscila entre un 0,5% de Navarra y País Vasco al 1,5% de la mayoría de las comunidades (Aragón, Andalucía, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha y Castilla-León, Murcia...), en su tipo normal, pues luego existen reducciones según se trate de vivienda habitual, para discapacitados, en rehabilitación...

Es decir, supongamos que sobre un préstamo de 300.000 euros para la adquisición de la vivienda, la responsabilidad hipotecaria del mismo se establece en 420.000 (en torno a un 40% más del principal para particulares, de media), el IAJD medio al 1,5% supone que el deudor hipotecario tiene que pagar por este impuesto unos 6300 euros, cantidad muy importante.

Pues bien ¿quién debe pagar esa cantidad?

El artículo 68 RD establece lo siguiente: «Será sujeto pasivo —del impuesto— el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Teniendo en cuenta la redacción del párrafo segundo, hasta ahora, la norma dejaba claro que en los préstamos hipotecarios no había que entrar ni siquiera a analizar el primer párrafo, aplicable a otros supuestos, ya que si se trataba de un préstamo con garantía (caso del préstamo hipotecario) es el prestatario —deudor hipotecario— quien debía hacerse cargo de aquel. De igual forma, en la mayoría de los ordenamientos vecinos, corresponde el pago de este impuesto al prestatario, siendo este el sujeto comúnmente afectado y así considerado, hasta ahora<sup>1</sup>.

Sin embargo, tras la STS de 16 de octubre de 2018, el segundo párrafo queda sin efecto porque el Alto Tribunal lo considera nulo, al contravenir la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en concreto, su artículo 29 que no recoge ese segundo párrafo<sup>2</sup>. Si esto es así, para saber quién debe pagar el impuesto habrá que acudir al primer párrafo. Y este nos dice que deberá pagarlo el adquirente del derecho (que parece que ya no es el deudor), o en su defecto los que lo soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan los documentos.

Son tres las opciones que nos da el artículo 68.1: adquirente del bien, el que lo solicite, o aquel en cuyo interés se expida el documento.

Si el bien que se adquiere mediante el acto jurídico documentado en cuestión, es el derecho de hipoteca, su titular es claro que es el acreedor hipotecario o prestamista, pero si consideramos que se trata de un préstamo hipotecario de especiales características, y con una unión funcional clara, su titular es el deudor hipotecario o prestatario, pues es quien adquiere el préstamo. El que «solicite» los documentos, puede ser cualquiera, tanto el acreedor, como el deudor, porque este criterio está estrechamente relacionado con el siguiente: quien tenga interés en que se expida el documento. ¿Y quién tiene interés en que se expida la escritura de hipoteca? ¿Quién resulta beneficiado por la constitución de la hipoteca?

Esa es la cuestión que, a mi juicio, debe dilucidarse, y sobre la que voy a llevar a cabo estas reflexiones.

El punto de partida de las mismas es por tanto el siguiente: la relación entre el IAJD y la hipoteca es clara, porque esta para nacer necesita de la escritura pública, documento notarial que está gravado con IAJD, siendo necesario averiguar para saber quien lo paga, quién es aquella persona en cuyo favor se expide, es decir, quién está interesado y/o beneficiado por la hipoteca, y cómo se relaciona esta con el préstamo que garantiza, pues según sea su vinculación y principalidad, podremos defender distintas posturas a cerca del sujeto pasivo del impuesto.

## II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

### II.1. DOCTRINA ANTERIOR A LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

Con la redacción indubitada del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la jurisprudencia no se planteaba esta cuestión, y correspondía pagar este impuesto en un préstamo hipotecario al deudor hipotecario, prestatario y sujeto pasivo del impuesto, al ser considerado adquirente del mismo por el segundo párrafo del artículo 68.

No existía, antes de 2015, prácticamente ninguna discusión ni doctrinal ni jurisprudencial al respecto. Parecía clara la intención del legislador de que el sujeto pasivo del impuesto fuera el prestatario, no solo por la dicción literal del reglamento, sino porque si hacemos una interpretación sistemática del mismo, se puede comprobar cómo esa es la idea en distintos preceptos legales, a saber: a) el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 LITPAJD señala que la «constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo», tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo; luego, es fácilmente entendible y reconducible el párrafo segundo del artículo 68.2 RD, ya que no hace sino concretar lo que la propia ley dice: los préstamos hipotecarios tributan como préstamos (no como derecho real de hipoteca) y por eso, el sujeto pasivo obligado es el que recibe el préstamo, el deudor hipotecario. b) Además, muchas las deducciones autonómicas de este impuesto se hacen en función de características del prestatario (discapacitados, jóvenes, familias numerosas...) lo que hace creer que no hay duda de que es él el sujeto pasivo, porque si fuera el prestamista o entidad financiera ¿por qué se le iba a aplicar si no esas deducciones?; del mismo modo, en la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994, se establece una exención del IAJD para que no la pague el prestatario, ya que su finalidad era facilitarle al deudor hipotecario el cambio de acreedor. Todo ello nos lleva a considerar que en la mente del legislador siempre ha estado la idea de que el sujeto pasivo, por ser el adquirente del préstamo y beneficiado con la hipoteca, era el prestatario, pues de otra forma no podría acceder a mayor financiación, ni mejorar en consecuencia su renta, y nivel de vida.

De este modo, la jurisprudencia anterior a la propia sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015, confirmaba esta tesis. Baste ver las SSTs de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) que en numerosas ocasiones

han considerado que el obligado al pago del IAJD en los préstamos hipotecarios, por la unidad del hecho imponible, es el prestatario (19 de noviembre de 2001; 20 de enero de 2004; 14 de mayo de 2004; 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 20 de junio de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015; y 22 de noviembre de 2017).

Pero, llegó la STS de 23 de diciembre de 2015, esta vez de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal. En ella se modificó parcialmente lo comúnmente admitido hasta entonces.

La sentencia de 23 de diciembre de 2015 consideró que resultaba abusiva —y por tanto nula— la cláusula que atribuye todos los gastos que genera un préstamo hipotecario —incluidos por tanto los tributarios—, a falta de negociación, al prestatario consumidor (deudor). Se basó en el artículo 89.3 TLDU que, aunque pensado para la compraventa, considera abusiva la cláusula que atribuye en exclusiva al consumidor los gastos de documentación de la compraventa de vivienda. De este modo, entendió la sentencia que si no existía pacto sobre ello, esos gastos (notariales, registrales, tributarios, tasación, seguros) no podían ser asumidos en exclusividad por el prestatario, y debían asumirse entre la entidad financiera prestamista y el deudor hipotecario prestatario. Estos gastos son elevados, porque además de los tributos hay que pagar los gastos notariales y registrales para la constitución de la hipoteca (escritura pública mas inscripción) y si, además, se ha producido la adquisición de la vivienda por compraventa, habrá que añadir los propios de esta: IAJD y ITP, así como igualmente los gastos notariales y registrales para la inscripción de la nueva propiedad en el Registro. Todo ello supone un esfuerzo económico muy importante para el adquirente del inmueble hipotecado.

Esta sentencia confirma, entonces, que no pueden atribuirse en exclusiva todos estos gastos al consumidor y que debe hacerse un reparto de los gastos entre las partes interesadas según corresponda e interese.

Del mismo modo, en materia tributaria, condenó que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas cuando, según la legislación, los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imposables también diferentes.

En concreto, y sobre el pago del IAJD, después de repasar los preceptos legales y reglamentarios que lo regulan, afirmó que no debían ser pagados en exclusiva por el deudor hipotecario, sino que debía asumirlos el prestamista, señalando que: «la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho».

Es decir, el obligado al pago del IAJD según esta sentencia es el prestamista, banco o acreedor hipotecario, en contra de lo sostenido hasta entonces por la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, al igual que debe participar en el resto de gastos notariales y registrales de la constitución del préstamo hipotecario, tal y como recoge en sus fundamentos, que en cada caso debe decidirse quien los asume.



Tras la STS de 23 de diciembre de 2015, y con un ambiente social, doctrinal y judicial proclive a la protección del consumidor y que mira con recelo cualquier posible abuso por parte de las entidades bancarias en los préstamos hipotecarios, se produjeron una pluralidad de reclamaciones solicitando la devolución de estos gastos (incluido el IAJD) ante los tribunales. Como consecuencia de las mismas, surgen pronunciamientos dispares, atribuyendo de manera desordenada unos gastos a un sujeto y otros a otro, y con respecto al IAJD, se declaró que a veces correspondía por partes iguales al prestamista y prestatario, o solo a uno de ellos, generando inseguridad. Así, en primera instancia, la mayoría de las sentencias rechazaban la restitución del IAJD a favor del consumidor; con base en los preceptos legales, pero en Audiencias Provinciales existe una mayor disparidad de criterios. En este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA<sup>3</sup> ofrece una muestra de estas sentencias contradictorias en las que los diferentes gastos de la hipoteca (notariales, registrales, tributarios, seguros) se reparten de forma distinta. Baste ver: SAP Las Palmas de 6 de julio de 2017 entiende que los gastos de Notaría y Registro corresponden al Banco, y el IAJD al deudor; más el seguro y tasación; por su parte, SAP Huelva de 19 de diciembre de 2017 entiende que corresponde al banco la tasación y notario, mientras que el IAJD al deudor; la SAP Coruña de 18 de octubre de 2017 atribuye a medias los gastos de Notaría, y el IAJD al deudor; SAP La Rioja de 31 de octubre de 2017 considera que deben pagarse a medias tanto la Notaría como Registro, mientras que el IAJD corresponde al deudor.

Y se llegó a las sentencias de 15 de marzo de 2018, STS números 148 y 149 de la Sala Primera del Alto Tribunal, que parece que pusieron paz en este revuelto asunto. El Tribunal Supremo confirma en estas sentencias que el principal obligado al pago del IAJD es el prestatario —deudor—, como ha sido hasta entonces, separándose en parte de la sentencia de 2015. Sin embargo, introduce una novedad o matiz, distinguiendo en ese impuesto entre la cuota fija y la variable, que distribuye entre ambos sujetos (prestamista y prestatario). Corresponderá el pago de la cuota variable (la mayor y la que grava la constitución en documento notarial, cuyo importe es entre el 75-80% del impuesto) al prestatario, y el pago de la parte de la cuota fija (mucho menor, y correspondiente al timbre y copias de la matriz, entre un 10-15%) al prestamista pues también es interesado en obtenerlas.

La sentencia afirma lo siguiente: «5. En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto —préstamo con garantía hipotecaria— en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —en adelante, el Reglamento—), tiene dos modalidades:

- a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).
- b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y sigs. del Reglamento).

El artículo 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

Pero el artículo 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del artículo 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a la que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del artículo 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y sigs. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado artículo 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la hipoteca—, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio artículo 68 del Reglamento».

A partir de esta sentencia de marzo de 2018 parece que se ponía fin a las reclamaciones por parte de los consumidores sobre los gastos tributarios, pues sus expectativas de cobro se reducían en un 75-80% de las cantidades abonadas, al corresponderles a ellos la mayor parte del impuesto<sup>4</sup>. Parecía una cuestión zanjada, asumida y clara.

Sin embargo, la reciente sentencia de 16 de octubre de 2018 ha vuelto a introducir variaciones, y por lo tanto, de nuevo, una gran inseguridad jurídica.

## II.2. DOCTRINA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

La sentencia de la Sala Tercera del TS de 16 de octubre de 2018, como ya hemos señalado anteriormente, viene a producir un pequeño terremoto en la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios, ocasionando un importante giro jurisprudencial, que dejaba de nuevo abierta la vía de numerosas reclamaciones por parte de los consumidores exigiendo a sus bancos

la devolución del pago del IAJD, que ellos asumieron, y que ahora, según esta sentencia, parece que corresponde al banco, prestamista.

El importe de estas reclamaciones es muy elevado, pues ya hemos comentado antes como este impuesto oscila entre el 0,5 y el 1,5% de la responsabilidad hipotecaria, lo que puede suponer millones de euros que deban asumir de nuevo los bancos.

La inseguridad jurídica, desde luego, está asegurada y sobre la mesa, no sabemos a qué atenernos, pero lo que es más grave es la inseguridad e inestabilidad que este fallo puede provocar en el sistema financiero y bancario de este país, sobre todo, si el TS (reunido en el momento de redactar estas líneas para la deliberación de este asunto), decide que esa devolución sea con efectos retroactivos<sup>5</sup>.

Expliquemos los hechos y los fundamentos principales de esta sentencia.

Se recurre una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, impugnada en casación por la representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., para determinar si es o no conforme a Derecho, en cuanto a su pronunciamiento sobre el sujeto pasivo del IAJD, en relación a la interpretación los preceptos contenidos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en su reglamento de desarrollo relativos al sujeto pasivo de la segunda de aquellas modalidades y, más concretamente, en los casos en los que es objeto de gravamen una escritura pública en la que se documenta un préstamo con garantía hipotecaria.

El Tribunal Supremo, y en contra de las sentencias y doctrina mantenida por esta Sala hasta el momento, establece y entiende que el sujeto pasivo de dicho impuesto en un préstamo hipotecario es el prestamista, acreedor hipotecario, porque resulta el más beneficiado del acto que se grava, de la hipoteca: «el obligado al pago de los tributos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución» (Fundamento 3.º STS de 16 de diciembre de 2018).

El Tribunal, después de exponer los preceptos legales que deben aplicarse, explicar el concepto de este tributo, y recoger la doctrina jurisprudencial anterior contraria a su pronunciamiento, y que considera al prestatario como sujeto pasivo, en su Fundamento 5.º recoge los argumentos para sostener esta postura, que se resumen en tres:

*A) La inscripción constitutiva de la hipoteca*

El hecho gravable del IAJD es el documento notarial cuando incorpora actos o contratos inscribibles. La inscribibilidad del acto contenido en un documento notarial es lo que determina la sujeción al IAJD, pues «solo es exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es inscribible en alguno de los Registros Públicos a los que se refiere el artículo 31.2 del texto refundido».

Pues bien, partiendo de esa base, el Tribunal entiende que el préstamo por sí solo no es inscribible, y no tiene acceso al Registro de la Propiedad, por ser un derecho personal (art. 2 LH), mientras que la hipoteca, no solo es inscribible (como derecho real de garantía), sino que es de constitución registral. Y esto le lleva a concluir que «el hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipo-

tecaria, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es».

Luego, parece que es solo la hipoteca el acto inscribible, y por tanto al que se refiere el impuesto, como objeto principal, a efectos hipotecarios.

Mientras que el préstamo, al no inscribirse en el Registro, no puede ser considerado como el negocio principal al que afecta el impuesto. En este sentido afirma: «si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquel».

#### *B) Contenido material del documento*

El segundo de los argumentos del Tribunal Supremo se refiere al «contenido material del documento», es decir: la cuota variable del IAJD se calcula tomando como base no la cuantía del préstamo, principal, aisladamente considerado, sino la responsabilidad hipotecaria que engloba, tanto la cuantía del préstamo como los intereses remuneratorios que esta genera, los moratorios y las costas y gastos (art. 30 LITPAJD). Si esto es así, continúa el Tribunal, es porque el principal aspecto —y único— que el legislador ha tenido en cuenta en este artículo es la hipoteca. Y confirma su idea, añadiendo que «máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) solo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (ya que, como dijimos, la acción solo podrá ejercitarse «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento)».

Es decir, la hipoteca (la responsabilidad hipotecaria) es la base de cálculo del impuesto, porque es lo principal en este negocio complejo, y es la que justifica o da base a la ejecución directa, rápida y sumaria, a través de la acción hipotecaria, que lleva a cabo realización de la hipoteca y facilita el cobro de la deuda por el acreedor hipotecario.

Entiende el Alto Tribunal que la capacidad contributiva que se pone de manifiesto en el préstamo hipotecario, no es la del prestatario, (que recibe el dinero y debe devolverlo) sino, claramente la del acreedor hipotecario, único interesado en que se constituya e inscriba la hipoteca.

#### *C) Hay que interpretar correctamente el artículo 29 TRLITPAJD*

En tercer lugar, afirma que cuando este artículo establece que será sujeto pasivo del IAJD «el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan», debemos de entender que la expresión «en su defecto», debe interpretarse no solo cuando no exista un adquirente del derecho, sino, también cuando no se sepa determinar claramente quién es el adquirente del mismo, como ocurre en el préstamo hipotecario, que es un negocio complejo y puede haber dos adquirentes: prestatario (del préstamo), y el prestamista (de la hipoteca)

Por eso, acudimos al criterio de «el que tenga “interés” en la expedición de los documentos» (la escritura pública de préstamo hipotecario) que para el tribunal es sin lugar a dudas el acreedor hipotecario «pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

Termina subrayando este argumento con la idea de que, si existe un hipotecante no deudor, no es lógico que corresponda pagar el impuesto a una persona ajena a la hipoteca y con una base que incluye conceptos distintos a los que dice la ley, y por ello debe entenderse que el obligado es el acreedor. Luego volveré sobre este argumento, a mi modo de ver, insostenible<sup>6</sup>.

Por último, y para terminar su argumentación, salva el escollo del claro y transparente segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento, diciendo que en su correspondiente artículo legal (art. 29 de la Ley), nada se dice sobre el concreto sujeto pasivo del IAJD en préstamos hipotecarios, como sí lo dice su semejante para el ITP, en el artículo 15 de la Ley. Luego, si en la Ley, pudiendo haberlo dicho, el legislador nada dice, ha de entenderse que no puede aplicarse lo establecido en el 15 para el 29. Y por tanto, el párrafo 2.º del artículo 68 debe ser nulo por contradecir la Ley.

El Tribunal Supremo explica así sus argumentos a favor de que el sujeto pasivo del impuesto sea el acreedor hipotecario. Esta sentencia tiene dos votos particulares, uno de ellos es favorable al fallo, y el otro sin embargo es contrario al mismo, y entiende que el sujeto obligado es el prestatario, fundamentando su argumento principalmente en el hecho de que no puede distinguirse a los solos efectos tributarios cuál es el negocio principal, cuyo sujeto determinará a su vez el obligado al pago del impuesto, sino que en virtud del artículo 2.1 y 3.1 LTPAJD debe acudir a la naturaleza del propio negocio, es decir, debe determinarse desde el punto de vista del Derecho civil, cuál es el negocio principal (hipoteca o préstamo) a la hora de establecer el sujeto obligado. Este argumento junto con los que a continuación se van a exponer, constituyen nuestro argumentario contrario a esta sentencia.

### III. QUIÉN RESULTA BENEFICIADO POR EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REVISIÓN CRÍTICA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

Vistos los argumentos del TS, comprobamos cómo la mayoría de ellos descansan en el fondo sobre esta tesis: según quien sea el beneficiado por la hipoteca, por el derecho real —que es la que se documenta en título público—, será ese el que deba asumir el impuesto. Repasamos los argumentos del Tribunal desde esta perspectiva, haciendo observaciones críticas a los mismos, y exponiendo nuestros argumentos, pues no compartimos que el único favorecido por la hipoteca sea el prestamista, ni que sea esta el negocio principal a efectos del impuesto.

#### III.1. LA HIPOTECA TIENE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA PERO NO ES EL ÚNICO ACTO INSCRIBIBLE, NI EL PRINCIPAL

El Alto Tribunal afirma que el negocio principal a los efectos tributarios es la hipoteca pues solo esta se inscribe en el Registro, y por tanto, es la única que genera el IAJD, por su inscripción constitutiva, mientras que el préstamo —personal— queda fuera del Registro y en consecuencia no podría generar IAJD.

Afirmar que el préstamo queda fuera del Registro, que no es el negocio principal y, en consecuencia y por tanto, no sujeto al IAJD, es —en mi opinión— desconocer la realidad.

El préstamo es un contrato, y por lo tanto tiene carácter personal, y en principio no necesita —ni puede— inscribirse en el Registro, pues no es necesaria su oponibilidad frente a terceros. Pero, cuando va acompañado de la garantía real hipotecaria, no solo puede acceder al Registro, sino que debe hacerlo necesariamente.

El principio de especialidad registral exige que todos los elementos de la situación jurídico real inscribible queden perfectamente determinados, y en concreto, la situación jurídica inscribible aquí, es el préstamo hipotecario, como una unidad formada por dos elementos en relación de accesoria funcional, donde la hipoteca no tiene sentido sin el préstamo que asegura o garantiza, pues ella sola, sin nada que asegurar, no tiene ni misión ni existencia. De este modo, y sin que seamos partidarios de la tesis de la unidad del crédito hipotecario<sup>7</sup>, no cabe duda de que estos dos elementos —préstamo e hipoteca— están unidos por su función, y ambos acceden al Registro. Así lo exige el artículo 12 LH cuando especifica que al inscribirse la hipoteca habrá de inscribir también «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración».

El hecho de que la hipoteca sea accesoria respecto al crédito quiere decir que depende en su existencia de él, sin llegar a ser un solo elemento. Por eso, registralmente, siguiendo esta tesis se inscribirá el crédito más la hipoteca, aunque, eso sí, conectados indisolublemente, sin llegar a integrarse. El crédito se incorpora al Registro de la mano del derecho real de hipoteca, como referencia de esta, pues de aquel depende.

No puede inscribirse la hipoteca sin la obligación que garantiza, y si así fuera, el Registrador rechazaría esa inscripción, puesto que no cabe una hipoteca abstracta en nuestro ordenamiento<sup>8</sup>. Será el propio préstamo hipotecario el objeto de inscripción en el Registro, así lo demuestra la realidad de la práctica hipotecaria, pues se inscribe tanto la obligación como la garantía, juntos; no siendo fácil distinguir a simple vista, donde empieza uno y acaba el otro en la propia inscripción.

De este modo, funcionan como binomio en cuanto a su función e inscripción y, por lo tanto, no es factible la argumentación del Tribunal de que sea la hipoteca lo principal a efectos tributarios, pues no es lo único que se inscribe (debe entrar junto con la obligación asegurada) y ni siquiera tiene la función mas importante, o los efectos positivos de esa inscripción se derivan únicamente para el acreedor. Coincidimos con el segundo voto particular, en el sentido de que, civilmente, la hipoteca no es el negocio principal, sino el accesorio o funcionalmente accesorio, cuando no sea incluso algo más próximo a una entidad diferente<sup>9</sup>. Como afirma el magistrado Dimitri Berberoff en su voto particular, no cabe separar el crédito y la hipoteca a efectos tributarios cuando a efectos civiles el préstamo hipotecario es una unidad funcional y económica.

### III.2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO NO ES EL ÚNICO INTERESADO O BENEFICIADO POR LA INSCRIPCIÓN Y CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA

Afirma el Tribunal Supremo que hay que interpretar correctamente el artículo 29 LITPAJD, pues cuando no esté claro quien es el sujeto pasivo (como,

dice, en este caso: ¿prestamista o prestatario?), lo será ¡aquel en cuyo interés se expidan (los documentos)! Y estos, concluye, son únicamente los acreedores hipotecarios.

Es cierto que si no inscribimos el derecho de hipoteca en el Registro, esta no nace, ni siquiera entre las partes, porque su inscripción es constitutiva. Y es verdad que, *a priori*, esa inscripción (que es la que en definitiva justifica el IAJD), parece que solo favorece al acreedor hipotecario-prestamista, titular de la hipoteca.

Esto es así porque:

a) Sin la inscripción el titular de un derecho de hipoteca no puede oponer su derecho frente a otros titulares que no tengan protección registral — al contrario de lo que ocurre con otros derechos reales—; ni mucho menos frente a otros titulares inscritos; ya que el acreedor hipotecario no puede oponer su derecho, si no está inscrito, frente a un propietario posterior, ni tiene preferencia frente a acreedores posteriores que hayan inscrito su derecho.

b) Sin la inscripción no surgen acciones reales derivadas de la hipoteca: ni la acción real registral (art. 41 LH), ni la acción hipotecaria (art. 131 LH).

c) Sin la inscripción registral no existe la sujeción de los bienes del deudor a la obligación asegurada. Sin esta sujeción, ni preferencia en la realización en dichos bienes, no existe garantía de ninguna clase para la obligación asegurada, y si no existe garantía, no se puede decir que exista derecho real de hipoteca, tal y como se deduce de los artículos 1876 del Código civil y 104 LH<sup>10</sup>.

Pero, no podemos olvidar que si no hay hipoteca, y el acreedor no obtiene las ventajas mencionadas que se derivan de ella, el crédito —préstamo en el caso que se analiza— lejos de ser un crédito hipotecario, sería un crédito ordinario, sin preferencia, privilegio, ni ejecución rápida, y en consecuencia, con un mayor riesgo de cobro para el acreedor. Por lo tanto, prestar dinero con mayor riesgo, supone para el prestamista profesional, elevar el tipo de interés, y por tanto, más caro para el deudor, y probablemente a menor plazo, suponiéndole un grave perjuicio para el mismo<sup>11</sup>.

Por otra parte, no es que ese préstamo sea probablemente más caro, es que las posibilidades de concesión de aquel se disminuirían notablemente, pues el deudor deberá demostrar una solvencia personal elevada (ya que no hay inmueble, ni por tanto hipoteca), para que se le conceda el préstamo solicitado. En este caso, el perjuicio de la ausencia de hipoteca, o lo que es lo mismo, el beneficio de su existencia no es solo para el acreedor, sino también para el deudor prestatario.

En este sentido, el préstamo hipotecario se ha convertido en un instrumento de crédito territorial, que ha permitido al deudor obtener financiación barata y acceder a la vivienda, de otro modo imposible, y contribuir de una manera clara a su provecho personal<sup>12</sup>.

¿A favor de quién se expiden entonces las escrituras de hipoteca? Afirmar que solo a favor del acreedor, nos parece, cuanto menos, excesivo.

Además, como sostiene Segismundo ÁLVAREZ-ROYO, cuando la norma habla de «aquellos en cuyo interés se expidan —los documentos», no se está refiriendo a los que tengan interés en el negocio, si no que la palabra «expedir» se refiere a las copias de la matriz, sometidas a la cuota fija de este impuesto, sobre las que probablemente sí se expidan para que el acreedor pueda inscribir la hipoteca, pero no sobre el contenido auténtico del acto que queda sujeto al impuesto (cuota variable), que es la responsabilidad hipotecaria<sup>13</sup>.

Por último, y en cuanto al argumento que manifiesta el Tribunal de que en el caso de existir una hipoteca en garantía de deuda ajena, no sería justo que una

persona ajena a la hipoteca pagara el impuesto y que, por tanto, debe pagarlo el acreedor que es quien tiene la hipoteca, no podemos estar más en desacuerdo. Precisamente, el argumento que ofrece el Supremo sirve para afirmar y confirmar que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario-deudor, pues él es quien obtiene la financiación —que sin hipoteca sobre un bien ajeno jamás hubiera obtenido— porque, en definitiva, se está gravando la capacidad contributiva de este producida por el aumento de capital recibido por el préstamo. Todo lo contrario de lo que sostiene el Tribunal Supremo. No se vulnera el criterio de capacidad contributiva si no que se pone este de manifiesto claramente en el prestatario<sup>14</sup>. Y el hecho de que la base del impuesto se calcule no solo con respecto al principal de la obligación, sino que se incluya también en esa base los intereses, las costas y gastos, es decir, la responsabilidad hipotecaria, tampoco sirve para concluir que es la hipoteca el único negocio que se grava, y que favorece al acreedor, sino que como bien explica el magistrado discrepante, en el préstamo hipotecario nos encontramos ante lo que se denominan garantías «contextuales» con la concesión del crédito, pues este se otorga a la vista y existencia de aquellas, que son onerosas, que generan siempre intereses, y a los que el prestatario prestó su consentimiento a pagar y devolver, no solo el principal sino esos intereses devengados, ínsitos en el préstamo hipotecario, y que por lo tanto es lógico —si es que este impuesto lo es— que se incluyan también en la base, pues debe devolver tanto el principal como esos intereses, debidos, y por tanto garantizados.

### III.3. EL ADQUIRENTE DEL DERECHO ES EL PRESTATARIO

En cualquier caso, no entendemos porque el Tribunal Supremo acude a un criterio residual del 29 de la Ley y 68.1 del Reglamento (el que tenga interés), cuando la primera regla de este artículo y corroborada por el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento afirma que el sujeto obligado al pago del IAJD es el «adquirente» del derecho, que es el prestatario.

Como ya hemos dicho antes, la doctrina de la Sala Tercera del TS hasta el momento era clara y uniforme, al considerar que ese adquirente del derecho era el prestatario. Como afirma la STS de 20 de enero de 2004: «en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses) y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, porque lo que se produce es la constitución de dicho derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad)».

Además, es que la norma lo dice expresamente en el segundo párrafo de este artículo 68, a la misma conclusión se llegaría desde una interpretación sistemática del artículo 68 del Reglamento con el 15 de la Ley; no se entienden los malabares que hace el Alto Tribunal para entender que este artículo del reglamento es nulo pues contradice la Ley, pues en ella nada se dice expresamente sobre quién es el adquirente del derecho en un préstamo hipotecario en el IAJD, a diferencia de lo que sí dice para el ITP. El argumento del Tribunal puede volverse en contra y si nada dice el legislador, porque ha de entenderse en sentido distinto de lo expresado para el ITP? Si no hay una indicación expresa, no entendemos que deba colegirse lo contrario, si no, mas bien, entendemos que el criterio interpretativo sistemático con los preceptos del ITP debería servir.



Además, ya hemos expresado en las líneas anteriores, que tan favorecido es el prestatario como el prestamista, pues adquiere un préstamo y aumenta su capacidad patrimonial gracias a este préstamo garantizado con hipoteca que, de otra forma, no obtendría. Es él quien adquiere el derecho (préstamo hipotecario) y debe en consecuencia pagar el impuesto.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La STS de 16 de octubre de 2018, de la Sala Tercera, cambia el criterio doctrinal mantenido hasta ahora acerca de que el sujeto pasivo y obligado al impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en un préstamo hipotecario: es, a partir de entonces, el prestamista y no el prestatario.

II. Las razones para defender esta postura se sostienen en tres argumentos principales:

a) La hipoteca es el negocio principal del préstamo hipotecario a efectos tributarios ya que es la única que se inscribe en el Registro con inscripción constitutiva. El préstamo queda fuera del Registro, y por tanto del impuesto. Luego el sujeto pasivo del mismo es el titular de la hipoteca.

b) Como la ley es confusa y no puede saberse quién es el adquirente del derecho en un préstamo+hipoteca, pues hay dos sujetos, debe ser el sujeto pasivo del IAJD aquel en cuyo interés se expidan los documentos, aplicando la segunda regla del artículo 29 LITPAJD. Y para el Tribunal no cabe duda de que el único interesado es el prestamista.

III. Sin embargo, no compartimos estos argumentos ni el fallo del Tribunal Supremo, entendiendo que el obligado al pago del IAJD debe seguir siendo el prestatario y ello porque:

a) Aunque la hipoteca tiene inscripción constitutiva, no llega nunca sola al Registro, sino con el préstamo que garantiza y del que depende. Por lo tanto no puede ser el acto o negocio principal a efectos tributarios cuando no lo es a efectos civiles por la accesoriedad de la hipoteca.

b) Además, el beneficiado por el préstamo hipotecario, o por el derecho real de hipoteca si se quiere, no es solo y exclusivamente el prestamista (acreedor hipotecario), sino que el deudor, gracias a la garantía hipotecaria, primero, es capaz de obtener financiación, segundo, más barata, tercero, a mayor plazo lo que le permite disminuir cuota del pago, y cuarto, acceder a la vivienda otrora imposible. Todo ello son beneficios más que notables para el prestatario.

c) Ni siquiera hay que acudir al criterio residual que utiliza el Tribunal de averiguar quién tiene mayor interés en la hipoteca, porque el adquirente del derecho entendemos que es el prestatario, que es quien obtiene el préstamo, asume los intereses pactados desde el inicio, como consecuencia de la garantía, y en definitiva aumenta su capacidad patrimonial.

IV. Al cierre de este trabajo se acaba de publicar la resolución definitiva del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tras dos días de deliberación, que por una apretada mayoría (15-13), ha anulado la nueva interpretación que la sección segunda de la Sala Tercera había hecho en esta sentencia, volviendo a la doctrina anterior. Se confirma por tanto lo que aquí también se defiende: el obligado o sujeto pasivo del IAJD es finalmente el prestatario. Es de agradecer este nuevo cambio, porque, tal y como indicábamos al principio, lo contrario, con la declaración de nulidad de la cláusula y su posible retroactividad, generaba una gran inseguridad jurídica y económica, que nuestro país no puede permitirse en este momento.

V. Y en el momento de la revisión de este artículo ya se ha publicado el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, en el que, a pesar de la resolución del TS, el Gobierno opta por la solución contraria a la aquí defendida, y a lo resulto por el Alto Tribunal. El gobierno, a través de este Real Decreto-Ley, considera que el sujeto obligado al pago del IAJD en un préstamo hipotecario es el prestamista, como recoge en la modificación y nueva redacción del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados<sup>15</sup>. De este modo, acalla las protestas sociales, las demandas de los consumidores e incluso de los partidos políticos, tratando de favorecer al deudor hipotecario, parte mas débil en esta relación jurídica. No estamos de acuerdo jurídicamente con esta decisión, si bien, al ser un cambio legislativo, hay que aplicar ahora la nueva ley, dando por terminada la polémica existente hasta ahora, y eso es positivo. Por otra parte, al no tener retroactividad, se produce con efectos hacia delante, sin que afecte a las situaciones anteriores, por lo que los bancos no tendrán que devolver lo pagado por los deudores hipotecarios hasta el momento por IAJD. Podemos considerar que ha sido un ejercicio de cómo nadar y guardar la ropa a la vez, tratando de dar satisfacción a ambas partes implicadas.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ATC

- Auto 18 de enero de 2005
- Auto 24 de mayo de 2005

### TRIBUNAL SUPREMO: STS

- 19 de noviembre de 2001
- 20 de enero de 2004
- 14 de mayo de 2004
- 20 de enero de 2006
- 27 de marzo de 2006
- 20 de junio de 2006
- 31 de octubre de 2006
- 6 de mayo de 2015
- 23 de diciembre de 2015
- 22 de noviembre de 2017
- 15 de marzo de 2018
- 16 de octubre de 2018

### AUDIENCIAS PROVINCIALES: SAP

- Las Palmas 6 de julio de 2017
- A Coruña 18 de octubre de 2017
- La Rioja 31 de octubre de 2017
- Huelva 19 de diciembre de 2017

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: RDGRN

- 23 de diciembre de 1987
- 17 de agosto de 1993
- 17 de marzo de 1994
- 11 de enero de 1995

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHON BRUÑÉN, M.J. (2018). Quienes podrán reclamar si finalmente se confirma la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2018: respuestas a cuestiones caves para reclamar con éxito por cláusulas abusivas en escrituras de hipotecas. *Diario La Ley*, num. 9284, 23 de octubre de 2018, 1-12.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). Gastos de hipoteca: última jurisprudencia y posible regulación legal. *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/27/gastos-hipoteca-ultima-jurisprudencia-posible-regulacion-legal/>.
- (2018). ¿Debe el TS volver a su doctrina anterior sobre el impuesto en los préstamos hipotecarios? *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/22/debe-el-ts-volver-a-su-doctrina-anterior-sobre-quien-paga-el-ajd/>.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). La unidad del crédito hipotecario. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 547-578.
- DE MESA GÁRATE, L. (2005). Economía y mercado de vivienda en España. La política de vivienda en España: instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales. *RCDI*, núm. 691, 1607-1632.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2005). La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario. *RCDI*, núm. 691, 1633-1651.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1974). Los créditos hipotecarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 85-86, julio-diciembre.
- (1977). *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, S.A.
- ORTS, P. (2018). ¿Quién debe pagar el impuesto por constituir una hipoteca? Disponible en <https://www.bbva.com/es/quien-pagar-impuesto-constituir-hipoteca/>

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

<https://www.ilpabogados.com/gastos-derivados-del-préstamo-hipotecario/>  
<https://www.helpmycash.com/creditos/comparar/préstamo-personal/>  
<https://www.helpmycash.com/mejores-hipotecas/>

NOTAS

<sup>1</sup> Véase ORTS, P. (2018). ¿Quién debe pagar el impuesto por constituir una hipoteca? Disponible en <https://www.bbva.com/es/quien-pagar-impuesto-constituir-hipoteca/>

Afirma este autor que en «Reino Unido el comprador de una vivienda cuyo precio supere las 125.000 libras esterlinas se convierte en el sujeto pasivo del Stamp Duty Land Tax». En Alemania, el pago del tributo recae tanto en el comprador como en el vendedor, aunque

suele pagarlo el primero. Sin embargo, «no existe jurisprudencia que exija a los bancos devolver o asumir el pago del tributo», recuerda Sainz-Rozas.

En las compraventas de inmuebles en Francia, el prestatario paga los gastos de las denominadas 'tasas notariales'. En el caso de Portugal, las compraventas de inmuebles están gravadas, entre otros tributos, por el Imposto de Selo, que se asemeja al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados español. En este caso, el prestatario abona el impuesto correspondiente al banco, que a su vez lo declara y abona a las arcas públicas. Por último, en Italia el banco responde del tributo conocido como 'imposta sostitutiva', aunque puede trasladar el gravamen a quien contrata la hipoteca.

<sup>2</sup> Artículo 29 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece el sujeto pasivo del IAJD:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

<sup>3</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). Gastos de hipoteca: última jurisprudencia y posible regulación legal, *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/27/gastos-hipoteca-ultima-jurisprudencia-posible-regulacion-legal/>.

<sup>4</sup> Esto generó, a su vez, que muchos despachos especializados en este tipo de reclamaciones masivas se vieran obligados a desistir de los procedimientos iniciados, esperando un nuevo cambio jurisprudencial —como así ha ocurrido—, y redujeran su honorarios, al imponérseles las costas. Véase en este sentido a <https://www.ilpabogados.com/gastos-derivados-del-préstamo-hipotecario/>, o ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018), *ob. cit.*

<sup>5</sup> Finalmente, tras esa reunión el Tribunal Supremo decidió volver a la doctrina anterior, entendiéndose que el obligado al pago del impuesto es el prestatario.

<sup>6</sup> STS de 16 de octubre de 2018: «Conviene recordar, además, que la persona del hipotecante puede coincidir con el mismo deudor o con un tercero (el hipotecante no deudor, que solo responde con el bien hipotecado), siendo así que —en este último caso— no solo se exigiría el gravamen a una persona completamente ajena a la hipoteca, sino que la base imponible del impuesto incluiría sumas distintas a aquellas que se contemplan en el único negocio en el que participó, comprometiéndose seriamente, creemos, el principio de capacidad contributiva».

<sup>7</sup> Véase entre sus principales defensores a AMORÓS GUARDIOLA Y LALAGUNA DOMÍNGUEZ. AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). La unidad del crédito hipotecario. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 547-578: explica ese autor que el crédito hipotecario es una realidad distinta a los dos elementos que la integran, dotada de sus propias características y regulación. Asimismo, es objeto de inscripción en el Registro todo el conjunto y no solo el derecho real de hipoteca. Lo que se inscribe es el conjunto «crédito hipotecario», de tal forma que en su inscripción se hace difícil distinguir los elementos de uno y otro componente. Pero, no se puede olvidar que, además del crédito hipotecario inscrito, existe el crédito ordinario que subyace siempre por debajo del mismo en la realidad extraregistraral; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1974). Los créditos hipotecarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 85-86, julio-diciembre.

<sup>8</sup> En este sentido, afirmando la imposibilidad de la existencia de la hipoteca sin la obligación como consecuencia de su accesoria se ha manifestado en numerosas ocasiones la DGRN: «Al tener la hipoteca una naturaleza esencialmente accesoria no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca deberá servir de garantía» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987). «El principio de accesoria de la hipoteca exige una obligación lícita existente o de posible existencia y que la garantía, que puede ser inferior, no se extienda a más de la obligación» (RDGRN de 17 de marzo de 1994). «Los principios de especialidad y accesoria exigen la precisa determinación de la obligación a que la hipoteca sirve y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son por la accesoria, vicisitudes del mismo derecho de hipoteca» (RDGRN de 11 de enero de 1995). «La accesoria respecto del crédito impide la transmisión separada de aquella» (RDGRN de 17 de agosto de 1993).

<sup>9</sup> El carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito ha sido mayoritariamente admitido por la doctrina en todas las épocas, y aun hoy incluso cuando se admiten fisuras a

la accesoriedad, entendiendo que no es un dogma. En este sentido, y entre muchos otros: LASARTE, RODRÍGUEZ GARCÍA, ROCA SASTRE, ALBALADEJO, GÓMEZ GÁLLIGO, LA-CRUZ BERDEJO, DIEZ PICAZO.

<sup>10</sup> Cfr. artículos 1876 del Código civil y 104 LH: «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida».

<sup>11</sup> El precio medio de un préstamo hipotecario hoy en España es de EURIBOR + un diferencial que oscila entre el 0,79 (Hipoteca Santander) y el 1,20 (Bankia), y el Euribor a noviembre de 2018 está en -0,148%; mientras que el préstamo personal se sitúa en un TIN (Tipo Interés Nominal) entre un 5 y un 10%, y siempre pensando en principales mucho menores —y con menos riesgo— que el propio de un préstamo hipotecario para comprar un inmueble. Véase en <https://www.helpmycash.com/creditos/comparar/préstamo-personal/> y <https://www.helpmycash.com/mejores-hipotecas/>

<sup>12</sup> Véase en este sentido GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2005). La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario. *RCDI*, núm. 691, 1633-1651; DE MESA GÁRATE, L. (2005). Economía y mercado de vivienda en España. La política de vivienda en España: instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales. *RCDI*, núm. 691, 1607-1632.

<sup>13</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). ¿Debe el TS volver a su doctrina anterior sobre el impuesto en los préstamos hipotecarios?, *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/22/debe-el-ts-volver-a-su-doctrina-anterior-sobre-quien-paga-el-ajdl/>. Afirma este autor que «La expresión “o aquellos en cuyo interés se expidan” indudablemente se está refiriendo exclusivamente a las copias de escrituras (y por tanto solo al timbre) y no a las matrices de escrituras (y al gravamen gradual). Las escrituras se autorizan u otorgan, y las copias se expiden (art 17.1 de la Ley del Notariado, en adelante LN). En otros lugares se habla de autorizar escrituras matrices (art. 19 LN) y el verbo expedir se reserva siempre a las copias (art. 18 LN), también en el reglamento notarial (arts. 221 y sigs.). Por tanto a lo que la ley se está refiriendo a las copias. El “interés” también es un concepto relativo a las copias, que solo pueden expedirse a favor de quien tenga “interés legítimo” (art. 224 del Reglamento Notarial)».

<sup>14</sup> «La capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues solo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo» (Autos TC de 18 de enero y 24 de mayo de 2005).

<sup>15</sup> Nuevo artículo 29 TRLITP y AJD:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

#### 1.4. Sucesiones

## Reserva lineal, derecho de representación y transmisión del *ius delationis*

### *Linear reservation, right of representation and transmission of the «ius delationis»*

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

*Profesor de Derecho civil*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es analizar la ordenación de los llamamientos a los reservatarios, en la disciplina de la reserva lineal (art. 811 CC), considerando especialmente el juego del derecho de representación, así como estudiar hasta qué punto el límite de los beneficiarios de la reserva «hasta el tercer grado» de parentesco pertenecientes a la línea de donde los bienes (objeto de la reserva) procedan, supone un límite tanto al juego del derecho de representación sucesoria, como a la transmisión del *ius delationis* prevista en el artículo 1006 del Código civil.

La abundante doctrina, y la mucho menos numerosa jurisprudencia, permiten llegar a soluciones muy razonables, y a trazar el esquema que puede predecir la solución a otros aspectos que aún no han sido abordados por nuestro Tribunal Supremo. El estudio de dicha jurisprudencia y doctrina, y su análisis crítico son, pues, las herramientas principales aquí empleadas.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the ordering of appeals to beneficiaries of the linear reservation (article 811 of the Civil Code), especially considering the role of the «right of representation», as well as to study to what extent the limit of the beneficiaries of the reserve «up to the third degree» of family relationship, and they belong to the line where the goods (object of the reservation) come from, suppose both to the game of the right of representation, and to the transmission of the ius delationis foreseen in the article 1006 of the Civil Code.*

*The doctrine and the (much less numerous) jurisprudence allow to show very reasonable solutions, and to trace the scheme that can predict the solution to other aspects that have not yet been addressed by our Supreme Court. The study of this jurisprudence and doctrine, and its critical analysis are, so, the main points of reference.*

**PALABRAS CLAVE:** Reserva lineal. Derecho de representación. *Ius transmissionis*. Sucesión intestada.

**KEY WORDS:** *Linear reservation. Right of representation. Ius transmissionis. Intestate inheritance.*

**SUMARIO:** I. IDEA INTRODUCTORIA SOBRE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.—II. LAS HIPÓTESIS DE ENTRADA DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, COMO ESQUEMA DE ESTE ESTUDIO.—III. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL: III.1. IDEA PRELIMINAR EN RELACIÓN A LA RESERVA LINEAL. III.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA RESERVA LINEAL. III.3. RÉGIMEN JURÍDICO ORDENADOR DE LOS LLAMAMIENTOS A LOS RESERVATARIOS, Y EMPLEO DE LA FACULTAD DE MEJORAR EN LA RESERVA LINEAL. III.4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL POR *PREMORIENCIA* DEL RESERVATARIO: III.5. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL, POR *DESHEREDACIÓN* E *INDIGNIDAD* DEL RESERVATARIO. III.6. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL. III.7. DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL, Y LÍMITE DE LLAMAMIENTOS AL «TERCER GRADO».—IV. TRANSMISIÓN DEL *IUS DELATIONIS EX* ARTÍCULO 1006, Y EL LÍMITE DEL «TERCER GRADO» PREVISTO EN EL ARTÍCULO 811.—V. CONCLUSIONES.—VI. SENTENCIAS ANALIZADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. IDEA INTRODUCTORIA SOBRE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El efecto típico del derecho de representación sucesoria puede expresarse así: aquel que ocupa uno de los lugares de llamamiento preferente dentro del orden de llamamientos establecido conforme al principio de proximidad de grado, una de dos: o hace efectivo el llamamiento aceptando o repudiando la herencia, o se convierte, utilizando la expresión de BARBERO (1967, 42), en un índice o *punto de referencia* en el orden de llamamientos preestablecido, en beneficio de otros parientes más alejados dentro del cuadro de vocaciones hereditarias.

He apuntado, que el derecho de representación exige como antecedente un orden de llamamientos sucesorios preestablecido conforme al principio de proximidad de grado. En líneas generales, y en la práctica totalidad de los casos, la idea evoca al régimen sucesorio intestado por falta de testamento (o porque este exista pero no disponga de toda la herencia). Sin embargo, no debe descartarse *de lege lata* que opere el derecho de representación también en hipótesis en que existe testamento y este dispone de toda la herencia. Se trataría de los casos en que el testamento, aunque válido y eficaz, sea insuficiente para entender desplazado el régimen de la sucesión intestada, como sucede en el caso del artículo 751 del Código civil, según el cual «la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado». Se trata este precepto de una norma de interpretación del contenido testamentario (DÍAZ ALABART, 1987).

Aunque la cuestión no es unánime, puede concluirse razonablemente que el artículo 751 permite entender que la sucesión que deba disciplinarse por un testamento con el contenido previsto en el citado precepto es una sucesión regida por las normas de la sucesión *abintestato*, al menos en lo que se refiere al derecho de representación<sup>1</sup>. En apoyo de esta tesis creo que puede afirmarse de manera resumida lo siguiente:

1. Un testamento que se limita a disponer la sucesión genéricamente en favor de los parientes, solo puede interpretarse congruentemente conforme a las reglas de la sucesión intestada, si se parte que esta es, a su vez, una presunción de afecto del causante de los parientes llamados por la ley, de suficiente entidad como para justificar este orden legal de llamamientos<sup>2</sup>.

2. Directamente relacionado con lo anterior, apuntan a la misma idea los trabajos preparatorios del Código civil. El artículo 562 del Proyecto de Código de 1851 disponía que «la disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los más próximos en grado», y añadía a continuación: «pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente» [esto es, el Título II, referente a las «herencias sin testamento», arts. 742 y sigs. Pr.1851]. Esta segunda parte del artículo 562 del Proyecto desapareció en el Anteproyecto de 1882-1888 (art. 748, idéntico al actual 751 CC), pero ello no puede entenderse como un cambio de dirección respecto del proyecto isabelino: GARCÍA GOYENA (1852, 17-18) puso de manifiesto que la verdadera carga de sentido del artículo 562 Pr.1851 se hallaba en su primer inciso, siendo el segundo (la llamada al derecho de representación) simplemente una consecuencia *natural* de ello: «Yo creo que debe tener lugar [el derecho de representación] aun cuando el testador llame a los parientes más cercanos, y que sus sobrinos no serán excluidos por los tíos, hermanos del difunto: aquel derecho debe regir en lo favorable como en lo adverso; y en lo que no se contraríe abiertamente la voluntad del testador, *debe observarse el orden de la sucesión legítima al que se presume que en todo lo demás quiso atemperarse*» (la cursiva es añadida). Como se ha señalado, esto enlaza de manera directa con el argumento señalado en el punto anterior. Se revela por tanto acertada la tesis de LACRUZ al entender que la desaparición del segundo inciso del artículo 562 Pr.1851 no obedece a un cambio de dirección, sino a que «viéndose en él una remisión a la sucesión intestada, la alusión era obvia» (LACRUZ / SANCHO, 1971, 455).

Han defendido la aplicación del régimen de la sucesión intestada y del derecho de representación en la hipótesis del artículo 751 del Código civil autores como ALBALADEJO (2004, 242-244), DÍAZ ALABART (1987) y CÁMARA ÁLVAREZ (2011, 131). No obstante, ESPÍN CÁNOVAS (1978, 310) se pronunció en un sentido contrario.

Si se admite lo expuesto hasta aquí en relación al artículo 751, puede afirmarse en líneas generales que la simple existencia de testamento por el que se disponga de la propia sucesión, aunque abarque la totalidad de la misma, no convierte la sucesión en testada *en cualquier caso* en lo que se refiere a excluir *por completo* el régimen de la sucesión intestada, sino solo cuando suponga una desviación positiva de la sucesión intestada y de sus fundamentos<sup>3</sup>.

El término «representación» se emplea aquí para ilustrar la idea conforme a la cual, los descendientes del que en su momento reunió las condiciones para suceder a una persona conforme a un orden preestablecido de llamamientos, pero que en el momento de la apertura de la sucesión no pudo conservar tales condiciones, ocupan su lugar si a su vez ellos sí reúnen las condiciones para suceder al causante en ese mismo momento: el que es llamado por derecho de representación, sucede al causante, no al «representado».

La consecuencia inmediata que esto tiene dentro de la lógica de llamamientos sucesorios es clara: la entrada *por representación* de los parientes de grado más lejano, no supone en la sucesión de que se trate un avance en el turno abstractamente preconfigurado de llamamientos. Es decir: *el que entra por representación no*



consuma un llamamiento a ese grado abstractamente considerado al que pertenece el que recibe la delación por derecho de representación.

Ocupar un puesto en el orden de llamamientos por derecho de representación (ocupar el puesto del representado) no puede nunca conducir a negar el propio puesto del representante *per se* en esa misma sucesión. Los artículos 1038 y 1039 responden a esa lógica. Esta idea es fundamental para entender, como veremos más abajo, cómo juega el límite del «tercer grado» previsto en el artículo 811 del Código civil en la reserva lineal.

Las consecuencias de lo anterior creo que quedan bien planteadas en la regulación del Código civil:

a) En primer lugar, en el artículo 926: siempre que se entre en una sucesión por representación, el representante o representantes no recibirán más de lo que hubiese podido heredar su representado «índice de referencia».

De hecho, este parece ser el centro de gravedad de la representación sucesoria. Así era también en el Derecho Romano: HEINECCIO, al explicar el *ius repraesentationis*, centraba exclusivamente sus efectos en la división *in stirpes* del patrimonio, como única consecuencia de la *fictio iuris* que supone el llamamiento por representación. En otras palabras: la ficción que conlleva el llamamiento por representación se proyecta exclusivamente en relación a que el reparto será por estirpes, y no por cabezas<sup>4</sup>.

Ya en relación al Sistema del Código civil, CASTÁN afirmó que la representación no era otra cosa que una aplicación del régimen de sucesión por estirpes, un «procedimiento de que la ley se vale para injertar un elemento de sucesión familiar en el sistema, un tanto individualista, de sucesión por grados» (1940, 203). De este modo, las ideas de «sucesión por derecho propio» y «sucesión por derecho de representación» que manejan artículos como el 932 y el 934 no tienen un verdadero sentido material, sino meramente de referencia cuantitativa del llamamiento, de modo que puede afirmarse una equivalencia entre «heredar por derecho propio» y «división de la herencia por cabezas», y «heredar por representación» y «división de la herencia por estirpes»<sup>5</sup>. En una línea muy similar, ROCA SASTRE, primero en un trabajo publicado en 1943<sup>6</sup>, y cinco años más tarde en sus *Estudios de Derecho Privado*, es claro cuando afirma lo desafortunado de la expresión *derecho de representación* en esta sede, pues los «representantes» no reciben nada del «representado»: la estirpe no representa al premuerto, «ni siquiera a su grado sucesorio»<sup>7</sup>.

En un sentido similar, VATTIER FUENZALIDA ha explicado que la especialidad de la sucesión por representación (que el citado autor prefiere denominar sucesión *indirecta*) no radica en la vocación y en la delación de la herencia, sino en ser un mecanismo complejo de determinación del sujeto y del objeto de la sucesión. En este sentido, el derecho de representación se articula sobre el presupuesto de que el primer llamamiento o vocación directamente no tiene lugar, y no existe ni teórica ni hipotética o imaginariamente en la sucesión: «tiene, sin embargo, una existencia que es puramente normativa, pero su eficacia, en lugar de ser la típica del llamamiento hereditario, consiste solamente en servir de módulo legal para determinar la porción hereditaria que, en

lo fundamental, se defiere al representante, al par que marca la cuota de la división por estirpes. No es, pues, un verdadero llamamiento, sino una medida (...). Y tal medida es, en última instancia, lo que es propio y exclusivo de la sucesión indirecta, cuya especialidad radica, por ello, en la técnica que emplea la ley para determinar el elemento objetivo del único llamamiento hereditario que comprende [sic.] y se defiere *ex lege* al representante» (1986, 91-92).

b) En segundo lugar, en el artículo 928: no se pierde el derecho a representar a una persona por haber renunciado a su herencia.

c) Finalmente, en la norma excepcional del artículo 927: se trata de un precepto que en el ámbito del limitado derecho de representación en línea colateral supone una desviación de las reglas anteriores, y por tanto su previsión no sobra. De no existir esta disposición, el sujeto de referencia serían los tíos, y los primos habrían de heredar conforme a la regla del 926 (por estirpes, y no por cabezas) independientemente de que concurrieran con sus tíos o exclusivamente con primos<sup>8</sup>.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ ha abordado la cuestión en un sentido distinto, y entiende que si los que concurren a la herencia son todos del mismo grado por haber operado el derecho de representación en todas las estirpes en favor del mismo grado, la división no debería hacerse por estirpes, sino por cabezas. Su argumento parte de la comparación literal de los artículos 932 y 933, pues mientras el primero dispone que los hijos heredan *siempre* por derecho propio, el artículo 933 dispone que los nietos y demás descendientes heredan por representación, pero no se afirma, a diferencia de lo que sucede con el artículo 932, que ello sea *siempre*. Sobre este punto de partida, concluye que la división por cabezas en la hipótesis descrita parece ser la solución más justa, si se considera lo dispuesto, precisamente, en el artículo 927: «[a]mbos preceptos, contradictorios en cuanto a la solución otorgada, suponen una discriminación en la línea descendente con respecto a la línea colateral» (2009, 119).

## II. LAS HIPÓTESIS DE ENTRADA DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN COMO ESQUEMA DE ESTE ESTUDIO

Explicada *grosso modo* la dinámica del derecho de representación sucesoria en el epígrafe anterior, conviene tener presente cuáles son los presupuestos que delimitan el campo de juego de esta institución. Estos presupuestos explican la sistemática de esta exposición.

Puede decirse que en general son dos los presupuestos del derecho de representación:

a) Que se trate de una sucesión que deba regirse según las reglas de la sucesión *ab intestato*<sup>9</sup>.

b) Que el llamado en el orden sucesorio dispuesto por el Código para la sucesión intestada, no pueda aceptar o repudiar la herencia, por alguna de las siguientes causas:

— Porque premurió al causante<sup>10</sup>.

- Porque fue desheredado por el causante<sup>11</sup>.
- Porque se ha hecho valer una causa de indignidad para suceder<sup>12</sup>.

Tales son los presupuestos en general aceptados por la jurisprudencia y la doctrina española conforme a lo previsto en el Código civil<sup>13</sup>.

### III. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL

Recordemos la redacción del artículo 811 del Código civil:

«El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que este hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

No puede decirse que el artículo 811 *regule* la reserva lineal. Simplemente *la prevé*. Ello plantea importantes lagunas en la institución que desde luego no han pasado inadvertidas en la doctrina y en la jurisprudencia. Cabe plantearse si, para llenarlas, debe acudir a la regulación de la reserva viudal, y más en concreto, a lo previsto en el artículo 973-2.º del Código civil por analogía, para lo que los escasos, pero muy interesantes, pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia, junto con el parecer de la doctrina, permite llegar a soluciones razonables, e incluso intuir la solución que habría que dar a otras cuestiones no tratadas directamente por la jurisprudencia, pero perfectamente posibles.

A tal fin, conviene intentar analizar la lógica esencial de este tipo de reserva, e intentar identificar el régimen jurídico que sirve de base al llamamiento a los bienes reservados.

#### III.1. IDEA PRELIMINAR EN RELACIÓN CON LA RESERVA LINEAL

Aun cuando desde un punto de vista sistemático pudiera parecer a priori criticable que la reserva viudal esté *regulada* en una sección *ad hoc* (arts. 968 y sigs. CC) mientras que la reserva lineal está *prevista* en el artículo 811 en sede de legítimas, lo cierto es que ello tiene una explicación en el proceso codificador, que no nos debe pasar desapercibido a nuestros fines.

La necesidad de una previsión como la del artículo 811 surgió cuando en el seno de la Comisión de Codificación se debatía la conveniencia o no de reconocer la legítima de los ascendientes, y en su caso, cómo debía articularse y cuál sería su extensión. Resuelta favorablemente la primera de las cuestiones, surgieron problemas a la hora de discutir su articulación, así como las consecuencias que de ello pudieran derivar. Se partía por la Comisión de un modelo de legítimas para los ascendientes estructurado por el llamamiento, no en estirpes paterna / materna, sino en la proximidad de grado, que es el actualmente vigente (cfr. art. 810-2.º CC), de manera que, como recuerda el conocido caso expuesto por ALONSO MARTÍNEZ, por el azar de las supervivencias y fallecimientos prematuros el juego de la legítima en favor de los ascendientes podría dar lugar a que, a través de un descendiente que premuere a uno de sus padres, y que heredó previamente del otro, los

bienes que este ascendiente recibió de su padre pasen a la línea de su madre, cambiando los bienes de familia.

Ante la triple necesidad de 1) reconocer la legítima a los ascendientes; 2) articular el orden de legitimarios ascendientes por el principio de proximidad de grado; y 3) lo inconveniente de reconocer un derecho de representación en la línea ascendente y en la colateral (ALONSO MARTÍNEZ, 1884, 231 y 236), la previsión del actual artículo 811 fue el mecanismo ideado<sup>14</sup> para evitar que por el sistema de legítimas en favor de los ascendientes, el azar de los fallecimientos prematuros en una familia pudiese significar que unos bienes que han pertenecido a una familia, pasen a manos de otra<sup>15</sup>. En definitiva, la reserva lineal del artículo 811 fue concebida en su origen (junto al art. 812 CC) como un freno a las consecuencias indeseables en opinión de la Comisión Codificadora al sistema legitimario de los ascendientes. En otras palabras: *la consecuencia propia de las reservas se extendió al fin señalado*.

Como soluciones alternativas a la extensión de las reservas, se plantearon dos modelos, que fueron rechazados:

a) Prever un orden legitimario no basado en la proximidad de grado, sino en la proximidad de líneas, independientemente que los ascendientes vivos más cercanos en grado en cada línea, lo sean, entre sí, de grado distinto. Esta propuesta se rechazó, tanto por romper con la tradición, como por solucionar el problema solo a medias: habiendo dos líneas ascendentes, los bienes habría que repartirlos por mitad, yendo a parar una de las mitades a una línea distinta de aquella de donde proceden.

b) Prever que la legítima de los ascendientes fuese pagada siempre en usufructo, evitando así el traspaso de dominio. Este modelo fue también rechazado, porque multiplicaba la disgregación del dominio y por tanto dificultaba el tráfico<sup>16</sup>.

Se observa por tanto que el objeto de la Comisión era poner la institución de la reserva hereditaria al servicio de unos valores sociales que se entendían dignos de protección. Para ello, al Legislador simplemente le bastaba que un régimen de reservas hereditarias pudiera funcionar como freno a la dinámica legitimaria de los ascendientes, sin entrar en mayores detalles regulativos. Por eso, creo que es acertada en lo esencial la tesis, principalmente defendida por VALLET, en virtud de la cual el estudio de las cuestiones que suscita la reserva lineal esté presidida por su fin: evitar que por el azar de los fallecimientos prematuros se produzca el cambio de titularidad que estuvo presente en su origen, esto es, en consideración a las líneas familiares<sup>17</sup>. Una vez salvado ese límite teleológico, toda la interpretación de la institución debe estar presidida por la idea de la menor desviación posible de las reglas generales del Derecho sucesorio, entre las que ocupa un papel esencial el *régimen jurídico de la sucesión intestada*, como veremos a continuación.

### III.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA RESERVA LINEAL

Los trabajos de la Comisión encargada de la redacción del Código civil ponen de manifiesto los fundamentos y finalidad de la reserva lineal: poner las

consecuencias propias de las reservas al servicio de evitar que por el azar de los fallecimientos prematuros, los bienes de una familia pasen a otra.

Teniendo presente que este es el fin que justifica la figura, y explica además la ubicación sistemática del artículo 811 del Código civil en la sección dedicada a las reservas, no deben perderse de vista las siguientes ideas:

a) El objetivo de la Comisión de Codificación era, exclusivamente, evitar el mencionado desvío familiar en la titularidad de los bienes, y no *regular* un tipo de reserva como sucede con la reserva viudal. Tan es así que MANRESA, que participó en la redacción del vigente artículo 811, afirmaba que la novedad introducida con su previsión puede ofrecer dudas y dificultades «a pesar de la claridad y precisión con que está redactado» el precepto (1891, 356). Cobra por tanto total sentido la opinión conforme a la cual el repetido objetivo de la reserva lineal debe erigirse como elemento interpretativo básico de la misma.

b) Directamente relacionado con lo anterior surge la idea, constante en la jurisprudencia y en la doctrina, de la necesidad de interpretar de manera *restrictiva* la institución, en su supuesto de hecho y en sus consecuencias limitadoras. Tal idea, que parece defendible, sin embargo lleva a otra conclusión fundamental en este momento: la idea de interpretar restrictivamente la figura, conduce lógicamente a una necesidad expansiva de las reglas generales del derecho de sucesiones en todo lo que pase de lo esencial de la reserva lineal de acuerdo con los fines que la justifican (en esta línea, VALLET, 1983).

c) Si se admite lo anterior, es necesario concluir a lo que aquí interesa que: — Cuando el artículo 811 del Código civil limita el círculo de beneficiarios a «los parientes que estén dentro del tercer grado», el Código no está previendo ningún orden particular de llamamientos, ni en línea ni en grados; y a la vez, tampoco está negando ningún orden particular. Únicamente está delimitando el radio de eficacia de la reserva lineal, esto es, definiendo su linde externa, nada más. No prejuzga cuál sea el orden de llamamientos a los bienes reservados. Si el Legislador hubiese entendido que era preciso regular un orden tal, lo hubiese previsto, bien *ad hoc*, bien por remisión a las normas de la sucesión intestada. En este sentido, creo que debe mantenerse la tesis de CASTÁN (1989, 205), puesta de manifiesto en un trabajo de los años 40 del siglo pasado, en virtud de la cual el artículo 811 del Código civil solo limita los principios generales sucesorios en dos aspectos: el que los beneficiarios de la reserva lineal han de estar dentro del tercer grado de parentesco, y que han de pertenecer a la línea de donde los bienes procedan.

— La ubicación sistemática del artículo 811 y el fundamento de su previsión, no convierten a la reserva lineal en una figura de naturaleza o carácter similar a la legítima. Más bien al contrario: sirve principalmente<sup>18</sup> para frenar las consecuencias de reconocer la legítima a los ascendientes (MAURA, 1930, 71 y 72; en la jurisprudencia, muy clara al respecto, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957, en especial su considerando segundo), pero de ahí no se puede extraer como consecuencia «necesaria» que compartan, institución *limitada* e institución *limitadora*, idéntica o similar naturaleza.

Hay al menos dos aspectos esenciales diferenciadores de la reserva y de la legítima, con evidente trascendencia práctica:

a) La jurisprudencia, con fundamento en la razón de ser de la reserva lineal, ha declarado que las consecuencias previstas en el artículo 811 son dispositivas, en el sentido que si el ascendiente del que

recibe el descendiente transmisor intermedio (causante de la reserva) ha previsto en su testamento un destino distinto de sus bienes para el caso en que se integrase el supuesto de hecho del repetido artículo, hay que estar a dicha previsión testamentaria. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1992 es muy clara en este sentido: «...si el ascendiente no dejó prevista la exclusión de la reserva lineal o no determinó el destino de los bienes por si ocurriera el supuesto del artículo 811, como sucedió en el caso presente, mal se puede omitir o tergiversar el recto sentido de la norma, cuyos elementos de hecho, concurren plenamente en el mismo»; *ergo* se admite el desplazamiento por el testador de la reserva. Conforme a este criterio jurisprudencial, la diferencia con la legítima resulta evidente.

b) Por otra parte, lo que es hoy un principio claro en sede de legítimas (la no distinción, por exigencia constitucional, de hijos de doble vínculo, hijos consanguíneos e hijos uterinos), sin embargo es dudoso en sede del llamamiento a los bienes reservados, precisamente por el fin de la figura: evitar que los bienes salgan de la línea familiar. ALBALADEJO afirmó que «no por discriminación de filiaciones, sino a base de las razones históricas por las que se introdujo la reserva y por la concepción de la troncalidad en que se funda, es también defendible la opinión de que, en principio, del beneficio del artículo 811 queda excluida aún hoy la filiación no matrimonial» (2005, 402). También VALLET (1991, 1989) se suma a la tesis de ALBALADEJO, con base en la *ratio* del artículo 811. En época cercana a la promulgación del Código, MANRESA entendía necesario diferenciar en un sentido similar, con objeto de evitar el cambio de línea en los bienes (1891, 362). En la jurisprudencia también tenemos reflejo de esta línea de pensamiento: la STS de 11 de octubre de 1989 (especialmente su fundamento de derecho décimo). Sin embargo la cuestión no es unánime. Así, en una línea distinta y con fundamento en el artículo 14 Const., se ha pronunciado RIVAS MARTÍNEZ (2009, 2453).

De nuevo la idea de «azar» que debe estar presente en la interpretación de la reserva lineal, es útil para cuestionar la naturaleza de «legítima» de la masa de bienes reservados. En efecto, se ha argumentado que la naturaleza del llamamiento a los bienes reservados debe aproximarse a la legítima porque, de esta forma, se llega al resultado, que los sostenedores de esta tesis consideran deseable, conforme al cual también surge la obligación de reservar cuando el reservista adquiera por *donación* bienes del descendiente que este, a su vez, adquirió de otro ascendiente. Así, VILLARES PICÓ (1956, 65) sostuvo que, si bien interpretado en su literalidad el artículo 811 solo obliga a reservar cuando se adquiera *mortis causa* por ministerio de la ley, si se considerara la reserva como una suerte de legítima (limitada a los bienes reservables), «los bienes donados por el descendiente al ascendiente, que adquiriría por ministerio de la ley si no hubieran sido donados de antemano y que el donante hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, los tendrá que reservar el ascendiente como si los hubiera heredado al tenor literal del artículo 811 y así los reservatarios que sobrevivan al reservista donatario podrán exigir de (...) este (...) que colacionen los bienes reservables (...) o que se anule la donación inoficiosa». Pero analizando el supuesto desde la óptica

de evitar el «azar» de las premoriencias — supervivencias, se observa que el elemento aleatorio que provoca el cambio de familia de los bienes aquí no existe, porque el ascendiente que se pretende reservatario adquiere «*inter vivos*», y además, no como efecto de una ordenación legal del destino de los bienes, sino por libre voluntad de las partes de la donación. No hay «azar» respecto del cual el artículo 811 deba intervenir como correctivo del sistema legal de llamamientos a los bienes. Se respeta así, además, la literalidad del precepto, consecuente con su finalidad. Esto no quita, naturalmente, que en su caso la donación pueda rescindirse, en todo o en parte, por inoficiosa, como cualquier donación, sin que para ello sea necesario dotar de naturaleza legitimaria a este tipo de reserva. Lo mismo cabe decir de la colación que deba hacer el ascendiente reservista: la colación es debida en cuanto legitimario del descendiente, por imposición del artículo 1035, no porque los bienes reservados tengan una u otra naturaleza.

A la inversa, si el «azar» juega para reintroducir a la línea de origen los bienes que en su momento salieron de ella, no habrá nacido verdaderamente la reserva, por mucho que estemos ante un supuesto que encaje literalmente en el enunciado del artículo 811. En este sentido, resulta muy ilustrativa la doctrina sostenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010<sup>19</sup>.

— La finalidad orgánica que cumple el régimen de llamamientos en la sucesión intestada dentro del derecho de sucesiones, es dotar al fenómeno sucesorio de un sistema de llamamientos en defecto de la voluntad del causante, en todo o en parte, de lo que puede ser objeto de sucesión. En este sentido, negar que la lógica de la sucesión intestada resulte aplicable al llamamiento a los bienes reservables, conduce a afirmar otro régimen de llamamiento distinto.

Como alternativas interpretativas, se han propuesto fundamentalmente dos:

a) Entender que el llamamiento a los bienes reservados es simultáneo, y por partes iguales, en favor de todos los que se hallen dentro del tercer grado de la línea de donde los bienes proceden. Es la tesis que defendió fundamentalmente SCÆVOLA (1940, 338-342). La consecuencia de esta tesis en lo que respecta al juego del derecho de representación se revela evidente: puesto que la reserva es un beneficio reconocido en favor de todos los que se comprendan dentro del círculo del tercer grado, el derecho de representación no resulta aplicable por suprefluo (*op. cit.*, 342). El problema de esta tesis radica en considerar con valor sustantivo y positivo lo que solo tiene una función meramente delimitadora (el límite del tercer grado). Además, el autor (o autores que están tras el pseudónimo de SCÆVOLA) niega que el régimen de la sucesión intestada resulte aplicable en esta sede: «si el artículo 811 es una excepción del principio que informa la sucesión legítima, si fue establecido *precisamente* fuera de esta, para evitar algunos de sus inconvenientes, ¿cómo aplicar a la sucesión de las dudas que origina su contenido, las reglas propias de dicha sucesión? No. El artículo 811 no puede regirse en modo alguno por el principio de la proximidad de grado, porque en oposición a este se halla consignada expresamente su doctrina» (*op. cit.*, 338). Esta tesis adquiere pleno sentido conside-

rando exclusivamente la sucesión del reservista abstracción hecha del origen de los bienes; pero no resulta necesariamente cierta si tenemos en cuenta que la *reconducción* de los bienes a la línea de donde proceden tiene como punto de apoyo a un sujeto distinto del reservista, y con respecto al que se identifican los reservatarios: el descendiente transmisor intermedio-causante a la reserva. Esto es, la reconducción de los bienes a la línea a la que el Código considera que los bienes deben volver, no se consigue a través de desplazar las reglas de la sucesión intestada, sino en señalar el cuadro de reservatarios por referencia a la persona del causante de la reserva (el sucesor intermedio), sin señalar reglas concretas de atribución ni orden de llamamientos entre los que integren ese grupo; y en este punto, no se ve ninguna razón para no aplicar las reglas de la sucesión intestada para ordenar la delación dentro del cuadro de reservatarios (parientes de tercer grado de la línea de donde los bienes procedan).

b) Entender que el llamamiento no es simultáneo a todos los reservatarios que estén dentro del tercer grado, sino que el criterio rector viene dado por el artículo 921-1.º, conforme al cual, «en las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en que deba tener lugar». Es decir, los reservatarios serían, dentro del límite del tercer grado, los de grado más próximo al causante de la reserva (descendiente transmisor intermedio), independientemente de que sean parientes en línea recta o colateral. Es la tesis que han defendido autores como CASTÁN (1989, 271), PUIG BRUTAU (1983, 303), COSSÍO (1988, 648) y CÁMARA ÁLVAREZ (2011, 358-359). En la Jurisprudencia, en la misma línea, la importante STS de 8 de junio de 1954 (cfr. cdo. cuarto), que entiende aplicable directamente el citado artículo 921 del Código civil.

Pero esta línea interpretativa, conforme a la cual son llamados simultáneamente a los bienes reservados los parientes de grado más próximo, al margen de que pertenezcan a diferentes líneas, tomando como punto de partida el artículo 921-1.º, parte de una preconcepción del mismo indemostrada, que consistiría en otorgarle un carácter de regla *completa* y autónoma en sí misma, cuando lo más probable es que solo tenga sentido desde un punto de vista sistemático como criterio discriminador dentro de una línea u orden sucesorio concreto *previamente identificado* conforme a otra regla de aplicación previa, cual es el del orden de llamamientos de las líneas. En otras palabras, el artículo 921 es una pieza esencial del sistema sucesorio, pero se inserta en una ordenación más amplia en la que cumple su función. Como han puesto de manifiesto fundamentalmente LACRUZ (1971, 237) y GUILARTE (1989), el artículo 921 no puede entenderse en su sentido literal. Por ello, también hay argumentos para descartar también esta línea interpretativa.

Ante la necesidad de encontrar un régimen aplicable al llamamiento a los bienes reservados, la única opción es acudir al régimen de la sucesión intestada. Ello no solo es acorde con la función del régimen de la sucesión intestada (prever un régimen sucesorio «primario», o por defecto), sino que su aplicación en sede de reserva lineal no contradice los fines de esta.



Cuestión distinta es que, partiendo de la aplicación de las normas de la sucesión intestada, se dé a estas una interpretación, en esta sede, más acorde con los fines de la reserva. Así LACRUZ (1971, 301-302) afirmaba la necesidad de considerar de forma separada, para el cómputo del tercer grado a que se refiere el artículo 811 del Código civil, por un lado, al descendiente transmisor intermedio (causante de la reserva), y por otro lado al pariente del que procedían los bienes y del cual el ascendiente o hermano recibió y transmitió a título lucrativo al descendiente causante de la reserva<sup>20</sup>.

Resulta muy razonable la tesis que ha sostenido parte de la doctrina, en el sentido de entender que el llamamiento a los bienes reservados está gobernado por las reglas de llamamiento a la sucesión *intestada*. Hay doctrina abundante en este sentido<sup>21</sup>. No obstante, conviene dejar claro que la cuestión no es unánime, y que también se han esgrimido valiosos argumentos para defender una posición distinta<sup>22</sup>.

### III.3. RÉGIMEN JURÍDICO ORDENADOR DE LOS LLAMAMIENTOS A LOS RESERVATARIOS, Y EMPLEO DE LA FACULTAD DE MEJORAR EN LA RESERVA LINEAL

La jurisprudencia más reciente, especialmente desde la STS de 21 de octubre de 1991, es favorable a reconocer en el reservista, en el marco de la reserva lineal, la facultad de *mejorar* en los bienes reservados, a cualquiera de los reservistas, en pro del principio de libertad de testar. Ello, sobre la base de que el mandato del artículo 811 del Código civil queda cumplido por el hecho de que los bienes reservados no salgan de la línea de donde los bienes procedan, y enlazando por tanto con la idea de la interpretación restrictiva que debe regir la interpretación e integración del precepto. Más en concreto: la limitación que supone al reservista el artículo 811 en cuanto a la disponibilidad *post mortem* de los bienes reservados «debe entenderse como imposibilidad de disposición a favor de parientes distintos de los reservatarios» (fundamento de derecho cuarto)<sup>23</sup>. Véanse también, en la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2008 y de 21 de octubre de 2010, las cuales rompen con la línea iniciada por la sentencia de 8 de junio de 1954, contraria a la posibilidad de distribución desigual entre los reservatarios en la reserva lineal, aproximando esta institución a la legítima corta<sup>24</sup>.

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si, cuando el reservista hace uso de esta facultad de mejorar, ello supone desplazar el régimen de la sucesión *intestada* en el llamamiento a los bienes reservados, y con ello el derecho de representación, en favor de la aplicación del régimen de la sucesión testada. Como hemos visto, así concluía VALLET.

Sin embargo, no parece que haya razones suficientes de *lege lata* para concluir que, reconocer en la reserva lineal la facultad de mejorar en un sentido similar a como se prevé en la reserva viudal, pone más claramente de manifiesto que el sentido de la idea de *mejorar* en este momento nada tiene con la idea de *mejora* en el sentido de los artículos 820 y siguientes del Código civil (baste pensar que los reservatarios no tienen por qué ser siquiera parientes del reservatario). Parece por tanto que la única interpretación posible, si se está de acuerdo en reconocer al reservista la facultad de mejorar conforme a una lectura restrictiva de la reserva viudal y en favor de la libertad de testar del reservista, es concluir

que la idea de mejora es exclusivamente una facultad *de desigualar* entre los que sean llamados *en primer término* a los bienes reservados, esto es, suponiendo el orden de llamamientos tipo de la sucesión intestada.

#### III.4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL POR *PREMORIENTIA* DEL RESERVATARIO

Por todo lo que se ha explicado hasta aquí, parece haber argumentos suficientes para defender la aplicabilidad del *derecho de representación sucesoria* en el llamamiento a los bienes reservados en la reserva lineal. La razón no es la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 973 para la otra reserva, sino la aplicación directa de la disciplina de la representación sucesoria, elemento típico de la regulación del llamamiento sucesorio *ab intestato*, que es el que debe gobernar el llamamiento a los bienes reservados *ex* artículo 811 del Código civil<sup>25</sup>. No obstante, la cuestión no es unánime, y hay autores que niegan que pueda jugar el derecho de representación en la reserva lineal<sup>26</sup>.

#### III.5. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL, POR *DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD* DEL RESERVATARIO

La primera cuestión que surge al abordar este problema en el marco de la reserva lineal, es el de la posibilidad de aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 973-2.º del Código civil a la reserva lineal.

a) Por un lado, puede identificarse un sector doctrinal favorable a la aplicación del artículo 973 del Código civil a la reserva viudal<sup>27</sup>. Ahora bien: dentro de este sector, la amplitud de esta extensión es distinta, y por ello debe hacerse la correspondiente subdistinción:

— Hay autores, como GENOVÉS AMORÓS (1947, 740-741), que afirmaban la facultad de desheredación del reservista en la reserva lineal, y tal facultad de desheredación la reconocía no solo a los que tengan respecto del reservista la condición de legitimario, sino respecto de cualquier reservatario aunque no sea legitimario del reservista. En una línea muy similar, VALLET (1983, 471) entendía aplicable el artículo 973-2.º al supuesto de reserva lineal reconociendo la facultad de desheredación a todo reservista, sea o no el reservatario descendiente suyo.

— Otros autores, como ROCA SASTRE, y de manera reciente PÉREZ GIMÉNEZ, entienden aplicable por analogía la regulación de la reserva viudal a la lineal, con expresa referencia a la hipótesis de mejora y de desheredación, aunque con las correspondientes adaptaciones exigidas para no sobrepasar los límites de las instituciones implicadas. Así, por ejemplo, en relación a la facultad de mejora apuntaba ROCA que el reservista del artículo 811 no podía mejorar en todo caso, sino cuando los reservatarios sean hijos o descendientes (1948, 333). Por su parte, PÉREZ GIMÉNEZ también entiende aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 973 del Código civil, y ha sostenido que tanto la facultad de mejora como la de desheredación en la reserva lineal deben reconocerse en cabeza del reservista siempre y cuando los reservatarios sean descendientes suyos (2005, 77).

b) En una dirección contraria a la apuntada parece pronunciarse CÁMARA ÁLVAREZ, cuando manifiesta que solo con «muy buena voluntad» se puede reconocer facultad de desheredar al reservista en la reserva lineal, «facultad que en

último término solo podría referirse a los reservatarios que fueran descendientes comunes» (2011, 364)<sup>28</sup>.

Por cuanto se refiere a la jurisprudencia, aunque el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado directamente sobre esta cuestión, puede afirmarse que el tratamiento que ha hecho respecto a otros temas relacionados con este tipo de reserva, como sucede por ejemplo con la facultad de mejorar, permite concluir con alta probabilidad que el Tribunal Supremo entendería posible la facultad de que ahora se trata. En su importante sentencia de 21 de octubre de 1991, el Tribunal Supremo pretende zanjar la polémica en torno a si el reservista está facultado o no para mejorar a los reservatarios con los bienes reservados, inclinándose definitivamente por la tesis afirmativa, sobre la base de que la idea contraria es un criterio que «no parece aconsejable mantener por cuanto hoy debe prevalecer el respeto a la libertad y, cuando al hacer uso de ella no se rebasen los límites de los preceptos prohibitivos». En idéntico sentido, de manera más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2008, en la que se reitera la doctrina de la sentencia de 1991, cuya consecuencia es que no puede sostenerse que exista un principio de absoluta igualdad entre los llamados por ser del mismo grado. (Como dato complementario, el mismo Tribunal, en sentencia de 4 de junio de 1987 había sostenido la tesis contraria (—*vid.* fundamento tercero, *in fine*—). Extrapolando esta idea a la cuestión de si el reservista puede o no desheredar, la conclusión que aparece de forma intuitiva es que debe tener esa posibilidad.

En mi opinión, la aplicabilidad de las reglas de la desheredación y de la indignidad en sede de reservas para excluir de ellas a determinados reservatarios no significa, ni que a las reservas deba reconocérsele el mismo ámbito que a la legítima, ni mucho menos la equiparación de la naturaleza de ambas instituciones. Lo demuestra no solo que la indignidad para suceder opera en un ámbito subjetivo mayor que el de los legitimarios (piénsese que la indignidad opera en la sucesión intestada también —ALBALADEJO, 2004, 83—, y no todo heredero *ab intestato* tiene la condición de legitimario), sino que el fin de la desheredación es reconocer al que quiere ordenar su sucesión la posibilidad de dejar sin efecto un llamamiento a un sujeto (el desheredado) que, de otra forma, sería efectivo. Cierto que la desheredación tiene su principal campo de juego en sede de legítimas, pero no es un único campo: doctrinalmente se ha reconocido la posibilidad de desheredación en la sucesión *intestada* mediante el otorgamiento de un testamento «puramente negativo», es decir, un testamento en el que el causante se limita a desheredar a una persona llamada legalmente a la sucesión<sup>29</sup>, lo que hace que el así desheredado no solo no tenga derecho a percibir «su» cuota legitimaria, sino que no recibirá su (mayor) cuota *intestada*. A su vez, la coordinación (sin duda lógica) entre la desheredación y la indignidad sucesoria, por un lado, y la revocación por ingratitud de las donaciones, por otro, tanto en sus causas como en su dinámica (cfr. especialmente art. 653-1.º y art. 757 *a contrario*)<sup>30</sup>, pone de manifiesto la misma idea, porque las donaciones tienen siempre trascendencia en la futura sucesión del donante (cfr. arts. 636, 825, 828, y 1035 y sigs. CC), y a la vez, la revocación de la donación por causa de ingratitud es posible, dándose las causas habilitantes para ello, independientemente de que el donatario al que afecte tenga la condición de legitimario del donante *ex artículo 807 del Código civil*.

La desheredación gira en torno a la idea de excluir en la sucesión a alguien que, de otro modo, habría de ser llamado por disposición legal, es decir, no afecta a la capacidad sucesoria del desheredado relativamente al causante que deshereda, sino exclusivamente a la efectividad de un llamamiento *legalmente predeterminado*<sup>31</sup>.

Aunque el ámbito típico y tradicional de la desheredación se ubique en el orden de legitimarios<sup>32</sup>, no excluye el juego de la desheredación fuera de ella: no tiene mucho sentido que no tenga virtualidad para *desheredar* lo que tiene virtualidad para *declarar la indignidad* para suceder; en el entendido que no tiene sentido que el (futuro) causante *deba* esperar que la indignidad se haga valer por los que estén legitimados para ello. Por eso, parece que debe reconocerse efectividad al testamento negativo, tal y como hace LACRÚZ (*vid. supra*).

Trasladadas estas ideas al tema objeto de este estudio, la conclusión surge sola: debe reconocerse al reservista la facultad de desheredación respecto al reservatario, independientemente de que este sea o no, en la reserva lineal, legitimario del reservista. Esta conclusión, como se ha apuntado, es acorde con la esencia de la desheredación y de la indignidad sucesoria.

Esta idea resulta esencial en este momento. El que es «desheredable», lo es no porque sea legitimario, sino porque es designado legalmente beneficiario con independencia de la voluntad del causante, lo que lógicamente presupone la existencia de un destino preestablecido de una parte de la herencia<sup>33</sup>. Esta idea es especialmente clara en la reserva lineal, en el que el círculo de eventuales beneficiarios de la misma, ya se cuenten desde el descendiente transmisor intermedio (posición actualmente mayoritaria), ya se cuenten desde el ascendiente origen (posición minoritaria), sobrepasa el cuadro de legitimarios (piénsese en los parientes colaterales). Antes de que los bienes adquiriesen la condición de *reservados*, es decir, cuando los adquiere el ascendiente reservista, algunos de los eventuales reservatarios podrían haber sido excluidos por el causante de la reserva en su sucesión sin necesidad de desheredación alguna, simplemente respetando la legítima de sus descendientes o ascendientes, y disponiendo de la parte libre en favor de extraños o de sus legitimarios. La cuestión por tanto parece clara, porque el círculo de reservatarios cuando surge la reserva, es *distinto* del conjunto de parientes *desheredables* por el causante de la reserva<sup>34</sup>, sencillamente porque la *pre*designación de derechos a ciertos sujetos sobre los bienes reservados, es *orgánicamente distinta* a la *pre*designación legal de derechos sucesorios en la herencia del causante de la reserva; luego forzosamente el juego de la desheredación (y sujetos desheredables) es distinta en una y otra fase. Por consiguiente, la desheredación *en los bienes reservados* solo puede venir del *reservista*<sup>35</sup>. Consecuencia de ello es además, que si el ahora reservatario fue desheredado por el causante de la reserva, tal desheredación no debería extenderse al llamamiento a los bienes reservados<sup>36</sup>.

En síntesis, por tanto, me parecen defendibles las conclusiones expuestas por GENOVÉS AMORÓS y por VALLET (*vid. supra* las referencias), pero sin necesidad de acudir a argumentos más bien de justicia material (como hace el primero), o a argumentos de *minor ad maius* (como hace el segundo).

### III.6. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL

La mayor o menor extensión del juego del derecho de representación en la reserva lineal, depende en buena medida de qué posición se sostenga en relación

con el supuesto de hecho general determinante de su consumación, que tampoco es pacífico.

Cabe señalar en este sentido dos líneas de pensamiento:

1. DÍEZ-PICAZO (1976, 307), VALLET DE GOYTISOLO (1983, 269-275) y CÁMARA ÁLVAREZ (2011, 354-355) han sostenido que cuando el reservista solo tiene descendencia común con una persona en el momento de su muerte, la reserva no opera<sup>37</sup>.

2. En un sentido contrario, se ha defendido que la reserva debe desplegar sus efectos siempre que se dé el supuesto contemplado en el artículo 811, esto es, cuando se dé la transmisión en forma de «V» que sirve de esquema a su supuesto, independientemente de que el reservista deje descendencia común. Hay ejemplos en la jurisprudencia en este sentido, como son las sentencias de 30 de mayo de 1956, 5 de diciembre de 1958, y 27 de febrero de 1971. Entre los autores, de manera más reciente, PÉREZ GIMÉNEZ (2005, 76 y sigs.).

Si se admite esta postura, se amplía la posibilidad de juego del derecho de representación en la línea descendente, como es obvio.

La primera línea interpretativa tiene el inconveniente de ser, más que de interpretación restrictiva, de una interpretación que excluye del supuesto de hecho normativo casos que entran abiertamente en su literalidad, y que, desde un punto de vista teleológico, no hay razón para excluir: así como el derecho del legitimario recae sobre una parte del valor neto de lo que podríamos llamar «base de cálculo de la legítima» *ex* artículo 818 del Código civil, el derecho de los reservatarios recae sobre los bienes concretos a los que afectan, no como representativos de un valor, sino en sí mismos. El mismo CÁMARA ÁLVAREZ (defensor de la primera interpretación) parece ser consciente de los problemas a que conduce esta tesis, cuando señala que su *único* fundamento es «la interpretación restrictiva que debe prevalecer del artículo 811», y reconoce que la posición contraria es también defendible (2011, 355).

### III.7. DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA LINEAL, Y LÍMITE DE LLAMAMIENTOS AL «TERCER GRADO»

En la reserva lineal se plantea una cuestión, que no puede plantearse en la reserva vidual, y es cómo condiciona el límite del «tercer grado» impuesto en el artículo 811 como límite de reservatarios a la dinámica del derecho de representación tanto por premoriencia como por desheredación o indignidad para suceder.

Doctrinalmente la cuestión está dividida: a) Un sector doctrinal, mayoritario, ha afirmado que por vía de representación solo cabe el llamamiento en la reserva lineal si el *representante* está dentro del tercer grado<sup>38</sup>. b) En cambio, VALLET ha afirmado que «[n]o puede decirse que [la] aplicación del derecho de representación más allá del tercer grado de parentesco del descendiente contradiga el sentido restrictivo con que debe interpretarse el artículo 811, pues precisamente con ella son resguardadas las normas comunes de sufrir la desviación que supondría preferir unos colaterales (...) a los descendientes legítimos comunes de dicho ascendiente y del reservista» (1983, 588).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece acoger la primera línea de pensamiento descrita. La primera sentencia que se pronunció sobre esta cuestión, en el sentido apuntado, fue la sentencia de 16 de diciembre de 1892, en la que se puede leer: «Constituyendo la reserva de bienes un derecho o beneficio personalísimo, solo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo

favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida para otro orden de derechos en los artículos 924 y 925 del Código civil». Más tarde, y de forma más explícita, en la misma línea se pronunció la sentencia de 14 de junio de 1945, en la que se afirma que «el artículo [811] veda, explícitamente, que el derecho a la reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el propio artículo determina, por obra de la representación».

La cuestión es compleja, y merece cierto detenimiento. En efecto, podría pensarse que admitida la representación en la reserva lineal, este límite no debe operar en referencia al «representante», sino al desheredado o indigno que se «representa» en el llamamiento a los bienes reservados, de manera que, siempre que el «representado» esté dentro de ese tercer grado, debe ser indiferente el grado de parentesco que une a representante y descendiente transmisor intermedio (que es con respecto al que, conforme el parecer unánime de la doctrina, debe calcularse el repetido límite<sup>39</sup>). Y podría añadirse que esta interpretación es acorde con la idea de representación sucesoria (aunque objetivamente limitada a los bienes reservados), en la que el llamado por representación ocupa el lugar del que se representa «en todos los derechos que tendría si (...) hubiera podido heredar» (art. 924 CC). Además, desde el modo en que aborda VALLET la cuestión, teleológicamente no hay ninguna razón para concluir en un sentido distinto.

Sin embargo, y sin negar el mérito de la línea interpretativa últimamente citada, creo que hay argumentos de lógica institucional para concluir en un sentido distinto. Como vimos, el llamamiento por representación está definido *subjetivamente* por el representante, pero *objetivamente* (cuantitativamente) determinado por remisión al representado. No se puede negar que llamamiento que se hace al que entra por representación, se hace en consideración a su condición de *pariente del causante de la reserva*, y no por ser pariente del representado, aunque esto último es también lógicamente inevitable. Naturalmente que al llamado por representación le une un parentesco con el representado y con el causante. Pero el derecho de representación sucesoria no se explica por el parentesco del representante y representado, sino por el parentesco que une al primero con el causante<sup>40</sup>.

Por eso, creo que resultaría formalmente correcto entender que el «tercer grado» que señala el artículo 811 como límite al llamamiento en la reserva lineal debe computarse considerando el parentesco que el representante tiene con el causante de la reserva, y no con el «representado». Esto es: si aquel del que nos cuestionamos llamar por representación a los bienes reservados *ex* artículo 811 es un pariente del descendiente transmisor intermedio (causante de la reserva) más allá del tercer grado, debe concluirse que ese llamamiento no es posible, por sobrepasar el límite del artículo 811, aunque el representado estuviera incluido en el círculo de reservatarios señalado por el citado precepto.

Llama la atención que las mismas conclusiones, esto es, que no puede considerarse beneficiado por la reserva un pariente de *cuarto* grado ni siquiera por derecho de representación de un pariente que sí está dentro del círculo de beneficiarios delimitado por el artículo 811, ha sido también sostenido en sede de reserva lineal por autores que han afirmado que el derecho de representación consiste en que el que es llamado por tal derecho, ocupa el *grado* de aquel a quien se «representa» en la herencia; cuando, en principio, si se parte de una tal concepción del derecho de representación<sup>41</sup>, la conclusión intuitiva sería

que mientras se represente a un pariente dentro del tercer grado, la reserva debe beneficiar al representante aunque este último tenga un grado de parentesco más allá de ese límite. Dos casos muy claros los encontramos en MORELL Y TERRY, y en MAURA.

MORELL Y TERRY, explicando el derecho de representación sucesoria en general, afirmó que el representante, «por ficción de la ley, adquiere el grado de parentesco del representado, y de este modo hereda al nivel de otros parientes más próximos, como si realmente tuviese el mismo grado que ellos»; y un poco más adelante: «á los representantes se les atribuye por ficción legal un grado de parentesco superior al suyo, el que correspondía a la persona representada» (1905, 341). En una línea muy similar, MAURA afirmó también que la representación supone una «ficción legal» consistente en que «al identificar con el finado a tales parientes [los «representantes»], integra el grado más próximo, y pone las cosas en la situación que tendrían si la defunción de aquel no descabalara el dicho grado; de suerte que los parientes que tienen la representación, siendo de por sí más remotos, suceden a título de la mayor proximidad que tenía aquel a quien representan» (1930, 98).

Sin embargo, ambos autores entienden que, siendo este el funcionamiento del derecho de representación en el Derecho de sucesiones, en cambio en materia de reserva lineal no puede significar que en la delación de los bienes reservados entre un «representante» que tenga un grado de parentesco más allá del tercer grado en el sentido en que lo exige el artículo 811<sup>42</sup>, lo que no deja de ser curioso, y en cierto modo, contradictorio. Así, a MORELL Y TERRY ello le parecía una conclusión «evidente» (1905, 129). Por su parte, MAURA afirmaba que su tesis expuesta sobre el funcionamiento del derecho de representación no puede servir para «relajar y subvertir la disposición categórica que limita al tercer grado de parentesco el beneficio de la reserva» (1930, 107).

¿Qué sucede si, todos los reservatarios de grado más próximo, *repudian* el llamamiento a los bienes reservados? ¿Cabría aplicar una consecuencia como la que, en sentido general prevé el artículo 923 del Código civil en la sucesión intestada? Así lo ha defendido LACRUZ (que, recordemos, negaba que por el juego del derecho de representación en los llamamientos de los reservatarios pudiera producirse un llamamiento más allá del límite del tercer grado indicado en el artículo 811): «el límite del tercer grado no puede haber sido pensado para los parientes en línea recta descendente que lo sean a la vez del ascendiente origen de la reserva y del reservista [línea, por tanto, de donde los bienes proceden]: es clara aquí la analogía con el artículo 923-1.º» (1973, 294).

#### IV. TRANSMISIÓN DEL *IUS DELATIONIS* EX ARTÍCULO 1006, Y EL LÍMITE DEL «TERCER GRADO» PREVISTO EN EL ARTÍCULO 811

Hoy puede considerarse superada la concepción del llamamiento a los bienes reservados como un llamamiento «personalísimo», y por tanto intransmisible en una doble proyección: 1) impidiendo el juego del derecho de representación por premoriencia de un reservatario; y 2) intransmisibilidad del *ius delationis* respecto a los bienes reservados, si el reservatario sobreviviera al reservista pero falleciera *antes de exigir* su parte de bienes. Esta doble conclusión (una consecuencia de la

otra), tuvo su origen en una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1901, que trataba del segundo aspecto, pues se estudiaba un caso en que la reservataria había fallecido sin exigir la entrega de los bienes objeto de reserva, y se cuestionaba si a una hija de esta podía reconocérsele tal derecho. El Tribunal Supremo lo negó, porque ello supondría ir más allá del límite del tercer grado previsto en el artículo 811. En la doctrina, Clemente DE DIEGO defendió la solución dada por el Tribunal Supremo (1927, especialmente páginas 61 y sigs.). Sin embargo, otro sector doctrinal [MORELL Y TERRY (1905, 129-130), y CALDERÓN (1905, 476-477)] fue muy crítico con esta línea.

No hay ninguna razón por la que entender que el derecho a los bienes reservados no sigue las reglas normales de transmisión sucesoria a favor de los herederos del reservatario para cuando este fallezca después. Junto con ello, cae todo intento de argumentar en torno al carácter personalísimo del derecho para negar el juego del derecho de representación en sede de reserva lineal. La tesis de MORELL y de CALDERÓN, aun cuando formuladas hace más de un siglo, son perfectamente defendibles en la actualidad, y la jurisprudencia así lo ha confirmado. CASTÁN también concluyó acertadamente en la necesidad de diferenciar el supuesto del derecho de representación (que él admitía en la reserva lineal) y el supuesto del *ius transmissionis*, porque mientras la representación solo jugaría en favor de los parientes del causante de la reserva, el *ius transmissionis*, en la hipótesis de sucesión testada del reservatario, puede corresponder a terceros (1940, 210).

En la actualidad es ampliamente aceptado que el derecho a los bienes reservados se adquiere *ope legis* por el reservatario desde la muerte del reservista (así, claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1989, de forma similar a como sucede en la adquisición de los legados puros —cfr. arts. 881 y 882 del Código civil—, con el que, en mi opinión, guardan estrecha analogía<sup>43</sup>; pero esto no significa que no resulte aplicable el artículo 1006 del Código civil, siquiera en su aspecto negativo (posibilidad de renunciar a los bienes reservados, sin que ello suponga renunciar, en su caso, a la herencia del reservista). Muy claras en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1989 y de 9 de enero de 1991<sup>44</sup>, que continúan la línea abierta por la más antigua sentencia de 14 de junio de 1945<sup>45</sup>. La cuestión, con todo, no es unánime; así, COSSÍO entendía que, aunque es admisible el derecho de representación en la reserva lineal, «lo que de ninguna manera se puede aceptar es el conceder a los reservatarios el *ius transmissionis*», debido al carácter condicional de la posición del reservatario (1988, 648). JIMÉNEZ GALLEGO sí admite el juego del *ius transmissionis* si los reservatarios fallecen después que el reservista, «pero siempre que sean a su vez reservatarios» (2012, 433).

## V. CONCLUSIONES

I. El régimen jurídico básico ordenador de los llamamientos a los bienes reservados, debe ser el de la sucesión intestada, considerando como sujeto referente al respecto, al causante de la reserva, no al reservista.

II. El derecho de representación, aunque institución típica de la sucesión intestada, no queda excluido ni siquiera aunque se pudiera entender que el reservista en la reserva lineal, de forma análoga a como sucede en sede de reserva viudal, tiene la facultad de mejora o desheredación y las empleara efectivamente.



III. El juego del derecho de representación sucesoria, no puede justificar que, en el llamamiento a los bienes reservados en la reserva lineal, estos lleguen a ofrecerse, a la muerte del reservista, a personas que estén más allá del tercer grado de parentesco respecto del descendiente del que el reservista adquiere.

IV. El límite del tercer grado de parentesco previsto en el artículo 811 del Código civil no puede impedir, sin embargo, que por el juego de lo previsto en el artículo 1006 del mismo Código, los bienes reservados sean recibidos del reservista por parientes que están fuera aquel límite.

#### VI. SENTENCIAS ANALIZADAS

- STS de 16 de diciembre de 1892
- STS de 16 de enero de 1901
- STS de 2 de enero de 1929
- STS de 25 de marzo de 1933
- STS de 14 de junio de 1945
- STS de 8 de junio de 1954
- STS de 30 de mayo de 1956
- STS de 1 de febrero de 1957
- STS de 5 de diciembre de 1958
- STS de 17 de junio de 1967
- STS de 27 de febrero de 1971
- STS de 4 de junio de 1987
- STS de 11 de octubre de 1989
- STS de 21 de diciembre de 1989
- STS de 9 de enero de 1991
- STS de 21 de octubre de 1991
- STS de 23 de marzo de 1992
- STS de 25 de septiembre de 2006
- STS de 13 de marzo de 2008
- STS de 21 de octubre de 2010

#### VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2004). Curso de Derecho Civil. V. *Derecho de sucesiones*. Madrid: Edisofer.
- ALONSO MARTÍNEZ, M. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de P. Núñez. Tomo I (1884) y II (1885).
- BARBERO, D. (1967). Sistema del Derecho Privado. Tomo V, *Sucesiones por causa de muerte*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- BINDER, J. (1953). *Derecho de sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana por José Luis Lacruz Berdejo. Barcelona: Labor.
- CALDERÓN, M. (1905). Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1905.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2011). *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid: La Ley.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2000). *La exclusión testamentaria de los herederos legales*. Madrid: Universidad de La Rioja-Civitas.

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Vol. III. Pamplona: Aranzadi, 1983.
- CASTÁN, J. (1940) El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil. *Revista de Derecho Privado*, septiembre.
- (1989). Derecho Civil español, común y foral. Tomo sexto, Volumen primero, *Derecho de sucesiones*. Madrid: Reus.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1927). El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811 del Código civil (consulta). *Revista de Derecho Privado*.
- COSSÍO Y CORRAL, A. (1988). Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, *Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones*. Madrid: Civitas, (revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y por José León Alonso).
- CUEVA, M. (1935). Bienes que el reservista está obligado a reservar. ¿A quién se refieren las palabras del artículo 811 «Los que hubiere adquirido por ministerio de la ley»? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 131.
- DÍAZ ALABART, S. (1987). Artículo 751. Albaladejo, Manuel; Díaz Alabart, Silvia (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, Vol. 1.º: *Artículos 744 a 773 del Código civil*. Madrid: EDERSA.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1976). *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tm. III. Madrid: Tecnos, 1976.
- DOMÍNGUEZ DE MOLINA, J. (1962). Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil. *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección tercera, estudios jurídicos varios. Volumen II. Madrid: Reus.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1978). *Manual de Derecho Civil español*. Vol. V. *Sucesiones*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Tm. II.
- GENOVÉS AMORÓS, C. (1947). La desheredación y las reservas. *Revista de Derecho Privado*.
- GIMÉNEZ ARNAU, E. (1940). El derecho de representación en la sucesión voluntaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 141.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1869). *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Tm. II. Cuarta edición. Madrid: Imprenta de A. Peñuelas.
- GONZÁLEZ BOU, E. (2011). Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte cuarta. Reservas hereditarias. En: Gete-Alonso y Calera, M.ª del Carmen (dir.); Solé Resina, Judith (coord.). *Tratado de Derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, Tomo II.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1989). Artículos 915 a 923. En: Albaladejo, Manuel; Díaz Alabart, Silvia (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tm. XIII, Vol. 2.º: *Artículos 959 a 987 del Código civil*. Madrid: EDERSA.
- HEINECCIO, Jo. Got. (1808). *Elementa Iuris Romani*. Editio prima hispana. Ad vsum stvdiosae evventvtis adornata.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). *Derechos reales. Derecho de sucesiones*. Obras completas. Tm. 4. Madrid: Espasa-Calpe.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2012). Las reservas hereditarias. *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre.

- JORDANO FRAGA, F. (2004). *Indignidad sucesoria y desheredación. (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*. Granada: Comares.
- LACAL, P. (1932). Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 92, 1932.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A. *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, Tomo I (1971) y II (1973).
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2009). *El Derecho de Representación en la Sucesión Testada*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1891). Contestación a la consulta sobre la reserva de bienes que establece el artículo 811 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 78.
- MAURA, A. (1930). Dictámenes. Seleccionados y clasificados por D. Miguel Maura Gamazo y D. José Romero Valenzuela. Tomo IV. *Instituciones condicionales. Derechos legitimarios. Mandas y legados. Albaceazgo. Derecho de representación y de acrecer. Aceptación, colación y partición*. Madrid: Saturnino Calleja.
- MORELL Y TERRY, J. (1905). Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- (1905). ¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia de su padre? *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 107.
- (1918). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo IV. Barcelona: Reus.
- MUCIUS SCÆVOLA, Q. (1944). Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca. Tomo XIV. Madrid: Reus.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. (2005). *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*. Jaén: Universidad de Jaén.
- PUIG BRUTAU, J. (1983). Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V, vol. III. *Legítimas; Reservas; Sucesión intestada; Sucesión contractual; Partición de herencia*. Barcelona: Bosch.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Madrid: Dykinson, Tomo III.
- ROCA SASTRE, R. M. (1948). Estudios de Derecho Privado. Vol. II, Sucesiones. Madrid: *Revista de Derecho Privado*.
- (1976). Notas a KIPP, Theodor. Derecho de sucesiones, en ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo quinto, volumen primero. Barcelona: Bosch.
- RUIZ SERRAMALERA, R. (1979). Derecho Civil. Derecho de Sucesiones. I. *La sucesión mortis causa en general. El testamento y las legítimas*. Burgos: Realigraf.
- SALERNO, M. U.; LAGOMARSINO, C. A. R. (2006). *Código civil argentino y legislación complementaria*. Heliasta: Buenos Aires.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*. Tm. 6.º, vol. 2. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- SERRANO ALONSO, E. (2009). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Edisofer.
- SERRANO GARCÍA, J. (1991). *La reserva troncal del artículo 811 del Código civil*. Barcelona: Bosch.
- TERZI, Marco (2011). Rappresentazione. En: Rescigno, Pietro (dir.); Ieva, Marco (coord.). *Tratato breve delle successioni e donazioni*. Vol. I. *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*. Padova: CEDAM.
- VV.AA. (1841). *Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger.

- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1983). *Estudios de Derecho Sucesorio*. Tm. VI. La reserva lineal. Madrid: Montecorvo.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. Artículo 811. En: Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo y Ponce De León, Luis; Bércovitz, Rodrigo; Salvador Coderch, Pablo. (dirs.) *Comentario del Código civil*. II tms. Madrid: Secretaría general técnica-Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1991. Tomo I.
- VAQUER ALOY, A. (2013). Capítulo 3. Los negocios jurídicos testamentarios. En: POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1986). *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*. Madrid: Montecorvo.
- VILLARES PICÓ, M. (1956). Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 332-333.

## NOTAS

<sup>1</sup> El Derecho Civil catalán así lo prevé (cfr. art. 423-9 CCCat.), al disponer que en este caso deberá entenderse que son llamados como herederos testamentarios o legatarios los parientes que, en el momento de deferirse la herencia o el legado, habrían sucedido *ab intestato* al testador». Además, soluciona en su ámbito dudas que se plantean en el Código civil, como es si el llamamiento a los parientes incluye o no al cónyuge, respondiendo el Código catalán afirmativamente.

En el Derecho comparado, el Código mexicano se remite en general al «orden de la sucesión legítima» para ese supuesto de hecho (art. 1300), entre las que se encuentran los artículos 1609 y 1610, que en el llamamiento a la línea descendente prevé las consecuencias típicas de la representación sucesoria. Más expresivos son los Derechos argentino y chileno, que no solo entienden aplicable las reglas de la sucesión intestada para supuestos similares, sino que prevén de forma expresa el juego del derecho de representación (cfr. art. 3791 del Código argentino; art. 1064 Código chileno).

<sup>2</sup> Cfr. el informe elaborado por CHABOT al Título de las sucesiones durante la elaboración del Código de Napoleón. Recopilado y traducido en *Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger, 1841. Tomo II, en concreto véase páginas 28 y 29. Lo negó, en cambio, ALONSO MARTÍNEZ, que prácticamente comienza el segundo tomo de su obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* calificando de error añejo el que «el fundamento de la ley, al hacer los llamamientos ha sido siempre, y con más motivo es hoy, el cariño o la voluntad presumable del difunto; y francamente, me parece que es lisongear demasiado a los poderes de la tierra (...). No. (*op. cit.*, 5)». Sin embargo, unas páginas más adelante, concluye que «los legisladores de todos los tiempos han acomodado el sistema de sucesión a la organización peculiar de la familia en cada pueblo, sin preocuparse mucho, ni poco ni nada de las simpatías y los afectos del difunto. Lo que sucede es que el principio Cristiano, las costumbres germánicas y, en suma, todos los elementos que han producido y constituyen la civilización moderna, han hecho triunfar en los códigos (...) el tipo de familia natural, en la que los derechos y deberes jurídicos guardan perfecta armonía con los sentimientos humanos (...) [E]n esto, como en todo cuanto es esencial a nuestro linaje, así respecto a su conservación como a su reproducción y progreso, el Supremo Hacedor no ha fiado nunca la defensa de su obra a solo el poder de las ideas, sino que, para mejor protegerla, ha puesto a su lado los sentimientos y los instintos, que son un baluarte más firme que nuestra flaca y vacilante inteligencia (...)». Y concluye: «Quedemos, pues, en que el verdadero fundamento de la sucesión intestada ha sido siempre, es todavía, hoy y debe ser en lo futuro el principio de familia, con el cual está, por lo general, en armonía el sentimiento o la voluntad presumible del difunto» (21-23).

<sup>3</sup> Me parecen muy acertadas las palabras de COSSÍO cuando define la sucesión intestada como «una sucesión hereditaria, legal y supletoria o de carácter dispositivo» (1988, 634).

<sup>4</sup> «*In capita succeditur, ubi secundum numerum heredum hereditas viritum distribuitur. In stirpes, ubi gradu remotiores subeunt locum propioris defuncti, adeoque omnes simul eius portionem accipiunt. Ius repraesentationis est fictio iuris, qua remotiores in parentis defuncti locum subintrare intelliguntur*». De manera que todos los que suceden por representación «succederunt, non secundum numerum capitum, sed in stirpes». La consecuencia es evidente: «Gradus tamen discrimen statuit ratione portionum. Primi enim gradus liberi succedunt *in capita*; vltiorem *in stirpes*, iure repraesentationis». HEINECCIO, Jo. Got. *Elementa Iuris Romani*. Editio prima hispana. Ad vsum studiosae eventvtis adornata. 1808, § DCCXVIII, 250 y 251.

Entre nosotros, GÓMEZ DE LA SERNA afirmaba que «de los herederos que suceden *in stirpes* se dice con propiedad que vienen por derecho de representación» (1869, 9).

<sup>5</sup> Artículos como el 927 y el 948 son más explícitos en esta equivalencia de ideas.

<sup>6</sup> Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria, recopilado en *Estudios sobre sucesiones*, Tomo I, Madrid: Instituto de España, 1981.

<sup>7</sup> Según ROCA, la expresión *in locum succedere*, «rectamente interpretada, solo significa el hecho de ser llamada la estirpe *en lugar* del hijo premuerto. No cabe decir que entonces los nietos *representan* a este, el cual resulta, por lo tanto, ser el representado. Esto supondría que aquellos no suceden por derecho propio (*in iure proprio*) al causante, sino a través de otro, lo cual no es verdad. Lo exacto es que aquí la ley llama a la herencia intestada del padre causante [a] la estirpe del hijo predifunto; de modo que dicha estirpe no representa a la persona de este, ni siquiera a su grado sucesorio, ya que hereda *directamente* y por su propio *derecho*, si bien con sujeción al módulo distributivo *in stirpes*. Por ello, lo mejor sería abandonar el concepto de *representación* sucesoria y ver tan solo en el referido caso de premoriencia una delación o llamamiento directo a la estirpe. (...) De lo dicho resulta que no puede calificarse el derecho de representación de ficción jurídica». ROCA SASTRE, 1948, 262-263. También en Notas a KIPP, Theodor. *Derecho de sucesiones*, en ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo quinto, volumen primero. Barcelona: Bosch, 1976, 49. Como vimos *supra*, HEINECCIO sí calificaba de *fictio iuris* el derecho de representación, pero como es fácil comprobar, las consecuencias prácticas de una y otra aprehensión del problema son las mismas en lo que se refiere al modo de repartirse la herencia.

<sup>8</sup> Para una visión general de por qué el artículo 927 se desvía de la regla general, y las dudas que ello plantea en la doctrina, me remito a PUIG BRUTAU, J., 1983, 337-339.

<sup>9</sup> Baste añadir en este momento, a lo ya explicado *supra*, dos ideas: 1) existe un sector doctrinal que aboga por la necesidad de reconocer, no solo *de lege ferenda*, sino de *lege data*, el derecho de representación también en el ámbito de la sucesión testada [GIMÉNEZ ARNAU, E., 1940, 22-33]. También ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Op. cit.*, 535-536, que ha afirmado que el Código parece aceptar que pueda darse el derecho de representación en la sucesión testamentaria]. 2) Excepcionalmente, el artículo 814 del Código civil, tras su modificación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, reconoce un supuesto de derecho de representación dentro de una sucesión testada en la línea descendente, referida a la legítima, al disponer que «los descendientes de otro descendiente que no hubiese sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos», atajando así el problema de que el legitimario designado en el testamento premuriera al testador, y el testador falleciera después sin haber modificado el testamento. Véase el reciente trabajo de MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*,

<sup>10</sup> Quizá deba añadirse también en este apartado la hipótesis de conmoriencia (cfr. art. 33 CC).

<sup>11</sup> Esta posibilidad puede llamar la atención, puesto que puede resultar contradictorio que en una sucesión *intestada* pueda haber desheredación, ya que esta última exige una manifestación de voluntad del causante en este sentido. En torno a la posibilidad de reconocer en nuestro Derecho la figura de «testamento negativo», *vid. infra*.

<sup>12</sup> Las tres causas enumeradas son comunes en el Derecho comparado. Como apunte añadido, el texto original del Código civil argentino preveía en esta sede que «los hijos del in-

digno vienen a la sucesión *por derecho propio y sin el auxilio de la representación*» (art. 3301). La previsión generaba dudas a nivel doctrinal, máxime cuando en sede de desheredación (art. 3749) la llamada sí era por derecho de representación. El texto vigente ha «corregido», y prevé que «los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación». La doctrina atribuyó la redacción original a una deficiente traducción de la fuente francesa tomada como modelo (ver SALERNO, M. U; LAGOMARSINO, C. A. R., 2006, 789-790).

<sup>13</sup> Como apunte añadido, en el Derecho comparado encontramos ejemplos de reconocimiento al derecho de representación de un campo de juego más amplio. Tal es el caso de los Derechos alemán e italiano, y en Sudamérica, los Derechos argentino y chileno.

En relación al Derecho alemán, BINDER puso de manifiesto que juega el derecho de representación en favor de los descendientes del primer llamado no solo cuando aquel premuere al causante, sino también cuando haya *repudiado* la herencia, o haya sido excluido por el causante (desheredación), o sea indigno: en todos estos casos, el heredero «ha de ser tratada precisamente como si no hubiera sobrevivido a la apertura de la sucesión», (1953, 160-161). En efecto, los §§ 1953 y 2344 BGB son expresivos de ello: el primero en relación a la repudiación de la herencia, y el segundo para la hipótesis de indignidad, contienen ambos un segundo apartado prácticamente idéntico: la herencia se defiende a aquel a quien se habría llamado si el repudiante / indigno no hubiera sobrevivido al causante, lo que nos remite al § 1924.3 BGB: «ocupan la posición de un descendiente que ya no vive en el momento de la muerte del causante los descendientes emparentados con el causante a través de aquel (sucesión por estirpes)» (traducción extraída de LAMARCA MARQUÉS, Albert (dir.). *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008).

Respecto al Derecho italiano, se reconoce el derecho de representación tanto en la sucesión testada como en la intestada, y para el caso también de la repudiación de la herencia del instituido, cambiando en este último aspecto la línea que se mantuvo en el Codice Civile de 1865 (cfr. art. 734). El artículo 467.2 del vigente Codice Civile es expresivo: «Si ha rappresentazione nella successione *testamentaria* quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato (...)». Ello conlleva un menor juego de la figura del acrecimiento (cfr. art. 674 Codice Civile, en sede de sucesión testada; especialmente apartado 4).

Por último, el artículo 3354 del Código civil argentino reconoce el derecho de representación en la sucesión intestada en favor de la línea descendente para el caso de repudiación del llamado en primer término. Idéntica consecuencia se prevé en los artículos 984 y 987 del Código chileno.

<sup>14</sup> La autoría del precepto parecer ser que fue de DURÁN Y BAS, FRANCO, MANRESA y GARCÍA GOYENA.

<sup>15</sup> La idea de «azar» en esta sede adquiere gran relevancia interpretativa de la reserva lineal, y sirve como criterio rector de la conclusión, hoy unánimemente admitida, conforme a la cual los bienes adquiridos «por ministerio de la ley» que menciona el artículo 811 son los que así adquirió el reservista, del descendiente transmisor intermedio causante de la reserva. Manresa, que participó en la redacción del artículo 811, no mostraba dudas al respecto —ver en MANRESA Y NAVARRO, J. M., 1891, 360—. A la inversa: cuando no se ha entendido bien la idea de evitar el azar en este sentido, se ha concluido en una interpretación bien distinta sobre el particular. Así, Manuel DE LA CUEVA defendió que los bienes adquiridos «por ministerio de la ley» son los que así adquirió el descendiente transmisor intermedio de su ascendiente, y por tanto, para que surjan estas reserva, es indiferente si el reservista adquiere de aquel descendiente por ministerio de la ley o no. Calificaba de «monstruoso error» la posición combatida —ver DE LA CUEVA, Manuel, 1935, 810—. Sin embargo, muchas de las dudas planteadas por Manuel DE LA CUEVA, vistas desde la óptica del «azar» a que ahora nos referimos (verdadera intención del Legislador) se resolverían en el sentido hoy unánime. Planteaba el siguiente supuesto: un sujeto que hereda de su padre 1000 pesetas muere dejando 1000 millones, y «como la porción legitimaria del reservista no puede marcarse más que con relación al valor que dejó a su fallecimiento el descendiente heredado, venimos a parar, indefectiblemente, según los señores sostenedores de estas teorías, a que son bienes reservables la enormidad de millones que pueden merecer el concepto de legítima, en lugar

de las 1000 pesetas que el descendiente heredado adquirió de su ascendiente. Esto [continúa] es irrefutable, porque no hay manera de decir, y hasta ahora nadie lo ha dicho, que después de marcada esa porción legitimaria hay que amoldarla a los límites o volumen de los bienes que heredó el descendiente heredado; y si hubiera quien lo llegase a decir, habría que interrogarle: ¿por qué ley, por qué razón se hacen todas estas cosas?» —extraído DE LA CUEVA, Manuel, *op. cit.*, 809-810—. Como es fácil comprobar, el argumento se sustenta en una base muy frágil. La doctrina de los años 50, por ejemplo, sostenía con total naturalidad que los bienes reservables podrían ser una porción perfectamente separable en el patrimonio del reservista —por todos, VILLARES PICÓ, M., 1956, 64—.

<sup>16</sup> Para una visión general de esta materia, véase MANRESA, J. M., 1891, 357-359; para mayor profundidad, véase ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, 1884, 216-234.

<sup>17</sup> Es esta idea una constante en la Jurisprudencia, tanto de la más antigua (cfr. STS de 2 de enero de 1929) como de la más actual (cfr. STS de 25 de septiembre de 2006).

<sup>18</sup> Aunque no exclusivamente, porque el ascendiente reservista en el artículo 811 podría haber recibido los bienes que tiene la obligación de reservar, no como *legitimario* del descendiente causante de la reserva y transmisor intermedio, sino como heredero *ab intestato* de este; cuando se adquiere *ab intestato* se adquiere, como exige el artículo 811 para que surja la reserva, «por ministerio de la ley».

<sup>19</sup> Se trataba de un supuesto en que unas acciones en una sociedad mercantil salieron del patrimonio del padre, A, en el momento en que este los atribuyó, por medio de institución hereditaria, a su segunda esposa, B. Pero esas acciones volvieron a la línea de donde los bienes procedían en el momento en que C, única hija del segundo matrimonio, adquirió la herencia de su madre B, que a su vez había recibido las acciones de A, su esposo. Al día siguiente de fallecer B, fallece C, y a esta la hereda la abuela paterna (madre, por tanto, de A). Como se ve, se da literalmente el supuesto de hecho del artículo 811 (de forma gráfica, un complejo de transmisiones en forma de «V»). El Tribunal Supremo entendió que, puesto que los bienes habían vuelto a la línea de su origen, y la finalidad de la reserva del artículo 811 es evitar ese desvío de línea, «no se alcanza a ver la concurrencia de todos los requisitos para que surja la reserva».

<sup>20</sup> «Es preciso (...) separar dos sujetos-índice, cada uno a un propósito distinto. De una parte el *descendiente-causante*, base del cómputo del *tercer grado* dentro del cual hay reserva y reservatarios (y fuera, no): de tal descendiente, además, hay que ser pariente en tercer grado precisamente por la línea de los bienes, es decir, por parte del ascendiente o hermano que se los ha transmitido. De otra parte, y con el fin de determinar quién, de entre los eventuales reservatarios, tiene mejor derecho a suceder, el *ascendiente o hermano transmitente de los bienes* (lo que vengo llamando aquí el «ascendiente-origen»); pero habiendo recibido él tales bienes de otros más remotos antepasados, se tendría en cuenta, para determinar la preferencia, ese ulterior origen del caudal reservable.

A partir de este otro sujeto-índice se deduciría, pues, el orden de preferencia de los legitimados para suceder en la reserva aplicando en relación a él —como si él fuera el causante— las reglas de la sucesión intestada, pero siendo posibles sucesores solo los parientes de la línea, y prefiriendo los del abuelo origen remoto de los bienes, a los del padre que no lo sean del abuelo. En otras palabras: una vez determinado (por el parentesco en tercer grado con el descendiente-causante) quiénes son reservatarios, entre ellos la sucesión se deferiría como si heredasen al *ascendiente-origen*, a quien sucederían primero sus más próximos parientes, aunque lo fueran más lejanos del *descendiente-causante*, sin bien todavía heredarían primero, solos, los parientes del origen remoto de los bienes». Extraído de LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *op. cit.*, 301-302.

<sup>21</sup> Ver CASTÁN, J., 1940, especialmente páginas 205 y 211. VILLARES PICÓ, 1956, 66-67. HERNÁNDEZ GIL, A., 1989, 610 y 612. ESPÍN CÁNOVAS, D., 1978, 465. GUILARTE ZAPATERO, V. 1989. SERRANO GARCÍA, J., 1991, 339, *in fine* [Sin embargo, no entiendo aplicable la disciplina *general* de la sucesión abintestato, toda vez que, como veremos más abajo, en páginas anteriores había negado que juegue el derecho de representación en este ámbito]. PÉREZ GIMÉNEZ, M. T., 2005, 319. SERRANO ALONSO, E. 2009, 213.

Mención aparte merece DOMÍNGUEZ DE MOLINA entre los autores que han defendido ser el llamamiento a los bienes reservados una suerte de llamamiento *abintestato*, aunque

el reservista haya otorgado testamento (1962, 596). Sin embargo, las consecuencias de esa afirmación las reduce, en el terreno práctico, a negar al reservista la facultad de mejorar o de desheredar a los reservatarios, porque en su opinión, ello iría en contra del sentido del artículo 811, que ordena el destino de unos bienes por ministerio de la ley, y no puede reconocerse al reservista ninguna de las mencionadas facultades, porque ello significaría convertir en testada una sucesión *abintestato*. Por lo demás, y aun cuando califica esta sucesión como intestada, niega la aplicabilidad del orden de llamamientos previsto para la sucesión intestada y la aplicabilidad del derecho de representación, no ya solo en caso de desheredación, sino también en caso de premoriencia del reservista pendiente la reserva, porque en su opinión, todos los parientes comprendidos hasta el tercer grado tienen, durante la reserva, un derecho expectante por sí mismos, de manera que la premoriencia de alguno de ellos no explicaría por qué el derecho expectante del eventual representante habría de mejorar en contra del principio «proximiores excludunt remotiores». «La reserva constituye una modalidad de la sucesión intestada o legítima impuesta por la Ley con carácter excepcional y forzoso», con lo que «mal puede reconocerse al reservista esa facultad electiva o eliminatória de los reservatarios, porque significaría la posibilidad de alterar el destino de los bienes preordenado por el Código y convertir en testada una sucesión *abintestato*. Y por esa adquisición automática y por ministerio de la Ley nos parece claro (...) que tampoco es posible (...) la facultad en el reservista de mejorar y desheredar como también se pretende». Y más abajo añade: «siendo esta una modalidad de la sucesión legítima ha de regirse por las normas que gobiernan la sucesión intestada en cuanto sean conformes con la naturaleza de la reserva. (...) [C]onstituyendo la reserva del 811 una sucesión intestada, aunque limitada y parcial, no cabe prescindir de las reglas y condiciones propias de la misma, no habiéndolo dispuesto expresamente así la Ley, o no resultando que su aplicación es incompatible con los fines a que tiende dicha reserva». Ver en DOMÍNGUEZ DE MOLINA, 1962, 644 y siguientes. Y precisamente, en su opinión, el artículo 811 desplaza la aplicación del orden de llamamientos en la sucesión *abintestato*, criticando la tesis de HERNÁNDEZ GIL en lo que se refiere a la predominante carga «negativa» del sentido del artículo 811: aunque DOMÍNGUEZ DE MOLINA admite que el precepto tiende a evitar la desviación de los bienes de la línea familiar de donde provienen, «ello no borra ni anula el mandato positivo expreso que su texto contiene y por medio del cual establece precisamente (...) aquella prohibición». Y añade que la designación de los parientes que estén dentro del tercer grado es una designación positiva de todos los beneficiarios, y en este sentido apoya la tesis de M. SCÆVOLA sobre el particular: división de los bienes reservados entre todos los parientes que estén comprendidos en el tercer grado del descendiente y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden»: «[e] artículo 811 (...) no se ha limitado a la prohibición, sino que esta la ha impuesto a través de un llamamiento positivo de personas que aparecen determinadas por el grado la línea de modo inequívoco» (1962, 643).

<sup>22</sup> La posición que adoptó LACAL, a la que se adhiere VALLET, va en una línea distinta. LACAL afirmó que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, pero no crea una sucesión autónoma sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas. La preferencia entre los parientes, el orden de suceder, la determinación concreta de sus derechos «es misión extraña al precepto». Pero concluye: «[l]a sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece» (LACAL, 1932, 580). Posteriormente, en la misma línea, RUIZ SERRAMALERA (1979, 133-134). La tesis de LACAL podría defenderse, pero solo en lo que respecta a su remisión a la sucesión *intestada*, no a la testada: el beneficiario o beneficiarios de la reserva son designados por la Ley a través de la remisión a la idea de la línea de donde los bienes proceden. Reconocer al reservista facultades de elección de los reservatarios beneficiarios, o una facultad de desigualar en el reparto de los bienes reservados, no parece consecuente con la finalidad de esta reserva: significaría reconocer al reservista unas facultades discrecionales (aunque limitadas solo entre los reservatarios), cuando es precisamente del reservista de quien la institución pretende proteger a los reservatarios; más aún cuando el Legislador está presuponiendo, a diferencia de como sucede en la reserva viudal, que los reservatarios pueden perfectamente no ser legitimarios del reservista, y ni siquiera ser familiares suyos. VALLET se une a esta línea



de pensamiento, y admite además la posibilidad del reservista para mejorar en los bienes reservados a cualquiera de los reservatarios, pues ello no es contrario al fin de la reserva. Crítica también la tesis anterior de HERNÁNDEZ GIL, porque en su opinión falta el «enlace lógico suficiente para pasar desde la dimensión negativa [en relación a la afirmación de HERNÁNDEZ GIL conforme a la que el artículo 811 tiene un contenido negativo] a la determinación positiva por las reglas de la sucesión intestada». Y añade: «[n]i el fin ni la letra del 811 imponen la sucesión por las reglas de la *ab intestato* si con la testada se respeta la reserva y las demás normas imperativas del Código que sean de aplicación (...). [L]a *ratio* del 811 no puede lógicamente imponer los órdenes de la sucesión intestada» (VALLET DE GOYTISOLO, J. 1983, 109 y 110). La tesis de VALLET se completa con otras afirmaciones: «(...) la *ratio* del 811 es la de evitar una posible desviación, probable bajo la órbita del derecho común, de los bienes con respecto a su línea de procedencia. Por ello impone otro resultado. En lugar de desvío, provoca un rebote. Este rebote es el *ius singulare* del artículo 811, es el resultado en que se aparta del derecho común» (...). «El rebote debe ser de la medida exigida para evitar aquella desviación; pero sin que dé lugar fuera de ella a otra desviación de sentido distinto» (111)]. Más adelante, en línea con la tesis de LACAL, reitera la necesidad de disciplinar la delación de los bienes reservados según las reglas de la sucesión testada o intestada, según el caso, del ascendiente reservista en cuanto no estén tales reglas mediatizadas por la reserva [*op. cit.*, 386].

Naturalmente el fin de esta reserva es un valioso elemento interpretativo de su dinámica, pero no puede convertirse en el *único* elemento interpretativo. Si así fuese, no debería haber problemas para que el reservista llamara a los reservatarios a los bienes reservados mediante llamamientos condicionales, o a término, o estableciendo sustituciones (con las distintas posibilidades de ello: por ejemplo, fideicomiso de residuo, o sustitución fideicomisaria condicional). Podrían discutirse estas posibilidades, pero no parece que, de admitirse, pudieran suponer un desplazamiento de las reglas de la sucesión intestada hacia las reglas de la sucesión testada. Paradójicamente la conveniencia de esta última conclusión la confirma las palabras del propio VALLET, al tratar la posibilidad de que el reservista cumpla testamentariamente con su obligación de reservar, y a las consecuencias a que conduce: «si el reservista ha cumplido voluntariamente su deber de reservar no cabe hablar con propiedad de derecho de representación. Habrá previsto probablemente el testador la sustitución vulgar de los reservatarios llamados por los respectivos descendientes que ostenten igual condición de posibles reservatarios. Pero de faltar tal previsión, *premuerto el llamado no podrá jugar la representación sucesoria*» [*op. cit.*, 585-586].

Para terminar, tampoco CÁMARA ÁLVAREZ entiende aplicable el régimen jurídico de la sucesión intestada en esta clase de reserva: sobre el presupuesto de que el reservatario sucede al causante de la reserva y no al reservista, afirma que en el supuesto, «perfectamente posible, en que los reservatarios no sean descendientes del reservista, no se concibe en virtud de qué título heredan a este»; y concluye que, en este caso, «el recurso a la sucesión intestada (...) es inviable» (CÁMARA, 2011, 362).

<sup>23</sup> A nivel doctrinal, la cuestión no era clara al tiempo de la mencionada sentencia de 1991; así, en la edición de 1989 del *Derecho Civil español, común y foral* de CASTÁN, se defendía que la facultad del reservista de mejorar solo podía reconocerse cuando los reservatarios fueran descendientes del reservista, y en tal caso la mejora tendría su fundamento directamente en el artículo 823 del Código civil —1989, 290—.

<sup>24</sup> Ver especialmente su considerando séptimo. En la doctrina parecía adherirse a esta línea CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., 1982, 684-685. Téngase en todo caso presente que este razonamiento que hizo el Tribunal Supremo en dicha sentencia no fue *ratio decidendi*.

<sup>25</sup> En líneas generales, la doctrina que ha entendido aplicable el derecho de representación en la reserva lineal, se ha apoyado en la aplicación analógica del artículo 973-1.º del Código civil a la reserva lineal para atraer al campo de esta última el régimen de la sucesión intestada, en el que se circunscribe precisamente el derecho de representación. Así, ESPÍN CÁNOVAS (1978, 466), con cita a DE BUEN; y de manera más reciente, PÉREZ GIMÉNEZ (2005, 323), que manifiesta estar de acuerdo con la doctrina mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1945, en la que se hace referencia a la aplicación a esta reserva del artículo 973 del Código civil, haciendo entrar así las reglas

del derecho de representación calificadas en la sentencia como «parte del derecho común de sucesiones» (cdo. segundo).

<sup>26</sup> Es el caso de SERRANO GARCÍA, J.; *op cit.*, 189.

<sup>27</sup> MANRESA era de la opinión que las normas dictadas para la reserva viudal eran aplicables también a la lineal, salvo aquellas que no sea posible extender por la diferencia que hay entre ambas reservas consistente en que en la reserva lineal los bienes son ya reservables desde el momento en que los adquiere el reservista ascendiente, mientras que en la reserva viudal los bienes adquieren la condición de reservables por hechos posteriores a la adquisición de los bienes por el reservista viudo. Por eso, preceptos como los artículos 974, 975, 976 y 978.4.º del Código civil no son aplicables a la reserva lineal [MANRESA Y NAVARRO, 1891, 364-365]; pero nada señala de los artículos 972 ni, sobre todo, del 973, con lo que parece entenderlos aplicables a la reserva lineal. De manera más reciente, RIVAS MARTÍNEZ entiende que el artículo 973-2.º es aplicable por analogía a la reserva lineal «en cuanto a la desheredación» (RIVAS MARTÍNEZ, J. J., 2009, 2448). Añade más adelante que la generalidad de la doctrina admite esta posibilidad, «bien circunscrita solo a los descendientes comunes, bien extendiéndola, incluso, respecto de cualquier reservatario, aunque no sea descendiente común, que haya incidido en alguna causa de desheredación» (*op. cit.*, 2464), aunque el autor no toma partido por una u otra opción interpretativa. También parecen aceptar la aplicación del artículo 973-2.º del Código civil a la reserva lineal Díez-PICAZO y GULLÓN, aunque advierten que no es un tema pacífico (ver en *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Madrid: Tecnos, 2006, 461).

<sup>28</sup> También parece que en una línea similar se pronunció CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, que hace suyas las palabras de la STS de 8 de junio de 1954 para apuntar que las normas dictadas para la reserva viudal no son aplicables a la lineal del artículo 811, respecto a la cual, «en trance de buscar analogías con otras instituciones para suplir las lagunas que su escasa normación [sic.] legal originan, estaría justificada la asimilación, prescindiendo de diferencias accidentales, con la sustitución fideicomisaria condicional, o con la institución de legitimario (...), en vez de hacerlo con la reserva matrimonial que tanto difiere de ella» (1982, 684-685). Aunque el autor no lo menciona en esta parte de su exposición, la citada sentencia utiliza ese argumento para negar que en la reserva lineal el reservista pueda mejorar al reservatario (de ahí que el Tribunal Supremo se refiera a la analogía con la «legítima corta»), con lo que parece sensato entender que también habrá suficientes diferencias entre los dos tipos de reservas para negar en la lineal la facultad de desheredación.

<sup>29</sup> Así, LACRUZ / SANCHO, 1973, 241-242; y de forma más reciente, JORDANO (2004, 154); también MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta (2009, 104-105). CÁMARA LAPUENTE estudió con detenimiento esta cuestión, y refutando los argumentos en contra, defendió la posibilidad de un testamento en este sentido, lo que lleva a una doble consecuencia, a lo que ahora interesa: 1) la aplicación de las normas de llamamiento previstas para la sucesión *abintestato* en favor de aquellos que no resulten excluidos por el testamento; y 2) la aplicación del derecho de representación en favor de la estirpe del excluido, salvo que expresamente se haya excluido también a la estirpe, lo que no cabe presumir (2000, especialmente páginas 54-69, y 128 y sigs.). Incluso, más allá, COSSÍO admitió la posibilidad de negar *en testamento* el derecho de representación (aplicable a la sucesión intestada), provocando así un acrecimiento que de otro modo no hubiese podido tener lugar (1988 635). Sin embargo la cuestión no es unánime. En sentido contrario, véanse ROCA SASTRE (1976, 71-72); PUIG BRUTAU (1983, 199-200).

El Derecho foral catalán ha reconocido esta figura (cfr. 423-10 del Libro IV del Código civil de Cataluña), teniendo como efecto que la herencia habrá de deferirse «a los llamados a suceder de acuerdo con las normas de la sucesión intestada que no hayan sido excluidos por el testador», siendo esto, según la opinión de GARRIDO MELERO una excepción al principio general previsto en el artículo 423-1 del Código catalán, conforme al cual «el testamento debe contener necesariamente institución de heredero» (apartado 1) [2008, 89]. No obstante, en contra de que ello sea tal excepción, VAQUER ALOY, en cuya opinión una previsión tan solo vale como *otra disposición aparte del contenido mínimo* que supone la previsión de heredero [VAQUER ALOY, 2013, 68].

<sup>30</sup> Como ha afirmado PUIG BRUTAU, en el fondo el fundamento de la desheredación «es el mismo que el de la revocación de las donaciones por ingratitud. Hay la diferencia de

que en la donación se trata de algo que ya está consumado, al contrario de lo que ocurre en el supuesto de la desheredación» (1983, 177).

<sup>31</sup> Consecuencia de ello es, como señaló ROCA SASTRE, que el desheredado queda en la herencia como un *extraño*, de manera que si el desheredado es un legitimario, lo que antes recibiera del causante a título lucrativo imputable al pago de su cuota legitimaria, tras la desheredación debe imputarse al tercio libre —1976, 167—, sin perjuicio de que, paralelamente, pudiera revocar la atribución por ingratitud. Pero no hay un efecto anulatorio automático (que en hipótesis estaría al servicio de cualquier sucesor interesado, y no solo al del causante —cfr. art. 653 CC—) de todas las atribuciones que hubiese recibido del causante con trascendencia *mortis causa*. En idéntico sentido, más recientemente, JORDANO FRAGA (2004, 74 y sigs.).

<sup>32</sup> «EXHEREDATIO est ab legitima hereditate exclusio, eaque fieri debet I. nominatim, II. Pure, non sub conditione (...), III. A tota hereditate (...), IIII. Ab omnibus heredibus et ab omni gradu (...) ex iusta causa, in testament exprimenda» (HEINECCIO, Jo. Got. *Elementa Iuris Romani*. Editio prima hispana. Ad vsum studiosae eventvtis adornata. 1808, § DI, 177-178).

<sup>33</sup> Que esta parte de la herencia sea identificada en bienes concretos, como sucede en la reserva, o sea identificables por relación a una proporción del total, como sucede en las legítimas, debe ser intrascendente en este punto.

<sup>34</sup> Solo hay que pensar que en línea colateral es «desheredable» por el causante de la reserva *un grado más* que el círculo de reservistas en la hipótesis de la sucesión intestada (cfr. art. 954 CC).

<sup>35</sup> De esta forma no hace falta apoyar el razonamiento en el hecho de que el reservatario sucede al reservista, y no al causante de la reserva, pues esto no es algo seguro. No obstante, si se admite que el reservatario sucede al reservista —que es la posición fijada por el Tribunal Supremo desde 1991—, la cuestión se ve incluso más fácilmente en el sentido que aquí se defiende.

<sup>36</sup> No obstante, en contra, PÉREZ GIMÉNEZ (2005, 90), sobre la base de que parece contradictorio que habiendo sido excluido el reservatario por el propio origen de los bienes reservados, pueda recibir sin embargo los de carácter reservable.

<sup>37</sup> Tomemos como punto de partida la explicación de CÁMARA ÁLVAREZ. Este autor propone el supuesto de un matrimonio con cuatro hijos, fallece el padre y heredan *ab intestato* sus cuatro hijos, fallece después uno de los cuatro hijos sin testar y sin dejar descendencia, sucediéndole *ab intestato* la madre, la cual adquiere en virtud de esa herencia bienes de los que el hijo premuerto heredó del padre. A este caso, añade también el caso en que la herencia proceda de un hermano y al fallecer el reservista solo quedan descendientes de este. En estos casos, CÁMARA entiende que hay que hacer caso omiso de la reserva. En la Jurisprudencia, muy expresiva en esta línea fue la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1933 (cfr. en concreto sus considerandos segundo y tercero).

Si se admite esta tesis, el derecho de representación en la reserva lineal tendría su principal ámbito de aplicación en la línea colateral, y por tanto en un campo muy reducido (solo en favor de los hijos de hermanos). Excepcionalmente, cabría la representación en la línea recta descendente en el único supuesto en que habría que atender a la reserva habiendo descendientes: cuando el ascendiente reservista tiene descendencia de otro matrimonio, o un hijo no matrimonial.

<sup>38</sup> MORELL Y TERRY (1905, 129); también en 1918, 384). CASTÁN (1940, 206). GENOVÉS AMORÓS (1947, 732). LACRUZ, (1953, 164). ESPÍN (1978, 466). ALBALADEJO (2004, 402). SERRANO ALONSO (2009, 213). MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2009, 214 y sigs.). GONZÁLEZ BOU (2011, 1073).

<sup>39</sup> MANRESA Y NAVARRO (1891, 361). MUCIUS SCÆVOLA (1944, 331). De manera mucho más reciente, CÁMARA ÁLVAREZ (2011, 356-357) y JIMÉNEZ GALLEGÓ (2012, 433). No obstante, y en una dirección que puede calificarse de excepcional en relación a este tema, MAURA, aun siendo consciente de la doctrina que ya había tenido ocasión de seguir el Tribunal Supremo conforme a la cual el tercer grado de parentesco debe computarse por referencia al descendiente transmisor intermedio, entendía esta doctrina desacertada, y defendía que el referente para ese cómputo debía ser el ascendiente origen de los bienes

del que adquiere el descendiente transmisor intermedio. Por ello, entendía que la reserva se extendía en favor de los primos hermanos del descendiente transmisor intermedio (que son parientes de cuarto grado), porque tales primos son, respecto del ascendiente origen, sobrinos carnales y por tanto parientes de tercer grado (1930, 111-114). El dictamen en que el citado autor expone esta tesis está fechado en 1900.

<sup>40</sup> El artículo 928 del Código civil responde a esta idea cuando dispone que no se pierde el derecho a representar a una persona por haber renunciado a su herencia.

<sup>41</sup> No parece que en el sistema del Código civil español quepa importar una conclusión como la que el Codice Civile italiano prevé en esta sede, en su artículo 467.1, cuando dispone que «la rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturale nel luogo e nel grado del loro ascendente (...)» (cursiva añadida). Por eso, en la doctrina italiana se ha negado lo que entre nosotros es una afirmación común, y es que la representación sea una excepción al principio de proximidad de grado: como ha señalado Terzi, la representación es una excepción a tal principio «solo aparentemente perché il rappresentante, *ope legis*, succede «nel luogo e nel grado» del rappresentato» (2011, 232-233).

<sup>42</sup> Ya vimos que Maura, aun consciente de que la jurisprudencia y la doctrina entendía que el tercer grado había de contarse respecto del descendiente transmisor intermedio, él defendía que el cómputo había de hacerse desde el ascendiente del que el descendiente transmisor intermedio adquiría.

<sup>43</sup> Me parece de interés detenerme en este punto, en orden a comprobar que la solución dada por nuestro Código en los artículos 881 y 882 en sede de legados, es muy conveniente también en sede de la reserva lineal. La solución prevista en los citados artículos, en materia de legados, es el fruto de una evolución en la que se partía de unos postulados distintos. Ya en el Derecho Romano la cuestión fue objeto de discusión, como demuestra que la solución ofrecida en el Digesto —adquisición del legado desde el momento mismo de la muerte del causante (cfr. D. 36.2.5: «Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfertur legatum», añadiéndose como consecuencia de ello que «*si purum legatum est, ex die mortis die eius cedit*») — no era la misma que defendió GAYO en sus Instituciones, que entendía preferible la tesis sostenida por NERVA y por PRÓCULO, que negaban que el legado perteneciera al legatario antes de que este lo aceptara.

En el Derecho de Partidas, se considera también la posición del heredero que debe cumplir con el legado dispuesto por el causante, y en este sentido no se entiende que el legatario pudiera adquirir el bien legado antes de que el heredero gravado con él aceptara su propio llamamiento hereditario. Ciertamente que la Ley 34 de la Partida 6, Título 9, disponía que «luego que el testador es muerto, passa el señorío de la cosa que es assi mandada a aquel a quien es fecha la manda»; pero Gregorio LÓPEZ, en la glosa a esta Ley, explica que cuando esta se refiere al traspaso del señorío, debe entenderse que se refiere al dominio *ficicio*, pues si fuese el dominio verdadero, el legatario podría reclamar los frutos anteriores a la adición de la herencia, lo que se le niega por la Ley 37, de manera que no es dueño propiamente tal; y como el mismo glosador explicaba unas líneas más arriba, el dominio ficicio por parte del legatario solo puede entenderse adquirido una vez el heredero ha aceptado la herencia.

Aunque en los artículos 697 y 698 del Proyecto de Código civil de 1851 (similares a los actuales arts. 881 y 882 CC) se mencionan como antecedentes de los mismos a la citada Ley 34 de Partidas, parece claro que no se quiso mantener la anterior doctrina, y admitir que la adquisición del bien legado se produce por el legatario desde el mismo momento de la muerte del testador, independientemente de cuándo acepte (si es que acepta) el heredero. Por ello, el artículo 882 se aparta frontalmente de lo dispuesto en la Ley 37, Título 9, Partida 6.

Que la solución dada por el Código es muy conveniente, es algo que parece claro, más allá de entender, como hacía SÁNCHEZ ROMÁN, que el legado, puesto que beneficiaba al legatario, debía presumirse aceptado por él (salvo que el legado tuviera cargas, en cuyo caso era necesaria la aceptación) (1910, 1250). La conclusión es difícil de entender en un sistema en el que, sin embargo, para la eficacia de la donación —que también beneficia por hipótesis al donatario—, la exigencia de aceptación motiva los artículos 623 y 629 y el problema de coordinación entre ellos). Puesto que el legatario no puede apropiarse directamente del bien legado, y debe recibirlo del heredero o herederos, parece sensato que no deba perjudicarse (negándole, por ejemplo, los rendimientos del bien, que de otro modo habrían de ir para los

herederos) la tardanza en la aceptación de la herencia por el heredero o herederos, aspecto en el que él no tiene control (o solo lo tiene muy indirecto; cfr. art. 1004 CC).

Que las mismas razones de conveniencia se reproducen en el caso del reservatario parece claro, especialmente cuando no hay ninguna razón (sino, más bien, todo lo contrario) para entender que el reservatario *sucede* al reservista (con el que, como ya se ha señalado, no habrá relación de parentesco siquiera). La Dirección General de los Registros y del Notariado, se inclina por considerar que la masa patrimonial sobre la que recae la reserva, lógicamente se inserta dentro del patrimonio del reservista (porque en algún patrimonio tal masa debe incluirse), pero no se recibe por los reservatarios *de él*, sino *a través de él*, de forma similar a como sucede en la mecánica de la sustitución fideicomisaria. Estas ideas, aunque sostenidas en el marco de la reserva viudal (cfr. resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2012 y de 27 de marzo de 2017) son perfectamente trasladables al estudio de la reserva lineal.

<sup>44</sup> En la primera de ellas, partiendo de que «aun sin reclamación alguna, pero sin renuncia, del reservatario, se transmite o «pasa a los suyos» como dice el artículo 1006, el derecho que él tenía, no en cuanto a la reserva como institución propiamente dicha (...) sino en cuanto a los bienes reservables concretos», concluye que «al integrarse en el acervo patrimonial del reservatario prosiguen en la transmisión por muerte de quien ya los adquirió por virtud del artículo 811, las reglas de la sucesión ordinaria del texto legal sustantivo» («[D]el reservatario, se transmite o «pasa a los suyos» como dice el artículo 1006, el derecho que él tenía, no en cuanto a la reserva como institución propiamente dicha puesto que «los suyos» están fuera del tercer grado que a él le investía con el derecho lineal de reserva sino en cuanto a los bienes reservables concretos que al integrarse en el acervo patrimonial del reservatario prosiguen en la transmisión por muerte de quien ya los adquirió por virtud del artículo 811, las reglas de la sucesión ordinaria del texto legal sustantivo»). En la sentencia de 1991, en la que también se trató un caso que encaja por completo en el supuesto que ahora interesa, y se concluyó acertadamente que «...la consecuencia no puede ser otra que reconocer que, incorporados los bienes reservados al patrimonio del reservatario, estos se transmiten a sus herederos siguiendo las reglas ordinarias de la sucesión, sin que ello implique desvirtuación alguna del sentido troncal de la reserva del artículo 811, toda vez que la misma se respeta hasta el límite parental del tercer grado, que es su extensión legal, y resulta indiferente, a efectos de la reserva hereditaria, a qué personas transmita libremente los bienes quien los adquirió en virtud de aquella».

<sup>45</sup> En esta sentencia puede leerse que el artículo 811 «no impide (...) que, una «vez adquirido por persona que se encuentre en él» (y la adquisición se produce «*ope legis*» por muerte del reservista) pueda adquirirlo su inmediato sucesor; no por virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio de su causante; solución que realmente concilia sin agravio del carácter personalísimo del derecho, textos que, de otro modo interpretados, estarían en abierta e inexplicable oposición».

## 1.5. Obligaciones y contratos

# La aplicación de las cláusulas penales en caso de desistimiento anticipado de contratos de arrendamiento de local comercial. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018

## *The effects of the penalty clauses applicable to the early termination of lease agreements for comercial prenisses. Analysis of the Supreme Court judgment of April 3rd, 2018*

por

JORDI SAGRERA RULL

*Abogado*

**RESUMEN:** Por medio de la sentencia de 3 de abril de 2018 el Tribunal Supremo ha estimado la reclamación del arrendador de un local de negocio para que se condenara al arrendatario, que sin justa causa había desistido anticipadamente del contrato de arrendamiento, a pagar en su integridad la penalización que había sido pactada en el contrato para ese incumplimiento. Esta sentencia constituye una muy relevante evolución en la jurisprudencia en esta materia, pues rechaza argumentos que en ocasiones anteriores habían sido acogidos por la corriente jurisprudencial dominante, proclive a moderar las penalizaciones. La valoración realizada en este caso por el Tribunal Supremo, favorable a la eficacia en todo su alcance de la penalización, podrá ser invocada por los arrendadores en muchos otros casos, pues la cláusula penal examinada es de las más típicas en arrendamientos de locales de negocio. En este trabajo se contrasta esta sentencia con la jurisprudencia anterior y examinan las razones por las que fortalece la posición de los arrendadores en estas controversias.

**ABSTRACT:** *The Supreme Court's judgment of April 3rd, 2018, has upheld the claim of the lessor of a comercial lease agreement, condemning the lessee, who had unduly early-terminated the lease, to pay entirely the penalty agreed for this breach of contract. This judgment dismisses arguments seeking the reduction of the penalty which had been upheld by the dominant previous case law. The analysis made by the Supreme Court in this case, confirming the full effect of the penalty, might be invoked by lessors in numerous cases in the future, for the penalty clause which has been analysed is typical in comercial lease agreements. This paper examines the keys of this case law and why the lessor's position in these disputes is stronger after this judgment.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamientos urbanos. Desistimiento anticipado. Locales de negocio. Incumplimiento contractual. Cláusula penal. Razonabilidad de penalización. No concurrencia de requisitos para moderar la pena. Inexistencia de enriquecimiento injusto. Cláusula *rebus sic stantibus*. Centros Comerciales.

**KEY WORDS:** *Urban lease agreements. Early termination. Commercial premises. Breach of contract. Penalty clause. Rationality of the penalty. Conditions to moderate the penalty are not met. Inexistence of unjust enrichment. Rebus sic stantibus clause. Shopping Centers.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y SUPUESTO DE HECHO.—II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR.—III. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: 1. RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL. 2. CALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y DE LA PENALIZACIÓN. 3. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. 4. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN Y SUPUESTO DE HECHO

El propósito de este artículo es hacerme eco de la reciente sentencia de 3 de abril de 2018 de la Sala Civil del Tribunal Supremo<sup>1</sup> (la sentencia), que para el caso enjuiciado resuelve de forma favorable a la parte arrendadora la muy debatida cuestión del alcance de la aplicación de una cláusula penal pactada en un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda —en el caso en cuestión, un local comercial—, cuando el arrendatario desiste unilateral y anticipadamente del contrato.

Esta sentencia constituye una muy destacable evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión<sup>2</sup>, que permite equilibrar la corriente dominante que han seguido muchos tribunales, proclive a moderar la penalización en estos casos. Esta nueva orientación de la jurisprudencia se apuntaba ya en otra sentencia del mismo Tribunal y ponente, de 14 de febrero de 2018.

Los arrendamientos con cláusula penal para el caso de desistimiento son aquellos que contienen una sanción específica expresamente pactada por las partes para el caso de que el arrendatario desista anticipadamente del arrendamiento.

Es también reseñable que la duración obligatoria del contrato para el arrendador era de treinta años, mucho más larga que para el arrendatario.

En el caso controvertido el arrendatario desistió unilateralmente del contrato en el séptimo año de duración, por falta de interés en seguir con el arrendamiento, abonando una indemnización de tres meses de renta<sup>3</sup> y cantidades asimiladas. Dejaba, así, de cumplir los tres últimos años de la duración obligatoria. El arrendador —otro grupo empresarial— demandó al arrendatario reclamando la penalización pactada —esto es, la renta por los tres años incumplidos— menos la cantidad ya percibida. También puso el local en el mercado y lo volvió a arrendar a un tercero después de la sentencia de primera instancia.

## II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR

La cuestión principal que plantean estas cláusulas penales es si deben o no ser moderadas por los tribunales con base en el artículo 1154 del Código civil (CC).

La jurisprudencia las ha moderado en numerosas ocasiones, con base en que las cláusulas penales han de ser interpretadas restrictivamente y, más en particular, en:

- i. que si no se pudieran moderar se podría producir un enriquecimiento injusto del arrendador<sup>4</sup>;
- ii. la desproporción de la penalización<sup>5</sup>;
- iii. que el de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo<sup>6</sup>;
- iv. que el arrendador volvió a arrendar el inmueble antes de la expiración del plazo pactado con el anterior arrendatario<sup>7</sup>; y
- v. que las circunstancias particulares del caso, aún sin constituir un incumplimiento del arrendador, justificaban en cierta medida la actuación del arrendatario<sup>8</sup>.

Además, alguna jurisprudencia en casos que no resuelven controversias arrendaticias ha admitido la moderación de las penalizaciones cuando, a pesar de no concurrir estrictamente los requisitos del artículo 1154 del Código civil para moderarlas, se ha concluido que eran manifiestamente desproporcionadas y se apartaban de lo razonablemente previsible al contratar<sup>9</sup>.

No obstante, también ha habido casos en que, con base en los principios rectores de las cláusulas penales, los tribunales se han mostrado contrarios a moderar la pena<sup>10</sup>, o en que la cláusula en cuestión no fue calificada como penal a los efectos del artículo 1152 y siguientes del Código civil, pues la sanción se articulaba no como una penalización por un incumplimiento, sino como la consecuencia pactada del ejercicio por el arrendatario de un derecho a desistir anticipadamente, por lo que el Tribunal, al no considerarla una cláusula penal, acabó desestimando la posibilidad de moderarla<sup>11</sup>.

### III. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia que nos ocupa ha revocado la de apelación de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que a su vez había revocado la de primera instancia, y el Tribunal Supremo, entre otras consideraciones, concluye que en el caso enjuiciado:

1. La cláusula penal es razonable, habida cuenta la desigualdad del plazo de duración obligatoria para cada una de las partes: treinta años para el arrendador y diez para el arrendatario.

2. No procede moderar la penalización, considerando que asciende a la renta por el periodo incumplido.

3. No cabe, tampoco, moderar la indemnización con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, aunque el arrendador haya vuelto a arrendar el local antes de que hubiera transcurrido el plazo de duración obligatoria pactado con el arrendatario incumplidor y, por tanto, cobre del nuevo arrendatario rentas por el mismo periodo por el que las reclama del anterior arrendatario como cláusula penal.

4. No es de aplicación la doctrina de la *cláusula rebus sic stantibus*, que había sido invocada por el arrendatario con base en que, por mor de la crisis económica, la renta de mercado cuando se produjo el desistimiento era muy inferior a la renta pactada al contratar.

Estas conclusiones son de enorme interés para las controversias que nos ocupan. Proteger por medio de una cláusula penal el cumplimiento por los arren-



datarios de la duración de los contratos de arrendamiento de local de negocio, es un recurso comúnmente utilizado por los arrendadores cuando es importante asegurar una duración mínima. Así suele ocurrir con los Centros Comerciales, por ejemplo, que requieren de una elevada inversión y en donde existe un alto grado de dependencia entre los operadores o arrendatarios del Centro, que hace que el abandono o cierre de uno de ellos —especialmente si se trata de un operador importante— perjudique no solo al arrendador, sino también a los demás operadores.

En estos casos, los arrendadores suelen incluir cláusulas penales en los contratos, para disuadir a los arrendatarios de desistir anticipadamente. El ámbito de aplicación de las cláusulas más comúnmente utilizadas cubre no solo el desistimiento voluntario, sino también cualquier otra situación de resolución o terminación anticipada del contrato imputable al arrendatario, fijando la penalización en la renta por el periodo incumplido. Las variantes de esta cláusula son diversas: con calificación de la misma como esencial o expresiones equivalentes, con inclusión no solo de rentas sino también de cantidades por otros conceptos, con reducción de la indemnización en el caso de que el local vuelva a arrendarse durante el mismo periodo que cubriría la indemnización, etc.

Ahora bien, la efectividad de dichas cláusulas ha quedado en entredicho por la jurisprudencia antes citada, que tiende a moderar la penalización con base en razones diversas de difícil control, lo que reduce el efecto disuasorio de la cláusula penal y la seguridad jurídica de los arrendadores. La reciente sentencia que nos ocupa, si tiene continuidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede contribuir a equilibrar la situación, por las siguientes razones:

#### 1. RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Subyace bajo la jurisprudencia que cuestiona la plena efectividad de estas cláusulas penales que los tribunales no las han considerado razonables o proporcionadas. En ocasiones, el tratamiento que se les ha dado ha obedecido más a criterios de equidad o de justicia material que estrictamente legales, sin tener en cuenta circunstancias que pueden justificar un pacto de estas características.

Una primera justificación es que la duración del contrato y su aseguramiento por medio de una cláusula penal forman parte del equilibrio contractual alcanzado por las partes tras su negociación, que se rompería si no se reconoce su eficacia.

Como es sabido, lo pactado es ley para las partes (arts. 1089, 1091, 1258 y 1278 CC), pero en determinadas circunstancias existen mecanismos legales para invalidar o atemperar los efectos de las obligaciones contractuales. Por ejemplo, cuando existe un fuerte desequilibrio entre las partes contratantes, como sucede en los contratos con consumidores y usuarios, la legislación que los protege proporciona mecanismos para reequilibrar su posición, como también ocurre, aunque con menor intensidad, con los contratos con condiciones generales.

La ley también contempla supuestos en los que los tribunales pueden o deben moderar esos efectos, como sucede, entre otros, con el artículo 1103 del Código civil, que, con carácter general, reconoce a los tribunales la facultad de moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; y, más específicamente para los casos que estamos tratando, con el artículo 1154 del Código civil, que obliga a moderar equitativamente la pena que resultaría de la aplicación de una cláusula penal cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Pero, cuando no nos encontramos en ninguno de esos casos, lo pactado en el contrato debe cumplirse al tenor del mismo (art. 1091 CC)<sup>12</sup>. No hacerlo podría romper el equilibrio contractual alcanzado con el juego de las diversas cláusulas que han sido negociadas, por ejemplo, cuando para asegurar la duración mínima de un arrendamiento el arrendador ha cedido en otros puntos del contrato.

En la sentencia que nos ocupa, para valorar la razonabilidad de la cláusula penal el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la desigual duración obligatoria del contrato para cada una de las partes, en los siguientes términos: «A juicio de esta Sala no resulta irrazonable que en un contrato que tiene una duración de treinta años se garantice el pago de la renta durante los diez primeros años y se exija a la arrendataria que quiera salir del contrato el pago de esta penalización».

Esta consideración puede ser aplicada a muchos casos, pues en este tipo de contratos es bastante habitual, en particular en contratos con grandes operadores, que la duración obligatoria del contrato para el arrendador sea bastante más larga que para el arrendatario. Cuando el contrato contemple esta previsión contractual será posible defender la razonabilidad de una cláusula penal como la antes descrita, para garantizar el cumplimiento por el arrendatario de su duración obligatoria del contrato. Igual efecto deberían producir otras cláusulas que favorezcan al arrendatario para compensarle de que acepte una duración mínima garantizada con cláusula penal, como, por ejemplo, si se pacta una renta más baja que si se hubieran convenido unas condiciones menos estrictas para la duración del contrato.

## 2. CALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y DE LA PENALIZACIÓN

La base legal específicamente aplicable a la moderación de las cláusulas penales es el artículo 1154 del Código civil, que dispone que «*El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*».

Este artículo tiene carácter imperativo, por lo que, si la obligación principal ha sido parcial o irregularmente cumplida por el deudor, moderar la pena constituye un mandato para el juez, de lo que se colige que la renuncia pura y simple de los contratantes a dicho artículo no sería válida, por quedar fuera de su ámbito de disposición<sup>13</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia<sup>14</sup> ha estimado que cuando la cláusula penal no se puede moderar en virtud del artículo 1154 del Código civil no cabe hacerlo tampoco por la vía del artículo 1103 del Código civil, que reconoce a los tribunales la facultad de moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones. La obligación de moderar las cláusulas penales resulta del artículo 1154 y, si no cabe hacerlo con base en él, no se puede eludir ese obstáculo aplicando un precepto más general, como es el artículo 1103<sup>15</sup>.

El artículo 1154 del Código civil ha sido interpretado en numerosas ocasiones en el sentido de que la facultad de moderación judicial no cabe en los casos de incumplimiento total de la obligación<sup>16</sup>, ni cuando la cláusula penal tiene carácter moratorio<sup>17</sup> —es decir, cuando cubre el retraso en el cumplimiento de la obligación principal—, ni cuando la pena está específicamente prevista para un determinado incumplimiento parcial y es ese incumplimiento el que se ha producido<sup>18</sup>.

En el caso enjuiciado, el arrendatario sostenía que, habiéndose cumplido siete de los diez años de la duración obligatoria del arrendamiento, el contrato se había incumplido solo parcialmente y, por tanto, cabía moderar la pena.

Sin embargo, la sentencia estima que el incumplimiento y la penalización enjuiciados no son subsumibles en el supuesto contemplado en el artículo 1154 del Código civil, lo que se desprende necesariamente de su decisión de no moderar la pena, a lo que estaría obligada si hubiera concluido que dicho precepto era aplicable. La calificación que la lleva a esta conclusión se infiere de las consideraciones que realiza en el Fundamento de Derecho Cuarto, cuando razona que la cláusula penal imponía al arrendatario una penalización menor a medida que la extinción del contrato se produjera en fecha más próxima a los diez años que se habían pactado como duración mínima obligatoria para el arrendatario, y que el arrendador solo reclamó, de acuerdo con lo pactado, las rentas correspondientes al periodo de tres años incumplido.

De estas consideraciones se desprende que la penalización reclamada era la específicamente pactada para el incumplimiento que efectivamente se produjo y que, por tanto, con independencia de si este se consideraba un incumplimiento total o parcial, no cabría moderarla. Ahondando en este razonamiento, cuando la pena consiste en las rentas u otros conceptos que el arrendatario hubiera tenido que pagar por el periodo incumplido, por ese periodo el incumplimiento ha sido total; o, si se entiende que se ha cumplido parcialmente el contrato de arrendamiento, se trataría de una penalización estipulada específicamente para el incumplimiento parcial ocurrido. Además, la pena se gradúa en función del tiempo incumplido, siendo menor cuanto más se ha respetado el periodo de obligado cumplimiento del arrendamiento. Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye que no cabe moderar la penalización con base en el artículo 1154 del Código civil.

Este punto es de gran importancia, pues el artículo 1154 del Código civil es la disposición legal fundamental que debe determinar la posibilidad de moderar las penalizaciones. Con esta interpretación, también, la sentencia facilitará la defensa por los arrendadores de la plena eficacia de las cláusulas penales que hayan pactado.

### 3. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

En el caso enjuiciado, tras el desistimiento del arrendatario el arrendador volvió a arrendar el local a un tercero, antes de que hubiera transcurrido el plazo de duración obligatoria del contrato para el arrendatario. Por tanto, la estimación de la reclamación conllevaba que por un cierto periodo de tiempo —entre el cobro de rentas por el nuevo arrendamiento y la terminación del plazo pactado con el anterior— el arrendador podría cobrar del local por partida doble: por un lado, las rentas por el periodo incumplido reclamadas al anterior arrendatario como penalización y, por otro, las rentas percibidas del nuevo arrendatario por su ocupación del mismo local.

Esta situación ha llevado en ocasiones a los tribunales a aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto<sup>19</sup>, invocándola como fundamento de una reducción de la penalización pactada. El argumento tiene una lógica material indiscutible: si el arrendador vuelve a arrendar el local, desde que vuelve a percibir rentas no sufre daño alguno y, por tanto, desde ese momento no debe ya ser indemnizado por el anterior arrendatario. Pero, en la práctica su aplicación no es tan sencilla en muchos casos, pues, por ejemplo: (i) la renta del nuevo arrendamiento normalmente no será del mismo importe que la del antiguo; (ii) puede ocurrir, también, que el local que se vuelva a arrendar no sea igual que el que se había arrendado anteriormente<sup>20</sup>; o (iii) el arrendador puede no ser diligente en la comercialización del local, de modo que no se vuelva a arrendar, o se arriende

de nuevo con retraso, por razones a él imputables<sup>21</sup>. Estas circunstancias, así como cualquier otra de la nueva comercialización del local puede incidir en la graduación del importe de la indemnización así determinada.

Ahora bien, cuando nos encontramos con el incumplimiento de obligaciones aseguradas con una cláusula penal este argumento es atacable. El principal efecto de estas cláusulas es cuantificar el importe de la pena con independencia del daño real sufrido por la víctima del incumplimiento y, salvo que se pacte lo contrario, la pena es sustitutiva de los daños y perjuicios e intereses<sup>22</sup>. Así, por regla general, aunque los daños efectivos hayan sido mayores, el acreedor deberá limitar su reclamación a la pena pactada; pero, si han sido menores, podrá reclamar la totalidad de la pena sin necesidad de acreditar que ha sufrido daños por toda esa cantidad, pues la cláusula penal tiene una función liquidatoria convencional de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal.

Por tanto, cuando se valora la bondad y eficacia de una cláusula penal, el equilibrio entre los daños sufridos por la parte cumplidora del contrato y la pena que debe pagar la incumplidora pierde en gran medida relevancia. Contraponer la doctrina del enriquecimiento injusto a la función liquidatoria convencional de la pena que tiene la cláusula penal, para hacer prevalecer aquella, elimina la función propia y legalmente admitida de este tipo de cláusulas, lo que es cuanto menos muy discutible.

Por otro lado, uno de los requisitos del enriquecimiento injusto es que carezca de una causa justificada, debiéndose entender por esta aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o una expresa disposición legal que autorice aquella consecuencia<sup>23</sup>. Una cláusula penal debe considerarse una justa causa de atribución patrimonial, en la medida en que resulte de un pacto válidamente acordado, al que la ley le da unos efectos determinados.

Así lo ha entendido la sentencia que nos ocupa cuando, en el Fundamento de Derecho Cuarto, aptdo. 6.º, estima que no cabe calificar de atribución patrimonial antijurídica lo reclamado de conformidad con lo pactado libremente por las partes en un contrato que no ha sido invalidado, de lo que se colige que para impugnar la penalización debe atacarse la cláusula de la que resulta: su validez, su calificación como cláusula penal, su válida incorporación al contrato o su interpretación.

La evolución de la jurisprudencia en este punto debería ser especialmente bienvenida por los arrendadores de locales en Centros Comerciales. En este tipo de entorno comercial, es importante que todos los locales estén abiertos al público, y, por tanto, comercializar de nuevo rápidamente los que queden vacíos, para no perjudicar el buen funcionamiento del Centro en su conjunto. El perjuicio comercial que se deriva de que ciertos locales de un Centro queden vacíos hace que la opción para el arrendador de exigir el cumplimiento de un contrato del que el arrendatario ha desistido y no es de esperar que vuelva a ocupar en un corto plazo, sea generalmente poco satisfactoria, pues su interés principal suele ser volver a arrendar el local a otro arrendatario lo antes posible, para que no esté vacío. La jurisprudencia que aprecia enriquecimiento injusto cuando se vuelve a arrendar el local no tiene en cuenta esta realidad, que no deja prácticamente alternativa a los arrendadores cuando un local queda vacío, ni tampoco la necesidad que estos tienen de asegurar una duración mínima de los arrendamientos, para prevenir en la medida de lo posible que queden locales vacíos, con afectación del Centro Comercial en su conjunto.

Así, este pronunciamiento es también favorable a los arrendadores, que ven sus cláusulas penales más protegidas de valoraciones acerca de lo injusto o no de la penalización, que suelen tener un componente subjetivo importante.

#### 4. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Finalmente, el Tribunal Supremo desestima también la alegación que había hecho el arrendatario de que se moderara la penalización con base en la *cláusula rebus sic stantibus*, es decir, la figura jurídica que permite la revisión o resolución de los contratos por una alteración sobrevenida e imprevista de circunstancias que rompa el equilibrio contractual y convierta en excesivamente gravosa la prestación de una de las partes con respecto a la otra. Esta doctrina, tradicionalmente muy restrictiva, desde hace unos años está siendo revisada por el Tribunal Supremo para flexibilizarla<sup>24</sup>.

En este tiempo, la reciente crisis económica ha sido alegada en numerosas ocasiones para solicitar la revisión o resolución de contratos con base en esta figura, en algunos casos de contratos de arrendamiento<sup>25</sup>. En el enjuiciado por la sentencia que nos ocupa el arrendatario la invocó alegando que, por la crisis económica, la renta de mercado cuando se produjo el desistimiento era muy inferior a la renta pactada al contratar. El Tribunal Supremo rechaza aplicar la *cláusula rebus sic stantibus* en este caso, principalmente, porque no considera procedente moderar una penalización que se había considerado razonable en atención a las circunstancias y que distribuía entre las partes los riesgos asociados a la mayor o menor tardanza en lograr un alquiler de sustitución.

Ahora bien, sin perjuicio de lo acertado de la decisión en este caso, no hay motivo para que deba proibirse la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus* en todo caso cuando implique la atenuación de una cláusula penal. Si se cumplen los requisitos de esta figura jurídica, debería poder ser aplicable también a este tipo de cláusulas<sup>26</sup>.

Si bien este pronunciamiento supone también un refuerzo a la eficacia de las cláusulas penales en todo su alcance, a mi entender, para los contratos de arrendamiento de locales tiene una trascendencia menor que los anteriores, porque con base en este motivo no se había asentado una jurisprudencia que permitiera a los arrendatarios pedir la moderación de la pena con la misma fuerza que con base en los otros argumentos examinados más arriba.

#### IV. CONCLUSIONES

I. En suma, la sentencia que estamos examinando constituye un hito que fortalece la posición de los arrendadores para defender la plena eficacia de las cláusulas penales que hayan pactado, si bien para consolidarse necesitará ser confirmada por la jurisprudencia futura del Tribunal Supremo.

II. Esta sentencia valora la eficacia de la cláusula penal con criterios más ajustados a la norma y más objetivos, lo que debería dar más estabilidad a la jurisprudencia sobre esta materia, que a mi entender era un tanto errática.

III. Además, estimo que el tratamiento que la sentencia hace de esta problemática es más respetuoso con los factores de negocio que configuran estas cláusulas y que, por tanto, esta evolución jurisprudencial proporcionará más seguridad jurídica a los contratos de arrendamiento de locales comerciales con cláusula penal.

IV. Este tratamiento de la cuestión permite a los arrendadores que tienen pactada una cláusula penal a su favor, ponderar más favorablemente la opción de reaccionar al desistimiento injustificado e irreversible del arrendatario con una resolución del contrato y una reclamación de la penalización convenida, frente a la alternativa de exigir el cumplimiento de un contrato que a la postre no va a ser cumplido por el arrendatario porque no tiene ninguna intención de volver a ocupar el local y retomar su actividad en él.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 29 de noviembre de 1997
- STS de 10 de mayo de 2001
- STS de 7 de febrero de 2002
- STS de 21 de junio de 2004
- STS de 3 de octubre de 2005
- STS de 12 de diciembre de 2006
- STS de 13 de febrero de 2008
- STS de 4 de mayo de 2011
- STS de 23 de octubre de 2012
- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 30 de abril de 2013
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 15 de octubre de 2014
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 13 de septiembre de 2016
- STS de 14 de febrero de 2018
- STS de 3 de abril de 2018
- SAP Zaragoza de 14 de septiembre de 2004
- SAP Las Palmas de 7 de septiembre de 2007
- SAP Madrid de 22 de febrero de 2008
- SAP Barcelona de 5 de marzo de 2008.
- SAP Barcelona de 27 de mayo de 2008
- SAP Valencia de 28 de julio de 2008
- SAP Madrid de 29 de septiembre de 2008
- SAP Baleares de 10 de marzo de 2009
- SAP Burgos 12 de noviembre de 2009
- SAP Granada de 5 de mayo de 2011

## BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R. (2014). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 95.
- DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 802/2010 (3).

- MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003). Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil* núm. 14/2003 (p.42).
- SAGRERA RULL, J. (2018). Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, (211), enero-febrero de 2018.

## NOTAS

<sup>1</sup> ECLI: ES:TS:2018:1230.

<sup>2</sup> Para una visión más amplia sobre esta jurisprudencia, ver un reciente artículo del autor que suscribe: SAGRERA RULL, J. (2018) Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario num. 765, (211), enero-febrero de 2018*.

<sup>3</sup> Tres meses de renta corresponde a un mes por cada uno de los tres años incumplidos. Esta medida de indemnización es la prevista en el artículo 11 LAU para el desistimiento anticipado de arrendamientos de vivienda, y la aplicada analógica u orientativamente por algunas sentencias del Tribunal Supremo para casos de desistimiento anticipado de arrendamientos para uso distinto del de vivienda que no están protegidos por cláusula penal.

<sup>4</sup> STS de 29 de mayo de 2014, SAP Granada de 5 de mayo de 2011 y SAP Madrid de 22 de febrero de 2008.

<sup>5</sup> SAP Madrid de 22 de febrero de 2008 y SAP Burgos de 12 de noviembre de 2009.

<sup>6</sup> SAP Granada de 5 de mayo de 2011.

<sup>7</sup> SAP Zaragoza de 14 de septiembre de 2004 y SAP Baleares de 10 de marzo de 2009.

<sup>8</sup> SAP Valencia de 28 de julio de 2008.

<sup>9</sup> STS de 13 de septiembre de 2016.

<sup>10</sup> Por ejemplo, SSTS de 14 de febrero de 2018 —para un caso de pena no sustitutiva de daños— y de 15 de octubre de 2014 —si bien acaba aplicando la *cláusula rebus sic stantibus*—, SAP Pontevedra de 15 de octubre de 2007 y SAP Las Palmas de 7 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> STS de 10 de diciembre de 2013 y SAP Barcelona de 27 de mayo de 2008.

<sup>12</sup> En esta línea se manifiesta la STS de 14 de febrero de 2018, cuando proclama que la posibilidad de estipular cláusulas penales está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que establece el artículo 1255 del Código civil, no existiendo un control específico de abusividad para los contratos entre empresarios.

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncia mayoritariamente la jurisprudencia y doctrina. Al respecto ver, por ejemplo, las SSTS de 13 de febrero de 2008 y 3 de octubre de 2005 acerca del carácter imperativo del artículo 1154 del Código civil, y en la doctrina, QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003) Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil* núm. 14/2003 (42); y DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 802/2010 (3).

<sup>14</sup> En este sentido, ver SSTS de 30 de abril de 2013, 23 de octubre de 2012, 4 de mayo de 2011 y 12 de diciembre de 2006, entre otras. En sentido contrario, ver la opinión de BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R. (2014). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 95.

<sup>15</sup> Sobre la viabilidad o no de moderar una pena convencional, por una vía distinta al artículo 1154 del Código civil —vía artículos 1103, 1258 o 1255 del Código civil, o en base a la inexistencia o ilicitud de causa, al abuso de derecho o a la *cláusula rebus sic stantibus*—, ver en la doctrina, MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).

<sup>16</sup> Por ejemplo, SSTS de 21 de junio de 2004 y 7 de febrero de 2002.

<sup>17</sup> Por ejemplo, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 29 de noviembre de 1997.

<sup>18</sup> Por ejemplo, SSTS de 14 de febrero de 2018 y 10 de mayo de 2001.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en STS de 29 de mayo de 2014, SAP Granada de 5 de mayo de 2011 y SAP Madrid de 22 de febrero de 2008.

<sup>20</sup> Esta situación se suele producir en casos de Centros Comerciales, cuyos locales son fácilmente modulables, de manera que con frecuencia se dividen, agrupan o modifican en función de las necesidades del operador interesado en arrendarlos.

<sup>21</sup> Algunas sentencias han tratado esta cuestión, por ejemplo las SAP Barcelona de 5 de marzo de 2008 y SAP Madrid de 29 de septiembre de 2008, que hacen referencia a un deber del arrendador de volver a arrendar el local y, si no lo hace, a una estimación del periodo que razonablemente el arrendador habría tardado para volver a arrendarlo; y la STS de 15 de septiembre de 2015, que ha declarado que el contratante cumplidor no está obligado jurídicamente, en principio, a desplegar actividad alguna para mitigar la responsabilidad del incumplidor; fuera de los casos de acreditada mala fe por su parte, que pudiendo evitar tales perjuicios deja de hacerlo voluntariamente en perjuicio del otro contratante. Ahora bien, debe señalarse que estas sentencias se refieren al desistimiento anticipado de arrendamientos que no contenían una cláusula penal para esa eventualidad y, por tanto, a una situación contractual un tanto diferente a la que es objeto de este artículo.

<sup>22</sup> El artículo 1152 del Código civil dispone que, en «*En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*». Por tanto, la regla general es que, salvo pacto en contrario, el contratante cumplidor no podrá reclamar al incumplidor la penalización más los daños y sus intereses, sino solo la penalización, que opera como una valoración anticipada de los daños acordada por las partes. Si se hubiera pactado que la cláusula penal no es sustitutiva de los daños e intereses, el acreedor sí podrá reclamar estos además de la penalización, teniendo entonces la cláusula penal una función punitiva o coercitiva, tal como proclama la STS de 14 de febrero de 2018.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. 1*. Pamplona: Thomson Civitas (122).

<sup>24</sup> Por ejemplo, entre otras muchas, SSTS de 17 de enero de 2013, 30 de junio y 15 de octubre de 2014, o 30 de octubre de 2015.

<sup>25</sup> Para profundizar en la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus* en casos de desistimiento unilateral de contratos de arrendamiento, ver: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018) Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario num. 765, (533), enero-febrero de 2018*; y MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).

<sup>26</sup> De hecho, la jurisprudencia sobre cláusulas penales contempla un supuesto parecido de no aplicación de las mismas, cuando se han alterado los supuestos de hecho en base a los cuales fue convenida.



## 1.6. Responsabilidad civil

# La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo

## *Civil Liability of the Healthcare Provider Insurance Companies with Regard to the Doctors included in their Medical Network*

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

*Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad a Distancia de Madrid*

**RESUMEN:** La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 establece la responsabilidad solidaria de la aseguradora de asistencia sanitaria y de los facultativos incluidos en su cuadro frente al asegurado perjudicado por mala praxis médica, fundamentándose la misma en la responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de su vigilancia y elección, y en el contrato de seguro. Se considera que la aseguradora tiene una acción de repetición contra los médicos como dependientes o como auxiliares contractuales. Ejercitada esta acción, los médicos deben hacer frente al pago total de lo reclamado, sin que se le pueda atribuir ninguna cuota a la entidad de asistencia sanitaria.

Este artículo realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial respecto a la delimitación de la responsabilidad en los daños causados por mala praxis médica y, en concreto, la imputación de la responsabilidad a las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro médico y la acción de repetición contra dichos profesionales.

**ABSTRACT:** *The recent Supreme Court decision of September 20th, 2018, establishes the joint and several liability of the health care insurer and of the physicians included in the medical equipment of the insurance company due to malpractice. The responsibility is based on the vicarious responsibility derived from his election, and in the insurance contract. It is considered that the insurer has a repetition action against doctors as dependents or as contract assistants. The doctors must face the total payment of the claim, without being able to attribute any fee to the healthcare insurer.*

*This article analyses the jurisprudential doctrine regarding the delimitation of the responsibility in the damages caused in medical malpractice. And, in particular, the imputation of the liability to the healthcare insurers with regard to the doctors included in their medical network, as well as the action of repetition against these professionals.*

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad solidaria. Responsabilidad médica. Prestación de servicio sanitario. Responsabilidad por hecho ajeno. Seguro de asistencia sanitaria.

**KEY WORDS:** *Joint and several liability. Medical liability. Provision of health service. Vicarious liability. Insurance of health care.*

**SUMARIO:** I. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO Y DEL CENTRO SANITARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA POR HECHO PROPIO. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA POR HECHO AJENO. 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA POR HECHO PROPIO.—II. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA ASEGURADORA DE ASISTENCIA SANITARIA: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO PROPIO. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO. 3. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE LA ASEGURADORA Y EL MÉDICO.—III. LA RESPONSABILIDAD EXIGIBLE EN LA ACCIÓN DEL REGRESO DEL CONDENADO SOLIDARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD *AD EXTRA* FRENTE AL TERCERO PERJUDICADO. 2. LA RESPONSABILIDAD *AD INTRA* DE LOS CONDENADOS SOLIDARIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO Y DEL CENTRO SANITARIO

### 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA POR HECHO PROPIO

A la hora de delimitar la responsabilidad por los daños causados en las actuaciones médicas debemos establecer si resultan aplicables las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual por hecho propio, teniendo en cuenta que los criterios de imputación de la responsabilidad difieren la una de la otra, aunque en ocasiones se puedan yuxtaponer o solicitar acumulativamente en un procedimiento.

La responsabilidad puede ser el resultado del incumplimiento de una obligación contractual. De esta manera, de conformidad con el artículo 1101 del Código civil (CC), dicha responsabilidad procederá si la inobservancia se deriva de la falta de realización del servicio o de la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas en el contrato, y sujetas a las reglas de temporalidad, identidad e integridad. Las hipótesis relativas a esa responsabilidad son diversas en función del contrato suscrito, en las que, mediante cláusulas contractuales, puede determinarse el contenido de la prestación y de los servicios médicos, con el alcance y delimitaciones de su cumplimiento. Por lo tanto, nos encontramos ante una responsabilidad contractual si existe una relación jurídica previa con el paciente, en virtud de un contrato de arrendamiento de servicio o de obra. Lo frecuente, en este sentido, es que el contrato se realice entre el paciente y el centro médico, siendo este, por ejemplo, el que designe a un médico para realizar la actuación. En tal caso, se podrá exigir una responsabilidad contractual al centro y extracontractual al galeno<sup>1</sup>. Una vez determinada la existencia de un incumplimiento contractual, procederá una indemnización de daños y perjuicios en aplicación de cuanto disponen los artículos 1124 y 1101 del Código civil.

La responsabilidad civil extracontractual procede cuando el médico desempeña sus servicios vinculado funcional o contractualmente a un centro sanitario (público en el primer caso o privado en el segundo)<sup>3</sup>. De conformidad con el artículo 1902 del Código civil, para que el médico sea responsable debe existir negligencia, es decir, que se pueda reprochar una vulneración de la *lex artis*, que será el criterio que determine la diligencia o negligencia en la conducta del facultativo, en el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica atendiendo a la ciencia del momento, las especiales características, su complejidad y las circunstancias y factores endógenos que tuvieron lugar. En este sentido, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 16 de abril de 2007, «es jurisprudencia consagrada, en el concepto clásico de la responsabilidad en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso rigiéndose la actuación de los médicos, así como la de los otros profesionales sanitarios por la llamada *«lex artis ad hoc»*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que el mismo se desarrolla y tiene lugar, siguiendo el adoctrinamiento jurisprudencial asentado de que la obligación del médico no es la de curar o sanar, sino la de emplear y agotar todos los medios técnicos y avances a su alcance para tratar el mal de que se trate, es decir, adecuar su conducta conforme a la técnica normal requerida en cada caso de tal forma, que la actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de las conductas profesionales en casos análogos».

De este modo, la víctima puede demandar al médico causante del daño por su falta de diligencia en la actuación médica, derivada del artículo 1902 del Código civil, así como a la compañía aseguradora que cubra su responsabilidad civil, en virtud de la acción directa que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

Ahora bien, también puede derivarse una responsabilidad del centro sanitario por culpa propia, debido al incumplimiento de los recursos necesarios para la atención de los pacientes o a las deficiencias del centro en su funcionamiento u organización. De esta manera, los daños que podrán ser resarcibles por culpa propia son diversos, como ocurre, por ejemplo, cuando estos se deben al fallo de controles, a la falta de organización o de coordinación entre sus profesionales, a la insuficiente dotación de personal, al deterioro del mobiliario (camas, sillas, etc.), a la accesibilidad arquitectónica (escaleras, rampas, ascensores) o las instalaciones (quirófanos)<sup>2</sup>. De hecho, el centro deberá asumir las funciones de inspección y vigilancia de estos sistemas para su correcto funcionamiento.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad derivada por los daños causados por servicios que incluyen garantías de determinados niveles de eficacia o seguridad, de conformidad con el ámbito de protección que proporciona la normativa de consumidores y usuarios, que será analizada más adelante.

## 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA POR HECHO AJENO

La responsabilidad de un centro sanitario puede derivarse de la negligencia de su personal. En este caso de culpa médica resulta posible imputar responsabilidad al principal por los hechos de sus auxiliares (el médico u otro personal sanitario) derivada del artículo 1903.4 del Código civil. Esta responsabilidad también se aplica analógicamente a la responsabilidad contractual indirecta en los casos en los que el centro utilice dependientes o auxiliares en el cumplimiento de sus

obligaciones y estos hayan ocasionado el incumplimiento de la obligación<sup>4</sup>. El titular del centro sanitario va a responder de todos los daños que le sean imputables tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual derivado de la intervención de sus dependientes<sup>5</sup>. Precisamente, esta circunstancia será tenida en cuenta para analizar el siguiente epígrafe si esta imputación de la responsabilidad también puede extenderse a la aseguradora de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo.

El fundamento tradicional de esta responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno se encuentra en la intervención de culpa *in eligendo* (culpa en la elección) o *in vigilando* (culpa en la vigilancia), por infracción del deber de cuidado reprochable al empresario en la selección de dependiente o en el control de la actividad desarrollada (SSTS de 4 de enero de 1982 y 3 de julio de 1984, 21 de junio de 2001 y 23 de noviembre de 2004). Aunque el Código civil establece el carácter subjetivo de esta responsabilidad, al cesar la misma cuando se emplea toda la diligencia de un buen padre de familia (un buen centro) para prevenir el daño, la jurisprudencia tiende a objetivizar esta responsabilidad, aproximándola a una responsabilidad fundada más en el riesgo (SSTS de 18 de julio de 2005 y 31 de diciembre de 2003). De hecho, la doctrina comienza a cuestionarse si la misma no se acerca mucho más a una responsabilidad objetiva<sup>6</sup> o, incluso, si no debería configurarse la misma como tal<sup>7</sup>.

De este modo, pueden generarse dos responsabilidades autónomas: la del centro sanitario y la del médico empleado, por lo que el perjudicado puede demandar al titular del mismo y al sujeto causante del daño según criterios de imputación de responsabilidad distintos. En estos casos, resulta recomendable no demandar únicamente al médico que causó el daño porque, entonces, para que se obtenga la reparación del daño es preciso que se estime la existencia de una conducta culposa del mismo, mientras que si se demanda también al centro sanitario es posible lograr el resarcimiento por la vía del incumplimiento contractual, lo que aumentaría las probabilidades de lograr un fallo estimatorio de las pretensiones.

### 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA POR HECHO PROPIO

En la prestación de los servicios sanitarios se exige una adecuada organización para que se realicen de forma adecuada, resultando de aplicación el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) en los aspectos organizativos o de prestación de los mismos. A tal efecto, esta norma delimita la regulación de la responsabilidad derivada de los daños originados por la prestación de servicios sanitarios en dos preceptos. El artículo 147 TRLGDCU, que recoge un sistema de responsabilidad por culpa, es decir, para que se impute la responsabilidad es necesario que exista una actuación culposa del prestador del servicio: el incumplimiento de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos, y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Y el artículo 148 TRLGDCU, que establece un régimen especial de responsabilidad objetiva, siempre que se haga un correcto uso de los servicios. La responsabilidad surge por el incumplimiento de estas garantías (de eficacia o seguridad) y controles (técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad).

De este modo, el legislador ampara a los perjudicados como consecuencia de los daños causados por servicios sanitarios posibilitando reclamar los daños con fundamento en los criterios de imputación de la responsabilidad derivada de

la legislación de consumidores y usuarios. Ahora bien, la jurisprudencia limita la posibilidad de aplicar esta normativa a la hora de imputar la responsabilidad al empresario por los servicios prestados respecto a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, debiendo ser ajenos a la actividad médica (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de abril de 2007, 20 de julio de 2009, 24 de mayo de 2012 o 4 de marzo de 2013). Por ejemplo, en los supuestos de infecciones nosocomiales (infecciones contraídas durante la estancia en el hospital), daños derivados de una incorrecta organización o daños causados por productos defectuosos (por ejemplo, en los implantes o en el instrumental quirúrgico)<sup>8</sup>. De este modo, en los casos de mala praxis médica se rechaza la aplicación de la normativa específica en materia de consumo y, por tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva, aplicándose el de la responsabilidad profesional<sup>9</sup>.

Este régimen de responsabilidad contractual, objetivo y por hecho propio, derivado del artículo 148 del TRLGDCU, resulta compatible, además, con el criterio general de imputación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, tal y como dispone el artículo 128 del texto legal.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA

Junto a la responsabilidad civil del médico y del centro sanitario, se plantea la posibilidad de una responsabilidad civil solidaria de la aseguradora de asistencia sanitaria por la mala praxis del médico incluido en su cuadro médico y, en tal caso, resulta preciso determinar el régimen de responsabilidad aplicable.

La jurisprudencia, en las sentencias de 4 de junio de 2009, 4 de noviembre de 2010 y 16 de enero de 2011, indica entre sus argumentos jurídicos la existencia de las siguientes responsabilidades imputables a la aseguradora por daños causados por el acto sanitario negligente realizado por los facultativos de su cuadro médico:

- a) Responsabilidad por hecho ajeno que dimana de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903.1 y 4 del Código civil.
- b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, que garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004), con apoyo en el contrato de seguro de asistencia médica (art. 105 LCS).
- c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (SSTS de 2 de noviembre 1999 y de 4 de octubre de 2004). En ella, se entiende que los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y se imputa la responsabilidad como garante del servicio.
- d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS de 8 de noviembre de 2007).
- e) Y, por último, la existencia de una responsabilidad en aplicación del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre (art. 148), en caso de negligencia o anormal funcionamiento.

to de los aspectos organizativos o funcionales de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).

No obstante, resulta preciso diferenciar los distintos regímenes de imputación de la responsabilidad, cuándo surge una responsabilidad por hecho propio y cuándo por hecho ajeno, diferenciando si nos encontramos ante una responsabilidad contractual o extracontractual. De este modo, el criterio de imputación de la responsabilidad en un supuesto de mala praxis médica no es el mismo que el derivado de una incorrecta organización o control en la prestación de servicios médicos por parte de una empresa (e incluso cabe cuestionarse si sería distinto si se trata de una compañía aseguradora que un centro sanitario).

#### 1. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

El origen de esta responsabilidad por hecho propio sería la existencia de un contrato de seguro de asistencia sanitaria en el que se ofrece al asegurado, a cambio del cobro de una prima, una póliza con un cuadro médico y hospitalario para que pueda recibir dichos servicios en caso de enfermedad o lesión objeto de cobertura, debiendo la aseguradora abonar el pago de estos servicios a los profesionales médicos y centros sanitarios. En este cuadro es posible encontrar médicos especialistas o centros hospitalarios, tanto para realizar consultas, someterse a intervenciones o acudir a un servicio de urgencias como para la realización de pruebas diagnósticas.

Al constituir la enfermedad o la lesión el riesgo asegurado, el asegurador asume directamente la prestación de unos servicios médicos y quirúrgicos, los cuales se efectuarán dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen (art. 105 LCS). Por lo tanto, el asegurador asume una obligación de hacer (art. 1088 CC) que consiste en la prestación de unos servicios y una obligación de medios, ya que su finalidad, al igual que la del médico, no es la curación del asegurado, sino suministrarle correctamente ese servicio de asistencia cubierto por el seguro contratado<sup>10</sup>. De este modo, la responsabilidad de la aseguradora de asistencia sanitaria surge si no organiza y gestiona adecuadamente la prestación de dicho servicio.

Esta obligación de organización, gestión y puesta a disposición del asegurado de estos servicios pueden realizarla directamente, a través de su propia infraestructura empresarial, o a través de profesionales y centros sanitarios independientes incluidos en el cuadro médico del asegurador, vinculados mediante un contrato de prestación de servicios<sup>11</sup>. Téngase en cuenta que cuando la aseguradora es propietaria de estos centros sí puede efectuar directamente la prestación del servicio, pero en los demás casos deberá contratar los servicios profesionales para llevar a cabo la actividad asegurada<sup>12</sup>.

La jurisprudencia establece el mismo título de imputación de la responsabilidad en el caso de que se trate de profesionales médicos insertos en la propia estructura empresarial de la aseguradora, o que sean ajenos a la misma pero que formen parte del cuadro médico debido a que se encuentran vinculados por un contrato de prestación de servicios sanitarios, aunque se trate de profesionales independientes<sup>13</sup>. En este sentido, se considera que las actuaciones médicas forman parte de esa adecuada prestación que, en ambos casos, resulta

imputable a la aseguradora ya que es ella la que determina no solo los actos y pruebas médicas cubiertas por la póliza, sino que confecciona el listado de profesionales y centros sanitarios. Y ello, incluso, sin distinguir, el supuesto de que el servicio se ofrezca por un centro sanitario con el que se ha efectuado la relación contractual, y que sea este el que asigne al profesional que finalmente ocasiona el daño al paciente.

Resulta preciso diferenciar los supuestos en los que se origina una relación contractual de las ocasiones en las que surge una responsabilidad extracontractual. La relación contractual se efectúa entre el centro sanitario o el médico con la aseguradora (y no entre estos y el paciente), por ejemplo a través de un contrato de arrendamiento de servicios de la aseguradora con el facultativo para que forme parte de su cuadro médico. En esta relación jurídica va a resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 1544 del Código civil, por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. En este negocio interviene, por un lado, el profesional, que es el arrendador del servicio y que se obliga a realizar esa prestación; y, por otro, la aseguradora que es la arrendataria y que se obliga a pagar el precio cierto, es decir, los honorarios médicos (art. 1546 CC). Ahora bien, esta tiene a su vez una relación contractual derivada de la existencia de un seguro con el asegurado (o, para ser más precisos, con el tomador del seguro). Por lo tanto, la actuación del profesional médico deriva del contrato de arrendamiento de sus servicios por parte de la aseguradora, y la de esta frente al asegurado por la cobertura del contrato de seguro suscrito con el tomador del seguro.

Sin embargo, cuando el asegurado solicita una prestación médica por parte de uno de los facultativos del cuadro médico de la aseguradora con la que tiene suscrita una póliza, la relación que existe entre el asegurado y dicho médico es de naturaleza extracontractual, a diferencia de la relación entre el asegurado y la aseguradora de asistencia sanitaria que, como hemos señalado, es contractual, derivada de la existencia de un contrato de seguro suscrito entre el asegurado y su entidad aseguradora<sup>14</sup>. Resulta obvio que la primera deriva de la actividad médica y la segunda de la actividad aseguradora.

Conforme a lo expuesto, en el caso de que dicha aseguradora no prestara el servicio médico sería responsable contractualmente frente al asegurado, en virtud del contrato de seguro de asistencia sanitaria que media entre ambos<sup>15</sup>. Ahora bien, no son supuestos equiparables el que el asegurado deje de recibir este servicio y que se le preste pero sin recibir una atención médica de calidad, donde se incluiría la actuación de unos facultativos diligentes en el ejercicio de su actividad profesional. En este último caso, excluido del ámbito de protección del artículo 148 del TRLGDCU, es preciso dilucidar si es posible imputar la responsabilidad contractual (art. 1101 CC), o extracontractualmente por hecho ajeno (art. 1903 CC) o por culpa propia (art. 1902 CC). Una de las consecuencias prácticas más relevantes, en este caso, es que el régimen de prescripción será distinto, siendo el de la responsabilidad contractual de cinco años y de un año en la responsabilidad extracontractual (STS de 13 de octubre de 2015, que entiende que no existe responsabilidad contractual sino extracontractual entre el mutualista y la compañía aseguradora, declarando prescrita la acción de reclamación que se efectuaba por mala praxis médica)<sup>16</sup>.

Como se analizará a continuación, si la responsabilidad es del facultativo por el acto médico realizado no debería entablarse una acción contractual contra la compañía aseguradora porque la responsabilidad contractual solo deriva por un hecho propio.

## 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO

Aunque no toda la doctrina se muestra partidaria de aplicar el artículo 1903 del Código civil, sino que prefiere resolver la imputación de la responsabilidad por la vía contractual<sup>17</sup>, considero que, en estos casos, y partiendo las consideraciones iniciales sobre la delimitación de la responsabilidad civil, debemos concluir que la responsabilidad del profesional médico, si no media una relación contractual directa con el cliente, es una responsabilidad subjetiva (art. 1902 CC) y que el centro sanitario responderá por hecho ajeno (art. 1903 CC), que se deriva de una relación de dependencia entre el centro y el médico. De este modo, como resume el magistrado A. SALAS CARCELLER, en su voto particular, a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2018 «la responsabilidad de la aseguradora por las consecuencias negativas del tratamiento médico no nace de ninguna norma legal o convencional reguladora del contrato de seguro, sino de lo dispuesto por el artículo 1903 del Código civil en cuanto disciplina la llamada responsabilidad por hecho ajeno».

Precisamente, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) 20 de septiembre de 2018 recoge el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Segunda, de 24 de noviembre de 2015, que es objeto de recurso de casación, cuando señala que: «Estamos ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde (STS de 22 de mayo de 2007). El hecho de estar incluidos aquellos en el cuadro médico de la aseguradora se ha considerado suficiente para inferir la existencia de responsabilidad por parte de esta en aplicación de la teoría de la culpa «in eligendo», pues, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a esta —como garante del servicio— la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor, según la naturaleza misma de la prestación, lo que se erige en criterio de imputación objetiva —la compañía es la garante del servicio—, sin excluir las posibles responsabilidades, con carácter solidario, del profesional sanitario frente al paciente (SAP de Granada de 15 de noviembre de 2013)».

Con estos argumentos, la sentencia reconoce precisamente la existencia de una responsabilidad solidaria: «La responsabilidad del médico frente al paciente es solidaria con la aseguradora sanitaria, en virtud de la relación mantenida entre ambos para la prestación del servicio médico, en cuanto favorece la protección del asegurado». Y añade que no se estaría aplicando la responsabilidad civil directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (porque el único reproche sería el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada), sino «la responsabilidad del artículo 1903, por culpa “in vigilando” o “in eligendo”, puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico».

No obstante, como veremos más adelante, aunque la sentencia coincide en la existencia de esta responsabilidad solidaria, no comparte el criterio de la Audiencia respecto al criterio de imputación de la responsabilidad en el ejercicio de la acción de repetición que formula la entidad frente a los médicos que forman parte de su cuadro médico.



### 3. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE LA ENTIDAD Y EL MÉDICO

La cuestión que debe determinarse a continuación es si existe también una relación de dependencia entre la aseguradora de asistencia sanitaria y el médico como presupuesto necesario para la imputación de dicha responsabilidad. La vinculación contractual entre ambos puede ser distinta, pudiéndose dar los siguientes supuestos: que el centro sanitario sea propiedad de la aseguradora, que el convenio se haya realizado con el centro y sea este el que incluya a todos o parte de sus facultativos en el cuadro médico, o que un médico independiente suscriba un contrato de arrendamiento de servicios con la aseguradora<sup>18</sup>.

Si se considera que la prestación de la asegurada se limita, como intermediaria, a la gestión y organización de los servicios sanitarios se podría defender que no responde por negligencia profesional, pero sí respondería si se considera que no se limita a dicha gestión sino que asume la prestación sanitaria realizada por los médicos y centros incluidos en su cuadro<sup>19</sup>. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que la aseguradora asume la prestación sanitaria, aunque delegue su deber de prestación a un tercero, debiendo garantizar no solo que se lleve a cabo la prestación del servicio sino la calidad del mismo<sup>20</sup>.

En este sentido, podemos considerar que la entidad asume dicha prestación y que si no se efectúa con la diligencia precisa será posible imputar su responsabilidad, pero no sobre la base de la responsabilidad por culpa propia. Si la aseguradora contrata a profesionales cualificados (que cuenten con la especialización correspondiente y suficiente experiencia) para llevar a cabo el acto médico no existirá responsabilidad por hecho propio, sino por hecho ajeno, ya que es distinta la existencia de negligencia en la selección de facultativos para su cuadro médico que la negligencia en la actuación del médico. Esta última surge de la relación de dependencia derivada de un arrendamiento de servicios y, por tanto, de una responsabilidad por hecho ajeno, pudiendo liberarse de la misma si se empleó la diligencia de un «buen padre de familia» (de una buena compañía aseguradora); criterio de responsabilidad que, como ya hemos apuntado, es objetivizado por la jurisprudencia.

Esta dependencia se pone de manifiesto tanto analizando la posición de los asegurados como de la aseguradora. Respecto a los asegurados, ni son libres para elegir un especialista (debe acudir a los del cuadro facilitado por la compañía), ni el facultativo puede realizar cualquier servicio médico, sino solo los cubiertos, necesitando en ocasiones autorización previa para determinadas pruebas, ingresos e intervenciones<sup>21</sup>. Por el otro lado, la aseguradora de la asistencia sanitaria es la que abona los honorarios de los sujetos y entidades que prestan los distintos servicios médicos (aunque en algunos casos con un reducido copago, es decir, una reducida participación del beneficiario en el coste de la prestación), o que los asume cuando estos se llevan a cabo dentro de su propia estructura organizativa (en el caso de que se trate de una aseguradora propietaria de sus propios centros sanitarios).

Además, podemos añadir un argumento más, la entidad aseguradora de la asistencia sanitaria, en cuanto empresa organizada, entiendo que debe responder por el poder de control sobre la actividad de prestación de estos servicios adheridos a su cuadro médico, por encontrarse en condiciones (y en la obligación) de asegurar los daños derivados de la misma, porque el ejercicio de esa actividad le genera unos beneficios y por encontrarse en disposición de controlar el riesgo y organizar la actividad para evitar, o al menos reducir, los daños que se puedan causar<sup>22</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que la imputación de la responsabilidad a la aseguradora de asistencia sanitaria en el caso de mala praxis del profesional sanitario de su cuadro médico es una responsabilidad subjetiva por hecho ajeno. Ahora bien, debemos advertir algunas apreciaciones. En primer lugar, a la hora de imputar la responsabilidad, es necesario delimitar si existe una verdadera relación de dependencia entre la entidad aseguradora y el facultativo. En segundo lugar, es preciso distinguir entre daños imputables a la empresa o derivados de la actividad empresarial o aseguradora. En tercer lugar, para imputar la responsabilidad siempre será necesaria una relación causal entre la conducta (acción u omisión) y el daño. Y, por último, no olvidemos que la utilización de este criterio implica una objetivización de esta responsabilidad civil ya que, con el objeto de proteger a las víctimas, se está estableciendo dicha imputación a través de un incremento, cada vez mayor, de deberes de cuidado (vigilancia, guarda, control, seguridad y administración)<sup>23</sup>. Debemos ser cautos, por lo tanto, ante esta tendencia a modificar el criterio de imputación de la responsabilidad previsto en el artículo 1903 del Código civil, ya que vacía de contenido al concepto de culpa y crea inseguridad jurídica, a menos que se abogue previamente por una reforma de dicho precepto.

### III. LA RESPONSABILIDAD EXIGIBLE EN LA ACCIÓN DEL REGRESO DEL CONDENADO SOLIDARIO

La sentencia del Tribunal Supremo de lo Civil, 509/2018, de 20 de septiembre de 2018 determina el criterio de imputación de la responsabilidad en el ejercicio de la acción de repetición que formula la entidad médico sanitaria frente a los facultativos que se encuentran en su cuadro médico. La compañía de seguros ASISA fue condenada solidariamente, junto con dos médicos de su cuadro médico, a indemnizar a la víctima por una deficiente prestación sanitaria. La sentencia de primera instancia había estimado la demanda únicamente respecto a los dos médicos, a razón de un tercio de la suma abonada, y absolvió a las aseguradoras, a las que los perjudicados no habían demandado en el pleito. ASISA, que había sido condenada como responsable solidario, ejercitó una acción de repetición del artículo 1145 del Código civil, y subsidiariamente, la acción del artículo 1904 del Código civil, para que se le abonara la cantidad que había pagado como obligado solidario frente a los doctores que intervinieron en el acto médico negligente y sus respectivas aseguradoras. El supuesto es similar al que trae causa la STS de 6 de marzo de 2015, pero con la diferencia de que en esta última los perjudicados habían demandado a la compañía aseguradora de los médicos, que en este caso era la compañía AMA. Sin embargo, en la sentencia que estamos comentando no se ejercitó la acción directa del artículo 76 de LCS, que posibilita la reclamación del daño imputable al asegurado, cubierto por el seguro de responsabilidad civil, directamente a la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.

La Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Segunda, de 24 de noviembre de 2015, desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia al considerar, por un lado, que se hallaban ante el ejercicio de una acción de repetición del artículo 1145 del Código civil, con origen en un título judicial, y que si alguno de los deudores solidarios extinguió la obligación abonando la cantidad objeto de condena, tan solo podía reclamar frente a sus codeudores la parte que a cada uno correspondiera, sin que resultara

posible dirigir la acción frente a quien no tuvo intervención en el proceso anterior (es decir, la aseguradora de la responsabilidad civil de los médicos), careciendo de la condición de deudor solidario en el título judicial. Y, por otro lado, que al no aparecer ASISA exenta de responsabilidad por los hechos objeto de condena, podía repetir frente a la contraparte (los médicos) con los límites que derivan de la regla general de la mancomunidad en las obligaciones (art. 1138 CC), tal y como realizaba la sentencia impugnada.

Interpuesto recurso de casación por ASISA contra la sentencia de la Audiencia Provincial, se estima este por dos motivos: el tratamiento de la responsabilidad «*ad extra*» de los mismos frente al tercero perjudicado y la responsabilidad exigible «*ad intra*» de los condenados solidarios.

#### 1. LA RESPONSABILIDAD *AD EXTRA* FRENTE AL TERCERO PERJUDICADO

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 considera que la responsabilidad del médico y de la aseguradora sanitaria frente al paciente es solidaria, en virtud de la relación mantenida entre ambos para la prestación del servicio médico, en cuanto favorece la protección del asegurado. Sin embargo, estima el recurso de casación porque la sentencia de apelación parece imputar un tercio de responsabilidad (los otros dos tercios recaían en los médicos intervinientes) a la entidad de asistencia sanitaria, ASISA, por culpa propia, y no a la clínica.

El Tribunal Supremo, del mismo modo que en la sentencia de 6 de marzo de 2015, estima el recurso de casación porque la sentencia recurrida confunde la relación de los condenados con la víctima y la de los deudores solidarios entre sí. De este modo, la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2018 sostiene que: «Lo que la sentencia está aplicando no es la responsabilidad civil directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (el único reproche es el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada), sino la responsabilidad del artículo 1903, por culpa «in vigilando» o «in eligendo», puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición del artículo 1904 pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculada al daño».

Bajo la premisa anterior, no es posible imputar a la entidad de asistencia sanitaria responsabilidad por culpa propia por los daños causados por mala praxis profesional. Tal y como se viene sosteniendo, esta responsabilidad será solidaria junto con los médicos, siempre que pueda determinarse la existencia de una relación de dependencia con estos facultativos, en virtud del artículo 1903 del Código civil, debiendo acudir para ejercer el derecho de repetición frente a los auxiliares al artículo 1904 del Código civil. Téngase en cuenta que, además, estos estarán cubiertos para el ejercicio de su actividad profesional por un seguro de responsabilidad civil.

#### 2. LA RESPONSABILIDAD *AD INTRA* DE LOS CONDENADOS SOLIDARIOS

La otra cuestión a determinar en este procedimiento es la acción de repetición que ejercita la entidad aseguradora de asistencia sanitaria (ASISA), fundamen-

tando la misma en el artículo 1145 del Código civil y, subsidiariamente, en el artículo 1904 del Código civil, para que se le abone la cantidad abonada como obligada solidaria por esa deficiente prestación sanitaria. La acción de repetición, recordemos, se ejercita contra los dos médicos que causaron el daño por mala praxis, a razón de un tercio de la suma abonada, ya que en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se había absuelto a las aseguradoras a quienes los perjudicados no demandaron en aquel pleito.

Efectivamente, en este caso, esta solidaridad de los condenados no impediría que la aseguradora pudiera repetir lo pagado y así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018, al señalar que «no le impide repetir lo que pagó contra aquel a quien le ha sido imputado directamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación médica, en este caso los médicos y sus respectivas aseguradoras sobre la que se proyecta, a los efectos de resarcimiento por una solidaridad obligacional o *ex lege*, la Póliza de responsabilidad civil que tienen con ellos por daños a terceros, que ha establecido la Ley del Seguro». Para llegar a esta conclusión, se apoya en la jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias de 6 de marzo de 2015 y 13 de abril de 2016, que establece que una vez satisfecha la condena impuesta por solo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, «el artículo 1145 del Código civil permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad».

Precisamente, en esa sentencia de 13 de abril de 2016, el Tribunal Supremo (y su mismo ponente J. A. SEIJAS QUINTANA) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la SAP de Madrid, al considerar que el ejercicio de la acción de repetición es también aplicable en el ámbito de la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil, contra su auxiliar contractual, frente al que se ejercita la acción de regreso del artículo 1145 del Código civil por deuda pagada por el actor derivada de su condena. Es relevante advertir que, en ese caso, a la aseguradora de asistencia sanitaria no se la condenó por aplicación del artículo 1903 del Código civil, ni tampoco del artículo 1902 del Código civil, sino por responsabilidad contractual, ejercitando posteriormente la acción de regreso del artículo 1145 del Código civil.

La sentencia que estamos comentando también acude a la sentencia de 19 de junio de 1989, que ha puesto de relieve que «sin perjuicio, claro está, de que la responsabilidad solidaria reconocida frente al acreedor (...) puede generar consecuencias de determinación cualitativa y cuantitativa responsabilizadora, según el grado o módulo de esta, entre los acreedores solidarios..., y a dilucidar entre ellos en su caso con base en lo normado en el párrafo segundo del artículo 1145 del Código civil y previa la destrucción de la presunción de igualdad que previene el artículo 1138 del mismo Cuerpo legal sustantivo, y a cuya proporcionalidad responsabilizadora es ajena la indicada entidad acreedora demandante, puesto que esta ante los deudores responsabilizados solidariamente tiene la garantía personal que supone la solidaridad, sin necesidad de que le afecte el fraccionamiento que pudiese corresponder a dicha responsabilidad solidaria entre los deudores por ella afectados».

En estos casos, como se ha indicado con anterioridad, resulta más adecuado acudir a la responsabilidad civil por hecho ajeno derivado del artículo 1903 del

Código civil y a la facultad de repetición del artículo 1904 del Código civil. De hecho, la acción de repetición derivada del artículo 1145 queda reservada para cuando, existiendo varios deudores solidarios, aquel copartícipe que ha abonado la indemnización por la totalidad del perjuicio causado pueda accionar contra los demás implicados. De esta manera, el demandado que haga efectiva la indemnización podrá repetir contra los demás codeudores aquella parte con la que deben contribuir al cumplimiento de la obligación. Es decir, en la relación interna entre los obligados, tiene derecho a ser reintegrado por los otros que contribuyeron al resultado dañoso y que no abonaron la parte correspondiente al cumplimiento de su obligación. Este llamamiento de los demás copartícipes se realiza mediante una acción de regreso. En este caso, la responsabilidad de cada parte se fija en proporción de su contribución, por lo que en la relación interna esta responsabilidad es mancomunada.

Si aceptáramos la aplicación del artículo 1145 del Código civil, la imputación de responsabilidad a la aseguradora de asistencia sanitaria y a los médicos se produciría por un título distinto, contractual para la primera y extracontractual respecto de los médicos, y no sería posible atribuir una cuota de participación a la aseguradora derivada de su actuación. Además, si se entendiera que el título de imputación de responsabilidad a ASISA fuera contractual, difícilmente se podría aceptar una obligación solidaria con los médicos y, en tal caso, lo correcto sería que la entidad entablara una acción contra los facultativos por incumplimiento del arrendamiento de servicios para la prestación de un correcto servicio sanitario.

En ningún caso podríamos entender que la responsabilidad de ASISA sea mancomunada en una cuota de un tercio, motivo que lleva al Tribunal Supremo a casar la sentencia de la Audiencia y revocar la del Juzgado, por cuanto que «una vez confirmada la responsabilidad exclusiva de los médicos, no discutida en la causación del daño, corresponde a estos hacer frente al pago de la totalidad reclamado, sin ninguna reducción por atribución de cuotas a terceras partes».

Cuestión distinta hubiera sido que se ejercitara la acción del artículo 1145 por uno de los médicos, si hubiera abonado él mismo el total de la indemnización, ejercitando la acción contra el otro facultativo.

Por todo ello, la solución que parece más ajustada a derecho es imputar la responsabilidad por hecho ajeno y posibilitar la acción de repetición derivada del artículo 1904 del Código civil. Este precepto autoriza al que paga el daño causado por sus dependientes a repetir de estos lo que hubiese satisfecho<sup>24</sup>. Por lo tanto, esta facultad se concede a los empresarios por los «perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1903 CC). De esta manera, y si admitimos la existencia de una relación de dependencia entre la aseguradora y los médicos de su cuadro, la empresa, en este caso la aseguradora, tras responder por los daños causados, tiene una facultad de repetición frente al auxiliar que realizó la actuación causante del daño. Esta posibilidad de repetición no concuerda con un carácter subjetivo de la responsabilidad del empresario<sup>25</sup>, aunque se ponga de relieve que su finalidad es incentivar una conducta diligente<sup>26</sup>. Ahora bien, si el daño fue debido a la actuación negligente de ambos, es decir, si fuera posible recriminar a la entidad aseguradora el incumplimiento de algunas de sus obligaciones y deberes que coadyuvaron al daño, la repetición contra el médico debería ser parcial<sup>27</sup>. En este caso, como manifiesta el tribunal en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, existe una responsabilidad exclusiva de los médicos en el daño causado, por lo que corresponde a los médicos asumir el pago de la totalidad de lo reclamado.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La aseguradora de asistencia sanitaria tiene la obligación de prestar los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a sus asegurados, existiendo una vinculación contractual con el asegurado. No solo debe poner a disposición de los asegurados dichos servicios, sino que debe garantizar los servicios prestados por su cuadro médico, forme parte o no de su estructura empresarial.

II. Si entre la víctima y la aseguradora no media ninguna relación contractual, solo podrá demandar al facultativo por su falta de diligencia en su actuación médica, en virtud del artículo 1902 del Código civil, así como a la aseguradora que cubre su responsabilidad civil, conforme al artículo 73 LCS.

III. La víctima dispone de una acción de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno derivada del artículo 1903 del Código civil contra la aseguradora de asistencia sanitaria, que exige la prueba de una relación de dependencia entre el empresario y el auxiliar, que queda acreditada al incluirse los facultativos en su cuadro médico. No nos encontramos ante una imputación de la responsabilidad por culpa propia derivada de una ampliación del nivel de diligencia exigible a la aseguradora ya que, en este caso, no responde por hecho propio sino por hecho ajeno.

IV. La responsabilidad objetiva por hecho propio derivada del artículo 148 del TRLGDCU solo se podría imputar a la aseguradora si se acredita una negligencia o anormal funcionamiento de los aspectos organizativos o funcionales en la prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha; es decir, este régimen no resulta aplicable por mala praxis médica. En esta responsabilidad derivada de la normativa de consumidores y usuarios no resulta exigible la existencia de culpa, al tratarse de una responsabilidad contractual y objetiva.

V. La aseguradora condenada solidariamente al resarcimiento de los daños a la víctima, en virtud del artículo 1903 del Código civil, puede ejercitar una acción de repetición, fundamentada en el artículo 1904 del Código civil, frente al facultativo (pago que, en último término, será abonado por la aseguradora que cubra su responsabilidad civil). Bajo esta premisa, esta solución resulta más acertada que entablar una acción de regreso por la vía del artículo 1145 del Código civil.

VI. Por todo ello, entendemos apropiada la resolución de la STS de 20 de septiembre de 2018 en cuanto que sostiene la responsabilidad solidaria de la aseguradora de asistencia sanitaria y de los médicos, en virtud de la relación mantenida entre ambos para la prestación del servicio médico, y la posibilidad de repetición de la aseguradora del abono total de la indemnización frente a los médicos, al existir únicamente una responsabilidad exclusiva de los médicos en la causación del daño.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 143-151.
- ARROYO ABAD, B. (2015). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 (4148/2015). El particular régimen de responsabilidad civil de las compañías sanitarias concertadas por las mutualidades de funcio-

- narios. En M. Yzquierdo Tolsada. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Vol. VII, 689-701.
- (2015). *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria*. Tesis doctoral. Madrid: UCM. Publicada en Pamplona: Aranzadi, 2016.
- BARCELÓ DOMENECH, J. (1995). *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid: McGraw-Hill.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2012). *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*. Madrid: Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre.
- CRISTÓBAL MONTES Á. (1989). La responsabilidad del deudor por sus auxiliares. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, núm. 1, 5-18.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2007). ¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en las listas? *Revista Española de Seguro*, núm. 129-130, 5-50.
- (1988). *Tratado de responsabilidad civil*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1993). Las sociedades de médicos. En AAVV. *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Granada: Universidad de Granada, 357-384.
- GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En J.A. Seijas Quintana (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, 2 edición. Madrid: Sepin, 321-352.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2007). Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2691-2709.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados: análisis de su evolución hasta nuestros días. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 34-70.
- LÓPEZ QUIROGA, J., SAN PEDRO MARTÍNEZ, G., y QUIRÓS DE SAS, A. (2006). La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria. *RES*, núm. 128, 867-878.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31.
- MEDINA ALCOZ, M. (2015). La responsabilidad civil del empresario por el hecho dañoso de su dependiente: Derecho español y textos doctrinales europeos». En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 73-106.
- MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación». En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (1999). *Las aseguradoras de asistencia sanitaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, 162-171.
- PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.10. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2018\13510, 1-24.

- ROCA I TRÍAS, E. (1998). La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, núm 1, 7-40.
- ROGEL VIDE, C. (1976). *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid: Cívitas.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 6-20.
- SOLÉ FELIÚ, J. (2012): *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Reus.
- VEIGA COPO, A.B. (2013). El seguro de asistencia sanitaria. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos. Tomo V*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 4 de enero de 1982
- 3 de julio de 1984
- 19 de junio de 1989
- 2 de noviembre de 1999
- 5 de febrero de 2001
- 21 de junio de 2001
- 31 de diciembre de 2003
- 26 de marzo de 2004
- 4 de octubre de 2004
- 17 de noviembre de 2004
- 23 de noviembre de 2004
- 18 de julio de 2005
- 5 de enero de 2007
- 16 de abril de 2007
- 26 de abril de 2007
- 22 de mayo de 2007
- 8 de noviembre de 2007
- 4 de junio de 2009
- 20 de julio de 2009
- 4 de noviembre de 2010
- 16 de enero de 2011
- 24 de mayo de 2012
- 4 de marzo de 2013
- 6 de marzo de 2015
- 13 de octubre de 2015
- 13 de abril de 2016
- 6 de febrero de 2018
- 20 de septiembre de 2018



NOTAS

<sup>1</sup> MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 56.

<sup>2</sup> Véase, en este sentido, PÉREZ VALLEJO, A. M.<sup>a</sup>: Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional, en Morillas Cueva, L. (dir.): *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, 562).

<sup>3</sup> MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 114.

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, CRISTÓBAL MONTES, Á. (1989): La responsabilidad del deudor por sus auxiliares. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, núm. 1, 5-18; y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 16 y 17.

<sup>5</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> B.: «Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario», *op. cit.*, 7.

<sup>6</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). «La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados: análisis de su evolución hasta nuestros días». En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 34-70.

<sup>7</sup> MEDINA ALCOZ, M. (2015). La responsabilidad civil del empresario por el hecho dañoso de su dependiente: Derecho español y textos doctrinales europeos. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 103.

<sup>8</sup> Véase la recopilación de sentencias, en este sentido, recogidas por GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-santaria. En J.A. SEIJAS QUINTANA (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, 2 edición. Madrid: Sepín, 339-342.

<sup>9</sup> MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación, *op. cit.*, 97.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31. De esta manera, señala el autor; «el asegurador cumple organizando y gestionando adecuadamente los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, lo que supondrá contratar a profesionales cualificados para realizar esos servicios» (p. 5).

<sup>11</sup> CARBAJO CASCÓN, F. (2012). *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*. Madrid: Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 153.

<sup>12</sup> VEIGA COPO, A.B. (2013). El seguro de asistencia sanitaria. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos. Tomo V*. Valencia: Tirant lo Blanch, 690.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1993). Las sociedades de médicos. En AA.VV. *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Granada: Universidad de Granada, 357-384; o NÚÑEZ LOZANO, M. C. (1999). *Las aseguradoras de asistencia sanitaria*. Madrid: Marcial Pons, 162-171.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria, *op. cit.*, 9.

<sup>15</sup> PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10 (accesible desde *Aranzadi Academic*: BIB 2018\13510, 1-24). En este sentido, señala la autora, «la entidad aseguradora no se limita a actuar como intermediadora en la facilitación del acceso a los servicios sanitarios, sino que debe procurar y garantizar la efectiva prestación de dicha asistencia cuando sea requerida por el asegurado, entendiéndose que la organización de los medios necesarios para ofrecer la cobertura constituye una obligación de resultado, pues el asegurador se compromete a prestar al asegurado los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios contenidos en la póliza» (p. 4). Véase también, en el mismo sentido, CARBAJO CASCÓN, F. (2012). *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria, op. cit.*, 107-108.

<sup>16</sup> ARROYO ABAD, B. (2015). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 (4148/2015). El particular régimen de responsabilidad civil de las compañías sanitarias concertadas por las mutualidades de funcionarios. En M. Yzquierdo Tolsada: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Vol. VII, 689-701. Aunque su teoría está bien fundamentada y no ha dejado indiferente a la doctrina, la jurisprudencia sigue mantenido su tradicional criterio o, al menos, no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015) considera que la aseguradora responde por incumplimiento contractual frente a la víctima y que dicha responsabilidad «no encaja en el tenor del artículo 1903 CC» y defiende la aplicación del artículo 1596 del Código civil, aunque este precepto resulte de aplicación a la responsabilidad del contratista por los daños causados al dueño de la obra (Acción de repetición de aseguradora sanitaria, *op. cit.*, p. 7). ARROYO ABAD, B. (2015) propone que, en tales casos, el asegurado pueda demandar al facultativo, en lugar de por la vía extracontractual del artículo 1902 del Código civil, contractualmente, entendiendo que existe «un contrato en beneficio de tercero» suscrito entre la compañía y el médico a su favor, apoyándose en el artículo 1257.2 del Código civil, y subsidiariamente, por la vía extracontractual del artículo 1903.4 del Código civil, a la aseguradora, que podrá repetir contra el facultativo. *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria*. Tesis doctoral. Madrid: UCM, 289-294. Publicada en Pamplona: Aranzadi, 2016.

<sup>18</sup> Por lo tanto, sí es posible que exista incluso una relación de dependencia laboral directa entre el facultativo y la aseguradora. Posibilidad que es descartada, sin embargo, por algunos autores: ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 143-151.

<sup>19</sup> PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria..., *op. cit.*, 5 y 6.

<sup>20</sup> La posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, a partir de la STS de 2 de noviembre de 1999, es partidaria de apreciar la existencia de una relación de dependencia entre la entidad y el médico. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2007). Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en las listas? *Revista Española de Seguro*, núm. 129-130, 21; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Acción de repetición de aseguradora sanitaria, *op. cit.*, p. 5; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria, *op. cit.*, 5-8; o PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria..., *op. cit.*, 6. No obstante, hay autores que no comparten la existencia de dicha relación de dependencia: LÓPEZ QUIROGA, J., SAN PEDRO MARTÍNEZ, G., y QUIRÓS DE SAS, A. (2006). La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria. *RES*, núm. 128, 867-878; o GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2007). Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2691-2709.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria, *op. cit.*, 7; y ARROYO ABAD, B. (2015). *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria*, *op. cit.*, 59.

<sup>22</sup> En este sentido, es aplicable el estudio realizado sobre la imputación de la responsabilidad por hecho ajeno en las residencias: MONTERROSO, E.: La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia, *op. cit.*, 135 y sigs.

<sup>23</sup> MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación, *op. cit.*, 91 y 21.

<sup>24</sup> Para un análisis más exhaustivo de esta acción, véase ROCA I TRÍAS, E. (1998). La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, núm. 1, 7-40.

<sup>25</sup> Como ya apuntaba ROGEL VIDE (1976), esta posibilidad de repetición no concuerda con un carácter subjetivo de la responsabilidad del empresario (*La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid: Cívitas, 160 y sigs.). Y también DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1988): *Tratado de responsabilidad civil*. Bilbao: Universidad de Deusto, 366.

<sup>26</sup> SOLÉ FELIÚ, J. (2012): *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Reus, 150; y MEDINA ALCOZ, M. (2015): *La responsabilidad civil del empresario por el hecho dañoso de su dependiente...*, *op. cit.*, 83.

<sup>27</sup> De esta manera, compartimos la tesis que sostiene que al ser subjetiva la responsabilidad del empresario no puede repetirse todo lo pagado. Solo podrá reclamar la parte correspondiente a la culpa negligente del dependiente. Véase SOLÉ FELIÚ, J.: *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares.*, *op. cit.*, 152; o BARCELÓ DOMENECH, J (1995). *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid: McGraw-Hill, 356.

Las decisiones de los tribunales sobre el ámbito  
de la valoración de las garantías afectas al  
privilegio especial en el concurso  
de acreedores \*

*Caselaw on the value of guarantees affected by  
the special privilege in insolvency proceedings*

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES  
*Profesora Doctora de Derecho mercantil  
Universidad San Pablo-CEU*

**RESUMEN:** No existe doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de aplicación de las reglas concursales relativas al valor de las garantías. Sin embargo, la concepción mayoritaria en la doctrina y en los tribunales mantiene que la limitación del privilegio especial al valor de la garantía no se aplica cuando se ejecuta el bien o derecho objeto de garantía, ya que el acreedor tiene derecho a cobrar con lo obtenido en la ejecución hasta el límite de la deuda originaria.

**ABSTRACT:** *There is no jurisprudential doctrine on the scope of application of the bankruptcy rules regarding the value of guarantees. However, the main doctrinal & caselaw interpretation maintains that the limitation of the special privilege to the value of the guarantee does not apply when the asset or right object of the guarantee is executed, since the creditor has the right to collect the results of the execution up to the limit of the original claim.*

**PALABRAS CLAVE:** Valor de la garantía. Créditos con privilegio especial. Decisiones de los tribunales. Ejecución de la garantía. Deuda originaria.

**KEY WORDS:** *Value of the guarantee. Privileged claims. Caselaw. Execution of the guarantee. Original claim.*

**SUMARIO:** I. LAS DISPOSICIONES SOBRE VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.—II. EL DESARROLLO

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-71210-R, sobre «Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa», concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad.

NORMATIVO DE LAS REGLAS SOBRE VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONCURSO.—III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS AL VALOR DE LA GARANTÍA: 1. EL PROBLEMA DE LA VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS DENTRO DEL CONCURSO. 2. LAS SOLUCIONES DE LA DOCTRINA Y DE LOS TRIBUNALES.— IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LAS DISPOSICIONES SOBRE VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

A efectos del concurso, la Ley Concursal clasifica los créditos incluidos en la lista de acreedores como privilegiados, ordinarios y subordinados. Dentro de los privilegiados diferencia, a su vez, los créditos con privilegio especial y los créditos con privilegio general<sup>1</sup>. Los primeros son créditos en los que el privilegio se funda en la existencia de una garantía sobre bienes o derechos determinados de la masa activa (art. 89)<sup>2</sup>, de modo que, dentro de los créditos con privilegio especial encontramos las más variadas formas de garantía: hipotecaria, pignoratícia, de valores o de créditos (art. 90.1)<sup>3</sup>.

También a efectos concursales, la norma limita el alcance del privilegio especial a «la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores». Por tanto, en sede concursal, la preferencia no alcanza todo el importe del crédito, sino que el crédito se reconocerá como privilegiado especial solo hasta donde alcance el *valor de la garantía*, el resto «será calificado según su naturaleza» (art. 90.3 LC)<sup>4</sup>. De ahí que para calcular la extensión del crédito privilegiado sea requisito necesario determinar el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Con este fin, la norma acude al criterio del *valor razonable* (art. 94.5 LC). Un valor determinado a los exclusivos efectos del cálculo del límite del privilegio especial en función de que el objeto de la garantía sean valores mobiliarios sujetos o no a cotización, inmuebles u otro tipo de bienes o derechos. En el primer supuesto, cuando se trate de valores que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, se entenderá por valor razonable el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en el último trimestre anterior a la fecha de la declaración de concurso —con arreglo a la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado—. En el segundo supuesto, cuando el objeto de la garantía sean bienes inmuebles, se considerará valor razonable el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. En todos los demás casos, cuando nos encontremos ante otro tipo de bienes o derechos, será valor razonable el que resulte del informe emitido por experto independiente —de conformidad con los principios y normas de valoración generalmente reconocidos—. Además, «si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes», deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada y registrada o de experto independiente, según proceda. Solo será posible evitar los informes de la sociedad de tasación o del experto independiente, cuando en el año anterior a la fecha de la declaración de concurso existiera una tasación realizada por una sociedad homologada e inscrita en el Registro Especial, o bien, en los seis meses anteriores a esa fecha, se hubiera realizado una valoración por experto independiente.

Asimismo, no se necesitará informe de valoración cuando la garantía recaiga sobre efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

La norma se completa con disposiciones específicas para el caso de que el bien a valorar sean viviendas terminadas o la garantía recaiga sobre varios bienes, o bien haya sido constituida proindiviso a favor de dos o más acreedores<sup>5</sup>.

Una vez establecido el valor razonable, para determinar la extensión del crédito privilegiado aún será preciso deducir de los nueve décimos de ese valor razonable, los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, teniendo en cuenta que, en ningún caso, el valor de la garantía podrá ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado<sup>6</sup>.

En la lista de acreedores que acompaña el informe de la administración concursal deberá expresarse, por una parte, el valor de las garantías destinadas a asegurar cada crédito preferente y, por otra, el importe del crédito a que alcanza la preferencia. El coste de los informes y valoraciones será un crédito contra la masa que habrá de deducirse de la retribución correspondiente al administrador concursal. No obstante, cuando el acreedor afectado solicitase un informe de valoración contradictorio se emitirá a su costa, como será a su costa el informe cuando el acreedor invoque la concurrencia de circunstancias que hagan necesaria una nueva valoración.

## II. EL DESARROLLO NORMATIVO DE LAS REGLAS SOBRE VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONCURSO

La preferencia que beneficia a un determinado crédito es especial cuando aparece adscrita a un concreto bien o derecho del patrimonio del deudor y el valor del bien o derecho delimita el grado de tutela del crédito. No obstante, esa limitación tiene un doble reflejo en el procedimiento concursal según exista un escenario de convenio o de liquidación.

En relación con el convenio, *la regla general es la ausencia de efectos del convenio sobre los créditos privilegiados*, de modo que estos créditos quedan, en principio, al margen del convenio, salvo que el titular del crédito consienta expresamente vincularse al convenio, bien votando a favor de la propuesta, bien adhiriéndose a ella<sup>7</sup>. El convenio no produce efectos para los titulares de créditos privilegiados, los cuales tienen derecho a cobrar con lo obtenido de la ejecución de los bienes o derechos objeto de garantía, y solo por el remanente, lo que reste pendiente de cobro después de la ejecución, el crédito se vería sometido al convenio. De ahí la necesidad de disponer de la tasación de los bienes y derechos afectos al pago del crédito, que permitirá determinar el importe del crédito privilegiado, en tanto que por el resto (la diferencia entre el valor del bien o derecho objeto de la garantía y el importe total del crédito) será ordinario<sup>8</sup>. En atención al avalúo de los bienes o derechos objeto de privilegio especial, la preferencia podría alcanzar al importe total del crédito o bien solo a una parte de este<sup>9</sup>.

Cuando la situación es de liquidación, la Ley Concursal mantiene que «el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva» (art. 155.1). De este modo, la Ley acoge claramente *el principio de limitación de la preferencia especial al producto de la ejecución del bien objeto de preferencia*<sup>10</sup>. La preferencia de los créditos privilegiados especiales se verá *limitada* a los bienes y derechos afectos al pago de estos créditos. Ahora bien, el hecho de que los bienes o derechos

afectos al pago del crédito con privilegio especial representen el límite máximo para la preferencia del crédito, no permite identificar el producto de la ejecución del bien con la satisfacción del acreedor privilegiado. Solo cuando el producto de la ejecución del bien sea igual o superior al importe del crédito privilegiado el acreedor se verá satisfecho, y el sobrante engrosará la masa activa para atender el pago de los demás créditos. En otro caso, por la parte no satisfecha con el importe de la ejecución del bien, el remanente, el acreedor mantendrá un crédito ordinario frente al concursado (art. 157.2 LC)<sup>11</sup>.

Con estas dos formas de manifestarse la preferencia especial en el concurso se pone de relieve que el bien o derecho afecto no actúa solo como una *referencia de valor* para la cobertura del crédito privilegiado, sino que la preferencia se completa con la *atribución de un derecho real* que sujeta directamente el bien o derecho a la satisfacción del crédito<sup>12</sup>. Dos «facetas» del crédito privilegiado que se enfrentan en el procedimiento. Por una parte, en aras de un interés concursal favorable al convenio y a la continuación de la actividad empresarial, ya que es habitual que la garantía afecte bienes o derechos fundamentales a estos fines, se siente la necesidad de «implicar» a los titulares de estos créditos con garantía en el concurso. Por otra, conforme al régimen general de las garantías, es preciso «respetar» el derecho del acreedor a satisfacerse mediante la realización del bien o derecho. En este sentido, la crisis económica, que afecta especialmente al mercado inmobiliario y que ha permitido justificar sucesivas reformas concursales por la vía extraordinaria y urgente, ofrece la ocasión propicia para involucrar en mayor medida a los acreedores con garantía real en el concurso. Mientras que en condiciones normales el valor del bien habría de ser suficiente para cubrir el importe del crédito, pues de ejecutarse la garantía obtendríamos como mínimo su valor de tasación, en una situación de crisis económica en la que los bienes pierden valor progresivamente, con la realización del bien no se lograría cubrir el importe del crédito, de modo que, el acreedor no vería más asegurado el cobro como privilegiado que como ordinario. Así, el argumento de la crisis respalda en gran parte la modificación del régimen de los acreedores con garantía real en el concurso. De un lado, podrán verse afectados por el convenio, aunque no voten a favor de la propuesta, no se computara su firma o adhesión a la propuesta como voto favorable, o no se hubieran adherido en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento. De otro, verán limitado el privilegio al valor razonable de la respectiva garantía.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, se introduce la posibilidad de que los acreedores privilegiados queden vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de su misma clase (art. 134.3 LC). Las mayorías de arrastre previstas legalmente<sup>13</sup> habrán de concurrir dentro de la clase correspondiente de acreedores con privilegio especial, ya sea la clase de los acreedores laborales, los públicos, los financieros, o bien la clase residual, correspondiente a los acreedores comerciales y a los no incluidos en las clases anteriores (art. 94.2 LC). De este modo, cuando el convenio haya sido aprobado con las mayorías necesarias de pasivo ordinario requeridas según su contenido (art. 124.1) y, además, concorra la mayoría cualificada de la clase correspondiente al acreedor con privilegio especial, este acreedor privilegiado quedará vinculado al convenio, aunque no hubiera votado a favor o no se hubiera adherido a la propuesta<sup>14</sup>.

Asimismo, con la reforma se introducen las reglas sobre valoración de las garantías que permiten delimitar el privilegio especial que corresponde al cré-

dito<sup>15</sup>. Conforme a esas reglas, para obtener el verdadero valor de la garantía se hace necesario, en primer lugar, determinar el *valor razonable* del bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía y, en segundo lugar, *reducir* ese valor razonable en un diez por ciento, por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, ese porcentaje; y *deducir* de este valor razonable el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien<sup>16</sup>.

No obstante, en relación con esa limitación del privilegio se introduce también la precisión de que si, llegado el caso, ante el incumplimiento del convenio, el acreedor privilegiado que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrastrado por él tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. Por tanto, cuando el acreedor con privilegio especial vinculado al convenio pueda iniciar o continuar la ejecución separada de la garantía al verse afectado por el incumplimiento del convenio, podrá hacer suyo «el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la *deuda originaria*»<sup>17</sup>. En este caso, el derecho del acreedor solo vendrá limitado por el importe del crédito garantizado y no por el valor que se atribuya a la respectiva garantía.

La reforma de 2014 modifica igualmente el artículo 155.2, relativo al pago de créditos con privilegio especial, para establecer que, si bien, en principio, el pago de estos créditos debe hacerse con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva, «en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial». Así, cuando la administración concursal opte por atender el pago del crédito con cargo a la masa y sin realización de los bienes o derechos afectos, deberá satisfacer el «valor de la garantía», que sería el valor que alcanzaría el privilegio, ya que por el resto el acreedor carecería de privilegio.

Pero, las reglas para la valoración de las garantías debidas al Real Decreto-ley 11/2014 se vieron afectadas por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, con el fin de introducir algunas previsiones que no contemplaba inicialmente la reforma y que se habían revelado necesarias<sup>18</sup>. Se incluyen así precisiones importantes en los criterios de determinación del valor razonable cuando la garantía recaiga sobre bienes inmuebles, especialmente sobre viviendas terminadas, y se resuelve la duda de quién había de soportar el coste de los informes y valoraciones.

Por último, se aprovecha la convalidación del Real Decreto-ley 11/2014 por la Ley 9/2015 para introducir una nueva disposición en la regulación del pago de los créditos con privilegio especial por la que se prevé que, «en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos» a estos créditos, «el acreedor



privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso» (art. 155.5 LC). En el Preámbulo de la Ley 9/2015 se dice al respecto que: «[E]n coherencia con las modificaciones introducidas en el artículo 140.4, se modifica el artículo 155 para establecer que cuando se ejecuten bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial, el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución». Por tanto, así como en el ámbito del convenio se admitía que, incumplido el convenio y ejecutada la garantía, el acreedor pudiera hacer suyo el montante de la ejecución en cantidad que no exceda de la *deuda originaria*; también en sede de liquidación se establece que, con la realización del bien o derecho afecto, el acreedor privilegiado pueda obtener el montante resultante en cantidad que no exceda de la *deuda originaria*<sup>19</sup>.

### III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS AL VALOR DE LA GARANTÍA

#### 1. EL PROBLEMA DE LA VALORACIÓN DE LAS GARANTÍAS DENTRO DEL CONCURSO

Al margen de otras cuestiones que sugiere el régimen concursal de valoración de las garantías para la determinación del privilegio especial<sup>20</sup>, el mayor debate lo suscita el ámbito de aplicación de la regulación, esto es, si la limitación del privilegio especial alcanza la ejecución del bien o derecho durante el concurso, ya sea objeto de ejecución separada o colectiva.

*Desde el punto de vista del bien o derecho afecto como referencia de valor para la cobertura del crédito garantizado*, hay que tener presente que el bien puede llegar al concurso con un *valor de tasación*; un valor determinado por una sociedad de tasación que sigue las normas previstas para el mercado hipotecario (especialmente, la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras), que se establece a efectos de la obtención de la financiación y que se recoge en la escritura de constitución de la garantía. Posteriormente, dentro del procedimiento concursal, para elaborar el inventario de la masa activa, habrá que obtener el *valor de mercado* del bien, que es el criterio legalmente previsto para el avalúo de los bienes y derechos que la integran (art. 82.3 LC). El precio de mercado del bien coincide con el precio más probable al que podría venderse. Al mismo tiempo, con el fin de determinar la masa pasiva, y clasificar y cuantificar los créditos con privilegio especial que deberán integrar la lista de acreedores concursales, habrá que atender el *valor razonable* del bien para obtener el *valor de la garantía*. En concreto, en el supuesto de los inmuebles, el valor razonable debe resultar de un informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. A estos efectos sería factible el informe de tasación emitido dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Aunque, cuando concurren nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada e inscrita. Y, en el caso de viviendas terminadas, el informe emitido por la sociedad de tasación homologada e inscrita podrá sustituirse por una *valoración actualizada*<sup>21</sup>. Una vez determinado el valor razonable, para obtener el valor de la

garantía habrá que deducir de los nueve décimos del valor razonable las deudas pendientes que existan sobre el mismo bien<sup>22</sup>. El privilegio especial se reconocerá solo hasta donde alcance el valor de la garantía, y la parte del crédito no cubierta por el privilegio se clasificará conforme a su naturaleza, ordinario por principal, subordinados los intereses. Por tanto, la parte del crédito que exceda del valor de la garantía quedará sujeta al convenio y contribuirá a la formación de los quórums de constitución de la junta de acreedores (art. 116.4 LC) y a la aprobación de la propuesta (art. 124 LC).

*Desde el punto de vista del bien o derecho afecto como medio de satisfacción del crédito*, se impone diferenciar según que el bien sobre el que recae la garantía sea o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56 LC). Cuando *el bien no resulte necesario* para la continuidad de la actividad, el acreedor podrá continuar o iniciar la ejecución de la garantía, que, declarado el concurso, «se someterá a la jurisdicción del juez de este», quien acordará su tramitación en pieza separada (art. 8.3.º en relación con el art. 57.1 LC). En cambio, cuando *el bien sea necesario* para la continuidad, el acreedor no podrá continuar o iniciar la ejecución hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Por tanto, el acreedor privilegiado podrá continuar o iniciar la ejecución si el bien no es necesario para la continuidad o, aunque el bien resulte necesario, si se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho o ha transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

Ahora bien, parece que, una vez aprobado el convenio, su contenido afectará al crédito en la parte no cubierta por el valor de la garantía; solo por el resto, cubierto por el valor de la garantía, el acreedor podrá continuar o iniciar la ejecución separada siempre y cuando no se vea arrastrado por una mayoría suficiente de acreedores de su misma clase que votaron a favor del convenio (art. 134.3 LC). De esta manera, en sede de cumplimiento de convenio, aunque de la ejecución resulte cantidad suficiente para cubrir el importe del crédito, el acreedor solo podría hacer suyo el montante correspondiente al valor de la garantía, que es la parte por la que habrá de despacharse ejecución, pues el resto del crédito clasificado según su naturaleza (ordinario o subordinado, según corresponda) queda sujeto al convenio aprobado<sup>23</sup>.

Frente a ello, el recorte del privilegio impuesto por el valor de la garantía parece quedar sin efecto en dos casos: en primer lugar, cuando, incumplido el convenio, el acreedor con privilegio especial, que quedó vinculado al convenio y se ha visto afectado por el incumplimiento, reanude o inicie la ejecución separada de la garantía. En tales circunstancias, podrá hacer suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la *deuda originaria* (art. 140.4). Y, en segundo lugar, en un escenario de liquidación, cuando se ejecute el bien para pagar al acreedor. Conforme a las reglas previstas para el pago, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la *deuda originaria* (art. 155.5 LC). Por tanto, si la garantía se ejecuta separadamente tras el incumplimiento del convenio o en un escenario de liquidación, el acreedor puede obtener el importe de la deuda originaria.

Pero, la normativa plantea muchos interrogantes, ya que, por un lado, las reglas del artículo 155 de la Ley Concursal, relativas al pago de los créditos con privilegio especial, rigen cualquiera que sea la fase del concurso y, por otro, habrá que determinar el alcance de lo que se entiende por *deuda originaria*<sup>24</sup>.

Con arreglo a la literalidad de la norma, la regla general es que el pago de los créditos con privilegio especial habrá de hacerse con cargo a los bienes y derechos afectos, *ya sean objeto de ejecución separada o colectiva* (art. 155.1). Sin embargo, es posible el pago sin realización de los bienes y derechos afectos. La ley faculta para ello al administrador concursal que, en tanto no transcurran los plazos de paralización de la acción ejecutiva del acreedor garantizado (art. 56.1 LC), podrá optar por atender el pago del crédito con cargo a la masa. En este supuesto, la obligación de pago que asume el administrador concursal vendrá limitada por el «valor de la garantía». Solo cuando el administrador concursal incumpla esa obligación de pago, «se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado 5», esto es, «en cantidad que no exceda de la deuda originaria» (art. 155.2). En todos los demás casos, cuando se realicen los bienes dentro del concurso, habrá que tomar en consideración dos reglas: por la primera, cuando la enajenación del bien se haga con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, el crédito se excluirá de la masa pasiva. Y si la enajenación del bien o derecho se hace sin subsistencia del gravamen y sin subrogación del adquirente en la obligación del deudor, lo que se obtenga con la enajenación deberá destinarse al pago del privilegio especial «conforme a lo dispuesto en el apartado 5», esto es, «en cantidad que no exceda de la deuda originaria» (art. 155.3). La segunda regla establece, con carácter general, que el mecanismo para realizar los bienes y derechos afectos será, «en cualquier estado del concurso», la subasta pública. No obstante, parece que habrán de diferenciarse dos supuestos: si la *enajenación* se hace *dentro del convenio*, el juez podrá autorizar la venta directa o la cesión del bien en pago o para pago al acreedor privilegiado o a la persona que este designe, «siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda». En cambio, si la *enajenación* del bien se hace *fuera del convenio* será preciso que el oferente satisfaga un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifiesten expresamente que aceptan un precio inferior (art. 155.4 LC)<sup>25</sup>.

Por otro lado, habrá que tomar en consideración que, cuando el bien afecto al crédito con privilegio especial estuviese incluido en un establecimiento, explotación y cualesquiera otras unidades productivas pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, la ley prevé unas reglas específicas de liquidación (art. 149.2-II LC). En esas previsiones legales, el valor de referencia es el valor de la garantía y no el montante de la deuda originaria<sup>26</sup>.

Finalmente, la norma aclara —aunque más parece que enturbia— que «*en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo*, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización del crédito en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso». Ante esta disposición, no plantea problemas el supuesto en el que el juez autoriza la enajenación del bien o derecho con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la posición del deudor, dado que el resultado es la exclusión del crédito de la masa pasiva. Asimismo, en relación con el supuesto en el que el administrador concursal opta por atender el pago con cargo a la masa y sin realización del bien o derecho afecto, donde, además, el valor de referencia es el *valor de la garantía*, solo se aplicará lo previsto en ese apartado 5 cuando la administración concursal incumpla su obligación de pago, dado que solo entonces

se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer el crédito con privilegio especial. Sin embargo, en los demás casos de realización de bienes afectos a créditos con privilegio especial en los que el bien se vende libre de gravamen, ante la generalidad de la norma, se plantean diversos interrogantes: ¿en todos los casos en los que el bien se realice podrá el acreedor privilegiado hacer suyo el montante obtenido hasta el límite de la deuda originaria? ¿tanto si el bien es objeto de ejecución separada o colectiva y tanto si se realiza dentro como fuera de convenio? Hay que tener presente que, cuando el bien se realice dentro del convenio, el juez solo admitirá un procedimiento distinto a la subasta (venta directa o cesión en pago o para pago) «cuando quede completamente satisfecho el privilegio especial». Y si el bien se realiza fuera de convenio, la norma requiere que las enajenaciones «se efectúen a valor de mercado según tasación oficial realizada por entidad homologada», teniendo en cuenta que solo podrá satisfacerse un precio inferior al mínimo pactado cuando expresamente se acepte por el acreedor privilegiado.

Si partimos de la limitación del privilegio al «valor de la garantía», cuando el bien se realiza dentro del convenio por el procedimiento de subasta y lo obtenido en la subasta alcance a pagar la totalidad del crédito, ¿podrá el acreedor hacerse con todo el importe de la deuda originaria o vendrá limitado por el alcance del valor de la garantía? Y si se hubiera autorizado la venta directa o la cesión en pago o para pago ¿cuándo debe considerarse completamente satisfecho el privilegio especial? ¿cuando el importe cubierto alcanza el límite del valor de la garantía o solo cuando alcanza la deuda originaria? Y, cuando la enajenación del bien se haga fuera de convenio, ¿el acreedor podrá hacer suyo el montante en cantidad que exceda del valor de la garantía y con el límite de la deuda originaria o solo podrá cobrar con arreglo al valor de la garantía previsto en la lista de acreedores? ¿podrá hacerse con el montante de la ejecución hasta satisfacer la deuda originaria solo cuando la ejecución sea individual y se lleve a cabo en procedimiento separado o también podrá hacerlo cuando se trate de una ejecución colectiva en sede de liquidación concursal? A estos efectos, es preciso considerar que, en caso de incumplimiento del convenio, el acreedor con privilegio especial vinculado por el convenio y afectado por el incumplimiento, *con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación*, podrá iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía y hacer suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria. ¿Podría aplicarse esta norma a todos los casos de ejecución separada de la garantía? De ser así, en todos los supuestos de ejecución separada de la garantía, y con independencia del valor que se asigne a la garantía en la lista de acreedores, el acreedor ejecutante podría hacer suyo el montante obtenido en la subasta y satisfacer la totalidad de su crédito.

## 2. LAS SOLUCIONES DE LA DOCTRINA Y DE LOS TRIBUNALES

En un principio, los jueces de lo mercantil mantuvieron una *concepción* que podríamos llamar *absoluta*, pues consideraron que el derecho de apropiación del acreedor privilegiado especial se concretaba en la absoluta y exclusiva preferencia de cobro por el valor de la garantía, calculada conforme al artículo 94.5 de la Ley Concursal, y no por más. Y que tal limitación, «en aras de la conjugación de los intereses colectivos comprometidos en el concurso, opera durante toda la pendencia del procedimiento de insolvencia, hasta su archivo». Lo satisfecho

al acreedor privilegiado debía ser el valor de la garantía y no más, en cuanto se trataba de un acreedor concursal concurrente reconocido en el procedimiento por el valor de la garantía, condición que no pierde porque goce de la facultad procesal de ejecutar separadamente. De hecho, la previsión de que en caso de incumplimiento del convenio el acreedor pudiera obtener el resultante de la ejecución hasta el máximo de su crédito (art. 140.4-II LC), aún por encima del valor de la garantía, se veía como un argumento a favor de esta tesis, ya que el legislador restringía esa posibilidad al caso concreto del incumplimiento del convenio que afecta al acreedor privilegiado al que se extendieron los efectos del convenio posteriormente incumplido, de manera que esa solución concurriría «en este caso» y no sería aplicable a otros casos, lo que justificaría la disposición específica. Se apuntaba también que esa misma limitación del derecho del acreedor privilegiado al valor de la garantía opera en los supuestos en los que el bien gravado está incluido en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto<sup>27</sup>.

Frente a esta interpretación inicial, en los mismos juzgados mercantiles, se abre paso una *concepción* que consideramos *relativa*, en cuanto atribuye al valor de la garantía un alcance limitado dentro de las normas que regulan la calificación de los créditos en la lista de acreedores, de modo que, su eficacia no podría extrapolarse a las situaciones en las que lo obtenido de la realización del bien permita satisfacer la parte del crédito garantizado no cubierta por el valor de la garantía, tanto en caso de ejecución separada como colectiva. Con arreglo a estas decisiones judiciales, las reglas legales para la calificación del crédito privilegiado especial deben limitarse a la formación de la masa pasiva concursal en los informes provisional y definitivo<sup>28</sup>.

Ahora bien, algunos tribunales aún mantienen una *concepción intermedia* según la cual el límite del privilegio al valor de la garantía no se aplicaría a los supuestos de realización del bien fuera del procedimiento de ejecución colectiva, de modo que, el artículo 155.5 de la Ley Concursal, que permite al acreedor hacer suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, no se aplica cuando el bien o derecho afecto se realiza dentro del concurso, ya sea dentro del convenio o en sede de liquidación. Solo en caso de ejecución separada —o singular— puede el acreedor hacer suyo el montante resultante de la realización del bien en cantidad que no exceda de la deuda originaria. En otro caso, esto es, cuando el bien se realiza dentro del procedimiento concursal, el límite del privilegio viene determinado por el valor de la garantía<sup>29</sup>.

La doctrina, por su parte, ha venido entendiendo de forma generalizada que, aunque el privilegio del acreedor no se extiende al valor del bien objeto de la garantía, sino al valor razonable que pudiera alcanzar dicho bien, determinado conforme a las reglas del artículo 94.5 en relación con el artículo 90.3 de la Ley Concursal, esa limitación resulta justificada en el caso de la tramitación y aprobación de un convenio, «pues ante la ausencia de realización del bien, es necesario determinar qué parte del crédito garantizado está beneficiado por el derecho de abstención». Además, al limitar el privilegio al valor de la garantía se pone fin al problema de las sobregarantías y al obstáculo que suponen a la hora de lograr un convenio. Sin embargo, no resulta justificado, atendiendo a la finalidad perseguida por la norma, «que la declaración de concurso suponga una modificación del derecho del acreedor hipotecario, que le permite hacerse pago con lo obtenido por la enajenación del bien (art. 1858 del CC), quedando reducido ese derecho al valor razonable del bien, en lugar del valor efectivamente

obtenido». Por tanto, junto al valor de la garantía calculado conforme al artículo 94.5 de la Ley Concursal, y que determina la extensión del privilegio especial, se mantiene un derecho residual del acreedor garantizado —en el supuesto de ejecución de la garantía— a percibir de la cantidad obtenida por la realización del bien el importe total del crédito para cuya satisfacción se hubiera constituido la garantía y que estuviese pendiente de pago en ese momento. Ese derecho residual vendría reconocido en el párrafo segundo del artículo 140.4 de la Ley Concursal, introducido por el Real Decreto-ley 11/2014, pues aunque el precepto contemple un caso concreto, el del acreedor con privilegio especial afectado por el incumplimiento del convenio concursal al que quedó vinculado, no existirían motivos para hacer de peor condición al acreedor hipotecario que, al amparo del artículo 57 de la Ley Concursal, inicie o reanude la ejecución de la garantía real con arreglo al artículo 56, o bien reanude la ejecución una vez abierta la fase de liquidación. De hecho, la inclusión de esta previsión en sede de incumplimiento del convenio reforzaría esta interpretación, pues la valoración de la garantía tendría relevancia de cara a la consecución del acuerdo y para delimitar la extensión subjetiva del convenio concursal, pero, una vez que desaparece la posibilidad de solución convenida, carecería de sentido limitar el derecho del acreedor con privilegio especial, con independencia de que el convenio se haya visto frustrado por incumplimiento, por no alcanzar las mayorías necesarias para su aprobación o por no presentarse una propuesta válida<sup>30</sup>.

En definitiva, conforme a la *concepción* que hemos considerado *relativa*, mayoritaria en la doctrina y ampliamente respaldada por los tribunales, cuando se realice el bien y se proceda al pago del crédito con privilegio especial, el acreedor tiene derecho a percibir lo que pudiera obtenerse de la ejecución, tanto separada como colectiva, hasta el límite del crédito. La «deuda originaria» referida en el artículo 155.5 de la Ley Concursal no puede entenderse limitada solo a la parte del crédito a que alcanza el valor de la garantía, es decir, a la parte del crédito que abarca el privilegio especial, a no ser que se trate de alguna de las excepciones legalmente previstas, esto es, estemos ante bienes o derechos incluidos en un establecimiento, explotación o unidad productiva que se enajenen en conjunto, o la administración concursal haya optado por atender el pago del crédito con cargo a la masa y sin realización del bien o derecho afecto. Por tanto, la determinación del valor de la garantía como límite del privilegio especial tiene un alcance limitado a la clasificación del crédito y su inclusión en la lista de acreedores, esto es, a efectos del pasivo a considerar para la constitución de la junta de acreedores y la determinación de las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio o de las mayorías de arrastre de los privilegiados, y no limita la capacidad de recobro sobre las resultas de una eventual ejecución del bien hipotecado o pignorado.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Conforme a las reglas de valoración de las garantías previstas en la Ley Concursal, solo se reconocerá el crédito como privilegiado especial por la parte cubierta por el «valor de la garantía», el resto del crédito que exceda de ese valor se clasificará como ordinario o subordinado, según su naturaleza. Ello supone limitar el privilegio al «valor razonable» del bien o derecho calculado con arreglo a la normativa, menos un diez por ciento en concepto de gastos de ejecución y deducidos también los créditos preferentes con garantía sobre el mismo bien.

II. No obstante, la normativa no es clara en cuanto a la concreción del ámbito de aplicación de las reglas de valoración de las garantías. Por un lado, y con carácter general, en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial prevé que el acreedor haga suyo lo obtenido con la ejecución hasta el límite de la «deuda originaria». Por otro, el acreedor con privilegio especial verá limitado su derecho de recobro al «valor de la garantía» cuando el bien o derecho integre una unidad productiva objeto de transmisión y cuando la administración concursal hubiera optado por atender el pago del crédito con cargo a la masa y sin realización del bien o derecho.

III. La tesis mayoritaria en la doctrina y en los tribunales considera que, fuera de los supuestos concretos previstos en la ley, las reglas de valoración de las garantías afectas al pago de créditos con privilegio especial solo desplegarían su eficacia a la hora de determinar la masa pasiva concursal. Por tanto, en caso de ejecución del bien o derecho para hacer frente al pago del crédito con privilegio especial, la norma general es que el acreedor privilegiado tiene derecho a hacer suya toda la cantidad resultante de la ejecución hasta el límite de la «deuda originaria».

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### 1. AUDIENCIAS

- SAP Madrid, de 3 de mayo de 2016.
- AAP Alicante, de 18 de noviembre de 2016.
- AAP Oviedo, de 23 de diciembre de 2016.
- AAP Murcia, de 20 de julio y 3 de octubre de 2017
- AAP Burgos, de 31 de octubre de 2017
- SAP Valencia, de 8 de noviembre de 2017.
- AAP Barcelona (15.<sup>a</sup>), de 23 de abril, 15 de mayo y 2 de julio de 2018.

### 2. JUZGADOS

- SSJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo y 13 de octubre de 2015.
- AJM núm. 2 de Palma de Mallorca, de 26 de octubre de 2015.
- SSJM núm. 1 de Burgos, de 26 y 29 de octubre 2015.
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 3 de noviembre de 2015.
- SJM núm. 2 de Málaga, de 2 de junio de 2016.
- SJM núm. 2 de Sevilla, de 6 de septiembre de 2016.
- AJM núm. 1 de Córdoba, de 30 de septiembre de 2016.
- AJM núm. 1 de Oviedo, de 31 de octubre de 2016.
- SJ 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Albacete, de 23 de diciembre de 2016.
- SJM núm. 1 de Burgos, 3 de abril de 2017.
- SSJM núm. 1 de Oviedo, de 24 de mayo y 20 de diciembre de 2017.
- AAJM núm. 2 de Pontevedra, de 29 de septiembre de 2017 y 6 de febrero de 2018.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN/ROJO. (2018). La masa pasiva del concurso de acreedores. En: Menéndez/Rojo, *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II. Pamplona: Civitas (543-555).

- CABANAS TREJO, R. (2015). La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. *Diario La Ley*, semanal 139, 28-31.
- CARRASCO, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Pamplona: Aranzadi.
- (2014). Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014. *Análisis GA&P*, en [www.atevalinforma.com/archivos/a809\\_IG\\_ReformaConcursal.pdf](http://www.atevalinforma.com/archivos/a809_IG_ReformaConcursal.pdf).
- (2014). Observaciones a algunas de las propuestas formuladas por los jueces de lo mercantil de Madrid en el Acuerdo de 7 y 21 de noviembre, sobre interpretación de las recientes reformas concursales. *Análisis GA&P*.
- DÍAZ MORENO, A. (2018). Efectos, cumplimiento e incumplimiento del convenio. En: Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia. Pamplona: Civitas. (281-316).
- FRIGOLA I RIERA, A. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2012). Garantías reales. En: Beltrán/García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II. Pamplona: Aranzadi. (1627-1650).
- (2012). Privilegios especiales. En: Beltrán/García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II. Pamplona: Aranzadi. (2401-2407).
- (2018). La masa pasiva. En: Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia. Pamplona: Civitas. (239- 264).
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- GARRIDO, J.M. (2000). *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas.
- (2004). Comentario al artículo 90. En: Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas. (1606-1634).
- (2004). Comentario al artículo 134. En: Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas. (2221-2233).
- (2004). Comentario al artículo 155. En: Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas. (2441-2464).
- NIETO DELGADO, C. (2014). Reformas de 2014 y criterios de los jueces mercantiles de Madrid. *Iuris&Lex*, núm. 124, 27.
- PAU, A. (2015). El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 11-20.
- PULGAR (2014). Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas. *Diario La Ley*, semanal 103. 1-14.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- SOLER PASCUAL, L. A. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- THOMAS PUIG, P. (2016). El crédito con garantía real en el concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 291-305.



- VALENCIA GARCÍA, F. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- VEIGA, A. (2017). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Pamplona: Civitas.
- VELEIRO REBOREDO, B. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.
- YÁÑEZ, J. (2014). El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4363/documento/art02.pdf>.

## NOTAS

<sup>1</sup> La Ley utiliza el término privilegios para referirse a todas las manifestaciones de la tutela preferente del crédito y, aunque se trate de una terminología consolidada, no es exacta, dado que una garantía real como la hipoteca no es en puridad un privilegio. Mientras que el privilegio es una causa de preferencia de origen legal, la garantía tiene un origen convencional, v., por todos, GARRIDO, J.M. (2000). *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas, 320 y sigs., y 376 y sigs.; VEIGA, A. (2017). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Pamplona: Civitas, 708 a 736.

<sup>2</sup> En este sentido puede afirmarse que la única hipoteca relevante a efectos de la clasificación de créditos es la constituida por el deudor sobre bienes afectos a la masa activa del concurso, v. GARRIDO, J. M. (2004). Comentario al artículo 90. En: Rojo/Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, 1613 y 1602 y 1603. Este autor llama la atención sobre el hecho de que se vincule necesariamente la existencia del privilegio especial a la existencia de un derecho real sobre un determinado bien o derecho, como sucede, típicamente, con las garantías reales, y considera que sería posible que puedan existir privilegios especiales que no confieran derecho real alguno, v., *ibid.*, 1602.

<sup>3</sup> El concepto de acreedor con garantía real y el concepto de acreedor con privilegio especial no son coincidentes, si bien, en caso de concurrencia con otros acreedores, el acreedor con garantía real dispone de una preferencia o privilegio, de modo que los bienes afectos a la garantía se sujetan con prelación a otros acreedores al pago de la deuda garantizada, v. GARCÍA VICENTE, J. R. (2012). Garantías reales. En: Beltrán/García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II. Pamplona: Aranzadi, p.1628. Y ello con independencia de que la Ley Concursal atribuya a la reserva de dominio, a las condiciones resolutorias explícitas inscritas y al contrato de arrendamiento financiero un régimen jurídico semejante a las garantías reales debido a su equivalencia funcional, incluyéndolos entre los créditos con privilegio especial.

Hay que tener presente que, el Derecho privado español carece de un concepto técnico de privilegio especial y de garantía real, v., al respecto, CARRASCO, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Pamplona: Aranzadi, 87, y GARCÍA VICENTE, J. R., *ibid.*, 1629.

<sup>4</sup> El preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014, que introduce esta disposición en la Ley Concursal, explicaba que se trataba de incluir «simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio», sin cuestionar el derecho principal, sino clarificando «qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no».

<sup>5</sup> En el caso de *viviendas terminadas*, la regulación establece que el informe «podrá sustituirse por una valoración actualizada siempre que, entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración».

En el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considerase representativa, podrá

actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años».

Cuando la *garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes*, «se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla prevista en el primer párrafo de este apartado, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente». Y «[E]n caso de *garantía constituida en proindiviso* a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso».

<sup>6</sup> Como afirma GARCÍA VICENTE (2018), «el privilegio especial tiene el alcance que resulte de la diferencia entre el valor razonable del bien o derecho afecto y las deducciones que impone la ley». El primero, el valor razonable, depende, como hemos visto, del tipo de bien o derecho afecto al privilegio, es susceptible de modificarse si concurren determinadas circunstancias previstas en la ley, y su determinación exige una tarea distinta de la prevista en general para el avalúo de los bienes, que impone el criterio del valor de mercado (art. 82.3 LC). El segundo de los factores, las deducciones legales, comprenden: una deducción de carácter necesario, que consiste en el diez por ciento del valor razonable (en concepto de costes y gastos de ejecución). De ahí el cálculo sobre los nueve décimos del valor razonable. Y otra deducción de carácter contingente, referida a los créditos preferentes sobre el mismo bien, v. La masa pasiva. En: Rojo/Campuzano (dirs.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia. Pamplona: Civitas, 255 y 256.

El preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014 señalaba que resulta «difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que esta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje».

En definitiva, para determinar la cuantía de un determinado crédito con garantía hay que atender esencialmente a dos parámetros: el valor del bien o derecho y la cuantía de los créditos garantizados preferentes, v. BELTRÁN/ROJO. (2018). La masa pasiva del concurso de acreedores. En: Menéndez/Rojo, *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II. Pamplona: Civitas, 549 y 550; y PAU, A. (2015). El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 15 a 19.

<sup>7</sup> Por ello se consideran acreedores potestativamente afectados por el convenio, «en el sentido de que esa afectación depende única y exclusivamente de la voluntad del titular de esos créditos» (art. 134.2 LC), v. GARRIDO, J.M. (2004). Comentario al artículo 134. En: Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, *ob. cit.*, 2225 y 2226. Y se les atribuye también la condición de acreedores «inmunes o resistentes al concurso», v. GARCÍA VICENTE, J. R. (2012). Privilegios especiales. En: Beltrán/García-Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, *ob. cit.*, 2407.

<sup>8</sup> V. GARRIDO, J.M. (2004), Comentario al artículo 134. En: Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, *ob. cit.*, 2230.

<sup>9</sup> Desde esta perspectiva, el sistema de valoración de garantías vigente no parece introducir nada nuevo. CARRASCO (2014) considera que la operación de avalúo que exige el artículo 90.3 ya se venía haciendo y que la norma resulta superflua. Por ello afirma: «[U]na cosa es que un crédito esté dotado de «garantía real» y otra que sea un crédito privilegiado. Para lo segundo siempre fue preciso que el valor de la garantía cubriera el crédito en determinada medida, y en esa medida sola el crédito era privilegiado», v. Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014. *Análisis GA&P*, 1, en [www.atevalinforma.com/archivos/a809\\_IG\\_ReformaConcursal.pdf](http://www.atevalinforma.com/archivos/a809_IG_ReformaConcursal.pdf). La novedad se encontraría, por tanto, en la deducción del 10% en concepto de gastos y costes de ejecución que «no podrá aplicarse a

aquellas garantías que sean absolutamente líquidas y que solo sufran costes despreciables en ejecución». Más adelante, el mismo autor confirma que se trata de una «invención innecesaria del legislador concursal de 2014», v. Observaciones a algunas de las propuestas formuladas por los jueces de lo mercantil de Madrid en el Acuerdo de 7 y 21 de noviembre, sobre interpretación de las recientes reformas concursales, en *Análisis GA&P*, 9. Y es que parece claro que, en caso de ejecución del bien, el acreedor cobrará en la medida del valor del bien, por lo que, si el bien no alcanza a cubrir todo el crédito, el resto no satisfecho no mantendrá ningún privilegio. Asimismo, en caso de que sobre un mismo bien concurren varios acreedores con garantía, el pago se realizará conforme a la prioridad que resulte de la aplicación de las reglas de oponibilidad de cada derecho real preferente que concorra sobre el bien, de modo que, solo el de mayor preferencia alcanzará el cobro, y los demás perderán el privilegio. Por ello, la cuestión del alcance del valor de la garantía habitualmente se reduce a los gastos de ejecución y a si el acreedor debe soportar, en todo caso, una quita del 10% en ese concepto.

PULGAR (2014), por su parte, considera que «[C]on estos criterios de valoración se persigue resolver uno de los grandes problemas que se plantean en los concursos de acreedores, que es el tema de las infragarantías y la superposición de garantías, que en ocasiones han permitido a determinados acreedores detentar posiciones preeminentes en el concurso sin base técnica en la que justificar el privilegio», v. Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas. *Diario La Ley*, semanal 103, 9. En este sentido, se ha señalado que los efectos de este sistema de valoración pueden conducir a que el acreedor sin perder la garantía pierda su condición privilegiada dentro del procedimiento concursal. Así, en el caso de que el valor de la garantía solo cubra el primer crédito privilegiado con garantía preferente y no alcance a cubrir las demás deudas pendientes que gocen de garantía preferente. Esos créditos a los que no alcanza el valor de la garantía pierden su condición privilegiada a efectos de calificación y de convenio. V. PAU, A. (2015). El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, *ob. cit.*, 18.

<sup>10</sup> V. GARRIDO, J.M. (2004). Comentario al artículo 155. En: Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, *ob. cit.*, 2443.

<sup>11</sup> En el supuesto de que el bien o derecho objeto del privilegio especial sea insuficiente para dar satisfacción íntegra al crédito privilegiado, se pone de relieve la ausencia en la Ley Concursal de una norma sobre imputación de los pagos, que establezca cómo proceder a la hora de atribuir el producto de la ejecución del bien, ya que los intereses correspondientes a los créditos con garantía real se siguen devengando y serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Estos intereses no se subordinan y la preferencia especial se extiende no solo al principal del crédito, sino también a los intereses (arts. 59.1 y 92-3.º LC). Por tanto, y de acuerdo con las normas que rigen la imputación de créditos fuera del concurso (art. 1173 CC), parece que el producto de la ejecución del bien habrá de destinarse primero al pago de intereses y, posteriormente, al principal del crédito, v. GARRIDO, J.M. (2004). Comentario al artículo 155. En: Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, *ob. cit.*, 2445. Ahora bien, cuando lo obtenido con la ejecución del bien no alcance a cubrir el importe de los intereses, el acreedor mantendrá un crédito subordinado frente al concurso (art. 92-3.º LC).

<sup>12</sup> Nuevamente, la referencia a GARRIDO es obligada, v. Comentario al artículo 155. En: Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, *ob. cit.*, 2444.

<sup>13</sup> Por un lado, el 60 por ciento si la propuesta de convenio contiene quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. Por otro, el 75 por ciento si la propuesta de convenio contiene esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez, quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo, o bien se trate del resto de contenidos posibles previstos en el artículo 100.

La norma específica que, en el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el *valor total* de las garantías otorgadas dentro de cada clase (art. 134.3 en relación con el art. 124.1 LC). Ese *valor total* de las garantías parece referirse al total del valor de las garantías determinado conforme a las reglas previstas legalmente, esto es, el valor que se determina a partir del valor razonable del bien al que se aplican las deducciones establecidas en la Ley por los gastos de ejecución y los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, v. DÍAZ MORENO, A. (2018). Efectos, cumplimiento e incumplimiento del convenio. En: Rojo/Campuzano (dirs.), Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia, *ob. cit.*, 299, núm. 28.

<sup>14</sup> En el preámbulo de la Ley 9/2015, se manifiesta: «Y finalmente se introduce una previsión novedosa (nuevo artículo 134.3), que también tiene precedente en la Ley 17/2014, sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Aunque para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez en nuestro ámbito concursal esta consideración que ya tiene precedentes en derecho comparado y en los acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros. Para ello se distinguen cuatro clases de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso. En primer lugar, los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales).

La decisión adoptada por las mayorías cualificadas exigidas puede verse como un sacrificio del acreedor que se ve arrastrado, lo cual es cierto, pero también desde un punto de vista positivo como un menor sacrificio del resto de acreedores que acuerdan el arrastre. Lo amplio de las mayorías cualificadas exigidas implica necesariamente que se trate de acuerdos fundamentados y acordes con la realidad del concursado y de sus acreedores. Piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores, según los casos, acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor parte posible del crédito pendiente, dichas medidas habrán de ser tanto más duras si el 40 o 25 por ciento restante de los acreedores, respectivamente, no resultan vinculados por el acuerdo mayoritario. Parece que lo cualificado de las mayorías y el hecho de que cada uno acordara para sí mismo el menor de los sacrificios posibles es garantía suficiente de que los acuerdos no se adoptarán con la finalidad de lesionar los intereses de estos acreedores. Esta imposibilidad de lesión se ve reforzada por el establecimiento de las cuatro clases de acreedores antes citadas de manera que en ningún caso podrán imaginarse concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o los públicos que, por su naturaleza, merecen una especial tutela».

<sup>15</sup> Nos referimos a los artículos 90.3 y 94.5, respecto de los que los jueces han apuntado que han supuesto una auténtica revolución en la delimitación del concepto de garantía hipotecaria, «desprendiéndola de su natural vinculación a la propia legislación hipotecaria para generar un concepto de garantía propio y separado, de exclusiva aplicación al procedimiento concursal», v., entre otras, SJ 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Albacete, de 23.12.2016.

<sup>16</sup> El Preámbulo de la Ley 9/2015 argumenta: «[P]iénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse «ad infinitum» cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de «pars conditio creditorum» y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en

ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento».

Como se ha afirmado, este Preámbulo «es un compendio de errores que no debe cometer un legislador cuando expone las razones por las que legisla», v. GARCÍA VICENTE, J. R. (2018). La masa pasiva. En: Rojo/Campuzano (dirs.), Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia, *ob. cit.*, 257, núm. 15. El ejecutivo, que lleva a cabo esta iniciativa legislativa, adopta una posición defensiva al tratar de responder a las objeciones que pudieran aducirse frente a sus decisiones: «[T]ampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza»; o al afirmar que el sistema «parece no solo el más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales».

Sin embargo, una vez que se pone de manifiesto que las situaciones de superposición de garantías pueden constituir un obstáculo para alcanzar acuerdos preconcursales (recordemos que ya se habían introducido provisiones análogas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014, convalidado por la Ley 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial) o acuerdos concursales, y que en la normativa se especifica que esa valoración de las garantías se hace a los efectos de la clasificación de los créditos con privilegio especial (art. 94. 5 en relación con el 90.3) y que a esos «exclusivos efectos» se determina su valor razonable, no parecen necesarias muchas más «justificaciones».

Ya en el Preámbulo de la Ley 17/2014 se afirmaba: «[...] lo cierto es que no todos los acreedores con garantía real son de la misma condición. A veces tal circunstancia es un puro nominalismo, puesto que la garantía de la que se dispone es de un rango posterior a otras preferentes o puede recaer sobre un activo de muy escaso valor que cubre una pequeña parte de la deuda, o pueden producirse ambas situaciones simultáneamente. Lo relevante en consecuencia no es tanto realizar una distinción subjetiva, sino una distinción objetiva entre la parte de deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está, anticipando en cierta medida lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal. De este modo, el concepto determinante es el de valor real de la garantía que se define de forma simple en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta en esos términos totalmente coherentes con la realidad jurídica y económica de la referida garantía. A partir de ahí el tratamiento de la parte de créditos no cubiertos por la garantía es el mismo que se atribuye a los acreedores sin garantía real.

La segunda novedad consiste en dar mayor relevancia y nitidez a una distinción que ya está configurada jurídicamente: aquella que se produce entre obligación principal y obligación accesorial. A veces se difumina dicha distinción, lo cual conduce también a una imperfecta regulación de los acuerdos de refinanciación. Lo que ha ocurrido en el tráfico jurídico y económico es que, a pesar de ser una obligación accesorial, la garantía ha adquirido un valor hasta cierto punto abstraído de la obligación principal, debido a su progresiva espiritualización, a su intangibilidad y a la posibilidad de transmisión del objeto de la garantía sin merma de la misma. Pero no puede perderse de vista que la garantía lo es siempre de una obligación principal y que, aunque el valor de la segunda dependa, también y entre otros, del valor de la primera, cada una conserva su esencia y características propias. Por ello, si la deuda principal puede ser afectada en caso de no tener cobertura de garantía real por el acuerdo de una mayoría muy cualificada de otros acreedores, la deuda cubierta

con garantía real debe poder ser también afectada, siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas aún más elevadas pero computadas sobre el total de las garantías, es decir, por titulares de deuda garantizada que se encuentren en una situación similar a la del disidente o no participante en el acuerdo».

<sup>17</sup> En concreto, se modifica el artículo 140, relativo al incumplimiento del convenio concursal, para incluir en su apartado cuarto que «si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso».

En el Preámbulo de la Ley 9/2015 se indica que: «al igual que en el apartado 11 de la disposición adicional cuarta y con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía, se establece en el artículo 140 [...]. [H]ay que insistir en el hecho de que todas las medidas introducidas en esta Ley y en la Ley 17/2014, respecto al valor de las garantías tienen su efectividad en relación con el procedimiento concursal pero no implican alteración de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso».

<sup>18</sup> YÁÑEZ (2014) identifica tres interrogantes que plantea la reforma debida al Real Decreto-ley 11/2014: en primer lugar, el del alcance del artículo 90.3, esto es, si la limitación del privilegio al valor razonable de la garantía lo es a todos los efectos, «incluso cuando la realización del bien dentro del concurso genera un mayor importe». En segundo lugar, quién viene obligado a solicitar y costear los informes de valoración del bien o derecho; y, en tercer lugar, en qué momento ha de calcularse el valor de la garantía; v. El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4363/documento/art02.pdf>, 39.

<sup>19</sup> De manera semejante, en el ámbito preconcursal, para los acuerdos de refinanciación, el Real Decreto-ley 4/2014 y la Ley 17/2015 que lo convalida, «con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor», ya habían previsto una serie de «reglas especiales» de atribución del resultante de la ejecución al acreedor (v., disposición adicional 4.<sup>ª</sup>-11 LC). GARCÍA-VILLARRUBIA (2017), señala que a través de esta disposición se introduce en la Ley Concursal por primera vez la expresión «deuda originaria», para los casos de ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación. A juicio de este autor, la regulación resulta similar en contenido y finalidad, de modo que «las limitaciones introducidas sobre los créditos con garantía real se construyen a las situaciones expresamente contempladas por el legislador, en particular, respecto de la determinación del valor de las garantías a los efectos de establecer las mayorías necesarias para la extensión a los acreedores con garantía real disidentes de los efectos de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Fuera de ese ámbito, en un escenario de realización de los bienes afectos, no opera la limitación», v. El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>.

Conviene tener presente que el texto del apartado 5 del artículo 155 procede de la Enmienda 180, debida al Grupo Parlamentario Popular, que «[S]e propone aclarar las dudas surgidas sobre la posibilidad o no del acreedor de apoderarse de la totalidad del importe obtenido en la ejecución del bien o solo el valor de la garantía»; y que explica que, «en caso de ejecución de garantías durante la tramitación del procedimiento concursal, el acreedor podrá hacer suyo hasta el importe máximo garantizado de su crédito».

<sup>20</sup> Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014 se cuestiona quién debía aportar los informes de valoración. En las «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014» se considera que el acreedor privilegiado tiene la carga, dentro de su deber de comunicación del crédito, de aportar el correspondiente informe, de modo que, la omisión

de esta carga «impide a la administración concursal dar valor a la garantía y con ello al privilegio especial». La consecuencia, por tanto, de la falta de informe sería que «el valor del crédito privilegiado debe estimarse que equivale a cero», por lo que habría que reconocer la totalidad del crédito según su naturaleza (ordinario el principal y subordinado los intereses). En cambio, «cuando el acreedor comunique su crédito, con la debida aportación de los documentos que acrediten la valoración de la garantía por los métodos admitidos en el artículo 94.5 de la Ley Concursal, la administración concursal deberá reconocer el privilegio especial por ese valor acreditado, salvo que disponga en el concurso de otros documentos que también se ajusten a las exigencias de ese artículo 94.5, costeados por dicha administración concursal o por terceros, que arrojen un resultado distinto, en cuyo caso deberá bajo su responsabilidad elegir la tasación que le ofrezca mayores garantías». En caso de alteración posterior de las circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, el nuevo informe de experto independiente podía ser aportado por cualquiera de las partes interesadas, ya fuera el acreedor privilegiado especial —si la variación de valor es al alza—, otros acreedores o el deudor —si la variación de valor es a la baja—, o la propia administración concursal, si está en condiciones de costear dicho gasto en el concurso, v. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34, 546 a 548. En defensa de esta interpretación, v. NIETO DELGADO, C. (2014). Reformas de 2014 y criterios de los jueces mercantiles de Madrid. *Iuris&Lex*, núm. 124, 27.

Frente a esta concepción, se entendía, sin embargo, «que a través de una interpretación sistemática de la Ley Concursal podemos llegar a la conclusión de que se trata de una obligación de la administración concursal con cargo a la masa». Por un lado, la Ley Concursal no impone en ningún precepto al acreedor garantizado acompañar la comunicación del crédito de ningún informe de valoración del bien, aunque, especialmente en el caso de los inmuebles, siempre se podrá acompañar la correspondiente tasación efectuada en relación con el préstamo hipotecario. Por otro, «y tal y como resulta de la ubicación sistemática del artículo 94.5, la valoración de la garantía se realiza en el informe de la administración concursal, que ha de proceder no solo al reconocimiento, sino igualmente a la clasificación del crédito», v. YÁÑEZ, J. (2014). El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante, *ob. cit.*, 40 y 41; también, PULGAR, J. (2014). Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas, *ob. cit.*, 9. Este último criterio es el que se adopta con la reforma debida al Real Decreto-ley 1/2015.

Otra cuestión que la reforma no aclara es el momento al que debía atenderse para calcular el valor de la garantía. Los autores entienden que, en cuanto la determinación de la masa pasiva se realiza al momento de la declaración de concurso, ese debía ser el momento relevante para calcular el valor de la garantía, «sin que se debieran tener en cuenta las modificaciones posteriores, salvo supuestos excepcionales, en los que se diese una fluctuación del valor de la garantía de tal envergadura que debiera tener reflejo en la lista de acreedores, para evitar una imagen distorsionada del valor del privilegio», v. YÁÑEZ, J., *ibid.*, 41. En las conclusiones citadas de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014, se afirmaba también que cuando se alude a «las nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes» no se quiere hacer referencia a las fluctuaciones, a la baja o al alza, esperables de todo mercado de bienes por el transcurso del tiempo, incluso a veces de cuantía significativa, sino a «singularidades de carácter extraordinario que puedan alterar dichas valoraciones y que sobrevengan tras la emisión del informe de la administración concursal (por ejemplo, un cambio de calificación de un tipo de suelo, de rústico a urbanizable, la destrucción accidental de la edificación gravada o del vehículo sujeto a prenda, o circunstancias de alteración extraordinarias del valor de cotización de instrumentos financieros, como opas, etc.)», v., *ibid.*, 547; y PULGAR, J., *ibid.*

<sup>21</sup> V., *supra*, núm. 5; y las SSJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo (autos 872/2014) y 13 de octubre de 2015 (autos 549/2014). V., también, las SSJM núm. 1 de Burgos, de 26 de octubre de 2015 (autos 638/2014), 29 de octubre de 2015 (autos 311/2015) y 3 de abril de 2017 (autos 252/2016).

<sup>22</sup> Un ejemplo significativo del funcionamiento de esta deducción lo proporciona la *SJM núm. 1 de Oviedo, de 24 de mayo de 2017 (autos 38/2016)*, que, a partir de la clasificación del crédito derivado del IBI como un crédito con privilegio especial en cuanto dotado de una hipoteca legal tácita (art. 78 LGT), preferente respecto de cualquier otra hipoteca voluntaria que gravite sobre el bien, mantiene: que *en sede de clasificación de créditos* y a efectos del cálculo de la garantía para la cuantificación del importe del privilegio especial por la hipoteca voluntaria, la administración concursal debía deducir de los nueve décimos del valor razonable del inmueble la carga preferente del IBI; y, *en sede de liquidación*, con el producto obtenido por la venta del bien, la administración concursal deberá pagar, en primer lugar, el crédito privilegiado en concepto de IBI y luego las hipotecas voluntarias, hasta donde alcance (art. 155.3-II LC).

<sup>23</sup> Así lo entiende la *SJM núm. 1 de Oviedo, de 20 de diciembre de 2017 (autos 310/2015)*, donde se recoge que cuando la porción no cubierta lo sea por principal, el crédito por esa parte se degrada a ordinario, y si la porción no cubierta por el valor de la garantía corresponde a intereses será preciso diferenciar: los intereses preconcursales, que se subordinan (art. 92.3.º LC), y los postconcursales, que no han de incluirse en la lista de acreedores, pues en base al artículo 59 de la Ley Concursal seguirán devengándose y estarán amparados por la garantía. «Ahora bien, la postergación o «eliminación» de los intereses, según el caso, no es definitiva, pues solo opera si se aprueba y cumple un convenio; si este se incumple y/o se abre liquidación, el acreedor hipotecario recupera el derecho de cobro hasta el importe de la «deuda originaria» (cfr. arts. 140.4 y 155.5), por lo que si el valor obtenido en la realización no solo cubre el principal, sino que alcanza para los intereses, estos se pagan con cargo al bien afecto, al margen de la fecha de su devengo». No obstante, la norma no es clara, ya que entre los supuestos de realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en el artículo 155, se encuentra el de realización *en cualquier estado del concurso* y, en consecuencia, tanto dentro del convenio como fuera de convenio. En este sentido, cuando la realización se haga dentro del convenio, la norma dispone que, si el juez autoriza la venta directa o la cesión en pago o para pago quede completamente satisfecho el privilegio especial, y si la realización del bien se hace mediante subasta, el acreedor privilegiado podrá hacer suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria (art. 155.4 y 5 LC).

<sup>24</sup> V. El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>, *ob. cit.*

<sup>25</sup> En estos supuestos de realización fuera de convenio, tanto si se satisface un precio superior como si se acepta expresamente un precio inferior, parece que la norma requiere que «dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles» (art. 155.4-II LC).

<sup>26</sup> Concretamente, la norma diferencia dos supuestos: según que el bien se transmita sin subsistencia de la garantía o se transmita con subsistencia de la garantía y subrogación del adquirente en la obligación del deudor. En el primer supuesto, corresponderá al acreedor privilegiado «la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto al valor global de la empresa o unidad productiva transmitida». Si con el precio a percibir no se alcanzase el valor de la garantía será preciso que manifiesten su conformidad a la transmisión aquellos acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada y representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase. La parte del valor de la garantía no satisfecha se calificará según su naturaleza. En cambio, cuando el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

<sup>27</sup> V. «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014», *cit.*, 549 y 550. V. CARRASCO, A. (2014). Observaciones a algunas de las propuestas formuladas por los jueces de lo mercantil de Madrid en el Acuerdo de 7 y 21 de noviembre, sobre interpretación de las recientes reformas concursales, *ob. cit.*, 8 y 9. Como apunta GARCÍA-VILLARRUBIA,



esta solución es conforme con la literalidad de lo expresado tanto en el preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014, como en el preámbulo de la Ley 9/2015, cuando se afirma: «[T]éngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento». Dice el autor citado que, «[c]on ello parecía que se estaba apuntando a la extensión de la regla de valoración de la garantía a los escenarios de liquidación y/o realización singular del bien dado en garantía en cualquier otro momento del procedimiento concursal, lo que difícilmente podía considerarse compatible con la afirmación, formulada en el párrafo siguiente de la Exposición de Motivos, de que no podía «considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado», v. El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>, *ob. cit.* Los argumentos contradictorios solo son uno más de los problemas que presentan los preámbulos de estas normas, v., *supra*, núm. 16. No obstante, puede que no existiera realmente tal contradicción porque, en los preámbulos de ambas normas, la afirmación de que el acreedor recibe en todo caso el valor de la garantía se produce tras aludir a las deducciones relativas a otros créditos que gocen de prioridad sobre el mismo bien; deducciones que se aplican en todo caso de ejecución del bien y pago del crédito con privilegio especial, por lo que la cuestión se reconduce, en última instancia, a determinar si también cuando se ejecuta el bien para pagar al acreedor está justificada la deducción del diez por ciento, v., *supra*, núm. 9.

Con todo, hay que tener presente que estas conclusiones de los magistrados de Madrid son previas a la Ley 9/2015, que introduce el apartado 5 del artículo 155, v., *supra*, 5 y núm. 19. Como afirma el propio GARCÍA-VILLARRUBIA (2017), «el artículo 155.5 LC viene a solucionar una situación que podría calificarse de «despiste» del legislador; que introdujo las correspondientes previsiones en materia de acuerdos de refinanciación y convenio, para el caso de fracaso de estos, pero olvidó hacer referencia al resto de posibles escenarios que se pueden producir en un procedimiento concursal». Por tanto, la introducción del apartado 5 en el artículo 155 con la Ley 9/2015 tendría el carácter de reforma aclaratoria de alcance retroactivo, *ibid.*

En los tribunales, la SAP Valencia, de 8 de noviembre de 2017, (*Recurso 367/2017*; ponente M.<sup>a</sup> Filomena IBÁÑEZ SOLAZ), identifica un «principio de equilibrio» en el artículo 155.2 «que permite a la administración retener el bien y pagar el crédito contra la masa en función del valor de la garantía, pero no más. También el mismo principio se encuentra en el artículo 149 de la misma LC al disponer de las reglas de liquidación el derecho del acreedor privilegiado que se identifica con el valor de la garantía, pero no más. E igualmente cuando en el artículo 100 regula la propuesta del convenio y alude a la extinción del crédito por cesión en pago, ello se hace en función del valor calculado conforme al artículo 94. Tan solo cuando se incumple el convenio el artículo 140.4 párrafo segundo prevé la posibilidad de que el acreedor recupere todo el inicial valor de su crédito.

Conforme a lo anterior, cabe entender que, en el presente caso, CAJAMAR como titular de un crédito privilegiado, mantenía su privilegio sobre otros acreedores para cobrar su deuda con cargo al bien hipotecado, pero solo podía hacer suyo el importe en que se valoró la finca hipotecada, pero no uno mayor, correspondiendo el resto a la masa del concurso».

<sup>28</sup> «[f]ijando la norma el cómputo intra-concursal de tales créditos a los fines de una ordenada conformación del pasivo a efectos de una previsible junta de acreedores y del cómputo de votos; máxime cuando el Legislador de 2015 ha negado a tales calificaciones crediticias y cuantías surgidas de dichas reglas aritméticas de todo efecto sustantivo u obligacional, al mantener la eficacia real de la garantía de realización de valor más allá del “valor de la garantía” del artículo 94.5 L.Co., señalando en tal sentido en el artículo 155.5 L. Co. que “...[En] los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso...”», SSJM núm. 6 de Madrid, de 13 de octubre de 2015 (*autos 549/2014*). V., en apoyo de esta concepción las SAP Madrid, de 3 de

mayo de 2016, *SJM* núm. 2 de Sevilla, de 6 de septiembre de 2016, los *AJM* núm. 1 de Oviedo, de 31 de octubre de 2016, *AAP* Alicante, de 18 de noviembre de 2016 y el *AAP* Oviedo, de 23 de diciembre de 2016, (*Recurso* 51/2016; ponente: Javier ANTÓN GUIJARRO), citadas por GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal, *ob. cit.* En concreto, en la última resolución de la AP de Oviedo se dice: «el criterio del valor de la garantía —entendida como el resultante de la deducción de los de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía y de las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien— no resulta de aplicación en lo relativo a la realización de los bienes garantizados en la fase de liquidación por cuanto el acreedor privilegiado conserva su derecho a obtener el importe obtenido en la venta del bien con el único límite de la «deuda originaria»».

También, el *AAP* Burgos, de 31 de octubre de 2017, (*Recurso* 289/2017; Ponente: Ildefonso J. BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA) considera que: « (...) la administración concursal deberá confeccionar la lista de acreedores y reducir el importe de los créditos privilegiados a lo que resulte del valor razonable del bien y la superposición de garantías. Ahora bien, estas prevenciones tienen su sentido a la hora de confeccionar las mayorías para la aprobación de un convenio. En fase de liquidación o cuando el acreedor con privilegio especial ejercita su derecho de ejecución separada ya no tiene sentido que se limite su privilegio a lo que figure en la lista de acreedores. En tal caso opera lo dispuesto en el artículo 155.5 LC, o en el artículo 140.4, este en sede de ejecución separada por incumplimiento del convenio».

Recientemente, destacan los *AAAP* Barcelona, sección 15.ª, de 23 de abril de 2018 (*Recurso* 880/2017; ponente: Juan Francisco GARNICA MARTÍN); de 15 de mayo de 2018 (*Recurso* 1172/2017; ponente: José María RIBELLES ARELLANO); y de 2 de julio de 2018, (*Recurso* 878/2017; ponente: Luis RODRÍGUEZ VEGA), en los que al argumento sistemático se añade: «El valor razonable de la garantía no deja de ser una suma estimada, suma que en ningún caso puede prevalecer, en un escenario de liquidación, al valor real del bien afecto, que es aquel que resulta de la realización. Por otro lado, la «deuda originaria» con garantía real no queda consolidada con el reconocimiento del crédito privilegiado según el valor razonable de la garantía, sino que la Ley Concursal prevé en su artículo 59 que continúe devengando intereses «hasta donde alcance la respectiva garantía». Ese devengo de intereses, que modifica, incrementándola, la deuda inicialmente reconocida, casa mal con un crédito ajustado al valor razonable de la garantía».

Ningún sentido tendría, por otro lado, el distinto trato que merecería el crédito con privilegio especial según se realice en un proceso de ejecución separada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal o en el marco de la liquidación concursal. En el primer caso no estaría sujeto a límites, en tanto que, en el segundo, el crédito quedaría reducido al valor estimado de la garantía. La satisfacción del crédito concursal no puede depender del tipo de procedimiento seguido para la realización del bien afecto al privilegio». De acuerdo con esta interpretación, la Audiencia ordena que se modifique el plan de liquidación para hacer constar expresamente que el importe obtenido de la realización de los bienes afectos al privilegio especial se destinará a hacer efectivo el crédito privilegiado, sin otro límite que el de la propia garantía hipotecaria.

Asimismo, los *AAAP* Murcia, de 20 de julio y 3 de octubre de 2017 (ponente: Rafael FUENTES DEVESA).

<sup>29</sup> En este sentido, de la conexión entre el artículo 140.4 y el artículo 155.5, según un argumento de coherencia utilizado por el propio redactor de la norma —v., *supra*, 9—, dado que el primer precepto contempla un supuesto de ejecución separada del acreedor con privilegio especial que se vio vinculado por el convenio y afectado por su incumplimiento, los supuestos del artículo 155.5 habrían de limitarse también a los casos de ejecución separada del bien y no a la ejecución colectiva. Frente a esta interpretación, se alza contundente la opinión de SOLER PASCUAL, L. A. (2017). El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://elderecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>. En este mismo trabajo, GARCÍA-VILLARRUBIA cita algunas resoluciones judiciales que respaldarían esta concepción intermedia: *AJM* núm. 2 de Palma de Mallorca, de 26 de octubre de 2015, *AJM* núm. 3 de Barcelona, de 3 de noviembre de 2015, *AJM* núm. 1 de Córdoba, de 30 de septiembre de 2016 y la *SJM* núm. 2 de Málaga, de 2 de junio de 2016.

<sup>30</sup> V. YÁÑEZ, J. (2014). El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante, *ob. cit.*, 39 y 40. En opinión de este autor: «No podemos olvidar que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2014, por el que se modifican los preceptos ahora analizados, sitúa esa modificación en el ámbito del convenio concursal, a fin de evitar una multiplicación *ad infinitum* de los créditos privilegiados no coincidente con el valor del bien objeto de la garantía, pero no pretende que la declaración de concurso suponga una distribución entre el acreedor con garantía real y el resto de acreedores del riesgo de insolvencia del deudor; de forma que el primero asuma en beneficio de la masa una reducción del valor de esa garantía. Es más, la propia exposición de motivos señala literalmente que “De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico, sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales”. En este sentido, v. CARRASCO, A. (2014). Observaciones a algunas de las propuestas formuladas por los jueces de lo mercantil de Madrid en el Acuerdo de 7 y 21 de noviembre, sobre interpretación de las recientes reformas concursales, *ob. cit.*, 8 y 9; CABANAS TREJO, R. (2015). La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. *Diario La Ley*, semanal 139, 29; y THOMAS PUIG, P. (2016). El crédito con garantía real en el concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 291 a 305.

Mantienen también esta interpretación todos los autores que participan en la obra: El enigma del artículo 155.5 de la Ley Concursal. En: Pérez Benítez, J. J. (coord.), <https://el-derecho.com/el-enigma-del-articulo-155-5-de-la-ley-concursal>, FRIGOLA I RIERA, A., SOLER PASCUAL, L.A., GARCÍA-VILLARRUBIA, M., VALENCIA GARCÍA, F., VELEIRO REBORDO, B. y RONCERO SÁNCHEZ, A. Especialmente, RONCERO aclara que «la aplicación del «valor de la garantía» jugará únicamente en los casos y a los efectos expresamente previstos, en particular, limitar el derecho de voto de los acreedores en relación con la aprobación de un convenio y en ciertos casos también en relación con el pago a los acreedores (así, enajenación de los bienes afectos en las condiciones previstas en el artículo 149.2 LC — enajenación de bienes o derechos afectos junto a otros bienes del deudor y en el seno del procedimiento concursal—, o pago de los créditos con cargo a la masa en los términos previstos en el propio artículo 155, apartado 2, LC). Pero fuera de estos casos, el acreedor titular de crédito con privilegio especial recuperará su derecho a obtener el pago íntegro de su crédito si el valor de ejecución o realización de los bienes afectos es superior al mismo. Por la misma razón, si el dinero obtenido fuese inferior, no ya al importe del crédito sino al «valor de la garantía», el acreedor recibirá íntegramente el precio recibido, pero no conservará privilegio alguno por la parte de crédito no satisfecha».

Finalmente, debemos destacar los AAJM núm. 2 de Pontevedra, de 29 de septiembre de 2017, (autos 69/2017; magistrada: Nuria FACHAL NOGUER) y de 6 de febrero de 2018, (autos 5/2017; magistrada: Nuria FACHAL NOGUER) por contener un análisis detallado de la cuestión y de las opiniones de los autores citados.

## 2. DERECHO MERCANTIL

# La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales

## *The unconstitutionality of the corporate's winding up by Mercantile Register due of lack of adapting on Professional Companies Act*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales.

**ABSTRACT:** *The unconstitutionality of the corporate's winding up by Mercantile Register due of lack of adapting on Professional Companies Act*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de sociedades. Inconstitucionalidad. Disolución registral.

**KEY WORDS:** *Unconstitutionality. Corporate's winding up. Mercantile Register.*

**SUMARIO:** I. CRITERIOS DISTINTIVOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES PROFESIONALES O SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN. SU DIFICULTAD PRÁCTICA.—II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISOLUCIÓN REGISTRAL DE SOCIEDADES POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### 1. CRITERIOS DISTINTIVOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES PROFESIONALES O SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN. SU DIFICULTAD PRÁCTICA

La preocupación que se ha venido poniendo de manifiesto en el tráfico jurídico con la controvertida disposición transitoria primera de la Ley de Sociedades Profesionales en función de la interpretación que ha venido sosteniendo sobre la

misma la Dirección General de los Registros y del Notariado, acerca de otorgar *carta de naturaleza* a lo que puede denominarse una auténtica disolución registral de la sociedad no adaptada a la Ley de Sociedades Profesionales mediante una decisión del Registrador Mercantil sin ningún tipo de audiencia contradictoria a los interesados y sin que la misma se reserve a la autoridad judicial, supone que sea no solo conveniente sino necesario la corrección o no de dicha actuación registral.

En primer lugar, lo que habría de dirimirse es si realmente la sociedad afectada se trata de una sociedad profesional o no, lo que evidentemente no es tarea fácil con la mera comprobación de la escritura de constitución y estatutos sociales sin que pueda tenerse en cuenta la actividad probatoria plena relativa a la verdadera actividad social que se desarrollaría con plena contradicción en fase judicial.

En cuanto a la calificación de la sociedad como profesional, nos parecen sumamente didácticas las enseñanzas de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 (Id Cendoj: 08019370152017100487) acerca de la propia evolución sufrida en el Centro Directivo al respecto, cuando estima que el artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales se refiere al presupuesto objetivo de las sociedades profesionales, que viene definido como el ejercicio en común de una actividad profesional, entendida por tal aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial o titulación profesional e inscripción profesional en el correspondiente Colegio Profesional.

Inicialmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales, la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante una interpretación teleológica de la Ley, excluía de su ámbito de aplicación las denominadas sociedades de servicios profesionales, es decir, sociedades que tienen por objeto la prestación de servicios realizados por profesionales contratados por la sociedad, pero no mediante una actividad promovida en común por los socios en el seno de la sociedad. Por ello, concluía que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional, no podía ser considerada como obstativa de la inscripción (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril y 14 de noviembre de 2011).

Se entendía que si la sociedad no se constituye como sociedad profesional *stricto sensu* y de la definición del objeto social así como de la configuración societaria resulta que faltan los requisitos estructurales o tipológicos relativos de la sociedad propiamente profesional (entre ellos los atinentes a la composición subjetiva y a la necesaria realización de actividad profesional por los socios), no podría el registrador exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social.

Sin embargo la doctrina cambia a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, (Id Cendoj: 28079110012012100490) que resuelve una impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta misma materia (ámbito objetivo de la Ley). Para interpretar adecuadamente dicha sentencia es preciso tener presente el supuesto de hecho, referido a una sociedad cuyo objeto, entre otras actividades, era «*la gestión administrativa y los servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico*», esto es, como la propia sentencia señala, un objeto «*plenamente encuadrable*» en el ámbito de dicha Ley. Así, el Tribunal Supremo establece que se debe exigir que las sociedades que se constituyen y que incluyen en su objeto alguna actividad profesional se declaren expresamente como sociedades de medios o intermediación.

Recordemos que la referida sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 traía causa última en la fijación de una doctrina contraria a la que introdujo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007<sup>1</sup> razonando en los referidos términos lo siguiente:

*«De lo anterior se sigue que la motivación de la resolución de la DGRN se opone frontalmente a la LSP, porque no tiene justificación que allí donde la ley exige “certidumbre jurídica” el Centro Directivo opte por la ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, el Centro Directivo opte precisamente por la solución más favorable a la elusión de esa responsabilidad queriendo ver una sociedad de intermediación en aquella que, como la del presente caso, declaraba como objeto social de la propia sociedad el asesoramiento contable, fiscal y jurídico. Por eso carece de la más mínima justificación la advertencia de expediente disciplinario que se hace al registrador, pues en realidad se le amenaza con un expediente por haber cumplido la ley en sus justos términos».*

Atendida la «certidumbre jurídica» exigida por el Tribunal Supremo y las consideraciones expuestas, la Dirección General de los Registros y Notariado modifica su doctrina. De este modo la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 2013 expresa de la siguiente manera el nuevo criterio: *«Integrándose en el objeto social actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación».*

Junto a ese presupuesto objetivo es necesario también tener presente un elemento subjetivo, como es la necesidad de que la sociedad profesional cuente con socios profesionales que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional.

En cuanto a la actividad interpretativa del caso en cuestión destaca a nuestro juicio el siguiente razonamiento que efectúa la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 cuando afirma lo siguiente:

*«21. El objeto social de SAR DOMUS, por el contrario, está definido en términos muy amplios: servicios médicos, con actividades conexas, y servicios de ayuda a domicilio. Abarca actividades profesionales strictu sensu y otras que no precisan de titulación profesional. Con ese objeto entendemos que la indicación en el Registro Mercantil de que la sociedad no se dedica directamente a actividades profesionales sujetas a la LSP es suficiente, a estos efectos, y cumple con sus exigencias legales, por mucho que no se especifique que se trata de una sociedad de intermediación o de otra naturaleza. De no interpretarse la norma y la jurisprudencia que la interpreta en este sentido, como señala la doctrina, la práctica totalidad de las sociedades deberían constituirse como sociedades profesionales, pues difícilmente cabe imaginar actividades que no precisen de profesionales colegiados. Así ocurre con las sociedades que prestan servicios médicos o clínicos: junto con el escrito de contestación se acompañan notas registrales de las más conocidas (CLÍNICA CORACHÁN S.A., CENTRO MÉDICO DELFOS S.A., SANITAS S.A., GRUPO HOSPITALARIO QUIRÓN S.A., CENTRO MÉDICO TEKNON o CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA S.A.), cuyos objetos sociales, similares al objeto de SAR DOMUS, incluyen la prestación de servicios médicos o de asistencia sanitaria, que prestan con personal contratado o asalariado, y nadie sostiene que deban adaptarse a la LSP».*

Es decir, correctamente, desde un punto de vista de la realidad tabular y a la luz de los criterios de seguridad jurídica establecidos en la sentencia del Tribunal

Supremo de 18 de julio de 2012 resulta suficiente la constancia en los asientos registrales que la sociedad no se dedica directamente a las sociedades profesionales sujetas a la Ley de Sociedades Profesionales, sin que sea necesario que se especifique de que se trata de una mera intermediación o de otra naturaleza.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona sosteniendo correctamente lo anterior, también nos viene a añadir un plus adicional en lo que ahora nos importa y es que cuando haya de analizarse la necesaria disolución o no de una sociedad pretendidamente profesional por una de las partes procesales, no basta con el mero análisis del reflejo tabular sino que ha de estarse también —como no podía ser de otra forma— al resultado de la prueba que se practique en el proceso acerca de la verdadera naturaleza de las actividades que despliega la sociedad en cuestión, cuando razona igualmente lo siguiente:

«22. Además, en la medida que la acción ejercitada no es de impugnación de una determinada calificación registral, sino que se solicita la disolución de la sociedad demandada, la rescisión de todos sus contratos y la condena por la comisión de actos de competencia desleal, ha de superarse el control meramente documental y hemos de salir en nuestro análisis de lo que puede resultar de la escritura pública y de los asientos registrales.

24. En definitiva y como conclusión, SAR DOMUS no desempeña con sus propios medios personales actividades profesionales, sino que lo hace de forma indirecta, contando para ello con los médicos y enfermeros que le proporcionan dos cooperativas. Como se indica en el recurso, SAR DOMUS lleva a cabo una gestión integral de servicios de asistencia sanitaria a domicilio a través de una plataforma de multiservicios que tiene como base un servicio de atención telefónica. Ello le aproxima a una sociedad de intermediación, tal y como señala la sentencia apelada. No estimamos, por tanto, que deba sujetarse por su objeto a las disposiciones de la LSP.

25. Y enlazando con lo expuesto, tampoco se cumple el presupuesto subjetivo, dado que no es controvertido que SAR DOMUS no cuenta con socios profesionales. Tiene un único socio, SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIA S.A., sociedad que tampoco es profesional. De hecho, la parte actora, además de instar la disolución de pleno derecho de la sociedad, sugiere que SAR DOMUS solo puede desarrollar su actividad modificando por completo su estructura accionarial».

O sea, cuando la práctica de la actividad social es desempeñada de forma indirecta a través de profesionales externos a la propia sociedad, nos encontramos en realidad ante una sociedad de intermediación y no ante una sociedad profesional.

Sin embargo el resultado al que se llega en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 contrasta con el opuesto que se estableció en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª) núm. 252/2013 de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 278900) que analizaba el caso de una sociedad que se dedicaba a la prestación de servicios de administración, gestión, consultoría, asesoramiento jurídico, fiscal, contable, laboral y financiero a empresas e inversiones y, en general, la prestación de servicios profesionales.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como no podía ser de otra forma en sede judicial, no solo la escritura de constitución y estatutos sociales, así como circunstancias de las inscripciones registrales fueron tenidas en cuenta, para afirmar que aquí sí se apreciaba la existencia de una auténtica sociedad profesional y no una sociedad de mera intermediación.

De hecho la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, que confirma la disolución de la sociedad profesional por no haberse adaptado en forma y plazo a la Ley de Sociedades Profesionales conforme a la debatida disposición transitoria de la misma, se refería al respecto de la siguiente forma:

*«De la abundante prueba documental, pericial judicial, interrogatorio y testificales, quedó debidamente probado en el proceso que la demandada es una sociedad profesional, teniendo en cuenta que la sociedad es la titular de la relación jurídica establecida con el cliente, siendo la sociedad la deudora de la prestación de los servicios y la acreedora de los honorarios correspondientes, con un ejercicio en común de la actividad profesional, actuando los socios en el seno de la sociedad, girando bajo la razón social o denominación social, y asimismo con posterioridad a la expiración del plazo legal de adaptación (16 de diciembre de 2008), se continuó facturando bajo el membrete y la razón social de la demandada y se ejerció en común la actividad (...)*

*que la conclusión a que se llegó sobre su naturaleza de sociedad profesional y su objeto social (art. 2 LSP), no queda desvirtuada por la circunstancia de que, dentro del servicio integral al cliente, se realizasen tareas auxiliares de gestoría, contabilidad o de naturaleza tributaria, por parte de empleados que puedan no reunir las circunstancias de titulación y colegiación de los socios profesionales, por no ser requeridas para dichas tareas, y tratarse de tareas auxiliares bajo la dirección de los socios profesionales, estrechamente conectadas o vinculadas con las desempeñadas por estos, y de carácter necesario, además, para la consecución del propio fin social consistente en la prestación de un mejor servicio integral al cliente que contrata con una sociedad profesional, desde la perspectiva finalista de la naturaleza instrumental y auxiliar de aquellas tareas, respecto de las desempeñadas por los propios socios profesionales que conservan siempre su carácter principal, sin que quepa apreciar vulneración ni desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 2 LSP (LEG 1922, 70) por lo anteriormente argumentado».*

En este caso, sí se apreció la existencia de socios profesionales que eran quienes actuaban en el seno de la sociedad ejerciendo en común la actividad profesional.

Por otro lado, la estructura social que también se efectúa en el tráfico jurídico para estar en el ámbito de las sociedades de intermediación pasa también por la interposición de sociedades no profesionales como accionista único de la sociedad de intermediación con el ánimo de no contar igualmente con el requisito subjetivo de la necesaria presencia de socios profesionales, lo que sin duda y pese a ser una opción posible en la práctica y correcta desde un punto de vista interpretativo y enjuiciador de la situación de hecho concreta, no es menos cierto, que con ello el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales se reduce enormemente, lo que también debería servir de reflexión a los distintos operadores sobre si realmente se han cumplido las expectativas que supusieron la motivación de la aprobación de la Ley de Sociedades Profesionales en el año 2007. Ahora bien, esta cuestión es otro problema diferente al que nos ocupa y nos limitamos en estos momentos a apuntarlo someramente y a constatar la enorme dificultad que se nos presenta en la práctica para enjuiciar el carácter profesional o no de una sociedad pese a los loables intentos que determinadas resoluciones judiciales están elaborando como ocurre con la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017.

## II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISOLUCIÓN REGISTRAL DE SOCIEDADES POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES

Las actuaciones registrales disolviendo de pleno derecho las sociedades profesionales, a juicio del registrador mercantil, que vienen siendo validadas por la



Dirección General de los Registros y del Notariado, están siendo reiteradamente criticadas por numerosas voces, con argumentos de mayor o menor calado, pero destacando a nuestro juicio dos por encima de todos, a saber: la necesaria intervención judicial en el procedimiento de disolución de una sociedad y la necesaria observancia de los principios del procedimiento administrativo.

En realidad, somos deudores de opiniones de diferentes autores que se han venido pronunciando sobre la cuestión, sin duda con sumo acierto<sup>2</sup>, por lo que el hecho de la reiteración en la práctica del problema registral suscitado nos ha hecho no solo sumarnos a las anteriores críticas (CAMPIN VARGAS, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, HIGUERA SERRANO, por ejemplo), sino volver a poner de manifiesto aspectos interesantes de nuestro Derecho de Sociedades que aún por haberse tratado igualmente con acierto por otros autores en su momento (por ej. GIRÓN TENA, PAZ-ARES y PANTALEÓN PRIETO) hace tiempo han de traerse a colación con el tema que nos ocupa, o sea, la necesaria intervención judicial en la disolución de sociedades pretendidamente profesionales que no se hayan adaptado en tiempo y forma al plazo que al efecto prevé la disposición transitoria primera de la Ley de Sociedades Profesionales.

Al hilo del problema expuesto, HIGUERA SERRANO ha apuntado lo siguiente: «Entre los mercantilistas ha sido invocado por un importante sector el derecho de asociación del artículo 22 CE, interpretado en sentido amplio, como fundamento del reconocimiento de la sociedad en formación por la Ley 19/1989 (y TR de la LSA de 1989), *«en la medida en que puede amparar el derecho al surgimiento de una sociedad mercantil»*, por lo que antes y sin necesidad de la inscripción existe una *«entidad societaria»*, al igual que en la sociedad irregular, puesto que el artículo 22 CE solo exige la inscripción a efectos de publicidad.

Sin ahondar en dichas consideraciones ahora, hemos de decir que la propia RDGRN de 14 de febrero de 2001 sostuvo la innecesariedad de la inscripción de la sociedad civil para tener personalidad jurídica con base precisamente en el derecho de asociación del artículo 22 CE.

No deja de ser esclarecedor que el número 4 del artículo 22 CE establece que las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada (lo que confirma la necesidad que nosotros defendemos del acto jurídico declarativo o constitutivo de la disolución que se dice operada por órgano competente).

Previamente ALFARO ÁGUILA-REAL, se había referido sobre la cuestión en otra entrada de su blog donde comenta lo siguiente: «El comentarista se enfrenta a la objeción según la cual, las sociedades de capital no estarían protegidas por el derecho de asociación, objeción que rechaza correctamente a mi juicio, remitiéndose a los preceptos del Código civil sobre las asociaciones que incluye (arts. 35 y sigs. CC) que incluye, como no podía ser de otra forma las asociaciones «de interés particular». Por tanto, y aunque es verdad que, cuando el Tribunal Constitucional se ha referido a las sociedades anónimas parece haber dudado de que sean, no agrupaciones de individuos, sino “agrupaciones de capital” y, por tanto, que puedan no ser titulares del derecho de asociación, la cuestión no se plantea, precisamente, en el caso de las sociedades profesionales porque, aunque adopten la forma de sociedad anónima o limitada, no cabe ninguna duda —por eso tienen una ley especial— de su carácter de agrupaciones de personas y, por tanto, “no cabe ninguna duda de que una sociedad profesional no puede ser disuelta (sino en) virtud de resolución judicial motivada”».

Esto es lo que se pone como objeto de debate y de aplicación al caso que nos ocupa, es decir, el posible recurso al artículo 22.4 de la Constitución española

para fundamentar la incompetencia del registrador mercantil para llevar a cabo la disolución de la pretendida sociedad profesional, e incluso inconstitucionalidad de su actuación, a cuyos efectos, recordamos lo siguiente: 4. *Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*

Si bien en los recursos del notario contra las decisiones del registrador mercantil que motivaron las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018) y de 22 de noviembre de 2017 (BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017) se dejan entrever el anterior argumento constitucional en mayor o menor medida, no es menos cierto que en las referidas resoluciones que validan la disolución registral no se entra a discutir esta argumentación ni por tanto a rebatirla, dejándonos huérfanos por completo de la respuesta del Centro Directivo a un tema tan interesante existente en nuestro Derecho de Sociedades.

Recordamos aquí que el argumento constitucional ha sido también utilizado por la doctrina citada para combatir el criterio que instauró la criticadísima resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997 que vino a exigir injustificadamente la inscripción en el Registro Mercantil para dotar de personalidad jurídica a la sociedad civil, recurriéndose en ese caso al artículo 22.3 de la Constitución española que exige la inscripción a los solos efectos de publicidad cuando prevé lo siguiente: 3. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*»<sup>3</sup>.

Sin duda, fueron los trabajos del profesor GIRÓN TENA<sup>4</sup> los que inicialmente nos revelan con sumo acierto la inteligencia del término «Asociación» en nuestro Derecho. Afirma GIRÓN TENA que «Desde el punto de vista de los conceptos, el “concepto” dogmático de “Asociación” y su diferenciación con el de “Sociedad” no solo les es indiferente a aquellas disposiciones, sino que quieren subsumir uno y otro bajo sus preceptos para su finalidad administrativa policial. Por ello ha de excluir expresamente de su aplicación a las “Sociedades Civiles y mercantiles”. “Asociaciones” es término, en sentido genérico enfrentado al de personas jurídicas fundacionales de los artículos 35 y 36 del Código civil. Son así Asociaciones las entidades que no sean Fundaciones. A la Ley le debe ser indiferente, para fines que no sean la aplicación de sus preceptos, que lo que no sean Fundaciones sean, desde el punto de vista de su naturaleza estructural-organizativa, Sociedad en sentido amplio o mínimo, Sociedad en sentido restringido (configurada «*intuitu personae*» como la anterior, más los elementos de publicación, permanencia y patrimonio) o Asociación (organización corporativa, estatuto, mayorías, órganos y, en definitiva, institucionalización o transpersonalización)».

También DE CASTRO<sup>5</sup>, nos ofrece un análisis sobre la materia en cuanto a la caracterización de la persona jurídica tipo asociación cuando entiende que: «La persona jurídica tipo asociación, se entiende referida a las asociaciones en sentido y estricto y también a las sociedades, lo que impide una definición bien precisada. Se le puede considerar como la personificación de un grupo de personas físicas (colectividad); es decir, organizada unitariamente para conseguir fines propios y determinados del propio grupo».

Por su parte, PAZ ARES<sup>6</sup> en desarrollo de que su propuesta acerca de que cualquier fenómeno asociativo se ubica dentro del concepto de sociedad razona expresamente lo siguiente: «a) En primer lugar, *que el ordenamiento contiene un concepto de sociedad tan amplio que dentro de él caben todos los fenómenos asociativos desde la asociación hasta las cuentas en participación, con independencia*

de su identidad estructural y causal (...) b) La hipótesis establecida significa, en segundo lugar, que el género de los fenómenos asociativos es la sociedad y no la asociación. Así formulada, la hipótesis choca ciertamente con el tenor literal de los artículos 35 y 36 que configuran las sociedades (asociaciones de interés particular) como una subespecie del concepto general de asociación. Partiendo de esta idea, se ha tratado de argumentar, con base en la Ley de Asociaciones de 1964, que el régimen general de los fenómenos asociativos estaría precisamente en dicha Ley y no en la disciplina de la sociedad. La función que aquí se asigna a la sociedad general vendría a ser cumplida por la asociación (así *Duque, Societé et association*, 73 y sigs., esp. 83-84). Esta tesis, sin embargo, no puede compartirse. La tesis, se funda en la neutralidad causal de la asociación (cosa de por sí ya discutible, a pesar de la redacción del artículo 2.1 Laso.), pero pierde de vista que la asociación no es neutral desde el punto de vista estructural. La asociación, tal y como está delineada en la Ley de 1964, constituye un tipo corporativo (de base impersonal, régimen estatutario, funcionamiento colegial, etc.) que se revela absolutamente inidóneo para absorber la fenomenología asociativa o societaria más elemental (v. Girón, *Der. Soc. I*, 29). Cuestión distinta es que en el orden terminológico como concepto genérico la voz asociación y distinguir dentro de ella dos estructuras diferenciadas, una de carácter corporativo o asociativo en sentido estricto y otra de carácter individualista o societario en sentido restringido (así FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, 301). Este planteamiento tendría la virtud de entroncar perfectamente con el vértice normativo de toda la materia: el artículo 22 CE. La norma constitucional, en efecto, al reconocer el derecho de asociación, está empleando la expresión en sentido genérico, que abraza todas las posibilidades asociativas y societarias. Entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista normativo, esta terminología puede inducir a confusión. La razón se comprende sin esfuerzo: la disciplina de la asociación en sentido genérico, que tendría que absorber la fenomenología típica, se halla en el régimen de la sociedad».

Ahora bien, en el tema que nos ocupa entendemos sumamente primordial acudir al trabajo del profesor PANTALEÓN PRIETO<sup>7</sup> que con un título clarificador nos hace extraer conclusiones que sin duda coadyuvan a la idea que mantenemos, a saber, la necesaria intervención judicial en la disolución de una sociedad por el mandato constitucional establecido en el artículo 22.4 de la Constitución española.

PANTALEÓN PRIETO sobre la base de un riguroso estudio denomina «*asociación en sentido amplio*» a toda agrupación de personas, de origen negocial, para la común promoción del fin acordado, resultando que su origen negocial la distingue de la Corporación y su composición personal la distingue de la Fundación. Este autor acoge el concepto de «*asociación en sentido estricto*» para designar a toda asociación en sentido amplio que no sea sociedad.

Como hemos podido observar hasta ahora la base común pivota sobre el estado que comporta la unión o agrupación de personas para entender que dicha unión o agrupación es una nota inherente por tanto a la sociedad y a la asociación. Con la intención de establecer una distinción entre ambos conceptos el de sociedad y asociación, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*, 40) razona lo siguiente: «Desde la Ley de Asociaciones de 1964, una normativa propia de asociaciones estructuradas corporativamente (arts. 3.2 y 6.º LA), es indudable que el correcto criterio de distinción entre asociación y sociedad no puede ser sino un criterio estructural: su estructura corporativa, organizada estatutariamente, caracteriza a las asociaciones frente a las sociedades, agrupaciones organizadas

contractualmente, según esquemas personalistas. Conforme a este criterio, son asociaciones junto a las reguladas en la Ley de 1964, las cooperativas, las entidades de previsión social, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones, las de responsabilidad limitada, etc. Y las sociedades civiles, las colectivas, las comanditarias simples, las agrupaciones de interés económico, las cuentas en participación, los condominios navales o las agrupaciones temporales de empresas serían tipos o formas de sociedades».

Tanto PANTALEÓN PRIETO como PAZ ARES, nos ofrecen claramente la visión de que el ánimo de lucro no puede ser el criterio distintivo entre la asociación y la sociedad. De esta forma, acertadamente ambos autores coinciden que el reconocimiento del derecho de asociación en el artículo 22 de la Constitución española deja de suponer el ámbito de protección y especial vigilancia suponían que el asociacionismo tuviera un fuerte control administrativo en la legislación de asociaciones de 1964 que implicó en su momento que la actividad lucrativa fuera el criterio distintivo entre ambas figuras (*Vid. PAZ ARES, op. cit., 1307 y 1308; y, PANTALEÓN PRIETO, vid. op. cit., 41*), ello da lugar al sostenimiento en tal régimen de ideas que aunque si bien es cierto como afirma PANTALEÓN PRIETO que una asociación puede efectuar actividades económicas auxiliares, si efectivamente se quiere realizar una actividad económica principal de carácter mercantil, aun sin ánimo de lucro, resulte necesario acudir al fenómeno societario, por lo que termina concluyendo su distinción de la siguiente forma (*vid. op. cit., 44*): «Quien comparta lo dicho hasta aquí, estará de acuerdo en que dos son los criterios de clasificación de las asociaciones en sentido amplio típicas que hoy cabe razonablemente utilizar. Uno *estructural*, que distingue la que aquí he llamado «corporaciones jurídico-privadas» (asociaciones de estructura corporativa) de las que podían denominarse «sociedades contractuales» (asociaciones estructuradas según esquemas personalistas). Y uno *objetivo*, que, en el ámbito de las corporaciones jurídico privadas, distingue las asociaciones, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica, de las sociedades que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, como objeto principal; asociaciones y sociedades, que podríamos llamar «estatutarias»».

El meritorio esfuerzo clasificador e interpretativo anterior que efectúa nuestra doctrina, sin embargo, no encuentra con claridad su reflejo en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Asociaciones, a saber, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, que en el apartado II establece que:

*«La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial».*

La Ley Orgánica del Derecho de Asociación parte a nuestro juicio de un criterio distintivo entre la asociación y la sociedad como es el ánimo de lucro que también en nuestra opinión ha de entenderse superado tras el libre reconocimiento del fenómeno asociativo en nuestro artículo 22 de la Constitución española, así como por el hecho de que tampoco es el ánimo de lucro un criterio que nos sirva para ser catalogado como de necesaria presencia en el que pudiéramos denominar fenómeno societario (ej. en la Agrupación de Interés Económico),

aunque no es menos cierto que nos deja un importante mensaje que en múltiples ocasiones pasa por completo desapercibido, como es la afirmación de que incluso a las sociedades se puede proyectar el ámbito protector del artículo 22 de la Constitución española «...cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial», y eso es precisamente lo que puede predicarse del asunto debatido, como con posterioridad intentaremos justificar como presupuesto exigido por el propio legislador para extender el ámbito de protección del artículo 22 de la Constitución española a la sociedad, entre cuyo haz protector, no nos olvidemos, se encuentra la necesidad de que la asociación (sociedad) solo pueda ser disuelta tras resolución judicial motivada, pero sobre esto volveremos más adelante.

Sirva por tanto la exposición de las anteriores opiniones doctrinales para ayudarnos a comprender —en la terminología que adoptamos de PANTALEÓN PRIETO— como conceptualmente nos encontramos ante un concepto amplio de asociación que engloba a las asociaciones en sentido estricto (ej. asociaciones estatutarias de la Ley Orgánica de 2002) y a las sociedades estatutarias (ej. sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada) y a las sociedades contractuales o sociedades en sentido estricto (ej. sociedad civil), teniendo presente que las sociedades profesionales ex. Ley 2/2007 pueden constituirse bien la forma de una sociedad estatutaria o de una sociedad contractual, que pertenecen ambas al concepto amplio de asociación.

Llegados a estas alturas, hemos de notar también que el propio Tribunal Constitucional, se ha ocupado en su ámbito de conocimiento acerca de la distinción entre asociación y sociedad. De esta forma, se pronuncia (FJ 9.º) la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1996 (RTC 1996\5), cuando razona que:

*«Aunque el derecho de asociación requiere, ciertamente, de una libre concurrencia de voluntades que se encauza al logro de un objetivo común, no es constitucionalmente correcto identificar, en todo caso y sin matización alguna, ese pacto asociativo con un contrato civil, trasladando analógicamente la teoría general del contrato al derecho de asociación, pues, si bien es cierto que la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código civil son una modalidad asociativa, no lo es menos que el derecho de asociación, en tanto que derecho fundamental de libertad, tiene una dimensión y un alcance mucho más amplio, que sobrepasa su mera consideración iusprivatista.*

*En este sentido, no es necesario insistir acerca de las notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, de aquellas otras asociaciones — como la ahora actora— que persiguen fines extra commercium y cuya naturaleza es completamente distinta. Ni el pacto fundacional de estas últimas asociaciones se identifica plenamente con el concepto de contrato civil de sociedad, ni —como se dijo en la STC 218/1989 (RTC 1989\218)— el acto de integración en una asociación es un «contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el artículo 1256 del Código civil, sino que consiste (...) en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no solo jurídica sino también moral que constituye la asociación».*

Sin embargo, en nuestra opinión resulta clave el entendimiento que ha realizado el propio Tribunal Constitucional del significado del mandato constitucional recogido en el artículo 22.4 de la Constitución española en cuanto la necesaria intervención judicial en la disolución de una asociación.

De esta forma, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 115/1987 de 7 julio de 1987 (RTC 1987\115) se analizó la constitucionalidad del

artículo 8.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que literalmente preveía lo siguiente:

*«2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».*

Es decir, se enjuiciaba la constitucionalidad de que una autoridad administrativa pudiera acordar la suspensión de una asociación.

En la referida sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional se razonó al respecto como sigue:

*«Se sostiene en la demanda la inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, por vulneración de los artículos 22.4 y 14, en relación con el artículo 13.1, todos ellos del Texto constitucional.*

*El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece:*

*«El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las Asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atente gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».*

*Entiende el Defensor del Pueblo que este precepto ignora el contenido esencial del derecho de asociación, porque ni el artículo 22 de la Constitución ni los Tratados internacionales autorizan restricciones diversas de las en ellos previstas, introduciendo una alteración peyorativa y disminuyendo el régimen de garantías establecidas para su ejercicio, mediante la admisión de la suspensión administrativa de las asociaciones legalmente constituidas.*

*Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. En esta línea el artículo 8 de la Ley Orgánica 7/1985 reconoce el derecho de asociación de los extranjeros y además también la aplicación a tal derecho de las mismas normas generales aplicables a los españoles. Al mismo tiempo y como única especialidad relevante establece esta posibilidad de suspensión administrativa, pero solo cuando concurren determinadas circunstancias. El problema también aquí es si el legislador ha respetado o no el contenido preceptivo del artículo 22 de la Constitución.*

*El derecho de asociación reconocido en las modernas Constituciones supone «la superación del recelo» con que el Estado liberal contempló el fenómeno asociativo —STC 67/1985, de 24 de mayo (RTC 1985\67)— de ahí que, en su vertiente positiva garantice la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de «todos los fines de la vida humana», y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal.*

*La suspensión y disolución administrativa de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal, sobre todo, el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad. En relación con la tradicional actitud estatal —y a efectos de determinar hasta qué punto queda afectado el contenido esencial del derecho de asociación —, la prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece solo, como norma atributiva de competencias*

*(que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que solo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana. El que la decisión se adopte por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales.*

*A estas razones responde el artículo 22.4 de la Constitución, que establece que «las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.*

*El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la Constitución. El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.*

*No cabe duda que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros. Por ello ha de admitirse, con el recurrente, la inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio».*

Las conclusiones del Tribunal Constitucional son absolutamente claras y rotundas en cuanto al alcance del artículo 22.4 de la Constitución española:

i) La suspensión y disolución administrativa de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal.

ii) La prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece solo, como norma atributiva de competencias (que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que solo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana.

iii) Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

iv) La suspensión y disolución administrativa de una asociación resulta inconstitucional por incompatibilidad con lo previsto en el artículo 22. 4 de la Constitución española.

Como puede observarse, nos encontramos pues ante una evidente coincidencia entre el supuesto que venimos analizando y tildando de inconstitucional, a saber, la disolución registral de las sociedades por no haberse adaptado en tiempo y forma a las previsiones de la Ley de Sociedades Profesionales con el supuesto analizado en la meritada sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm.

115/1987 de 7 de julio de 1987 (RTC 1987/115), con igual conclusión lógicamente predicable, a saber, la inconstitucionalidad de la actuación registral.

Es en estos momentos cuando hemos de colacionar igualmente la previsión del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (II) cuando después de distinguir incorrectamente entre asociación y sociedad razona debidamente que incluso a las sociedades se puede proyectar el ámbito protector del artículo 22 de la Constitución española «...cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial».

Ante dicha colación, tributaria de las palabras del propio legislador, no podemos por menos que afrontarla en estos momentos desde el mantenimiento de que la previsión constitucional de la necesaria disolución judicial de una asociación ha de ser necesariamente con tal carácter, a saber, judicial, sin que pueda admitirse una disolución administrativa de una asociación ni siquiera de una sociedad al ser dicha intervención judicial un contenido mínimo del derecho de asociación y no un mero derecho de carácter patrimonial, sobre la base de la nota común a ambas entidades como es la agrupación de personas.

Adicionalmente a lo anterior, en la resolución de 19 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a inscribir la escritura de declaración de unipersonalidad sobrevenida y cese y nombramiento de administradores de una sociedad, se recogen unas interesantes alegaciones sobre la naturaleza (pública) del procedimiento registral y de otros principios constitucionales que a juicio del recurrente también resultan infringidos.

De esta forma, se argumenta también ante la cancelación de oficio de la sociedad inadaptada a la Ley de Sociedades Profesionales lo siguiente:

*«El acto registral, se caracterice como se caracterice, es indudable que tiene naturaleza de actuación pública (lo realiza un funcionario público en el ámbito de su competencia en el ejercicio de una función o prestación de un servicio público), razón por la que le han de ser aplicables los elementos esenciales de los procedimientos de actuaciones públicas, en particular los principios constitucionales y los principios generales en materia de procedimientos de dicha naturaleza, con el plus de protección que la CE establece cuando los mismos afectan a derechos fundamentales y libertades públicas.*

*Entre dichos elementos esenciales, resulta aplicable al procedimiento registral todo lo que concierne a la motivación, notificación, participación y posibilidad de alegaciones de los afectados —singularizado a cada tipo de decisiones—*

*Lo que no cabe en ningún caso es la «vía de hecho», es decir, una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde la simple prepotencia fáctica («con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» exige el art. 103 CE).*

*El procedimiento registral, aunque sea un procedimiento especial, al tratarse de un procedimiento de naturaleza pública, debe contener los elementos esenciales de dichos procedimientos.*

*Pues bien, como se ha indicado más arriba, la DT 1 en su párrafo primero impone un deber de adaptación a la LSP a aquellas sociedades preexistentes a las que les fuera aplicable a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.1.*

*En cada caso concreto tendrá que determinarse si ese deber general y abstracto de la ley se convierte en deber específico u obligación legal para cada sociedad en particular mediante una operación de aplicación de la norma conforme a algún tipo de procedimiento, ya que la ley directamente no lo establece.*

*Todo ello presupone que el obligado, (i) ha conocido el acto mediante notificación formal (art. 97,2 LPAC: «El órgano que ordene un acto de ejecución material*



de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa») y (ii) ha dispuesto de un tiempo para el cumplimiento voluntario y poder efectuar alegaciones (aparte de que en el procedimiento de ejecución forzosa siempre se exige un «previo apercibimiento» - LPACAP»).

Con especial rotundidad, HIGUERA SERRANO<sup>8</sup> se refiere sobre la particular actuación del registrador mercantil en la cancelación de oficio, del siguiente modo: «El registrador mercantil efectúa en forma sumarisima (e íntima) un proceso complejo de consideración jurídica de un supuesto concreto —contrariando el rosario de preceptos constitucionales que reseñamos— anteponiendo una decisión que nadie le ha pedido ni ninguna norma le ha atribuido y la va a adoptar sin procedimiento formalizado alguno (art. 103,1; 117,1; 117,3 CE), sin audiencia (art. 24; 105,c CE) ni notificación a nadie (art 24,1 CE), para concluir unilateralmente, sin motivación (art. 127,3 CE), con una decisión que no exterioriza o plasma en documento escrito alguno (art. 9,3; art. 29,1 CE), y ejecuta por sí mismo, practicando a resultas de todo ello un asiento registral de disolución de la sociedad mercantil, alterando la situación registral previa y plena de la sociedad —que estaba bajo la salvaguardia de los tribunales— (art. 9,3 y 117,3 CE), sin consentimiento del titular registral (105 c CE) ni de resolución judicial o administrativa alguna, sin título material ni formal alguno para su práctica (art. 103 CE), privando de buena parte de sus derechos —degradándolos— a esa sociedad y socios, entre ellos los de la propiedad plena y libre transmisibilidad de sus participaciones sociales (art. 33 y 106 CE), que no solo afecta a los propietarios sino a los titulares de derechos reales sobre las mismas (usufructos, prendas, opciones, etc.). Así mismo contraviene el registrador mercantil total y absolutamente las obligaciones posteriores a la formalización del asiento de cancelación practicado, al dejar sin constatar la realización de la específica inscripción o asiento de cancelación en la obligatoria nota específica de inscripción (art. 9,3 CE) en la que, por imperativo legal, debería informar de lo hecho y de la mención —aunque meramente formularia— a que ha realizado la correspondiente calificación para ese asiento de cancelación. Nada, ni antes, ni durante, ni después de toda esta nihilista actuación registral, realizada sorpresivamente y que ha determinado la expulsión de la sociedad del Registro Mercantil».

En relación con este tema, hemos de recordar que el carácter de funcionario público del registrador mercantil viene expresamente atribuido en el artículo 536 del Reglamento Hipotecario, que expresamente prevé lo siguiente:

*Artículo 536.*

*Los registradores de la propiedad y mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral.*

Por su parte, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio de 2007 dice literalmente, sobre la sujeción al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas:

*«El Legislador ha optado claramente por entender que la actuación calificadora de los registradores no es un acto de jurisdicción voluntaria, o un tertium genus entre el procedimiento administrativo y el de jurisdicción voluntaria, sino que participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas. En suma,*

*aun cuando el funcionario calificador no dicte actos administrativos, sin embargo su calificación no puede sino ser considerada un acto de Administración —porque proviene de un funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria) titular de una oficina pública, como es el Registro (art. 259 de la Ley Hipotecaria)— basado en Derecho Privado y, desde esa perspectiva, sujeto a las reglas generales de elaboración de cualquier acto administrativo».*

En efecto, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas la resolución de 14 enero de 2012, con criterio confirmado por otras posteriores, como las de 16 de mayo [RJ 2012, 7867] y 7 de diciembre de 2012 [RJ 2013, 713]), respecto de la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a que queda sujeto, resulta particularmente relevante la doctrina legal fijada por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de enero de 2011 (RJ 2011, 426), y de la que resultan los siguientes criterios: a) la función de la calificación registral presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto —artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—; b) por ello la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta; c) es cierto que esta Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano administrativo y que sus resoluciones tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, la inserción de estas en el ámbito de la función de calificación de los registradores de la propiedad las dota de características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa, las cuales no solo se han mantenido, sino que se han acentuado en las sucesivas modificaciones de la Ley Hipotecaria (en concreto, por ejemplo, en la Ley Hipotecaria se establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas mediante las que se solicite la nulidad de las resoluciones de este Centro Directivo por las que se resuelven recursos contra la calificaciones negativas de los registradores de la propiedad); d) La resolución de esta Dirección General no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto, sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil; e) de esto se sigue que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de esta Dirección General no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral; f) lo anterior no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral, o cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento; g) en concreto, los efectos del silencio o falta de resolución tempestiva se regulan en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que exista una remisión al régimen administrativo del silencio administrativo; y, h) finalmente, esta conclusión queda confirmada a la vista de la evolución reciente de la legislación hipotecaria, a tra-

vés de las distintas modificaciones introducidas, en la que se pone de manifiesto un propósito del legislador de subrayar el carácter específico del procedimiento de resolución de recursos por este Centro Directivo, especialmente en materia de silencio administrativo, respecto del régimen administrativo general. Así, se utiliza la expresión «desestimación presunta» (art. 327, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria, según la redacción introducida por la Ley 62/2003 [RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892]), que apunta al carácter firme del silencio administrativo negativo y que ha sido por ello desterrada de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246). Por otra parte, se establece un régimen de caducidad automática del asiento de presentación en función de la extinción del plazo de interposición de la demanda civil contra la resolución de esta Dirección General (art. 327, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria, según la redacción introducida por la Ley 62/2003), el cual tendría poco sentido en el caso de que este Centro Directivo pudiera, y estuviera obligado, a dictar una resolución posterior en sentido contrario. Mientras en la primera redacción de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el silencio negativo tenía características más próximas a las de un acto presunto, en ciertas condiciones de carácter irrevocable, a partir de la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), el silencio negativo se configura como una mera ficción que no permite sostener la existencia de un acto administrativo. Por ello, la legislación hipotecaria constituye el marco normativo fundamental —de aplicación preferente, por tanto— que regula el desarrollo procedimental del recurso contra la calificación registral.

Como podemos observar y de conformidad con lo establecido por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo aunque en la función registral no se dicte un auténtico acto administrativo<sup>9</sup>, sí que se permite el recurso a la legislación administrativa *cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento*.

Pues bien, en nuestra opinión, otra ostensible vulneración constitucional en la que cae el procedimiento de cancelación registral de oficio de las sociedades pretendidamente profesionales que no se hubieran adaptado en plazo previsto en la disposición transitoria primera es la vulneración del principio constitucional de contradicción que emana de lo previsto en el artículo 24 de la Constitución española, que evidentemente es un principio propio de todo nuestro Ordenamiento Jurídico y por tanto, plenamente aplicable a la actuación administrativa del registrador, según el razonamiento del Tribunal Supremo antes expuesto.

Así en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

Este principio de defensa contradictoria ha de verse complementado con el de igualdad de armas en el proceso y en el ejercicio de los recursos, de manera tal que esa posibilidad de alegación y prueba sea real y efectiva para las partes comparecidas en estos últimos.

Particularmente, este principio de contradicción se encuentra regulado en el seno del procedimiento administrativo a lo largo de todo el articulado de la normativa administrativa reguladora del procedimiento administrativo común.

Así, el artículo 8 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas impone el deber de comunicación del procedimiento a personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

Otra manifestación del principio de contradicción la podemos encontrar en el artículo 4.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto permite la personación en el procedimiento por propia iniciativa a los siguiente interesados: c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

La vulneración del principio contradictorio en el caso analizado se torna flagrante y de especial gravedad si tenemos presente que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; el derecho a la proposición de pruebas según lo normado en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados así como al derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos, según lo previsto en el artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En conclusión, la inconstitucionalidad de la disolución registral se justifica, como hemos visto, principalmente, por la vulneración del principio de contradicción (art. 24 de la Constitución española) y de la reserva a la autoridad judicial del procedimiento liquidatorio de las asociaciones en sentido amplio (sociedades), en función de la previsión del artículo 22.4 de la Constitución española.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994: Sala Primera). *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997.
- GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias. Madrid, 1976.
- HIGUERA SERRANO. <https://almacenederecho.org/la-cancelacion-registral-oficio-sociedades-sospechosas-sociedades-profesionales/>
- PANTALEÓN PRIETO. Asociación y sociedad (A propósito de una errata CC). *Anuario de Derecho Civil*. Año 1993-1.
- PAZ ARES. *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- REDONDO TRIGO. Las sociedades profesionales y su objeto social en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de

diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 84, núm. 707, 2008.

— De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 736, 2013.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno) núm. 115/1987 de 7 julio de 1987
- STC 5/1996
- STS (Sala Primera) de 3 de enero de 2011
- STS de 18 de julio de 2012
- SAP de las Palmas de 25 de junio de 2013
- SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2017
- RDGRN de 31 de marzo de 1997
- RDGRN de 6 de junio de 2007
- RDGRN de 21 de diciembre de 2007
- RDGRN de 14 de enero de 2012
- RDGRN de 7 de diciembre de 2012
- RDGRN de 2 de julio de 2013
- RDGRN de 22 de noviembre de 2017
- RDGRN de 19 de junio de 2018

#### NOTAS

<sup>1</sup> La doctrina que proponía esta resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007 fue objeto de atención y comentarios por nuestra parte. *Vid.* REDONDO TRIGO. «Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 84, núm. 707, 2008, 1396-1421.

Sobre la dificultad de discernimiento, nos pronunciábamos así hace ya una década: «*El principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española debe ser el referente que marque la autonomía de la voluntad para la elección del correspondiente tipo social. No obstante, dicha libertad y autonomía tienen como uno de sus límites la vulneración de una norma de carácter imperativo de cuya indudable naturaleza goza la Ley 2/2007. Con cautela han de realizarse las interpretaciones de los objetos sociales de aquellas sociedades que en un primer momento pudieran caer dentro o fuera del ámbito de dicha Ley 2/2007, con el objeto de no cercenar la referida libertad en la configuración del tipo social. No obstante, no es menos cierto que dicha cautela en la interpretación del negocio fundacional debe ser ponderada con el debido respeto al cumplimiento de los mandatos imperativos de la Ley 2/2007, para evitar el triunfo de mecanismos fraudulentos o simulatorios sobre la imperativa aplicación de la Ley 2/2007. Es decir, nos enfrentamos sin duda a un difícil ejercicio interpretativo en el que ha de ponderarse pues, la libertad de empresa y la imperatividad normativa como límite de la misma.*»

<sup>2</sup> Destacan las entradas al respecto de autores como ÁLFARO AGUILA-REAL, CAMPIN VARGAS e HIGUERA SERRANO en el blog Almacén de Derecho, [www.almacenederecho.org](http://www.almacenederecho.org) o la Álvarez Royo-Villanova en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

<sup>3</sup> Sobre este tema también nos ocupamos en su momento, *vid.* REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 736, 2013, 1258-1291.

<sup>4</sup> GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias. Madrid, 1976, páginas 35 y siguientes.

<sup>5</sup> DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, 78 y 79.

<sup>6</sup> PAZ ARES en, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, págs. 1.301 y 1302.

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO. Asociación y sociedad (A propósito de una errata CC). *Anuario de Derecho Civil*. Año 1993-1.

<sup>8</sup> HIGUERA SERRANO. <https://almacenederecho.org/la-cancelacion-registral-oficio-sociedades-sospechosas-sociedades-profesionales/>

<sup>9</sup> Sobre la discusión al respecto en cuanto, *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994: Sala Primera). *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, 211-228.

### 3. URBANISMO

## La anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018

### *The preventive annotation of the contentious- administrative appeal according the Supreme Court's decision of 20 september 2018*

por

VICENTE LASO BAEZA

*Laso & asociados despacho jurídico y urbanístico*

*RESUMEN:* La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 se ha pronunciado sobre la anotación preventiva en el ámbito del recurso contencioso-administrativo, pronunciamiento precedido de la apreciación de interés casacional del recurso para la formación de jurisprudencia que determina su efectiva condición como medida cautelar, la no obligatoriedad de su adopción y su tramitación, en todo caso, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 130 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

*ABSTRACT:* *The Supreme Court's decision of 20 september 2018 runs about the preventive annotation of the contentious-administrative appeal and its preventive measure consideration, its possible compulsory character and its procedure.*

**PALABRAS CLAVE:** Anotación preventiva. Recurso contencioso-administrativo. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018.

**KEY WORDS:** *Preventive annotation. Registration. Contentious-administrative appeal. Supreme Court's decision of 20 september 2018*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. REFERENCIA AL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA LEY 7/2015, DE 21 DE JULIO, Y EL CONCEPTO DE INTERÉS CASACIONAL.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018: 1. LOS TÉRMINOS INICIALES DEL RECURSO DE CASACIÓN. 2. LAS CUESTIONES TRATADAS EN LA SENTENCIA. 3. PRONUNCIAMIENTO FINAL DE LA SENTENCIA.—IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

## I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Cuando han pasado ya veintiocho años y medio desde que la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo introdujera en el ordenamiento urbanístico español la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo contra actos de naturaleza urbanística según lo previsto en su disposición adicional décima, en la actualidad mantenida en el artículo 65.1.f) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, bien puede afirmarse que la virtualidad de tal medida cautelar ha quedado ya sobradamente acreditada en la práctica judicial como mecanismo idóneo para, siempre sujeta a la naturaleza de la pretensión en cada caso perseguida, garantizar la ejecución en sus propios términos de las sentencias firmes de carácter estimatorio también frente a los pronunciamientos del Registro debidos a la aparición de terceros hipotecarios de buena fe, los cuales, justamente por estar informados de la existencia de un proceso en curso en el momento de su adquisición, quedan necesariamente sujetos a sus consecuencias.

Y es que, en efecto, como es conocido, la anotación preventiva consiste «en un medio de asegurar que cuando recaiga sentencia condenatoria, esta pueda ejecutarse en iguales condiciones o circunstancias bajo las cuales hubiera podido la misma cumplirse al tiempo en que se inició la instancia judicial correspondiente»<sup>1</sup>, entendiéndose, igualmente, que tal aseguramiento deriva de la necesidad de que «el desenvolvimiento material del derecho declarado en la sentencia opere con la misma integridad que si se hubiera desarrollado sin necesidad de acudir al proceso, porque no puede ser de peor condición quien solicite el amparo judicial y obtenga de los Tribunales una decisión favorable, considerando indebido el acto que lo impidió, que quien no tuvo necesidad de ello porque se le dio lo que le correspondía»<sup>2</sup>.

La introducción de la medida en el proceso contencioso-administrativo, más allá de los titubeos iniciales a que se vio sometida en orden a su correcta aplicación, principalmente en razón de la exigible relación de correspondencia entre la pretensión del recurrente y la extensión de la anotación, de la valoración de la dependencia de su reconocimiento por la presencia de efectos jurídico-reales derivados del pronunciamiento final o, en otro orden, de los términos en los que han de ser contemplados los perjuicios vinculados a su práctica y a la eventual desestimación del recurso, resulta claro, en fin, que se ha revelado con el tiempo como una decisión acertada del legislador pues, aun tratándose de una medida no exenta de agresividad y por ello mismo sometida a criterios de aplicación debidamente ponderados, ofrece una indudable utilidad real con vistas al objetivo último de asegurar el debido cumplimiento de los pronunciamientos judiciales.

Por lo demás, el análisis de la medida en cuestión no puede pasar por alto que la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias firmes de los Tribunales en la forma y términos que en ellas se consignan constituye un mandato impuesto por el artículo 118 de la Constitución, habiendo resaltado la Sala Tercera del Tribunal Supremo a la vista de la regulación en materia de ejecución de sentencias prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por ejemplo en su sentencia de 15 de julio de 2003, que «la rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad (imposibilidad material o legal) contenidos en el artículo 105.2 de la misma LJ, han de ser siempre



*interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad»<sup>3</sup>.*

Pues bien, justamente en relación con la medida cautelar considerada, resulta de cierto relieve una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 dictada en el marco del nuevo régimen del recurso de casación instaurado mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual se vio precedida de la admisión del recurso preparado contra una previa sentencia de 19 de septiembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre *«las anotaciones preventivas por interposición de recurso contencioso-administrativo regulada en los artículos 65.1.f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, su obligatoriedad y su relación con el procedimiento de medidas cautelares del artículo 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa»*.

## II. REFERENCIA AL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA LEY 7/2015, DE 21 DE JULIO, Y EL CONCEPTO DE INTERÉS CASACIONAL

Según hemos tenido oportunidad de destacar en otro lugar<sup>4</sup>, en la regulación del nuevo recurso de casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el criterio del interés casacional *«se erige en la piedra angular del nuevo modelo de casación contencioso-administrativa»<sup>5</sup>*, siendo ese precisamente el concepto jurídico indeterminado sobre el que el legislador ha querido garantizar el cumplimiento de la función nomofiláctica atribuida al recurso de casación en el Preámbulo de la reforma.

El nuevo régimen del recurso de casación aparece así presidido por la atribución al juzgador de un poder discrecional en su apreciación, lo que ha permitido sostener que con ello se produce un *«vuelco» espectacular a la situación al pasar de un modelo sustancialmente reglado a otro enteramente discrecional»<sup>6</sup>*, afirmando igualmente, a la vista de las dificultades objetivas de su admisión según las nuevas reglas previstas en la materia, que *«queda así convertido en un puro mecanismo de depuración de la jurisprudencia del que la justicia del caso será un mero subproducto»*.

Y es que, en efecto, mientras en el modelo anterior la tutela de los derechos o intereses legítimos era lo fundamental, con el nuevo régimen legal de la casación lo verdaderamente relevante pasa a ser la formación de la doctrina jurisprudencial con el objetivo de contribuir a la uniformidad del ordenamiento jurídico. Todo lo cual, conforme a la gráfica expresión utilizada por la doctrina<sup>7</sup> y según el modelo del recurso constitucional de amparo, ha supuesto que la dimensión subjetiva del recurso de casación haya quedado *«fagocitada»* por su dimensión objetiva, lo que resulta conforme con la concepción por el Tribunal Constitucional del acceso a los recursos (STC 37/1995, de 7 de febrero) como un derecho de configuración legal.

Por lo demás, prescindiendo de otros muchos aspectos relacionados con el régimen vigente del recurso de casación, en cuanto se refiere a la presencia de interés casacional como único motivo de admisión, baste decir a estos efectos que su reconocimiento queda reducido a casos excepcionales conforme resulta de los

apartados 2 y 3 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dedicados, respectivamente, a los supuestos de apreciación potestativa de su presencia por el juzgador y de presunción de su presencia, en este segundo caso por relación a cuatro supuestos entre los que, no obstante, tan solo uno, el contemplado en la letra b, permite entender que la casación habría de ser admitida cuando en la resolución objeto de casación concurra la difícil hipótesis de que «*se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea*».

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018

#### 1. LOS TÉRMINOS INICIALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Conforme a los términos planteados en el recurso de casación resuelto mediante la sentencia de 20 de septiembre de 2018, la doctrina que en él se pretendió fue que «*las solicitudes de anotación preventiva de la pendencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra instrumentos de planeamiento o ejecución no poseen la naturaleza de solicitudes de medidas cautelares y, por ende, no debe exigirse los mismos requisitos para su estimación, dada la obligatoriedad de dichas anotaciones*», a lo cual se añadió, «*no obstante lo anterior, que se determine que concurre «periculum in mora», por cuanto se encuentra implícito en el objeto de la medida solicitada*».

Según ha quedado ya adelantado, el Tribunal Supremo apreció la presencia de interés casacional objetivo en orden la formación de jurisprudencia en relación con «*las anotaciones preventivas por interposición de recurso contencioso-administrativo regulada en los artículos 65.1.f) y 67.2 del Texto Refundido, de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, su obligatoriedad y su relación con el procedimiento de medidas cautelares del artículo 130.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*».

#### 2. LAS CUESTIONES TRATADAS EN LA SENTENCIA

La sentencia se ocupa, en efecto, de la naturaleza de la anotación preventiva de recurso contencioso administrativo, de la obligatoriedad, o no, de su adopción y, en fin, de la necesidad, o no, de la tramitación del procedimiento previsto en los artículos 130 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para las medidas cautelares.

A tal efecto cabe destacar de la sentencia lo siguiente:

##### a) *Sobre la naturaleza jurídica de la anotación preventiva*

«*1. Debemos comenzar afirmando que la inscripción en el Registro de la Propiedad —mediante anotación preventiva— de la «interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de acto administrativo de intervención» (...) tiene la consideración de «Medidas cautelares» de las reguladas en el Capítulo II del Título VI de la LRJCA (art. 129 a 136); régimen jurídico que se completa, subsidiariamente (disposición*

final primera de la misma Ley), con lo previsto en los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Título VI, del Libro III).

En numerosas ocasiones (como más reciente ATS de 1 de marzo de 2018) hemos expuesto que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, por:

«a) Un sistema general, previsto en los artículos 129 a 134 de la LRJCA.

b) Dos supuestos especiales procesales, previstos en los artículos 135 (medidas de especial urgencia, provisionálísimas o cautelarísimas) y 136 de la misma Ley (supuestos de inactividad de la Administración o vía de hecho, de los artículos 29 y 30 de la propia Ley). Y,

c) Otras dos especialidades, por razón de la materia, como son las previstas en el artículo 122 bis (en relación con la autorización judicial contemplada en el Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), así como en el 127 quarter de la misma LRJCA (en relación con el Procedimiento especial para la garantía de la Unidad de Mercado, Ley 20/2013, de 9 de diciembre)».

En la misma resolución citada expusimos que (...) Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de toda la actuación administrativa, incluyendo, por tanto, los actos administrativos y las disposiciones generales». E, igualmente, expusimos, que «con esta regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de «*numerus apertus*», de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*».

Pues bien, en dicho marco regulador, la anotación preventiva del recurso contencioso administrativo cuya naturaleza jurídica nos ocupa, no es más que una medida cautelar de las innominadamente previstas en dicha regulación. Pero el argumento incontestable en apoyo de tal declaración, es el que surge del artículo 727.5.ª, que, como una de las denominadas en el precepto «*Medidas cautelares específicas*», señala, en concreto, «*La anotación preventiva de demanda*».

#### b) Sobre la obligatoriedad de su adopción

«2. Partiendo de dicha naturaleza, obvio es que, la decisión sobre la procedencia de la misma, debe de ser adoptada en el marco de las normas establecidas al efecto en los citados artículos 129 y siguientes de la LRJCA, (...) que se trata de normas que excluyen la obligatoriedad de su adopción. Esto es, su procedencia, dependerá, en cada caso, del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, que, con reiteración, hemos expuesto, entre otros muchos, en el ATS de 1 de marzo de 2018, al que venimos haciendo referencia:

«... 2.ª. Se fundamenta el sistema cautelar en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que «*la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*».

3.ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, «*la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero*».

4.ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental, e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5.ª. Como segunda aportación jurisprudencial —y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia— sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar».

En consecuencia, de dichas normas, reglas y criterios, en modo alguno, se deduce la obligatoriedad en la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva del recurso; en todo caso, la obligatoriedad que se deduciría de dichas normas sería la de la «especial motivación» de la decisión que se adopte, en relación con la medida cautelar solicitada, respecto de la que la LRJCA apuesta decididamente, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1.º exige para su adopción la «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación «en forma circunstanciada» de los citados intereses generales o de tercero.

Ni la *sui generis* interpretación que la recurrente realiza de la expresión «justificación suficiente», contenida en el artículo 67 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1093/1997, ni su propuesta de deber entenderse la misma norma derogada por la regulación legal contenida en el TRLS15, pueden ser tomadas en consideración en el expresado marco normativo expuesto y previsto con pretensión de generalidad».

### *c) Sobre el marco procedimental aplicable*

«3. Realizadas las anteriores afirmaciones —y en ello, incluso, está de acuerdo la recurrente— el marco procedimental para la decisión sobre las mismas, las reglas legales de aplicación para tal decisión, y, en fin, los criterios jurisprudenciales de referencia, no son otros que los establecidos en los citados artículos 129 y siguientes de la LRJCA o deducidos de los mismos por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo».

### 3. PRONUNCIAMIENTO FINAL DE LA SENTENCIA

La sentencia, que declara no haber lugar al recurso de casación, confirma por lo tanto la resolución recurrida pues, conforme en ella se expuso, «no se alega, ni se acredita, la existencia de perjuicios irreparables en caso de no accederse a la medida cautelar, y tampoco se aprecia la existencia de peligro por mora procesal, pues tal como se reconoce en la propia demanda, la misma se interpone «ad cautelam», ante el posible vencimiento del plazo para la impugnación directa

*de los acuerdos recurridos y a la espera el resultado de la fase de la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo».*

#### IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018

Aun cuando la sentencia se desenvuelve en el estrecho ámbito al que atribuye interés casacional y, por lo tanto, dejando de lado aspectos de no poco relieve según ocurre, por ejemplo, en todo aquello que se refiere a los efectos que se derivan del acceso al Registro de la anotación y, junto a ello, de los efectos de la sucesiva sentencia, ofrece igualmente puntos de interés.

Así, en efecto, superado ya todo posible debate sobre la condición de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo como efectiva medida cautelar, especialmente a partir de la regulación contenida en el artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción al contemplar que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», es decir, sin la limitación derivada de la consideración de la suspensión de efectos del acto como única posible medida cautelar, la cuestión en cambio sobre la no obligatoriedad de su concesión admite, sin negarla, algún género de puntualización.

En este sentido, así como el auto de 1 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo en el que descansa la sentencia de 20 de septiembre siguiente cuando se ocupa de la cuestión sobre la obligatoriedad de su concesión refleja los criterios generales previstos en la Ley de la Jurisdicción relativos al *periculum in mora*, a la ponderación sobre la incidencia en el interés general o de tercero y a la doctrina de la apariencia de buen derecho, en ella se pasan por alto relevantes consideraciones también apuntadas por el Tribunal Supremo en precedentes pronunciamientos.

Nos referimos, en concreto, a las matizaciones introducidas por el propio Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 17 de marzo de 2009, en cuanto se refiere a la aplicación de los citados criterios generales precisamente al caso de las anotaciones preventivas de interposición de recurso contencioso-administrativo en la medida en que sus efectos, lejos de ser impositivos del desarrollo urbanístico, dejando este a salvo resultan ser de carácter informativo sobre la existencia de un litigio.

En esta misma línea, el auto del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009 destaca que la anotación constituye una medida cautelar que deja intacto el acto administrativo impugnado al consistir en la publicación de la existencia de un recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad. De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2010 se refiere a «*los efectos informativos*» de la anotación a fin de dar «*a conocer la pendencia del litigio a terceros adquirentes y a otros posibles afectados*», a lo que añade la anterior sentencia de 30 de noviembre de 2005 que «*la anotación preventiva no es más que eso, dejar constancia en el Registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo*»<sup>8</sup>. Lo cual, por lo demás, no impide la necesidad de atender a la eventualidad de que, como consecuencia de la anotación, el titular de la finca gravada pudiera sufrir un perjuicio económico, aunque solo fuera por el hecho de que «*la existencia del recurso sin duda dificulta su transmisibilidad*» según se manifiesta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2005.

Pues bien, desde este planteamiento, el análisis efectuado en la sentencia de 20 de septiembre de 2018 en torno a la obligatoriedad del acceso a la solicitud de medidas cautelares admite, en efecto, cierta modulación cuando se trata de la anotación pues sin ocultar el carácter en ningún caso automático al que su declaración está en términos generales sujeta conforme resulta del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción, en último término la cuestión se ciñe a determinar si, ciertamente, de concurrir los presupuestos legales para su reconocimiento, le está o no dado al juzgador decidir sobre su procedencia.

La cuestión se pone así de manifiesto en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2016 cuando acepta como argumento bastante del recurrente para acceder a la anotación preventiva el que se limita a reflejar la justificación última de la propia anotación<sup>9</sup>, lo que de algún modo, según esta posición, daría satisfacción bastante a la exigencia de «*justificación suficiente*» a que se refiere el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

A estos efectos resulta de interés la distinción recogida por la doctrina<sup>10</sup> entre el juicio sobre la necesidad de la anotación a fin de asegurar la efectividad de una sentencia eventualmente estimatoria de conformidad, en todo caso, con la naturaleza de la pretensión,<sup>11</sup> y la sujeción de la conclusión alcanzada a la sucesiva ponderación de todos los intereses en conflicto, distinción que aplicada al ámbito de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo llega en parte a decaer por cuanto con ella no solo no se pone en cuestión la ejecutividad del acto recurrido, supuesto que de concurrir con toda justificación exige que la ponderación de intereses haya de ser especialmente cuidadosa, sino que además atañe generalmente a intereses de orden patrimonial, al menos cuando recae en relación con actos de ejecución del planeamiento o en materia de licencias.

## CONCLUSIONES

I. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018 se ocupa de la naturaleza de la anotación preventiva de recurso contencioso administrativo, de la obligatoriedad, o no, de su adopción y, en fin, de la necesidad, o no, de la tramitación del procedimiento previsto en los artículos 130 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para las medidas cautelares.

II. Con el anterior alcance y partiendo de la condición no discutida de la anotación como medida cautelar, en la sentencia se concluye con el carácter no obligatorio de su declaración, consideración que sin duda justificada a la vista del régimen jurídico general de las medidas cautelares pasa sin embargo por alto algunas de las peculiaridades de la anotación justificadoras, según el propio Tribunal Supremo, de la modulación de tales conclusiones.

III. Así, en efecto, la circunstancia de que el acceso a la anotación en ningún caso ponga en cuestión la ejecutividad del acto al tener prioritariamente un carácter informativo potencialmente vinculado a efectos de orden patrimonial en todo caso precedentes no de ella sino del pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ha sido considerada como uno de los elementos más relevantes a favor de su reconocimiento en relación con la ponderación de los intereses en conflicto.

IV. Es por ello, en fin, que la sentencia tratada, la cual fue dictada para la formación de jurisprudencia por concurrir interés casacional objetivo en el recurso de casación interpuesto, en realidad se limita a reflejar una interpretación

del marco legal aplicable resultante de la Ley de la Jurisdicción claramente válido desde su consideración desde una referencia genérica a las medidas cautelares pero necesitado de cierta modulación por cuanto se refiere a la cuestión de la obligatoriedad de su reconocimiento.

#### ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 7 de febrero de 1995
- STS de 15 de julio de 2003
- STS de 24 de abril de 2004
- STS de 30 de noviembre de 2005
- STS de 17 de marzo de 2009
- STS de 21 de junio de 2010
- STS de 20 de septiembre de 2018
- ATS de 1 de marzo de 2018
- STSJ Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2005
- STSJ Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2016
- STSJ Canarias de 19 de septiembre de 2016
- ATSJ Madrid de 23 de diciembre de 2016
- ATSJ Castilla y León de 31 de enero de 2006

#### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C., La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, 27 a 56.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 711.
- LASO BAEZA, V., Consideraciones sobre el nuevo régimen del recurso de casación contencioso-administrativo y el urbanismo, *Observatorio inmobiliario y de la construcción*, núm. 84, 70 a 73.
- LASO MARTÍNEZ, J. L., Cautelas Registrales para el proceso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 75.
- Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un plan parcial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 686, 2953 a 2959.
- Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 1422-1432.
- MARTÍN PASTOR, J., La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 1693 a 1791.
- PÉREZ-BATALLÓN ORDÓÑEZ, F. J., La anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo entablado contra el acto administrativo de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio de una licencia por los trámites del artículo 102 de la Ley 30/1992, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 450 a 462.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, 54.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 442 y sigs.

NOTAS

<sup>1</sup> ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 442 y sigs.

<sup>2</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., Cautelas Registrales para el proceso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 75. Resultan igualmente de interés, entre otros, los siguientes trabajos: del anterior autor, también, Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un plan parcial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 686, págs. 2953 a 2959; de MARTÍN PASTOR, J., La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, págs. 1693 a 1791; de PÉREZ-BATALLÓN ORDÓÑEZ, F. J., La anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo entablado contra el acto administrativo de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio de una licencia por los trámites del artículo 102 de la Ley 30/1992, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, págs. 450 a 462; ÁLVAREZ-LINERA URÍA, C., La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, págs. 27 a 56.

<sup>3</sup> En relación con la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo resulta de particular interés el Auto dictado el 23 de diciembre de 2016 por la Sección de ejecuciones y extensiones de efectos de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual, al tratar del supuesto de imposibilidad de ejecución, se detiene sobre el pronunciamiento que corresponde al juez o tribunal en relación con la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución, diciendo al respecto lo siguiente: «*Se trata, sin duda, de una habilitación legal escasamente explorada en la práctica jurisdiccional y que, por su ubicación sistemática, no debe de ser entendida como una habilitación, exclusivamente, establecida para proceder a la ejecución de la sentencia en los mismos términos del fallo (pues este mandato ya se contiene en el art. 104.1 de la LRJCA). Por el contrario, este inciso del artículo 105 implica una específica habilitación al juez o tribunal para que, en el marco del supuesto de imposibilidad que el precepto regula, el mismo órgano jurisdiccional pueda adoptar (incluso de oficio, previa audiencia) cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuera de una forma diferente a la contemplada en el fallo, y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización, que, si bien se observa, no cuenta con el carácter de obligatorio, por cuanto el legislador se cuida de establecer tal posibilidad, «en su caso». A título de ejemplo bien pudiera (cual medida compensatoria o indemnizatoria de ámbito general) imponerse modificaciones obligatorias del planeamiento, o determinaciones urbanísticas de carácter público o social, con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible por la concurrencia de la causa expresada; por otra parte, la participación o la colaboración material o económica de los causantes o responsables de la infracción o de los beneficiados por la misma (jurisdiccionalmente impuesta con este apoyo) podría resultar un adecuado mecanismo que socialmente paliare o rehabilitare la situación de hecho producida y de imposible alteración futura (...)».*

<sup>4</sup> LASO BAEZA, V., Consideraciones sobre el nuevo régimen del recurso de casación contencioso-administrativo y el urbanismo, *Observatorio inmobiliario y de la construcción*, núm. 84, págs.70 a 73.

<sup>5</sup> RUIZ LÓPEZ, M. A., *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, 54.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 711.

<sup>7</sup> RUIZ LÓPEZ, M. A., *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

<sup>8</sup> Con igual alcance se pronuncian el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 2004 y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su auto de 31 de enero de 2006 al señalar que «*la adopción de la medida solicitada procede porque, a diferencia de la otra medida interesada consistente en la suspensión de la Orden impugnada, en este caso se armoniza tanto el interés del recurrente, evitando situaciones jurídicas irreversibles y ga-*



rantizando así el efecto útil de la sentencia, como el interés público, en cuanto la anotación preventiva no impide la ejecución del planeamiento (...).

<sup>9</sup> El argumento en cuestión consistió en afirmar que la anotación «resultaba necesaria (...) para asegurar a su favor la efectividad de una hipotética sentencia futura dictada en el proceso que anulase el acto impugnado, puesto que, según ponía de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 15 de junio de 2012, para que la futura sentencia firme que declarase la nulidad de un proyecto de reparcelación pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad era necesario haber instado oportunamente, pudiendo hacerlo, anotación preventiva de demanda, ya que en caso de que dicha anotación no se hubiese practicado la futura sentencia firme de nulidad del acto impugnado que pudiera recaer en el proceso no tendría efectos respecto a terceros adquirentes de las fincas de resultado, pues de no encontrarse publicada la existencia del procedimiento la inscripción registral de la sentencia ocasionaría indefensión a tales adquirentes».

<sup>10</sup> MARTÍN PASTOR, J., La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, págs. 1700 y sigs.

<sup>11</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., Cautelas Registrales para el proceso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, págs. 78 a 83.

# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### MADRID

El día 5 de noviembre de 2018, en la Sede del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo (FCJE) en colaboración con la Asociación Española para el estudio del Derecho Europeo (AEDEUR), tuvo lugar el Seminario nº 74, «*La Constitución de 1978 en el espacio constitucional europeo*», con el siguiente programa:

Inauguración: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, directora del CEPC. Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Paloma BIGLINO (FCJE). Prof. Dr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN (AEDEUR).

PRIMERA SESIÓN: «*El comportamiento de la Constitución de 1978 en el espacio constitucional europeo*»

Moderadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA. Universidad Autónoma de Madrid.

Primera ponencia: «*El comportamiento del sistema constitucional*», Prof. Dr. D. José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. Universidad de Salamanca.

Segunda ponencia: «*El comportamiento del sistema político*», Prof. Dr. D. Ignacio MOLINA. Universidad Autónoma de Madrid.

SEGUNDA SESIÓN: «*Perspectivas sobre la aportación de la Constitución de 1978 al espacio constitucional europeo*».

Moderador: Prof. Dr. D. Francisco BASTIDA. Universidad de Oviedo.

Primera ponencia: Prof. Dr. D. Karl-Peter SOMMERMANN. Universidad de Speyer.

Segunda ponencia: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Tania GROPPI

Clausura: Prof. Dr. D. José Antonio MONTILLA MARTOS. Secretario de Estado para las relaciones con las Cortes.

El día 22 de noviembre de 2018, tuvo lugar la JORNADA SOBRE DERECHO AGRARIO Y REGISTRO, en el Colegio de Registradores, con el siguiente programa:

Apertura de la Jornada: D.<sup>a</sup> María Emilia ADÁN GARCÍA. Decana del Colegio de Registradores de España.

Ponencias:

«*Las sociedades agrarias de transformación*», por D.<sup>a</sup> Paloma GARCÍA-GALÁN SAN MIGUEL. Secretaria General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

«*Registro Mercantil y Sector agrario. La inscripción del empresario agrario*», por D.<sup>a</sup> Esther MUÑIZ ESPADA. Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid y Vicepresidenta del Comité Europeo de Derecho Rural.

«*Concentración Parcelaria y Registro de la Propiedad*», por D. Luis M. BENAVIDES PARRA. Registrador de la propiedad de Talavera de la Reina nº 2. Director del Servicio de Estudios del Decanato de los Registradores de Castilla-La Mancha.

«*Nuevas obligaciones medioambientales en la futura Política Agraria Común*», por D. Andrés M. COSIALLS UBACH. Profesor de Derecho civil de la Academia General Militar, Centro Universitario de la Defensa (CUD).

## ANDALUCÍA

El día 28 de noviembre de 2018 tuvo lugar en Sevilla una JORNADA SOBRE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: NOVEDADES Y PROBLEMÁTICA ACTUAL, en la sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental, con el siguiente programa:

Presentación: a cargo de D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

Exposiciones:

«*Derecho de tanteo y retracto de la Administración autonómica andaluza en desahucios de viviendas en Andalucía. Ley 1/2018, de 26 de abril*», por D. Antonio LAMELA CABRERA, letrado de la Junta de Andalucía.

«*Trasmisión de Viviendas de Protección oficial: Derechos de tanteo y retracto. Limitaciones a las facultades de disposición*» por D. José M.<sup>a</sup> GÓMEZ-CALERO VALDÉS, letrado de la Junta de Andalucía.

«La inscripción de segundas transmisiones de Viviendas de Protección Oficial, régimen de comunicaciones. Cancelación registral de la calificación de Viviendas de Protección Oficial», por D. José Ángel GALLEGO VEGA, Vocal de Relaciones con Universidades. Registrador de la propiedad de Sevilla n.º 6. «Viviendas de Protección Oficial. Sobreprecio, extralimitación en la renta y valoración en la división de comunidad. Efectos civiles». Por D. Víctor Jesús NIETO MATAS, magistrado. Presidente de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Moderador: D. Alberto GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO. Director del Servicio de Estudios. Registrador de la propiedad de Valverde del Camino.

El día 3 de diciembre de 2018 tuvo lugar en Sevilla una JORNADA INFORMATIVA SOBRE EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, en la Sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental, con el siguiente programa:

Exposiciones:

D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad y mercantil. Exdirector general de los Registros y del Notariado.

D. Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid. Vocal del Consejo del Poder Judicial.

Moderadora: D.<sup>a</sup> Elena SÁNCHEZ JORDÁN. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

## ARAGÓN

En el mes de noviembre tuvieron lugar los VIGESIMOCTAVOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS (con los que colabora este Decanato), con el siguiente programa:

6 de noviembre, Zaragoza

*El nuevo sistema de protección de menores a la luz de la modificación de la Ley 12/2001 de protección de infancia, retos jurídico-prácticos.*

D.<sup>a</sup> Aurora LÓPEZ AZCONA, profesora titular Derecho civil, Universidad de Zaragoza.

D. Andrés ESTEBAN PORTERO, asesor Área de menores EI Justicia de Aragón.

13 de noviembre, Zaragoza

*Régimen tributario de la fiducia sucesoria aragonesa.*

D. Francisco POZUELO ANTONI, director general de Tributos del Tribunal Supremo.

D. Fernando VILLARÓ GUMBERT, abogado.

20 de noviembre, Huesca

*El nuevo marco de la contratación pública: Distintas perspectivas.*

Excmo. Sr. Dimitry BERBEROFF AYUDA, magistrado Sala Tercera del Tribunal Supremo: *La transposición de la regulación europea en materia de contratos en la legislación estatal de contratos del sector público a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

D. Miguel Ángel BERNAL BLAY, profesor de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza. Director General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón: *El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Aragón de la legislación estatal de contratos públicos: Contratos menores y otras cuestiones.*

D.<sup>a</sup> Isabel LINARES MUÑAGORRI, Directora de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón: *El control por la Cámara de Cuentas de la actividad contractual de las Administraciones públicas aragonesas: Contratos menores y otras cuestiones.*

Los días 22 y 23 de noviembre, organizadas por el R.e I. Colegio de Abogados de Zaragoza, tuvieron lugar las Jornadas de Familia 2018, en las que ha colaborado el Centro de Estudios Registrales de Aragón, con el siguiente programa:

Jueves 22 de noviembre

*La fiscalidad en las rupturas*, D. Javier RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID, abogado, Cuatrecasas.

*Problemas registrales de los Pactos de relaciones familiares*, D. Miguel TEMPRADO AGUADO, registrador de la propiedad de Zaragoza nº 11.

*La filiación extramatrimonial: Acciones de reclamación e impugnación*, D. Iván OLIVER ALONSO, Juzgado n.º 4 de Huesca.

Viernes 23 de noviembre

*Competencias entre Juzgado de Familia y Juzgado de Violencia*, D. Alfonso RIVERA ALONSO, LAJ JPI n.º 22 de Zaragoza.

*Intervención del abogado en el divorcio notarial y otras cuestiones prácticas*, D. Tomás GARCÍA CANO, notario ejerciente en Alcañiz.

*Régimen de visitas. Problemas en violencia doméstica y salud mental*, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José GIL LÁZARO, juez Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Zaragoza y D.<sup>a</sup> Clara PUEYO VAL, Fiscal.

*El nuevo reglamento europeo de régimen matrimonial*, D. Francisco de Paula PUIG BLANES, juez JPI n.º 7 de Zaragoza.

*Efecto patrimonial en la ruptura de la pareja estable no casada*, D. Luis GIL NOGUERAS, juez JPI n.º 3 de Zaragoza.

El día 27 de noviembre tuvieron lugar las XVI Jornadas de la Constitución de la Facultad de Derecho y de Justicia de Aragón Constitución y protección de datos.

#### *Presentación de la Jornada*

Excmo. Rector Magnífico Dr. D. José Antonio MAYORAL MURILLO; Excmo. Sr. D. Ángel DOLADO, Justicia de Aragón; Ilmo. Sr. D. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, decano de la Facultad de Derecho.

#### *Protección de datos y derechos digitales*

Dr. D. Artemi RALLO LOMBARTE, catedrático de Derecho Constitucional Universidad Jaume I de Castellón, diputado del Congreso de los Diputados, Exdirector de la Agencia Española de Protección de Datos.

*El derecho fundamental a la protección de datos personales en el nuevo marco europeo.*

D. Rafael GARCÍA GOZALO, vocal asesor Jefe del Departamento Internacional de la Agencia de Protección de Datos.

Al finalizar se entregó el premio 40 Aniversario de la Constitución.

El día 29 de noviembre, organizada por la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la Jornada sobre «Las nuevas tecnologías y las sociedades de capital» con el siguiente programa:



### Inauguración de la Jornada

Gerardo GARCÍA-ALVÁREZ GARCÍA, director de la Cátedra IACS de la Universidad de Zaragoza.  
Reyes PALÁ LAGUNA y M<sup>a</sup> Ángeles ALCALÁ DÍAZ, directoras de las Jornadas.

### MESA REDONDA 1:

Productos financieros y gobierno corporativo

Modera: Carmen ALONSO LEDESMA, catedrática de Derecho mercantil UCM

*El problema de la disociación entre riesgo económico y poder de decisión en la sociedades cotizadas. Aspectos generales.* D.<sup>a</sup> María VALMAÑA OCHAÍTA, profesora titular de Derecho mercantil, UCLM.

*Medios alternativos de financiación a strat-ups tecnológicas.* Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ, profesora titular de Derecho mercantil URJC.

*Nuevas exigencias de información a los mercados: Información financiera y no financiera.* María Luisa APARICIO, catedrática de Derecho mercantil, UAM.  
*Debate y conclusiones*

### MESA REDONDA 2:

Activismo accionarial y gobierno corporativo.

Modera: Javier JUSTE MENCÍA, catedrático de Derecho mercantil UCLM.  
*Medidas legales y recomendaciones sobre activismo accionarial en las sociedades cotizadas. La Directiva 2017/828.* Carmen GALÁN LÓPEZ, profesora titular de Derecho mercantil. UCM.

*Inversiones institucionales, asociaciones de accionistas, gestores de carters, asesores de voto. Activismo y gobierno corporativo.* Ascensión Gallego Córcoles, profesora contratada-Doctora de Derecho mercantil. UCLM.

*Las loyalty shares.* Isabel FERNÁNDEZ TORRES, profesora titular de Derecho mercantil UCM.

*Debate y conclusiones.*

### MESA REDONDA 3:

Las nuevas tecnologías y los órganos de las sociedades de capital.

Modera: Antonio RONCERO SÁNCHEZ, catedrático de Derecho mercantil, UCLM.

*Blockchain y junta general.* Guillermo Guerra Martín, profesor titular de Derecho mercantil URJC.

*El Blockchain y la transmisión de acciones y participaciones.* Jorge ARÍSTIDES VIERA GONZÁLES, catedrático de Derecho mercantil, URJC.

*La identificación del accionista en ellos supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos.* Blanca LEACH ROS y Anunciación PÉREZ PUEYO, profesoras titulares de Derecho mercantil. UZ.

*Debate y conclusiones.*

#### MESA REDONDA 4:

Innovación en la sociedad cotizada

Modera: Ángeles ALCALÁ DÍAZ, catedrática de Derecho mercantil. UCLM.  
*Blockchain Smart contracts. Aproximación a la incidencia en las sociedades.* Alfredo MUÑOZ GARCÍA, profesor contratado-Doctor de Derecho mercantil. UCM.

*Los retos de la digitalización en la empresa: Hacia un nuevo gobierno corporativo en la era del blockchain.* Sagrario NAVARRO LÉRIDA, profesora titular de Derecho mercantil. UCLM.

*Big Data y protección de datos en las grandes corporaciones.* Pedro José BUESO GUILLÉN, profesor titular de Derecho mercantil. UZ.

*Debate y conclusiones.*

Clausura de la Jornada

Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Los días 29 y 30 de noviembre, organizado por la universidad y el Ayuntamiento de Zaragoza, se celebró el SIMPOSIO: *Las mujeres de la Universidad de Zaragoza (1857-2007). Acceso, profesionalización y estatus.*

Jueves 29

Inauguración:

*Historiografía de la educación universitaria de las mujeres.* Pilar BALLARIN, catedrática de Teoría e Historia de la Educación. Universidad de Granada.

*Las mujeres universitarias en España y Europa: Su evolución en el siglo XX.* Josefina CUESTA, catedrática de Historia Contemporánea. Universidad de Salamanca.

Sesión I. Las estudiantes de Facultad

*La educación preuniversitaria de las mujeres en Zaragoza.* Concha GAUDÓ. Catedrática de Historia del IES Goya.

*Las pioneras universitarias y la Facultad de Filosofía y Letras de Zaragoza.* Consuelo FLECHA. Catedrática de Historia de la Educación, Universidad de Sevilla.

*Las estudiantes de la Facultad de Derecho de Zaragoza.* Belén CAUSAPÉ, Doctora en Relaciones de Género, Universidad de Zaragoza.

Debate

*El perfil de las estudiantes de la Facultad de Medicina de Zaragoza.* Consuelo MIQUEO, profesora de Historia de la Ciencia, Universidad de Zaragoza.

*Las estudiantes de la Facultad de ciencias de Zaragoza.* Carmen MAGALLÓN, catedrática de Ciencias Físicas del IES Avempace.

*El acceso de las mujeres a los estudios de Ingeniería en Zaragoza.* María VILLARROYA, profesora de la Escuela de Ingeniería y Arquitectura y presidenta del Amit-Aragón.

Debate

Sesión II. Las estudiantes de las Escuelas.

*Maestras de Primaria o profesoras de Secundaria.* Consuelo FLECHA, catedrática de Historia de la Educación, Universidad de Sevilla.

*Las practicantas: Estudiantes para una profesión masculina.* Isabel BLÁZQUEZ, enfermera del SALUD y colaboradora de Historia de la Ciencia, Universidad de Zaragoza.

*Las matronas tituladas por la Universidad de Zaragoza.* Ana Belén SUBIRÓN, profesora de Enfermería y Fisiatría, Universidad de Zaragoza.

*La formación de Ayudantes Técnicos Sanitarios masculinos y femeninos.* Yolanda MARTÍNEZ SANTOS, enfermera y profesora, Universidad de Zaragoza.

*Las diplomaturas universitarias de profesiones asistenciales.* Concha GERMÁN, profesora de Enfermería Comunitaria, Universidad de Zaragoza.

Viernes 30

Sesión III. La integración laboral de las tituladas universitarias.

MESA REDONDA. Profesionales y profesoras.

*Las doctoras y profesoras de Medicina.* Consuelo MIQUEO, profesora de Historia de la Medicina.

*Las profesionales liberales: El caso del Derecho.* Belén CAUSAPÉ, doctora en Relaciones de Género.

*Las profesionales del sistema público de salud.* Yolanda MARTÍNEZ SANTOS, enfermera y profesora.

*Las mujeres en las nuevas profesiones.* Alba CAMBRA, profesora de Terapia Ocupacional.

*El techo de cristal de las científicas.* Josefina PÉREZ-ARANTEGUI, vicedecana Facultad de Ciencias.

Debate

TRAYECTORIAS BIOGRÁFICAS: CIENTÍFICAS EN ACCIÓN

*El ejercicio profesional de las científicas señoras de....* Marta VELASCO, contratada predoctoral, CSIC, Madrid.

*Científicas que dejan huella.* Teresa FERNÁNDEZ TURRADO, vicedecana de la Facultad de Educación. UZ.

Debate

Conclusiones y clausura.

El día 11 de diciembre, en el Ilustre Colegio Notarial de Aragón, D. Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, notario de Madrid, pronunció la conferencia *«Blockchain. Una revolución jurídica»*.

En el mes de diciembre, organizadas por la Institución Fernando el Católico (organismo autónomo de la Diputación Provincial de Zaragoza) y con la colaboración de la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar las jornadas: LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES CUARENTA AÑOS DESPUÉS SU EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, con el siguiente programa:

13 de diciembre

Inauguración de las Jornadas: Intervienen el decano de la Facultad de Derecho, El Justicia de Aragón y la directora de las jornadas (D.<sup>a</sup> Carmen BAYOD LÓPEZ).

*Los Derechos civiles españoles hace 40 años ¿Qué ha cambiado?* D. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA Presidente de la Comisión aragonesa de Derecho civil. Catedrático jubilado de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.

*La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales.* La situación en Cataluña. D. Antoni VAQUER ALOY. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Lleida.

MESA REDONDA: *Conservación, modificación y desarrollo ¿hasta dónde?* Modera: D.<sup>a</sup> Carmen BAYOD LÓPEZ, catedrática de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

Intervienen: D. Adolfo CALATAYUD SIERRA. Notario, Miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil; D. Andrés URRUTIA, presidente de la Academia Vasca de Derecho; y D. Julio EMBID LÓPEZ, director general de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón.

14 de diciembre

*Las parejas de hecho y el TC.* D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, catedrática de Derecho civil, Universidad Pública de Navarra.

*Bienes vacantes y sucesión de la Comunidad autónoma.* D. Miguel LA-CRUZ MANTECÓN, profesor titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.

*Las Sentencias del TC y el Derecho civil de Galicia.* D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO, catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela.

*La situación del Derecho civil valenciano.* D. José RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia.

MESA REDONDA: *Los Derechos civiles españoles en Europa y la globalización.*

Modera: D. Javier PÉREZ MILLA, profesor titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Zaragoza.

Intervienen: D. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Santiago de Compostela; D. Javier SEOANE PRADO, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón;

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José GONZÁLEZ ORDOVÁS, profesora titular de Filosofía del Derecho, miembro del Comité de Bioética de Aragón.

*Reflexiones sobre la competencia en materia de Derecho Civil en el siglo XXI.* D. Juan Antonio XIOL RIUS, Magistrado del Tribunal Constitucional.

Clausura.

Intervienen: D. José Antonio MAYORAL MURILLO, rector de la Universidad de Zaragoza; D.<sup>a</sup> Violeta BARBA BORDERÍAS, presidenta de las Cortes de Aragón y la directora de las Jornadas D.<sup>a</sup> Carmen BAYOD LÓPEZ. *El Derecho Civil aragonés cuarenta años después de la Compilación al CDFa.* D. José Antonio SERRANO GARCÍA, secretario de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.



RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS





VV.AA.: *La prueba civil: aspectos problemáticos*. Aranzadi y Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 2017. 356 páginas. Obra colectiva.

por

Santiago Aragonés Seijo

*Juez*

*Profesor asociado de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona*

La presente obra recoge los estudios presentados en el Colegio de Abogados de Barcelona el 24 y el 25 de noviembre de 2016 en el Congreso Internacional sobre prueba judicial organizado por la *Revista Jurídica de Catalunya*. Se divide en cinco partes, con cuatro ponencias cada una, que se titulan: aspectos generales de la prueba; la prueba en los procesos especiales; problemática de las pruebas periciales, documentales y de interrogatorio; las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba y una mirada hacia afuera. La mayoría de los ponentes tienen una experimentada carrera profesional tanto en la Universidad, como en la judicatura o en la abogacía.

Todas las ponencias suman un total de dieciocho artículos, de los que solo podremos destacar los aspectos más relevantes de algunas de ellas.

El primer capítulo, a cargo del catedrático Joan PICÓ I JUNOY sintetiza diez sentencias sobre materia probatoria civil del Tribunal Supremo y menciona numerosas sentencias sobre los distintos medios de prueba. Entre todas ellas, la sentencia de 2 de marzo de 2011 restringe al máximo el alcance de la ilicitud de la prueba y la de 7 de marzo de 2013 considera que el artículo 429 LEC es una mera facultad de sugerencia judicial. Por su parte, la sentencia de 13 de julio de 2016 —entre centenares de resoluciones mencionadas— reitera que las normas sobre la carga de la prueba solo entran en escena cuando no hay actividad probatoria. También debe destacarse, que la Sala Primera ha concluido que la pericial privada y la del perito judicialmente designado gozan de plena igualdad respecto de la valoración judicial de su contenido, sin que prime una sobre la otra (STS de 21 de julio de 2016).

En el segundo capítulo, el magistrado Juan F. GARNICA MARTÍN examina la dificultad de la prueba del lucro cesante, entendido este como ganancia probable. La jurisprudencia no exige certeza absoluta sobre la existencia de las ganancias futuras frustradas, sino una fundada probabilidad de que las mismas se produzcan en el normal desarrollo de las circunstancias del caso. Debe acreditarse tanto la existencia del lucro cesante —con el daño y el nexo causa— como su cuantificación, siendo esta última la que mayores problemas genera. Para el cálculo del lucro los tribunales suelen acudir a criterios estandarizados basados en la experiencia, tales como las declaraciones fiscales o certificados gremiales.

Por su notable experiencia en las materias propias de lo mercantil, debe recalcar la ponencia del magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Ignacio SANCHO GARGALLO, relativa a la prueba de las acciones de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital. Tales acciones juzgan la actuación de los administradores en el desempeño de su cargo, basándose en la concurrencia de culpa y daño y precisan de la relación de causalidad entre el comportamiento ilícito y el perjuicio sufrido. Por tanto, su estructura es la propia de una acción de responsabilidad, y se distinguen según el daño se ocasiona directamente a la sociedad o a un tercero, que normalmente puede ser un socio o un acreedor.

El magistrado enumera los requisitos que requiere la jurisprudencia para que prospere la acción individual o la social. La primera precisa de: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y, vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

Por su parte, y en términos similares, la Sala Primera exige para la acción social de responsabilidad los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

Enumerados los requisitos, el autor efectúa unas observaciones muy valiosas a tener en cuenta por quienes ejerciten esta clase de acciones. Insiste SANCHO GARGALLO en que el demandante debe aportar un relato de hechos coherente con la acción entablada. El relato debe alcanzar a todas las circunstancias que permitan después, mediante una valoración jurídica, apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para que pueda prosperar. Si los tribunales no afinan esta exigencia, corremos el riesgo —considera el Tribunal Supremo— de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es esta la finalidad de la Ley.

Una vez satisfecho el esfuerzo argumentativo por el actor, se puede trasladar al administrador las consecuencias de la carga de la prueba de algunos hechos respecto de los que goza de mayor facilidad probatoria, como pudiera ser la situación patrimonial de la compañía en cada momento. En última instancia, dice el magistrado, se trata de no premiar al administrador que incumpliendo sus obligaciones legales, relacionadas tanto con la llevanza de contabilidad, como con la disolución y liquidación de la sociedad, priva a los terceros de la información necesaria para fundar la acción de responsabilidad.

Tras la introducción de una forma de *business judgment rule* en el artículo 226.1 del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, deberá representarse el juzgador la realidad económica de la empresa para apreciar la ausencia de la mínima diligencia exigible en la toma de una decisión discrecional. Para su valoración, SANCHO GARGALLO afirma que juega un papel muy relevante la

valoración pericial, dado que el juez es ajeno a la actividad empresarial por no participar directamente en el mercado.

Examinadas las acciones individual y social, el artículo 367 LSC permite dirigir una acción de responsabilidad contra el administrador que incumplió el deber de promover la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello. La dificultad probatoria en esta clase de acción es menor y los parámetros son más objetivos. La dificultad más habitual se da en precisar el momento en que concurrió la causa, lo que tiene relevancia para determinar si las deudas sociales nacieron antes o después de la aparición de la causa de disolución.

La causa más común de disolución, la de pérdidas que reducen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, permite una acreditación contable. La jurisprudencia ha declarado que no es necesario esperar al cierre del ejercicio económico para que pueda constatarse la situación de pérdidas, sino que puede advertirse antes con los balances trimestrales.

Cuando el administrador incumpla los deberes legales de disolución, la carga de la prueba de tal incumplimiento corresponde al administrador, pues para el acreedor constituye un hecho negativo. La jurisprudencia más reciente, no obstante, ha admitido que el administrador pueda oponer alguna causa que justifique el incumplimiento de los deberes de promover la disolución.

Finalmente, SANCHO GARGALLO analiza la responsabilidad de los administradores cuando el concurso hubiese merecido la calificación de culpable. La regla de atribución de la responsabilidad por déficit concursal requiere que se haya generado o agravado la insolvencia. Aunque el artículo 165 de la Ley Concursal articule una presunción *iuris tantum* de concurso culpable, el autor considera que no basta la presunción de que ha contribuido a agravar la insolvencia, sino que es preciso determinar, aunque sea de forma estimativa, en qué medida, cuantía o proporción lo ha hecho, para aquilatar el alcance de la condena.

El abogado y Doctor en Derecho Frederic MUNNÉ CATARINA trata la prueba en el proceso arbitral. Destaca el autor que en el proceso arbitral cabe la actividad probatoria de oficio y que la Ley de Arbitraje no prevé la preclusión en cuanto a la aportación o introducción de los diferentes instrumentos probatorios. Dicha Ley atribuye a los árbitros la plena libertad para valorar la prueba practicada. Por último, el autor incide en que la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación obligada al procedimiento arbitral.

Juan A. ANDINO LÓPEZ, abogado y Doctor en Derecho, presta atención a una problemática desagradable para cualquier abogado, la de la correspondencia privada entre abogados como medio de prueba. Toda la comunicación intercambiada entre letrados es confidencial, y no se puede aportar a un procedimiento judicial. No obstante, cuando se aporta el juez civil tiende a admitirla y, ante cualquier queja, indica que se trata de una mera cuestión deontológica. El autor defiende que la aportación de cualquier clase de correspondencia entre letrados puede vulnerar el principio de igualdad de armas procesales respecto a la otra parte.

Aunque el secreto profesional del abogado no puede configurarse como un derecho fundamental, se halla estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 de la Constitución por el derecho a la intimidad del cliente, derecho a la defensa y a la igualdad de armas procesales. En consecuencia, su aportación en el proceso la convertirá en una prueba ilícita. A su vez, ANDINO LÓPEZ, sostiene que la vulneración del secreto profesional del abogado es contraria a la buena fe procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes en el proceso.

Para acabar, de entre los muchos artículos de la obra, debemos reseñar el de Jaime ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, catedrático de Derecho procesal, relativo a la prueba del whatsapp y mensajes remitidos a través de las redes sociales. En la jurisprudencia de las audiencias provinciales se da credibilidad a dichos mensajes o, por el contrario, se les niega cualquier eficacia probatoria por considerarse altamente manipulable. Una postura intermedia es la que supedita la credibilidad de la prueba del whastapp a la existencia de otro tipo de pruebas que la corroboren. Tales mensajes suelen admitirse siempre que en los mismos intervenga como remitente o receptor el que los aporte. Su aportación puede hacerse mediante una simple impresión. La prueba pericial para comprobar su autenticidad es, por ahora, difícil o —incluso— imposible por la postura de las empresas proveedoras del servicio de mensajería. Concluye el autor que los mensajes no son un medio de prueba sino el objeto de la prueba, que puede probarse su contenido a través de otros medios de prueba.

# 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